

DERECHO DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC)

COLECCIÓN EN DERECHO ECONÓMICO INTERNACIONAL



Sede de la OMC en Ginebra, Suiza. Archivo de la OMC.

MARIO

MATUS BAEZA

MARK

UNGER

EDITORES

**DERECHO DE LA
ORGANIZACIÓN MUNDIAL
DEL COMERCIO (OMC)**

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Derecho de la Organización Mundial del Comercio (OMC) / Daniela Alfaro [y otros] ; editores Mario Matus Baeza y Mark Unger - Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2016. -- Colección en Derecho Económico Internacional.

1108 páginas; 24 cm.

Incluye bibliografía.

ISBN: 9789587725285

1. Organización Mundial del Comercio 2. Derecho comercial internacional 3. Tratado de libre comercio 4. Relaciones comerciales I. Matus Baeza, Mario, editor ; Unger, Mark, editor II. Universidad Externado de Colombia III. Título IV. Serie.

341-59

SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. EAP

Agosto de 2016

ISBN 978-958-772-528-5

© 2016, MARIO MATUS BAEZA Y MARK UNGER (EDS.)

© 2016, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá

Teléfono (57 1) 342 0288

publicaciones@uexternado.edu.co

www.uexternado.edu.co

Primera edición: agosto de 2016

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Composición: Marco Robayo

Impresión y encuadernación: Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.

Tiraje: de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de los autores.

DANIELA ALFARO	MARINA MURINA
WILLY ALFARO	STEFAN OETER
MARTA BONET	MARÍA PÉREZ-ESTEVE
STEFANIA GALLO	EDUARDO PÉREZ MOTTA
ALEJANDRO GAMBOA	RODRIGO POLANCO
SEBASTIÁN HERREROS	MIGUEL RODRÍGUEZ MENDOZA
CATHERINE HINCKLEY	PEDRO ROFFE
ALEJANDRO JARA	SEBASTIÁN SÁEZ
MICHAEL KÖBELE	CHRISTOPH SCHEWE
JULIO LACARTE	PILAR SILVEIRA
ROBERTO LAGUADO	VERA THORSTENSEN
PABLO LAZO	ALICE TIPPING
ALUISIO DE LIMA-CAMPOS	RAÚL TORRES
FELIPE LOPEANDÍA	ALBERTO TREJOS
PATRICK LOW	MARK UNGER
OLGA LUCÍA LOZANO	GUILLERMO VALLES
MARIO MATUS	FABIÁN VILLARROEL

CONTENIDO

PRESENTACIÓN DE COLECCIÓN EN DERECHO ECONÓMICO INTERNACIONAL	13
PREFACIO	15
AGRADECIMIENTOS	17
PRÓLOGO	19
ABREVIATURAS	25
TÍTULO I	
CAPÍTULO I	
Desarrollo histórico del comercio internacional	37
<i>Patrick Low</i>	
<i>Marina Murina</i>	
CAPÍTULO 2	
Bases económicas del libre comercio	69
<i>Alberto Trejos</i>	
TÍTULO II	
CAPÍTULO 3	
Fuentes de derecho	91
<i>Rodrigo Polanco</i>	
CAPÍTULO 4	
Principios fundamentales	111
<i>Stefan Oeter</i>	
CAPÍTULO 5	
Organización de OMC	135
<i>Mario Matus</i>	
CAPÍTULO 6	
Procedimientos de la OMC	163
<i>Alice Tipping</i>	
TÍTULO III	
CAPÍTULO 7	
GATT	189
<i>Mark Unger</i>	

CAPÍTULO 8	
La regulación multilateral de la agricultura	255
<i>Sebastián Herreros</i>	
CAPÍTULO 9	
Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF)	293
<i>Daniela Alfaro</i>	
CAPÍTULO 10	
Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC)	319
<i>Michael Köbele</i>	
CAPÍTULO 11	
Medidas de inversiones relacionadas con el comercio (MIC)	355
<i>Olga Lucía Lozano</i>	
CAPÍTULO 12	
Medidas <i>antidumping</i>	373
<i>Guillermo Valles</i>	
<i>Pilar Silveira</i>	
CAPÍTULO 13	
Valoración en aduana	391
<i>Fabián Villarroel</i>	
CAPÍTULO 14	
Inspección previa a la expedición (AIPE)	411
<i>Fabián Villarroel</i>	
CAPÍTULO 15	
Reglas de origen (RO)	423
<i>Vera Thorstensen</i>	
CAPÍTULO 16	
Trámite de licencias de importación (AL)	445
<i>Alejandro Gamboa</i>	
CAPÍTULO 17	
Subvenciones y medidas compensatorias (SMC)	463
<i>Raúl Torres</i>	
CAPÍTULO 18	
Salvaguardias	499
<i>Aluisio de Lima-Campos</i>	

TÍTULO IV	
CAPÍTULO 19	
Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS)	533
<i>Felipe Lopeandía</i>	
CAPÍTULO 20	
Servicios financieros	565
<i>Sebastián Sáez</i>	
CAPÍTULO 21	
Telecomunicaciones	593
<i>Catherine Hinckley</i>	
TÍTULO V	
CAPÍTULO 22	
El acuerdo de los ADPIC	615
<i>Pedro Roffé</i>	
TÍTULO VI	
CAPÍTULO 23	
Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP)	681
<i>Roberto Laguado</i>	
TÍTULO VII	
CAPÍTULO 24	
El sistema sobre solución de diferencias	711
<i>Julio Lacarte</i>	
CAPÍTULO 25	
La protección de actores no estatales bajo el Derecho de la OMC	755
<i>Christoph Scheme</i>	
CAPÍTULO 26	
Mecanismo de examen de las políticas comerciales	781
<i>Willy Alfaro</i>	
TÍTULO VIII	
CAPÍTULO 27	
Comercio y Desarrollo en la OMC	803
<i>Miguel Rodríguez</i>	
CAPÍTULO 28	
Comercio y medio ambiente	833
<i>María Pérez-Esteve</i>	
<i>Stefania Gallo</i>	

CAPÍTULO 29	
El comercio y las normas laborales	885
<i>Pablo Lazo</i>	
CAPÍTULO 30	
OMC y las agrupaciones económicas regionales	927
<i>Alejandro Jara</i>	
CAPÍTULO 31	
Comercio y competencia	957
<i>Eduardo Pérez Motta</i>	
	TÍTULO IX
CAPÍTULO 32	
Facilitación de Comercio	981
<i>Marta Bonet</i>	
CAPÍTULO 33	
Perspectivas futuras de OMC	1013
<i>Mario Matus</i>	
BIBLIOGRAFÍA	1037
DOCUMENTOS	1059
CASOS	1067
LOS AUTORES	1075
ÍNDICE	1091

COLECCIÓN EN DERECHO ECONÓMICO
INTERNACIONAL

La *Colección en Derecho Económico Internacional* surge de la necesidad de contar con un medio de difusión permanente de trabajos académicos que se producen en las diferentes áreas de esta disciplina. Su propósito, además, es mejorar los niveles de difusión y discusión académica de los temas que con frecuencia surgen en esta área de estudio en América Latina y en el mundo, y que además afectan la región o son de interés global.

La *Colección en Derecho Económico Internacional* publica trabajos académicos de alta calidad, de naturaleza teórica, práctica o histórica, presentados en diferentes eventos en la región; trabajos de investigación, o iniciativas colectivas e individuales. La Colección también busca publicar diferentes visiones de las problemáticas del Derecho Económico Internacional, y se interesa en diferentes voces de todas partes del mundo, sin distinción de género o proveniencia regional.

La política editorial de la *Colección en Derecho Económico Internacional* sigue la tradición que llevó a fundar la Universidad Externado de Colombia en 1886: libertad, tolerancia y respeto, y, en esa línea, alienta la discusión abierta y sin barreras.

Editor general
José Manuel Álvarez Zárate
Profesor Derecho Económico Internacional
Universidad Externado de Colombia

Me complace enormemente presentar esta exhaustiva publicación sobre el marco jurídico del sistema multilateral de comercio.

Durante los dos últimos decenios, la OMC ha contribuido a reducir los obstáculos al comercio, impulsar el crecimiento comercial y respaldar la integración de los países en desarrollo en la economía mundial. La Organización encarna hoy el sistema mundial de normas comerciales multilateralmente acordadas que garantizan la transparencia y la previsibilidad a sus más de 160 miembros, los cuales representan aproximadamente el 98% del comercio mundial. Las normas de la OMC abarcan una extensa gama de cuestiones relacionadas con el comercio, y su sistema de solución de diferencias es ampliamente reconocido por su contribución al respeto del Estado de derecho a escala mundial.

A lo largo de la historia de la OMC, sus Miembros se han esforzado en actualizar las normas comerciales multilaterales. La satisfactoria conclusión de las últimas Conferencias Ministeriales, Bali en 2013 y Nairobi en 2015, han abierto un nuevo capítulo en las negociaciones comerciales. El Acuerdo sobre Facilitación del Comercio, así como la decisión para eliminar subsidios a las exportaciones agrícolas, constituyen sin duda hitos importantes en la historia del derecho mercantil internacional, generando un nuevo impulso para continuar las negociaciones, fortalecer el sistema multilateral de comercio y mejorar su funcionamiento.

Este libro se centra en los Acuerdos de la OMC. También incorpora importantes consideraciones de índole histórica, política y económica al análisis de los fundamentos jurídicos de la Organización. Va incluso más allá, dado que contempla los desafíos que nos aguardan. No cabe duda de que, gracias a este exhaustivo estudio en español sobre el sistema jurídico de la OMC, son muchos los que en todo el mundo lograrán comprender mejor las cuestiones relacionadas con la Organización.

Más de 30 autores han contribuido a esta iniciativa. A muchos de ellos los conozco personalmente y a algunos otros, por sus publicaciones. No hay duda de que el libro es fruto de una combinación de sólida experiencia académica y de conocimientos profesionales en el ámbito del comercio internacional. Muchos de los coautores del libro no son meros observadores privilegiados, sino también personas que han contribuido de manera importante al sistema multilateral de comercio. En ese sentido, desearía

rendir homenaje al Embajador Julio Lacarte, que fue el primer presidente del órgano de apelación de la OMC.

Aun sabiendo que no debería mencionar a ningún autor en particular, no quiero desaprovechar la ocasión de destacar la importante función que desempeñó el embajador Mario Matus en las negociaciones sobre facilitación del comercio en la etapa previa a la Conferencia Ministerial de Bali. Su destreza, como uno de los presidentes del Grupo de Negociación, contribuyó mucho a la convergencia entre todos los miembros de la OMC en una cuestión tan relevante y delicada como la cooperación aduanera. Asimismo quisiera destacar su frecuente participación como miembro y/o presidente de numerosos grupos especiales en el sistema de solución de controversias de la OMC.

Estoy seguro de que, con el sólido bagaje académico del profesor Mark Unger, este proyecto colectivo contribuirá significativamente a una mejor comprensión de la OMC. Por consiguiente, felicito a ambos organizadores no solo por la iniciativa, sino también por lograr que una empresa tan ambiciosa haya dado sus frutos.

Confío en que este libro ayudará a muchos hispanohablantes de todo el mundo a reconocer los beneficios que la OMC ha brindado en los últimos 20 años y la importancia que tiene de cara al futuro contar con un sistema multilateral de comercio cada vez más sólido. Ojalá también aliente a una nueva generación de brillantes y talentosos profesionales a participar activamente en los trabajos de esta Organización.

Ginebra, marzo de 2016.

Roberto Azevêdo
Director General
Organización Mundial del Comercio

Hace ya casi 10 años se escuchó en el teléfono una voz con cierto acento extranjero que dijo: ¡Hola Mario, soy Mark y haremos el curso juntos! ¿Podemos para tomar un café? Ambos éramos profesores en el Magíster en Derecho Internacional (LL.M.) –Inversiones, Comercio y Arbitraje– del Heidelberg Center para América Latina, establecido en Santiago de Chile el año 2002 por la Universidad de Heidelberg, junto con la Universidad de Chile y el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional. El Magíster estaba, y continúa estando, referido en gran parte a los acuerdos de la OMC y a las normas del sistema internacional económico.

Ese fue nuestro primer encuentro, el que se repitió en los años subsiguientes. En alguna de esas tertulias Mark señaló que había revisado la mayoría de la literatura sobre la Organización Mundial de Comercio (OMC) en idioma español y que no había encontrado ningún texto que abarcara la totalidad de sus acuerdos y temáticas. Esa afirmación fue seguida de otra que insinuaba una pregunta. ¡Podemos hacer uno!

Ese fue el contexto en que nació la idea de este libro y su doble propósito. Por un lado, pretende llenar una necesidad de los estudiantes en idioma español del sistema multilateral de comercio y, por la otra, promover la comprensión y estudio del derecho internacional económico. El hecho que sea en español no es una cuestión menor, porque está escrito con la racionalidad cultural de este idioma y con principios deductivos antes que inductivos. Cada capítulo trata de un solo tema que se inicia con una introducción u origen histórico, luego se desarrolla la temática y su situación presente, incluyendo jurisprudencia si la hubiere, para terminar con conclusiones del autor.

Ha sido una larga y compleja tarea, que nos tomó mucho más tiempo que lo previsto al inicio. En el proceso participaron decenas de personas, desde famosos expertos del sistema de comercio internacional hasta estudiantes y secretarías, pasando por traductores, editores, diseñadores, correctores de pruebas y semejantes. Tanto tiempo ha pasado que incluso algunos de los participantes dejaron este mundo, como es el caso de don Julio Lacarte, autor del capítulo sobre el sistema de solución de controversias, procedimiento del que fue uno de sus progenitores durante la Ronda de Uruguay. En primer lugar, queremos expresar un sincero agradecimiento al equipo de autores por su gran trabajo y también por su paciencia. Querríamos mencionar a todas las personas e instituciones que nos ayudaron a completar este libro,

pero son muchos para nombrarlos a todos. Un reconocimiento merece el Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD) por su apoyo indirecto al proyecto al permitir la estadía en Chile de Mark Unger. También quisiéramos agradecer al abogado chileno Enrique Carrasco por el inmenso trabajo de formateo, revisión de citas, confirmación de bibliografía y la búsqueda de una casa editora para esta obra. Vaya además nuestro recuerdo al Embajador de México ante la OMC; don Fernando de Mateo y al Embajador de Colombia ante la OMC; don Gabriel Duque, por sus conceptuosos informes como pares. En la misma línea, debemos expresar nuestra gratitud al profesor José Manuel Álvarez de la Universidad Externado de Colombia, quien reconoció de inmediato el mérito de este manual y nos dio su decidido apoyo.

Finalmente, y no por eso menos importante, queremos agradecer a Antonieta Sánchez, esposa de Mario Matus, y a Elisabeth y Juliet Unger, esposa e hija respectivamente de Mark Unger, por todo el apoyo que nos han dado en este proyecto y la comprensión por las cientos de horas que pasamos escribiendo y editando el libro.

Mario Matus

Mark Unger

El presente trabajo es el primer libro en español que abarca la totalidad de la normativa de la Organización Mundial del Comercio, y al cual se le han incluido otros temas que por su importancia y efectos sobre el comercio son relevantes al sistema. Este libro sobre el derecho de la OMC es uno de los que va más allá de los textos formales, incluye los últimos desarrollos y críticas del sistema a través de diversas voces de expertos que vienen de la práctica internacional y la academia, pero también desde variados rincones del mundo. Esta reunión de expertos en cada una de las áreas del libro lo ha enriquecido enormemente, pero también le ha impreso un sello distintivo respecto de otros textos que tratan la materia.

Este texto es un manual obligado de consulta para aquellos que tienen interés en los temas de comercio internacional y buscan revisar los fundamentos del sistema multilateral de comercio. El mismo está estructurado en nueve títulos que responden a las principales temáticas institucionalizadas del derecho de la OMC y contiene treinta y tres capítulos, con similar organización, con la particularidad de que en el título I se introduce un marco de referencia teórico que ofrece el desarrollo histórico del comercio y sus vicisitudes, desde Mesopotamia hasta nuestros días; y el segundo desarrolla las bases económicas del comercio, sobre las que descansa el sistema multilateral de comercio, partiendo de las teorías clásicas, y pasando por los instrumentos que afectan y/o entorpecen el comercio.

A partir del título II se desarrolla el orden jurídico e institucional de la OMC con cuatro capítulos. Se parte de las fuentes del derecho de la OMC, iniciando desde la base del derecho internacional y en tal contexto se profundiza en su aplicación e interacción con el sistema de la OMC. En este orden sistemático, el siguiente capítulo introduce los principios fundamentales del derecho de comercio, su ubicación y su aplicación en la Organización Mundial del Comercio, distinguiendo entre principios intra-OMC y extra-OMC. El tercer capítulo describe cómo está organizada la institución que surge del Acta Final de la Ronda Uruguay,¹ su estructura orgánica, las funciones, los tipos de miembros, con un agregado sobre otros textos que han explicado la institución, y es qué y cómo se negocia dentro de la institución. En esta

1 Ver, el Acta Final en que se incorporan los Resultados de la Ronda Uruguay y de Negociaciones Comerciales Multilaterales., en https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/o3-fa_s.htm

lógica, el último capítulo de esta sección da cuenta sobre los procedimientos internos, el sistema de toma de decisiones, las formas de adhesión, y la operación teórica y práctica de los órganos más importantes de la OMC, que escapan al conocimiento de quienes no están al tanto de estos detalles, que constituyen el día a día de la Organización.

El antecedente de la OMC fue el GATT. Con la explicación de este acuerdo se inicia el título III, que en su conjunto está referido al marco de la regulación de los bienes. En este orden, se analizan en profundidad el GATT y luego todos los acuerdos sobre el comercio de mercancías² en el orden de la estructura derivada del acuerdo de la OMC. Así, se examina el acuerdo de agricultura (AA), que es el que somete la producción agrícola y su comercio a las normas de no discriminación; se exploran sus principios y excepciones, los temas de acceso a los mercados, la ayuda interna y la competencia de las exportaciones, lo mismo que las negociaciones en curso. Le sigue el capítulo relativo a la explicación del acuerdo sobre medidas sanitarias y fitosanitarias (MSF), que es el que prescribe las reglas generales para que las normativas locales que afectan el comercio de productos agropecuarios sea razonable y esté sometida a principios como el de armonización, no discriminación, equivalencia y evaluación de riesgo, entre otros. El siguiente capítulo explica el acuerdo relativo a los obstáculos técnicos al comercio (OTC), cuyo conjunto de reglas busca promover, como objetivo principal, el aseguramiento de que los reglamentos técnicos, normas y procedimientos de evaluación de la conformidad no creen obstáculos innecesarios al comercio internacional y que no se apliquen de una manera que constituya un medio de discriminación arbitraria e injustificada o una restricción encubierta. A éste le sucede el capítulo que regula varias de las medidas sobre inversiones que distorsionan el comercio (MIC) y obliga a los miembros de la OMC a eliminar los llamados requisitos de desempeño en la producción local, entre otras reglas relacionadas con el establecimiento de las inversiones. Continuando con el orden dado por el acuerdo de la OMC, siguen dos capítulos relacionados con el proceso de introducción de mercancías y trámites de aduanas, ambos relacionados con el precio al cual los importadores declaran las mercancías a su llegada a puerto. El primero de ellos analiza el acuerdo sobre valoración en aduana (AVA), que unifica criterios de declaración de valor de las mercancías para la aplicación

2 Cfr. Anexo I A, del Acuerdo por el que se establece la organización mundial de comercio: Acuerdos sobre el comercio de mercancías.

de los tributos con ocasión de la importación –y en algunos casos de la exportación– de estas, y en esa dirección la forma de clasificación arancelaria, los métodos de valoración de las mercancías; y, el origen preferencial o no preferencial de las mismas. Como complemento de lo anterior, el acuerdo relativo a la inspección previa a la expedición (IP) busca dar transparencia al sistema de precios, clasificación arancelaria y proveniencia de la mercancía, pero de modo que su aplicación no se constituya en una barrera no arancelaria al comercio, ya que se otorgan garantías a los exportadores para que la exigencia de este examen previo no se realice de forma discriminatoria.

Especial atención merecen las normas que regulan los medios para enfrentar las prácticas desleales de comercio, permitiendo controles a estas mediante un mecanismo reglado para autorizar un alza de los aranceles vigentes respecto de las importaciones provenientes de un miembro de la institución. Uno se refiere al acuerdo *antidumping* (AD), que da las bases para que los países puedan controlar las prácticas de algunos productores que distorsionan los precios de sus productos, para que ingresen a un precio inferior a su valor normal. El siguiente capítulo, de defensa comercial, es el relativo a las subvenciones y medidas compensatorias (SMC), que por un lado impone disciplinas en el uso de las subvenciones por parte del Estado, y por el otro lado regula las medidas comerciales que los países pueden imponer a las subvenciones prohibidas de otros países que causan daño a su industria.

Continuando con el orden del Tratado de Marrakech, se analiza el acuerdo que trata de las normas o reglas de origen (RO), que da pautas generales para la armonización de normas comunes para la determinación del país de origen de un producto, con el fin de aplicar de forma objetiva las preferencias derivadas del acuerdo. Le sigue el examen del acuerdo relativo al procedimiento para el trámite de licencias de importación (AL), cuyo objetivo principal busca evitar que las gestiones y procedimientos administrativos para la obtención de licencias de importación se utilicen en forma contraria a los principios y obligaciones establecidos en el GATT 1994, minimizando las restricciones al comercio internacional que presentan las licencias de importación *per se*. El texto continúa con la revisión del acuerdo sobre salvaguardias (SG), que, bajo ciertas condiciones, permiten a las industrias domésticas solicitar protección a su gobierno contra determinadas importaciones, por la vía de incrementar temporalmente los aranceles de importación para hacer frente al aumento súbito de las importaciones que los afecte o potencialmente los perjudique.

El título IV desarrolla en tres capítulos el resultado de las negociaciones de la Ronda Uruguay relativas al comercio de servicios. El primero es aquel que analiza el acuerdo general sobre el comercio de servicios (AGCS) o GATS, que incorporó las normas de no discriminación del sistema de comercio de mercancías al amplio mundo de los servicios. En este capítulo se describe el acuerdo, sus principios informadores, los derechos y obligaciones que asumen los miembros, los modos de prestación y sus excepciones. El segundo y tercero analizan los compromisos específicos para algunos servicios que se regularon mediante anexos, del cual, por un lado, surgió el relativo a los Servicios Financieros (ASF) y el “Entendimiento relativo a los compromisos en materia de servicios financieros” (ESF) que complementan y/o modifican las disposiciones del AGCS para contar con normas especiales que tengan en cuenta las características propias de los servicios financieros (bancos, seguros y servicios de valores). Y por el otro, de manera similar, una breve historia sobre el sector las telecomunicaciones, los compromisos de algunos miembros sobre el sector y la explicación del anexo de telecomunicaciones y el anexo relativo a las negociaciones sobre telecomunicaciones básicas, que contiene reglas especiales sobre el acceso a las redes de telecomunicaciones y sobre política de competencia para el sector.

El Acuerdo de la OMC dedica un anexo independiente a la propiedad intelectual. En ese mismo sentido el título V se concentra en analizar el acuerdo sobre propiedad intelectual (ADPIC). A diferencia de otros textos sobre el derecho de la OMC, este cuenta la historia de los intereses de industrias poderosas de Japón, Estados Unidos y la Unión Europea, que lograron multilateralizar su interés de proteger sus creaciones y limitar el acceso a las mismas. Además el título describe y analiza críticamente las categorías de propiedad intelectual reguladas por el acuerdo, como son los derechos de autor y derechos conexos, patentes, modelos de utilidad, dibujos y diseños industriales, marcas, circuitos integrados, indicaciones geográficas, información no divulgada, obtención o variedades vegetales y protección contra la competencia desleal.

El sistema de acuerdos de la OMC contiene algunos acuerdos que se negociaron, pero no fue obligatorio suscribir. El título VI se refiere a estos acuerdos, a los cuales se les bautizó como *acuerdos plurilaterales*. Si bien son varios, algunos perdieron importancia, pues no están operativos, como el acuerdo de productos lácteos o de carne de bovino, mientras que otros tienen membresía exigua, como el de aeronaves civiles. De ahí que para este manual

se optó por examinar solo el acuerdo de contratación pública (ACP), tanto en su versión antigua como nueva, por cuanto muchos de los miembros de la OMC lo adoptaron, y porque contiene la estructura de los acuerdos que sobre el mismo tema se han negociado en los acuerdos de libre comercio, recientemente negociados. Este capítulo pasa revista a la evolución de la política pública internacional de protección de mercados de contratos públicos y comenta el avance que ha tenido este mercado generando paulatinamente oportunidades de negocios para empresas de diversos países.

En el título VII se desarrollan las disposiciones que dicen relación con el de control y vigilancia de las normas OMC. El primero es una de las piedras angulares de la organización, cual es su sistema de solución de diferencias (ESD). Este capítulo analiza los antecedentes del sistema, sus características, principios, ventajas y debilidades, sus instituciones e instancias procesales. Le sigue un capítulo sobre la participación actores no estatales (ANE), principalmente empresas, en la OMC, que nos muestra un aspecto que en los libros de texto en inglés tampoco se trata, o si lo hacen no es de forma completa, como aquí se ha dado. La sección se cierra con un capítulo dedicado a analizar de manera crítica el mecanismo de examen de las políticas comerciales (MEPC), esto es, la instancia de revisión periódica a la que son sometidos todos los miembros y en la que se estudia la compatibilidad de gestión comercial con las normas de la OMC.

Como un valor agregado, respecto a los manuales del derecho de la OMC, el título VIII se refiere a los temas comerciales que, aunque ligados profundamente con el comercio, no son parte de acuerdo de la OMC o que, aun si son mencionados de paso, o mediante declaraciones de controvertida obligatoriedad, requieren mayor desarrollo dentro del sistema de comercio. Es así que el libro cuenta con un apartado que analiza el tema del comercio y el desarrollo, describiendo y analizando las formas que ha adquirido el llamado trato especial y diferenciado para los países en desarrollo en el contexto de OMC. Otro capítulo dice relación de la temática del comercio y el medio ambiente, la normativa existente en OMC, su eficacia, la jurisprudencia asociada a ella y una mirada a futuro. De manera similar, otra sección aborda la temática del comercio y las normas laborales, su pertinencia para la OMC, las disposiciones en vigor potencialmente utilizables para lograr un equilibrio entre la libertad del comercio y la protección a los trabajadores. En la misma línea, se desarrolla un capítulo sobre el tema del comercio y la competencia, en el que se argumenta a favor de incluir esta temática en la

normativa OMC como una forma de orientar las políticas nacionales hacia la generación de condiciones que permitan a los mercados operar de manera eficiente. Finalmente, bajo este título y ante la avalancha de acuerdos comerciales regionales, se desarrolla un capítulo respecto de la justificación jurídica de las agrupaciones económicas regionales o tratados de libre comercio, sus condiciones, requisitos y sus efectos.

El título IX y final trata de una mirada del presente y futuro de la OMC. En ese sentido se estudia el último y único acuerdo negociado en el marco de la institución, cual es el acuerdo de facilitación de comercio (AFC), incluyendo su historia. El libro concluye con un capítulo que hace referencia a la situación de la Ronda Doha y las perspectivas de la OMC.

De esta forma, el Departamento de Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia entrega al público en general este esfuerzo colectivo y generoso que este connotado grupo de autores ha elaborado.

José Manuel Álvarez Zárate
Bogotá, marzo de 2016

ABREVIATURAS

AA	Acuerdo de Asociación
ABPC	Acuerdo Bipartidista sobre Política Comercial
ACLAN	Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte
ACLCC	Acuerdo de Cooperación Laboral Canadá - Chile
ACLCP	Acuerdo de Cooperación Laboral Canadá - Perú
ACP	Grupo de Estados de África, el Caribe y el Pacífico
ACP	Acuerdo sobre Contratación Pública
ACP	Acuerdo de Comercio Preferencial
ACR	Acuerdo Comercial Regional
ACTA	Acuerdo comercial anti-falsificación
AD	Acuerdo <i>Antidumping</i> (Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994)
AD	Medidas <i>antidumping</i>
ADPIC	Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio
AELC	Asociación Europea de Libre Comercio
AEV	Acuerdo de Equivalencia Veterinaria
AFF	Ajustes fiscales en frontera
AFL-CIO	The American Federation of Labor and Congress of Industrial Organizations (Federación estadounidense de trabajadores y el Congreso de organizaciones industriales)
AFTA	Zona de Libre Comercio de la Asociación de Naciones del Asia Sudoriental (ASEAN)
AG	Acuerdo sobre la Agricultura
AGCS	Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios
AGOA	African Growth and Opportunity Act
AIPE	Acuerdo sobre Inspección Previa a la Expedición
AL	Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación (también LCI)
ALADI	Asociación Latinoamericana de Integración
ALALC	Asociación Latinoamericana de Libre Comercio
ALCA	Área de Libre Comercio de las Américas
AMF	Acuerdo Multifibras (reemplazado por el ATV)
AMNA	Acceso a Mercados para los productos No Agrícolas

AMUMA	Acuerdo Multilateral sobre el Medio Ambiente
ANE	Actores no estatales
ANSA	Asociación de Naciones del Sudeste Asiático
ANZCERT	Acuerdo comercial por el que se estrechan las relaciones económicas [entre Australia y Nueva Zelandia]
APC	Acuerdo de Promoción Comercial EE.UU. - Perú
APEC	Foro de Cooperación Económica de Asia y el Pacífico
APICD	Acuerdo sobre el Programa Internacional para la Conservación de los Delfines
ARO	Acuerdo sobre Reglas de Origen
art.	Artículo
ASACR	Asociación del Asia Meridional para la Cooperación Regional
ASEAN	Asociación de Naciones del Asia Sudoriental
ASF	Anexo sobre Servicios Financieros
ATI	Declaración Ministerial sobre el Comercio de Productos de Tecnología de la Información (Acuerdo sobre Tecnología de la Información)
ATV	Acuerdo sobre los Textiles y el Vestido
AVA	Acuerdo sobre Valoración Aduanera
BID	Banco Interamericano de Desarrollo
BIPM	Oficina Internacional de Pesos y Medidas
BOP	Balanza de Pagos
BRICS	Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica
CA	Consejo de Administración
CACR	Comité de los Acuerdos Comerciales Regionales
CAFTA	Acuerdo de Libre Comercio de Centro América y EE.UU. (Central America Free Trade Agreement)
CAN	Comunidad Andina de Naciones
Cap.	Capítulo
CARICOM	Comunidad del Caribe
CARIFORUM	Comunidad de Países del Caribe y República Dominicana
CBI	Iniciativa para la Cuenca del Caribe
CCA	(Antiguo) Consejo de Cooperación Aduanera (actualmente OMA)
CCD	Comité de Comercio y Desarrollo
CCG	Consejo de Cooperación del Golfo
CCI	Cámara Internacional de Comercio

CCI	Centro de Comercio Internacional
CCM	Consejo del Comercio de Mercancías
CCMA	Comité de Comercio y Medio Ambiente
CCMA-SE	Comité de Comercio y Medio Ambiente en Sesión Extraordinaria
CDB	Convenio sobre la Diversidad Biológica
CE	Comunidades Europeas
CEAC	Comunidad Económica del África Central
CEACP	Comunidad de Estados de África, Caribe y Pacífico
CEACR	Comité de Expertos sobre la Aplicación de los Convenios y Recomendaciones
CEDEAO	Comunidad Económica de los Estados del África Occidental
CEE	Comunidad Económica Europea
CEI	Comunidad de Estados Independientes
CEMAC	Comunidad Económica y Monetaria de los Estados del África Central
CEP	Closer Economic Partnership
CEPAL	Comisión Económica de las Naciones Unidas para América Latina y el Caribe
CEPE	Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa
CIU	Clasificación Internacional Industrial Uniforme
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CIJ	Estatuto de la Corte Internacional de Justicia
CIPF	Convención Internacional de Protección Fitosanitaria
CIT	Conferencia Internacional del Trabajo
CITES	Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora
CMNUCC	Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático
CNC	Comité de Negociaciones Comerciales
CNUCD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (en inglés UNCTAD)
Cód.	Código
Col.	Colección
COMESA	Mercado Común del África Oriental y Meridional
CONVEMAR	Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar

CONVENCIÓN

DE VIENA	Convención de Viena sobre la Interpretación de los Tratados
Cp.	Compárese
CPA	Cambio de Partida Arancelaria
CPC	Clasificación Central de Productos de las Naciones Unidas
CRO	Comité de Normas de Origen
CRTA	Comité de los Acuerdos Comerciales Regionales
CSI	Confederación Sindical Internacional
CSPA	Cambio de Sub Partida Arancelaria
CTRO	Comité Técnico para las Reglas de Origen
CUCI	Clasificación Uniforme para el Comercio Internacional
D.C.	Después de Cristo
DDA	Doha Development Agenda
DDECT	Departamento de Desarrollo Económico, Comercio y Turismo
DEG	Derechos especiales de giro (FMI)
DET	Dispositivos para excluir a las tortugas
DFQF	Duty Free Quota Free
doc.	Documento
DPI	Derechos de Propiedad Intelectual
DVB	Definición de Valor de Bruselas de la Convención en Valoración de Bienes para Propósitos Aduaneros del año 1950
ECOSOC	Comité Económico y Social de Naciones Unidas
ed.	Edición / editorial / editor(a)
EE.UU.	Estados Unidos de América
EEB	Encefalopatía espongiforme bovina (llamada enfermedad de las “vacas locas”)
EEO	Espacio Económico Europeo
ej.	Ejemplo
EPA	Enhanced Partnership Agreement
EPC	Examen de las Políticas Comerciales
ESD	Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias
ESF	Entendimiento relativo a los compromisos en materia de servicios financieros
ESP	Equivalente en subvenciones al productor (agricultura)
etc.	Etcétera
EUROSTAT	Oficina Estadística de las Comunidades Europeas

FAO	Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación
FCES	Foro Consultivo Económico y Social (del MERCOSUR)
FDI	Foreign Direct Investment - Inversión extranjera directa (IED)
FIAI	Federación Internacional de Agencias de Inspección
FMI	Fondo Monetario Internacional
FTAAP	Acuerdo de Libre Comercio del Asia Pacífico
G20	Grupo de los Veinte
G7	Grupo de los siete principales países industrializados: Alemania, Canadá, Estados Unidos, Francia, Italia, Japón y Reino Unido
G77	Grupo de países en desarrollo (integrado inicialmente por 77 países y del que en la actualidad forman parte más de 130)
G8	G7 más Rusia
G90	Grupo de los Noventa
GATS	Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio
GBT	Grupo de Trabajo sobre Telecomunicaciones Básicas
GE	Grupo Especial
GNTB	Grupo de Negociación sobre Telecomunicaciones Básicas
GPE	Grupo Permanente de Expertos
GRUPO MACI	Grupo de las Medidas Ambientales y el Comercio Internacional
HBDD	Instrumentos Básicos y Documentos Diversos (serie publicada por la Secretaría del GAT)
I+D	Investigación y desarrollo
i.e.	<i>id est</i> (esto es)
Ídem	Lo mismo
ICITO	Comisión Interina de la Organización Internacional de Comercio
ICTSD	International Centre for Trade and Sustainable Development
IED	Inversión extranjera directa
IG	Indicación geográfica
IP	Inspección previa a la expedición
IPIC	Tratado de la OMPI sobre la Propiedad Intelectual respecto de los Circuitos Integrados
IEC	Comisión Electrotécnica Internacional
ISA	International Services Agreement

ISC	Iniciativa sobre la seguridad de los contenedores
ISI	Industrialización por Sustitución de Importaciones
ISO	Organización Internacional de Normalización
ISPS	Código Internacional sobre la Seguridad en Navas y Puertos
ITA	Acuerdo de la Tecnología de la Información (Information Technology Agreement)
ITE	Inspección previa a la expedición
LRIC	Long Run Incremental Cost - costes incrementales a largo plazo
MCCA	Mercado Común Centroamericano
MERCOSUR	Mercado Común del Sur
MEPC	Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales
MGA	Medida Global de la Ayuda (agricultura)
MIC	Medidas en materia de Inversiones Relacionadas con el Comercio
MSE	Mecanismo de salvaguardia especial
MSF	Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias
MSF	Medidas sanitarias y fitosanitarias
NAFTA	North American Free Trade Agreement - Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)
NAMA	Acceso a Mercado de Productos Agrícolas (Non Agricultural Market Access)
NCM	Negociaciones comerciales multilaterales
NMF	Nación más favorecida
NTB	Barreras No Comerciales
Núm.	Número
OA	Órgano de Apelación
OACI	Organización de Aviación Civil Internacional
OCDE	Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico
OEA	Organización de Estados Americanos
OEPC	Órgano de Examen de las Políticas Comerciales
OIC	Organización Internacional de Comercio
OIE	Organismo Internacional de Energía
OIE	Oficina Internacional de Epizootias
OIN	Organizaciones Internacionales de Normalización
OIT	Organización Internacional del Trabajo

OITP	Oficina Internacional de los Textiles y las Prendas de Vestir
OMA	Organización Mundial de Aduanas
OMC	Organización Mundial de Comercio
OMC	Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio
OMG	Organismos modificados genéticamente
OMI	Organización Marítima Internacional
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONG	Organización No Gubernamental
ONU	Organización de las Naciones Unidas
ONUDI	Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial
OSD	Órgano de Solución de Diferencias
OST	Órgano de Supervisión de los Textiles
OTC	Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio
OTC	Obstáculos técnicos al comercio
p.	Página
p. ej.	Por ejemplo
PAC	Política Agrícola Común
párr.	Párrafo
PBIP	Código Internacional para la Protección de los Buques y de las Instalaciones Portuarias
PC	Política Comercial
PCT	Tratado de Cooperación en Materia de Patentes
PDD	Programa de Doha para el Desarrollo
PE	Productos especiales
PI	Propiedad intelectual
PIB	Producto Interno Bruto
PLT	Tratado sobre el Derecho de Patentes
PMA	Países Menos Adelantados
PMP	Procesos y Métodos de Producción
PNB	Producto Nacional Bruto
PNUD	Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
PNUMA	Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente
pp.	Páginas
PTA	Acuerdo Comercial Preferente

PTLI	Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación
PYME	Pequeña y Mediana Empresa
RCEP	Acuerdo Regional de Asociación Económica Comprensiva
RICE	Red Internacional de Competencia Económica
RIN	Registro Central de Notificaciones
RO	Reglas de Origen
ROC	Reglamento de la Unión Europea sobre obstáculos al comercio
RSE	Responsabilidad Social Empresarial
S.	Siguiente
SA	Sistema Armonizado de Designación de Codificación de Mercancías
SAARC	Asociación del Asia Meridional para la Cooperación Regional
SACU	Unión Aduanera del África Meridional
SADC	Comunidad de Desarrollo del África Meridional
SAPTA	Zona de Comercio Preferencial de Asia Meridional
SDI	Sustitución de importaciones
SEDI	Secretaría Ejecutiva para el Desarrollo Integral
SELA	Sistema Económico Latinoamericano
SINUDEA	Programa Sistema Aduanero Automatizado (Automated System for Customs Data (ASYCUDA) en inglés)
SFS	Sanitarias y Fitosanitarias
SG	Acuerdo sobre Salvaguardias
SG	Medidas de salvaguardia
SGD	Sistema de Gestión de Documentos
SGP	Sistema Generalizado de Preferencias
SGPC	Sistema Global de Preferencias Comerciales entre Países en Desarrollo
SMC	Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias
SMC	Medidas compensatorias contra subvenciones
SMC	Sistema Multilateral de Comercio
SS.	Siguientes
T.	Tomo
TBI	Tratado Bilateral de Inversión
TED	Tratado Especial y Diferenciado (para los países en desarrollo y los países menos adelantados)
TER	Tecnologías ecológicamente racionales
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TLC	Tratado de Libre Comercio
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte
TLI	Trámite de licencias de importación
TLT	Tratado sobre el Derecho de Marcas
TN	Trato Nacional
TPA	Trade Promotion Authority
TPP	Acuerdo Estratégico Trans-Pacífico de Asociación Económica (Trans-Pacific Partnership)
TPRB	Trade Policy Review Body
TPRM	Trade Policy Review Mechanism
TRIMS	Agreement on Trade-Related Aspects of Investment Measures
TTIP	Transatlantic Trade and Investment Partnership
UE	Unión Europea
UEMAO	Unión Económica y Monetaria del África Occidental
UIT	Union Internacional de Telecomunicaciones
UNCTAD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo
UPOV	Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales
USTR	United States Trade Representative
v.	Ver
vol.	Volumen
WCT	Tratado de la OMPI sobre el Derecho de Autor
WPPT	Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas
ZZE	Zona Económica Exclusiva
US\$	Dólares de los Estados Unidos

TÍTULO I

CAPÍTULO I

Desarrollo histórico del comercio internacional

PATRICK LOW
MARINA MURINA

I. INTRODUCCIÓN

La economía mundial hoy está integrada globalmente. Con los avances en tecnologías de información, de transporte y la introducción de políticas económicas abiertas en la mayoría de los países, la distancia se ha reducido y las fronteras internacionales han perdido su relevancia. Los bienes y los servicios, los capitales y las tecnologías, y la mano de obra calificada y no calificada, fluyen con una libertad creciente en todo el mundo. Las economías y el comercio no se han convertido en *internacionales* de la noche a la mañana, pero aquellos que asocian el inicio de un sistema económico global con el surgimiento del capitalismo industrial occidental tienden a subestimar la importancia de los procesos antiguos y del intercambio medieval, cuando realmente los fundamentos y principios del comercio internacional estaban arraigados. Pasaron muchos siglos, incluso milenios, antes de que los mercados nacionales estuvieran completamente integrados y que los bienes y servicios fueran efectivamente explotados a escala mundial.

El sistema moderno de comercio internacional es consecuencia de los desarrollos económicos que han estado surgiendo desde hace mucho tiempo. Para entender qué tenemos hoy en día, y cómo el sistema ha evolucionado, es preciso unir el mundo contemporáneo con el inicio de la historia de la interacción humana. Ese es el propósito del presente capítulo.

II. COMERCIO EN LA ANTIGÜEDAD

El comercio es tan antiguo como la humanidad. El afamado economista internacional John Bell Condliffe indicó que

(...) escribir la historia de las relaciones económicas internacionales sería equivalente a escribir la historia de la civilización¹.

Cabe señalar que a pesar de que otros animales, particularmente los primates, también comparten la comida unos con otros, no hay evidencia arqueológica de intercambio de bienes sobre bases sistémicas en otras especies fuera del *Homo Sapiens*², especialmente en grandes distancias. A pesar de la existencia

1 CONDLIFFE, *The Commerce of Nations*, 1951, p. 4.

2 BERNSTEIN, *A Splendid Exchange: How Trade Shaped the World*, 2008, p. 8.

de relaciones comerciales entre pueblos durante la prehistoria, el inicio del comercio organizado es usualmente asociado con la revolución agrícola, que data alrededor de 10000 A.C.³. Esto fue cuando la diferenciación entre la agricultura y la crianza de ganado creó un estímulo para el comercio, que condujo a la especialización entre regiones con diferentes zonas climáticas y con recursos diversos.

Las primeras unidades organizadas de asentamientos humanos, los poblados, crecieron constantemente con el tiempo. Los primeros signos de urbanización surgieron hace 5000 años en el sur de Mesopotamia, Egipto y en noroeste de India. Este proceso potenció la evolución de las comunidades humanas y facilitó las relaciones comerciales, reforzando la especialización y la división del trabajo⁴. El comercio de bienes a larga distancia comenzó alrededor del año 3000 A.C.⁵, al conectar partes de los primeros sistemas interestatales de Mesopotamia y Egipto. Debido a los enormes costos de transporte, el comercio fue en su mayoría de bienes de alto valor. La gama limitada de artículos costosos y lujosos es un rasgo inconfundible del comercio primitivo.

Otra característica importante del comercio antiguo es que se basó en el trueque, esto es, un sencillo intercambio de productos. El proceso se complicó cuando el intercambio de productos aumentó, y generó una gran variedad de *precios* para un solo producto. El papel moneda no existía entonces y los metales fueron generalmente vistos como productos en lugar de medios de intercambio. Solo alrededor del año 2000 A.C., la plata comenzó a ser usada como lo que hoy en día llamamos *moneda*⁶. El surgimiento de un sistema monetario unificado y reconocido hizo una contribución importante para el desarrollo de las relaciones económicas internacionales. La plata facilitó mucho el comercio al crear un precio único para un producto determinado, con lo cual se pudo sustituir el complejo mecanismo de precios que existía hasta entonces.

Con el tiempo, la civilización se extendió de la región occidental de Mesopotamia a Grecia y Fenicia, con lo que se amplió también la geografía

3 CURTIN, *Cross-Cultural Trade in World History*, 1984, p. 60.

4 CHEW, en: GILLS y THOMPSON (ed.), *Globalization and Global History*, 2006, p. 173.

5 CHASE-DUNN, PASCIUTI, ALVAREZ y HALL, en: GILLS y THOMPSON (ed.), *Globalization and Global History*, 2006, p. 115.

6 BERNSTEIN, *A Splendid Exchange: How Trade Shaped the World*, 2008, p. 29.

del comercio interregional. Siguiendo la caída de las dinastías egipcias, los fenicios ganaron dominio en toda la región sobre el comercio del Mar Rojo y alrededor del año 1100 A.C. se convirtieron en una potencia comercial en toda la región del Oriente próximo⁷. La ubicación estratégica de Mesopotamia y Egipto les permitió conservar su supremacía en el comercio en el Mediterráneo oriental, durante muchos siglos. Comparado con las primeras formas de comercio de larga distancia que se realizaban a través de un gran número de distintos intermediarios y debido a su excepcional ubicación geográfica, el fenicio fue el primer pueblo en realizar directamente el comercio de larga distancia. Incluso después de la pérdida de su independencia y su integración al extenso territorio del Imperio de Alejandro Magno, las ciudades fenicias continuaron siendo los principales centros de comercio marítimo en la región mediterránea⁸.

La gran conquista de Alejandro Magno de los territorios de Grecia, Egipto y Asia occidental en el siglo IV A.C. fue otro hito en la historia del comercio mundial. La unificación de todas las regiones conquistadas bajo un solo imperio borró las fronteras existentes lo que, junto con el progreso tecnológico, contribuyó ampliamente a la apertura y expansión de la esfera del comercio de la antigüedad.

Los vínculos comerciales interregionales en el área del Mediterráneo siguieron expandiéndose y fortaleciendo durante el Imperio Romano. La estabilidad lograda por el Imperio y la seguridad en las rutas marítimas a través del Océano Índico facilitaron el comercio hacia el Este. Para el siglo primero de nuestra era ya existía un intenso comercio entre India y China, y los productos chinos eran subsecuentemente re-exportados al Imperio Romano mediante numerosos comerciantes indios, griegos y árabes.

Un desarrollo significativo durante los tiempos romanos fue el rol que comenzaron a desempeñar los gobiernos en el comercio interregional. Mediante el establecimiento de aduanas, el gobierno comenzó a imponer aranceles a los productos extranjeros y la renta obtenida era una de las mayores contribuciones al presupuesto imperial. Además, los romanos pusieron especial atención a la protección de comercio frente al robo y la piratería, lo mismo que al mejoramiento de la infraestructura. Esta política fue altamente

7 RENNSTICH, en: GILLS y THOMPSON (ed.), *Globalization and Global History*, 2006, p. 212.

8 CURTIN, *Cross-Cultural Trade in World History*, 1984, p. 76.

beneficiosa para el desarrollo comercial, por lo que ha sido caracterizada como “la más grande contribución de Roma al comercio”⁹.

Al empezar el primer milenio D.C., los sistemas estatales iniciales estuvieron cada vez más interconectados a través de transacciones económicas y la expansión geográfica del comercio interregional. A pesar de estas primeras tendencias de integración, Europa occidental permaneció aislada del comercio interregional hasta el inicio de la era cristiana¹⁰. Solo después, con la expansión de los imperios islámicos y mongólicos a través de vastos territorios euroasiáticos, Europa occidental se incorporó al sistema de comercio del Mundo Antiguo.

III. COMERCIO EN LA EDAD MEDIA (476-1500)

El siglo V D.C. estuvo marcado por el ocaso del Imperio Romano en Occidente, lo que causó un cambio gradual de la actividad comercial desde Roma a Constantinopla. Constantinopla se convirtió en la *Roma* del Oriente y en el eje más importante de Imperio Bizantino¹¹. Hasta la conquista árabe, la economía bizantina fue la más poderosa en el mundo, al controlar el comercio interregional que se extendió a través de casi toda Euroasia y el Norte de África.

En el siglo VII D.C., sin embargo, los triunfos militares árabes y el subsecuente establecimiento del imperio musulmán se reestructuraron los acuerdos políticos y económicos que habían prevalecido en el mundo y, como consecuencia, los patrones comerciales cambiaron completamente.

En esencia, los árabes restablecieron el equivalente de la *Pax Romana*, pero en una escala aún mayor¹². Por primera vez en la historia unieron el mundo Mediterráneo de Roma y los imperios antiguos con Mesopotamia e Irán¹³. El comercio y el intercambio se intensificaron en esas regiones, lo que se vio reforzado por el uso de un lenguaje común en la administración,

9 ISAACS, *International Trade: Tariff and Commercial Policies*, 1948, p. 20.

10 FINDLAY y O'ROURKE, *Power and Plenty: Trade, Wars and the World Economy in Second Millennium*, 2007, p. 47.

11 ISAACS, *International Trade: Tariff and Commercial Policies*, 1948, p. 21.

12 BERNSTEIN, *A Splendid Exchange: How Trade Shaped the World*, 2008, p. 75.

13 FINDLAY y O'ROURKE, *Power and Plenty: Trade, Wars and the World Economy in Second Millennium*, 2007, p. 48.

el derecho y el comercio¹⁴. La política económica musulmana fue esencialmente de libre comercio, con derechos aduaneros mínimos y con libre movimiento de mercancías, personas y capitales. Además, la reforma monetaria emprendida por los árabes reemplazó los sistemas monetarios anteriores con un estándar bimetálico unificado, lo que contribuyó a la homogeneidad del comercio interregional.

Otro gran impulso para la reorganización de la economía mundial en el siglo VII D.C. fue el surgimiento de la dinastía Tang en China. El gran poder Tang y su actitud liberal frente a los extranjeros abrieron nuevas posibilidades del comercio asiático¹⁵.

El aumento simultáneo del poder chino y árabe integró por primera vez el comercio a través de los Océanos Pacífico y Atlántico.

El Imperio Mongol, que arrebató el poder del régimen islámico, continuó con la tendencia hacia una mayor integración de diversas partes del mundo en un sistema económico singular. Cabe señalar que el período que se inició en el siglo XIII estuvo marcado por la continua integración de Europa Occidental al sistema económico mundial. Una de las características principales del progresivo crecimiento de las economías occidentales fue la existencia de las ciudades-estado italianas, siendo Venecia y Génova las principales. Geográficamente bien ubicadas, a menudo fueron intermediarias entre la próspera Europa Occidental y el mundo islámico, China y la *Pax Mongólica*. También sirvieron como una fuerza integradora a través del continente europeo, al unir los centros comerciales del norte y del sur de Europa. El norte de Europa, dominado por la asociación de pueblos alemanes, la Liga Hanseática devino en un centro de comercio interregional. Hansa controlaba el comercio dentro de vastos territorios, desde Novgorod hasta Londres. A lo largo de este eje, las materias primas y otros productos primarios del este fueron intercambiados por manufacturas occidentales. Por tanto, ya había surgido un claro patrón de especialización, que permitió consolidar la interdependencia entre distintas partes del continente europeo.

14 Por ejemplo, la palabra *arancel* usada en comercio hasta la actualidad, es árabe en su origen y originalmente significaba una definición, una notificación o una explicación. Además, palabras tales como *aduana*, *tránsito*, *riesgo* y *fondaco*, tienen su origen en lenguas orientales.

15 CURTIN, *Cross-Cultural Trade in World History*, 1984, p. 105.

En el periodo 1350-1500, las posiciones relativas de las regiones mundiales se alteraron de forma significativa. Europa occidental, que había sido un jugador menor en los márgenes del continente Euroasiático a principios del milenio, creó una economía muy productiva y diversificada y comenzó a ganar una posición de liderazgo como *centro* económico regional. Otras regiones se encontraron cada vez más en la periferia de un recién surgido orden económico internacional¹⁶. Esta tendencia persistió hasta el siguiente milenio.

IV. HISTORIA DEL COMERCIO DEL SIGLO XVI A PRINCIPIOS DEL SIGLO XX

El fin del siglo xv y principio del siglo xvi están marcados por el inicio de una serie de descubrimientos de nuevas tierras en África, América y el Océano Índico, dirigidas principalmente por exploradores ibéricos. Ello expandió de manera significativa el espacio geográfico y la diversidad de productos en el comercio internacional. A pesar de que el comercio continental en Europa y Asia todavía era mayor que el comercio entre océanos, lo que se logró en el período 1500-1650 fue crucial para el inicio de un verdadero sistema de comercio mundial¹⁷. En concreto, 1571 marcó el punto de inflexión en la historia del comercio internacional cuando se estableció Manila como eje del comercio español, al crear un vínculo directo entre el Nuevo Mundo de América y el Viejo Mundo (Asia en particular), estableciendo un mercado mundial coherente¹⁸.

El surgimiento de la supremacía holandesa en el comercio internacional, al reemplazar la portuguesa y la española, significó una contribución considerable al desarrollo del comercio intra e inter-continental. Con el establecimiento de las exitosas primeras sociedades anónimas y empresas mundiales, los holandeses dominaron el siglo xvii no solo en partes importantes del comercio oriental, sino también en el comercio triangular atlántico,

16 FINDLAY y O'ROURKE, *Power and Plenty: Trade, Wars and the World Economy in the Second Millennium*, 2007, p. 128.

17 Ídem, p. 187.

18 FLYNN y GIRALDEZ, en: GILLS y THOMPSON (ed.), *Globalization and Global History*, 2006, p. 235.

al conectar las manufacturas europeas, las sociedades de esclavos africanos y las plantaciones americanas en un sistema de comercio mundial integrado¹⁹.

El período comprendido entre mediados del siglo xvii y principios de siglo xix se distingue por la rivalidad comercial entre las potencias europeas en las tierras recién descubiertas en América, así como en Asia. Alrededor de 1650, Gran Bretaña fue ganando de manera paulatina un papel en el corazón de la red mundial de comercio, mientras que el poder holandés se disipaba. El fuerte enfoque británico en el comercio bilateral de larga distancia a través de los océanos y su creciente flota mercantil permitió a Gran Bretaña aprovechar su poderío sobre las colonias. El crecimiento de la población y las economías cada vez más diversificadas en Norteamérica generaron una fuerte demanda de exportaciones británicas, mientras que Gran Bretaña obtenía a cambio una amplia variedad de productos. En el siglo xviii, Gran Bretaña también se convirtió en una potencia comercial dominante en Asia, y en particular en los mares de la China, al apoderarse de los productivos negocios de los portugueses y los holandeses²⁰.

Al considerar la lucha por la influencia entre las principales potencias europeas, se concluye que las guerras comerciales se convirtieron en una característica de la época. A pesar de la supremacía de Gran Bretaña en el comercio internacional, Francia, España y los Países Bajos también lograron mantener su posición comercial dominante en varios lugares del mundo. Para retener su monopolio sobre el comercio en sus territorios coloniales en el extranjero, esos estados europeos utilizaron varios instrumentos de política comercial. Así, las tristemente célebres Actas de Navegación fueron utilizadas por Gran Bretaña –en contra de la supremacía holandesa– para asegurar que los productos que llegaban a la Gran Bretaña desde las colonias fueran enviados en embarcaciones nacionales o en embarcaciones del país desde donde se originaba la importación de mercancías. También fueron muy utilizados los aranceles de importación y las prohibiciones. Además de servir como herramientas económicas en las luchas comerciales, estos instrumentos ayudaron a incrementar el ingreso que se necesitaba para mantener y expandir las continuas guerras entre las potencias europeas.

19 RENNSTICH, en: GILLS y THOMPSON (ed.), *Globalization and Global History*, 2006, p. 215.

20 KLEIN, en: HOLTFRERICH (ed.), *Interactions in the World Economy: Perspectives from International Economic History*, 1989, p. 82.

Como resultado, durante el siglo XVIII y principios del siglo XIX, el sistema comercial internacional se volvió altamente proteccionista.

Las últimas décadas del siglo XVIII estuvieron marcadas por el inicio de la transformación de la economía mundial, conocida como la Revolución Industrial, que comenzó como un fenómeno británico, y de manera gradual se extendió alrededor de Europa y más tarde en la mayor parte del mundo.

La Revolución Industrial se convirtió en causa y motivo para la liberalización del comercio de dos maneras distintas. Primero, las innovaciones tecnológicas, en particular la invención de la máquina de vapor y el telégrafo redujeron las barreras físicas del comercio en términos del transporte y los costos de transacción. Esto amplió la geografía del comercio internacional y la variedad de productos comercializados a precios económicamente razonables²¹. Varios productos que antes no eran transables estuvieron disponibles a escala mundial, con lo que más países pudieron participar en el comercio internacional, contribuyendo a la formación de una economía global altamente diversificada y alimentando el proceso de integración del mercado mundial.

La industrialización provocó el incremento de excedentes de manufacturas, las que se comercializaron en el mercado nacional, el que normalmente no era una alternativa real debido al volumen insuficiente de demanda interna, en especial en países relativamente pequeños, como la Gran Bretaña. A mediados del siglo XIX, el esfuerzo de ampliar las oportunidades de mercado para productos de fabricación nacional, junto con la necesidad de proveer un mejor acceso al mercado a las importaciones de alimentos y materias primas, hizo del libre comercio la mejor política para Gran Bretaña²². Esta había aplicado la política sobre una base esencialmente unilateral, convencida de que, incluso sin compromisos equivalentes de sus socios comerciales, su economía se beneficiaría con el libre comercio²³. En la segunda mitad del siglo XIX, otros países europeos se movieron hacia la liberalización del comercio, en este caso a través de la negociación de Tratados de Libre Comercio. Uno

21 LANDES, en: HOLTFRERICH (ed.), *Interactions in the World Economy: Perspectives from International Economic History*, 1989, p. 158.

22 El año clave fue 1846, cuando la Gran Bretaña derogó las Leyes del Maíz (*Corn Laws*), las cuales tenían como objetivo proteger a los agricultores y aristócratas de las importaciones de maíz.

23 HOLTFRERICH, en: HOLTFRERICH (ed.), *Interactions in the World Economy: Perspectives from International Economic History*, 1989, p. 13.

de los éxitos más notables fue el Tratado Cobden–Chevalier firmado entre la Gran Bretaña y Francia en 1860, que básicamente –a pesar de que no todos los aranceles fueron eliminados– creó una zona de libre comercio entre los dos países²⁴. Además de la novedad de esta propuesta de política comercial, el acuerdo fue importante en la medida en que incluyó la cláusula de la Nación más Favorecida (NMF), la cual de forma automática transmite las preferencias otorgadas a socios comerciales con los que cualquiera de las partes tuviera tratados similares, lo que le dio un carácter multilateral al acuerdo bilateral. Este principio sirvió de base para muchos acuerdos negociados a partir de 1860, los cuales condujeron a reducciones sustanciales de las barreras comerciales en toda Europa²⁵. Además, la naturaleza no discriminatoria del principio NMF dio origen a un verdadero régimen multilateral de comercio, el que a pesar de haber sido dejado de lado y distorsionado por periodos en la historia posterior del comercio internacional, ha seguido siendo el principio fundamental del sistema de comercio multilateral actual.

En los años siguientes, el libre comercio se convirtió en una herramienta común en la expansión económica exterior, impuesta por las principales potencias europeas sobre sus posesiones coloniales o estados políticamente independientes, pero débiles²⁶. Así, a través de numerosos tratados de libre comercio y de amistad, tratados contra la esclavitud, y políticas de *puertas abiertas* introducidas en diversas partes del mundo, se dio un gran paso hacia la liberalización del comercio, no solo en el continente europeo sino en el mundo entero.

Cabe mencionar que los Estados Unidos y los países de Latinoamérica se mantuvieron fuera de la corriente de liberalización del comercio durante el siglo XIX. El deseo de apoyar a las industrias nacionales provocó fuertes presiones a favor del proteccionismo, y como resultado de ello los latinoamericanos introdujeron aranceles a la importación que permanecieron como los más altos en el mundo durante varias décadas en el siglo XIX²⁷.

24 HOEKMAN y KOSTECKI, *The Political Economy of the World Trading System. The WTO and Beyond*, 3^a. ed., 2009, p. 25.

25 OATLEY, *International Political Economy. Interests and Institutions in the Global Economy*, 3^a. ed., 2008, p. 2.

26 GALLAGHER y ROBINSON, *Economic History Review*, 1953, núm. 6, pp. 1 ss.

27 FINDLAY y O'ROURKE, *Power and Plenty: Trade, Wars and the World Economy in the Second Millennium* 2007, pp. 399 ss.

En general, un proceso que se había iniciado en las últimas décadas del siglo XVIII no tenía precedentes en su alcance y velocidad, por lo que a menudo se le ha llamado la *primera ola de la globalización*. Sin embargo, este fue interrumpido en el inicio del siglo XX por la crisis global y la Primera Guerra Mundial.

La conjunción del progreso tecnológico y la infraestructura política que habían liberado las fuerzas económicas provocó que las naciones de todo el mundo compitieran directamente entre sí. Como resultado, los precios de los bienes y los factores comenzaron a ser determinados por las condiciones de la oferta y la demanda a nivel mundial y no de los mercados nacionales, lo que tuvo vastos efectos en la asignación de recursos y la distribución de ingresos en todo el mundo.

Cabe destacar tres consecuencias de estos acontecimientos. La primera se refiere a la convergencia intercontinental del precio de las materias primas debido a su continua caída, integrando así los mercados mundiales. La segunda fue que la economía mundial se dividió claramente en países industriales y productores de materia prima: alrededor del 70% de las mercancías comercializadas en los mercados internacionales consistían en manufacturas producidas por las principales economías europeas, mientras que aproximadamente el mismo porcentaje de productos básicos provenían del resto del mundo²⁸. Por último, y debido a las tendencias de especialización, apareció una gran brecha en el desarrollo económico y por ende en el bienestar relativo, entre las diversas regiones del mundo. Por primera vez fue posible hablar sobre la división del mundo entre el Norte rico y el todavía relativamente subdesarrollado Sur.

A pesar de las evidentes ventajas de las políticas de mercado abierto del Occidente, las potencias europeas no lograron mantener por mucho tiempo su postura política de libre comercio, y a principios de 1870 una serie de guerras entre ellos y un creciente nacionalismo forzó a Europa continental a volver hacia una orientación proteccionista.

28 O'BRIEN, en: GILLS y THOMPSON (ed.), *Globalization and Global History*, 1989, p. 257.

V. HISTORIA MODERNA

I. LAS DOS GRANDES GUERRAS DEL SIGLO XX Y SUS REPERCUSIONES EN LA ECONOMÍA MUNDIAL

La Primera Guerra Mundial reforzó la creciente tendencia de los gobiernos de cerrar sus economías²⁹. No todos siguieron este camino, algunos incluso adoptaron políticas más abiertas que antes³⁰. Varias economías, como la de los Estados Unidos, Japón y los países europeos neutrales, aumentaron sus exportaciones de mercancías en tiempos de guerra (incluyendo alimentos y materias primas) a los principales beligerantes, manteniendo así el crecimiento económico. Sin embargo, los mercados internacionales de mercancías fueron devastados durante la guerra, con aumentos dramáticos de las barreras al transporte y una intervención sin precedentes del gobierno en sus economías. El volumen total del comercio mundial se redujo de forma drástica.

Las restricciones al comercio no desaparecieron con el fin de la Primera Guerra Mundial, a pesar de los esfuerzos de la recién establecida Liga de Naciones, que tenía entre sus objetivos el mantenimiento del sistema liberal de comercio internacional³¹. Las deudas internacionales, las indemnizaciones, la sobreproducción en algunos sectores económicos, el desempleo masivo en otros, la falta de cooperación internacional, y un sistema monetario y financiero inestable se combinaron para hacer de las políticas proteccionistas la norma y no la excepción. Como resultado, incluso Gran Bretaña, que había estado impulsando con fuerza la apertura comercial, adoptó políticas proteccionistas³². Altos aranceles, cuotas de importación y exportación, sistemas de concesión de licencias y acuerdos de compensación marcaron el fin del régimen de comercio multilateral que se había fomentado en las décadas precedentes³³. La tristemente célebre Ley Aduanera Smoot-Hawley,

29 HOLTFRERICH, en: HOLTFRERICH (ed.), *Interactions in the World Economy: Perspectives from International Economic History*, 1989, p. 14.

30 FINDLAY y O'ROURKE, *Power and Plenty: Trade, Wars and the World Economy in the Second Millennium*, 2007, p. 434.

31 Ídem, p. 443.

32 HABERLER, *The American Economic Review*, 1964, núm. 54 (2), Part 1 p. 6.

33 VAN DER WEE y BUYST, en: HOLTFRERICH (ed.), *Interactions in the World Economy: Perspectives from International Economic History*, 1989, p. 254.

establecida por el gobierno de los Estados Unidos en 1930, marcó el inicio de un declive sobre la confianza en el comercio internacional como motor de crecimiento económico y de prosperidad³⁴. La ley estableció el mayor aumento en impuestos en la historia del comercio internacional, al elevar el promedio de los aranceles de importación del 38% al 52%. Estas medidas provocaron represalias de los socios comerciales de los Estados Unidos, acabando con las esperanzas de que la cooperación internacional aliviaría la Gran Depresión. Gran Bretaña elevó los aranceles en 1932 y al mismo tiempo dio preferencias comerciales a los países de la Commonwealth a fin de aislarlos de la postura proteccionista³⁵. Francia hizo lo mismo con sus colonias, y otras potencias que no tenían colonias comenzaron a usar la fuerza para contar con ellas³⁶. La situación en el ámbito monetario también era desalentadora. El colapso del patrón oro provocó devaluaciones competitivas, agotando la liquidez internacional y cortó la disponibilidad de crédito y flujos de inversión³⁷.

A mediados de los años treinta, el mundo se había dividido en bloques comerciales discriminatorios, altamente proteccionistas. A pesar del gradual cambio en la política económica americana hacia el libre comercio —simbolizado por el Acta de Acuerdos Comerciales Recíprocos de 1934 que pretendió reducir los aranceles en 50% a cambio de compromisos equivalentes con sus socios— no hizo ninguna diferencia en el inexorable camino hacia un profundo conflicto mundial. La lucha política y el deterioro económico aseguraron el avance hacia la guerra. El establecimiento del régimen nazi en Alemania y el fascismo en Italia, y las ambiciones de los líderes de estos países para establecer un nuevo orden mundial hicieron inevitable el estallido del conflicto.

La Segunda Guerra Mundial fue elemento clave para el cambio fundamental en el orden económico mundial, lo que derivó en una continua tendencia de desviación del poder desde Europa occidental hacia los Estados Unidos. Las modestas pérdidas materiales durante la guerra, así como el aumento de la producción de maquinaria bélica, expandieron la economía

34 FISHLOW, en: HOLTFRERICH (ed.), *Interactions in the World Economy: Perspectives from International Economic History*, 1989, p. 314.

35 HOLTFRERICH, en: HOLTFRERICH (ed.), *Interactions in the World Economy: Perspectives from International Economic History*, 1989, pp. 14-15.

36 OATLEY, *International Political Economy. Interests and Institutions in the Global Economy*, 3ª. ed., 2008, p. 17.

37 LOW, *Trading Free: the GATT and U.S. Trade Policy*, 1993, p. 36.

de los Estados Unidos, al punto de que al momento del cese de hostilidades esta representaba más de la mitad de la producción industrial del mundo³⁸. Estados Unidos fue el único país implicado en la guerra que mantuvo no solo su condición económica en un nivel satisfactorio, sino que la mejoró. Las economías del resto del mundo estaban prácticamente arruinadas. Al final del conflicto bélico, los mercados internacionales eran inexistentes y el comercio internacional se había reducido de forma drástica por la convertibilidad de la moneda y las políticas proteccionistas empleadas por las principales economías durante la Gran Depresión y la guerra³⁹. La falta de divisas amenazó la capacidad de pago de los socios comerciales de los Estados Unidos para pagar las importaciones y se convirtió en una amenaza para la prosperidad económica de postguerra y para los exportadores estadounidenses⁴⁰. A fin de fomentar el comercio internacional y reconstruir la economía mundial, Estados Unidos abandonó su política de aislamiento, impulsó el libre comercio y la creación de instituciones multilaterales para reforzar la liberalización del comercio a nivel global.

A pesar de que la promoción del libre comercio era un elemento importante del interés nacional de Estados Unidos⁴¹, era ampliamente reconocido que el multilateralismo era vital tanto por razones comerciales, como porque la interdependencia entre los estados reduciría la probabilidad de otra guerra. En un discurso pronunciado en 1944, el director de la Oficina de Asuntos Económicos del Departamento de Estado de los Estados Unidos afirmó que

(...) Las naciones que son enemigos económicos es probable que no continúen siendo amigos políticos por mucho tiempo⁴².

Así, la restauración del sistema de comercio mundial se volvió un objetivo clave de la política exterior de los Estados Unidos durante la posguerra.

38 O'BRIEN y WILLIAMS, *Global Political Economy*, 3ª. ed., 2010, p. 119.

39 SACHS y WARNER, *Brookings Papers on Economic Activity*, 1995, núm. 1, p. 11.

40 COHN, *Governing Global Trade*, 2002, p. 37.

41 KINDLEBERGER, en: HOLTFRERICH (ed.), *Interactions in the World Economy: Perspectives from International Economic History*, 1989, p. 296.

42 Discurso de HARRY HAWKINS en: JACKSON, *World Trade and the Law of Gatt: a Legal Analysis of the General Agreement on Tariffs and Trade*, 1969, p. 38.

2. SUEÑOS INCUMPLIDOS DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE COMERCIO

El llamado para la cooperación multilateral estuvo *colgando de un hilo* no solo en los Estados Unidos. Los diseñadores de políticas en muchos países, en especial en Europa Occidental, reconocieron que un sistema económico mundial sostenible y próspero estaba íntimamente relacionado con la paz internacional. El recuerdo de las políticas para empobrecer al vecino y las guerras comerciales de los años anteriores dieron lugar a una presión sin precedentes por promover debates multilaterales encaminados a establecer un orden mundial estable⁴³.

La Conferencia de Bretton Woods de 1944 fue un hito en el establecimiento del orden internacional de la postguerra. Esta se destacó entre la serie de reuniones bilaterales⁴⁴ e internacionales que proclamaron la necesidad de crear mecanismos institucionales para el comercio, el capital y la cooperación en materia de seguridad, realizados durante y después de la guerra. La Conferencia presentó una Carta para el Fondo Monetario Internacional y el Banco Internacional para la Reconstrucción y Desarrollo (hoy Banco Mundial). Reconoció que estas instituciones debían ser complementadas con la creación de un tercer pilar de cooperación internacional para

(...) disminuir los obstáculos del comercio internacional y por otro lado para promover relaciones comerciales internacionales mutuamente favorables⁴⁵.

Estados Unidos tomó la primera iniciativa para elaborar propuestas para cada acuerdo multilateral, que sería llamado Organización Internacional de Comercio (OIC). En 1946, Estados Unidos llamó a una discusión multilateral sobre la OIC en el marco de la recién establecida Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Empleo. Un comité preparatorio fue designado para redactar la Carta de la OIC sobre la base de un documento elaborado por los Estados Unidos, llamado Carta Sugerida⁴⁶.

43 NARLIKAR, *International Trade and Developing Countries. Bargaining Coalitions in the GATT & WTO*, 2003, p. 34.

44 Ver Carta del Atlántico, elaborada por Gran Bretaña y los Estados Unidos en 1941.

45 Conferencia Monetaria y Financiera de las Naciones Unidas en: Jackson, *World Trade and the Law of Gatt: a Legal Analysis of the General Agreement on Tariffs and Trade*, 1969, p. 40.

46 Low, *Trading Free: the GATT and U.S. Trade Policy*, 1993, p. 38.

A partir de 1946 se realizaron cuatro conferencias preparatorias en Londres, Nueva York, Ginebra y La Habana para redactar una Carta para la OIC. Además de los debates sobre los temas que deben ser incluidos en la Carta como tal, la Conferencia de Londres ya había sugerido que el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT)⁴⁷ sería necesario para asegurar el valor de las concesiones arancelarias negociadas. Así, el GATT fue pensado para ser un acuerdo específico relacionado con acuerdos comerciales contenidos en el más amplio contexto institucional de la Carta de la OIC⁴⁸. Por lo tanto, se acordó que el GATT incluiría solo aquellos artículos que serían “normalmente encontrados en tratados comerciales”, por lo que se omitirían los temas relacionados con las políticas nacionales⁴⁹.

El 30 de octubre de 1947, en la reunión del comité preparatorio en el marco de la Conferencia de Ginebra fue creado el GATT, que entró oficialmente en vigor el primero de junio de 1948. El acuerdo fue concluido por un grupo de 23 países⁵⁰ que se comprometieron con reducciones arancelarias sustanciales, junto con un código de normas generales diseñadas para evitar que esas reducciones fueran socavadas por políticas restrictivas⁵¹.

Claramente, el GATT fue mucho menos ambicioso que la Carta de la OIC. Sin embargo, se decidió que el Acuerdo entrara en vigor antes de que concluyera el de la OIC, por al menos dos razones. En primer lugar, había preocupación de que si el GATT se retrasaba hasta que el de la OIC entrara en vigor, las políticas de libre comercio adoptadas podían ser objeto de oposición política en algunos países. Por lo tanto, el resultado de los compromisos arancelarios ya hechos durante la primera ronda de negociaciones (abril a octubre de 1947)⁵² necesitaba ser garantizado por medio del acuerdo legal

47 General Agreement on Tariffs and Trade.

48 JACKSON, *World Trade and the Law of GATT: a Legal Analysis of the General Agreement on Tariffs and Trade*, 1969, p. 43.

49 Ídem, pp. 43-44.

50 Los suscriptores originales del GATT fueron Australia, Bélgica, Brasil, Burma, Canadá, Ceylán, Chile, China (el gobierno de 1949), Cuba, Checoslovaquia, Francia, India, Líbano, Luxemburgo, Países Bajos, Nueva Zelanda, Noruega, Pakistán, Rhodesia del Sur, Siria, Sudáfrica, Reino Unido y Estados Unidos.

51 HUDEC, *Enforcing International Trade Law: the Evolution of the Modern GATT Legal System*, 1993, p. 3.

52 Los participantes de la primera Ronda de negociaciones arancelarias celebrada en Ginebra en 1947 concluyó unas 123 negociaciones, resultando en una reducción de 20 aranceles y agendas vinculantes, los cuales abarcaron alrededor de 45.000 concesiones arancelarias que afectaron 10 mil millones de dólares al comercio.

vinculante. En segundo lugar, Estados Unidos estaba preocupado por el hecho de que si el GATT no era firmado antes de junio de 1948, la facultad del presidente para negociar temas de comercio exterior otorgada por el Congreso expiraría, y los asuntos podrían complicarse⁵³.

Las negociaciones sobre la Organización Internacional de Comercio fueron formalmente concluidas en marzo de 1948 durante la Conferencia de La Habana; el Acta Final fue firmada refrendando el proyecto de la Carta de la OIC. Al mismo tiempo, fue establecida una Comisión Interina para proporcionar apoyo administrativo a la recién creada OIC, así como servicios de Secretaría para el GATT⁵⁴. En abril de 1949, las Partes Contratantes del GATT⁵⁵ se reunieron en Annecy, Francia, para una segunda ronda de negociaciones de aranceles. Las negociaciones produjeron cerca de 5.000 cambios en las concesiones arancelarias entre las partes, así como la adhesión de otros diez países al Acuerdo. También se programó una tercera ronda de negociaciones arancelarias en 1950.

Comparado con la dinámica del GATT, las perspectivas para la OIC no fueron tan prometedoras. A pesar del hecho de que la Carta de OIC había sido preparada para su ratificación en marzo de 1948, la mayoría de los gobiernos esperaban ver si Estados Unidos la ratificaba⁵⁶. En abril de 1949, el presidente Truman envió la Carta de OIC al Congreso para su aprobación, pero en ese momento el Congreso estaba ocupado con otros asuntos de relaciones exteriores. El resultado fue que, un año más tarde, el Comité de Asuntos Exteriores celebró audiencias sobre una resolución conjunta que se suponía debía autorizar la participación estadounidense en la OIC. El Comité nunca presentó la resolución y el asunto no llegó a la Sala de la Cámara de Representantes⁵⁷. En diciembre de 1950, durante la tercera ronda de negociaciones del GATT⁵⁸, el presidente de los Estados Unidos anunció que no tenía

53 LOW, *Trading Free: the GATT and U.S. Trade Policy*, 1993, p. 39.

54 JACKSON, *World Trade and the Law of Gatt: A Legal Analysis of the General Agreement on Tariffs and Trade*, 1969, pp. 49-50.

55 Desde que el GATT fue diseñado para ser solo un acuerdo comercial de los países que firmaron el GATT referidos como "Partes Contratantes (del Acuerdo)" en lugar de "Miembros".

56 LOW, *Trading Free: the GATT and U.S. Trade Policy*, 1993, p. 41.

57 DIEBOLD, *Essays in International Finance*, 1952, núm. 16, p. 6.

58 La tercera ronda de negociaciones se celebró en un pueblo inglés, Torquay, de septiembre de 1950 a abril de 1951. Durante las negociaciones, las partes contratantes intercambiaron aproximadamente 8.700 concesiones arancelarias, reduciendo en un 25%, 1.048 niveles arancelarios. Además, cuatro países más adhirieron al GATT.

la intención de volver a presentar la Carta para la consideración del Congreso. Fue así como, a finales de 1950, se hizo evidente que la idea para la creación de la OIC había sido abandonada por los Estados Unidos, haciendo prácticamente imposible la creación de un acuerdo multilateral mayor⁵⁹. Por tanto, la Organización Internacional de Comercio nunca se materializó.

Hay varias explicaciones acerca del por qué el Congreso estadounidense rechazó la Carta de OIC. En primer lugar y a pesar de que la Carta de la OIC se basaba en gran parte en una serie de Tratados bilaterales negociados bajo el Acta de Acuerdos Comerciales Recíprocos de 1934^[60], esta codificaba un conjunto mayor de normas y reglas diversas. En concreto, la Carta incluyó disposiciones sobre materias tan variadas como política de competencia, asuntos de empleo, directrices de inversión y reglas sobre desarrollo económico. Evidentemente, si se aprobaba, el Congreso estadounidense habría debido ceder muchas de sus facultades a una nueva institución internacional. Esto fue visto en muchos círculos como una inaceptable intromisión sobre la soberanía nacional⁶¹.

También se ha argumentado que los intereses proteccionistas contribuyeron a rechazar a la OIC⁶². Los redactores de la Carta de la OIC a menudo fueron generosos en acomodarla a las necesidades y límites que tenía cada uno de los gobiernos para llevar a cabo políticas de liberalización comercial, al grado de llevar a algunos a señalar que la Carta fue demasiado débil en el establecimiento de normas para un comercio libre real. Se consideraron numerosas excepciones y cláusulas de escape para preservar prácticas comerciales no deseables, por lo que muchos en el Congreso de los Estados Unidos y en la élite empresarial vieron la Carta como un paso hacia la restricción en lugar de la liberalización del comercio⁶³.

Otra de las razones del fracaso de la OIC estuvo relacionada con la estructura de la política mundial, que era completamente diferente en 1950 a

59 Ya para principios de 1951, varios gobiernos se habían retirado de la Carta pues sus parlamentos alegaron que no tenía sentido continuar con la discusión de la OIC, si los Estados Unidos no tenían intención de participar en ella, ver DIEBOLD, *Essays in International Finance*, 1952, núm. 16.

60 LOW, *Trading Free: The GATT and the U.S. Trade Policy*, 1993, p. 38; ver también BARTON, GOLDSTEIN, JOSLING y STEINBERG, *The Evolution of the Trade Regime*, 2006, pp. 34, 58.

61 COHN, *Governing Global Trade*, p. 13 y Diebold, *Essays in International Finance*, 1952, núm. 16, pp. 8-9.

62 LOW, *Trading Free: The GATT and the U.S. Trade Policy*, 1993, p. 42.

63 DIEBOLD, *Essays in International Finance*, 1952, núm. 16, p. 16.

la que había existido cuando la idea de la OIC fue concebida por los líderes norteamericanos. A finales de los años cuarenta y principios de los cincuenta, cuando la Guerra Fría entre el Mundo Occidental y los Estados comunistas se calentaba, la OIC ya no podía ser percibida como un esfuerzo global para mantener la paz mediante cooperación mutuamente beneficiosa⁶⁴. Además, el inicio de la Guerra Fría exigió la movilización de la economía norteamericana ante un posible conflicto bélico. Con esto en mente, los líderes norteamericanos no estuvieron dispuestos a ir más allá del régimen del GATT.

A pesar del fracaso para ratificar la Carta de la OIC, las Partes Contratantes del GATT hicieron un segundo esfuerzo en 1955 por establecer una organización formal de comercio y redactaron una Carta para la Organización de Cooperación Comercial⁶⁵. Una vez más, el Congreso de los Estados Unidos se negó a apoyar la creación de la organización multilateral de comercio. En 1956, fue evidente que no se establecería una institución formal de comercio, con lo que el GATT se convirtió en la columna vertebral del régimen internacional de comercio en los siguientes cuarenta años.

3. EL ACUERDO GENERAL DE ARANCELES ADUANEROS Y COMERCIO

A pesar de que la OIC había fallado, el GATT provenía legalmente de una resolución de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo en 1948, en la cual el Comité Interino de la Organización Internacional de Comercio (ICITO) fue designado para llevar a cabo ciertas funciones mientras la OIC era establecida⁶⁶. La Secretaría del ICITO cubrió las necesidades del GATT y Ginebra se convirtió *de facto* en su sede. El presidente formal del GATT era un Secretario Ejecutivo, cuyo título fue modificado posteriormente a Director General⁶⁷, el cual permanece hasta el día de hoy. Hasta 1960,

64 LOW, *Trading Free: The GATT and the U.S. Trade Policy*, 1993, p. 41.

65 JACKSON, *World Trade and the Law of GATT: a Legal Analysis of the General Agreement on Tariffs and Trade*, 1969, p. 51.

66 BARTON, GOLDSTEIN, JOSLING y STEINBERG, *The Evolution of the Trade Regime*, 2006, p. 42.

67 El primer Director General fue ERIC WYNDHAM WHITE, quien se desempeñó como presidente del GATT los primeros 20 años de su funcionamiento (1948-1968). Le siguieron OLIVIER LONG (1968-1980), ARTHUR DUNKEL (1980-1993), PETER SUTHERLAND (1993-1995), RENATO RUGGIERO (1995-1999), MIKE MOORE (1999-2002), SUPACHAI PANITCHPAKDI (2002-2005), PASCAL LAMY (2005-2013) y ROBERTO AZEVEDO (2013-).

los gobiernos administraban el Acuerdo General en reuniones periódicas, denominadas oficialmente *Sesiones de las Partes Contratantes*. Entre las reuniones, que se celebraban dos veces al año, la actividad del GATT era llevada a cabo por el Comité Intersesional. En 1960 se tomó la decisión de crear un Consejo Permanente de Representantes, que actuaría en nombre de las Partes Contratantes. Todos los gobiernos participantes se unieron al Consejo y se convirtieron en el brazo legislativo del GATT. Así, el Consejo de Representantes y la pequeña secretaría, cuyo número en 1960 era menor a 50 de personas, permitió al GATT convertirse en un foro internacional de tiempo completo para negociaciones comerciales⁶⁸.

En sus inicios, el GATT fue una especie de entrega anticipada de la Carta de la OIC, y abarcó aquellas disposiciones que cubrían política comercial⁶⁹. En esencia, el GATT estableció un mecanismo de negociación que permitió a los países ofrecer reducciones en sus propios aranceles a cambio de reducciones de otros gobiernos⁷⁰. Finalmente, todos los gobiernos participantes incorporaron sus compromisos específicos en *Listas de Concesiones*, obligándose de ese modo a no imponer aranceles por encima de los límites negociados. Para garantizar el valor de las concesiones arancelarias hechas durante las rondas de negociaciones arancelarias, el GATT contenía disposiciones que en general prohíben restricciones cuantitativas y otras medidas discriminatorias o restrictivas al comercio, tanto en la frontera como internamente⁷¹.

Las normas del GATT no obligaron a los gobiernos a eliminar el proteccionismo de manera inmediata. Aunque el propósito principal del GATT era fomentar la liberalización del comercio, los gobiernos gozaron de un enfoque flexible para lograr este objetivo. Primero, debían convertir todas las barreras comerciales en una forma fácilmente identificable —el arancel aduanero— y después estas serían reducidas por medios de negociación⁷².

La no discriminación fue un principio fundamental del sistema del GATT. Se manifestó a través del principio de la Nación más Favorecida, el cual se tomó prestado de acuerdos comerciales anteriores. A diferencia de

68 COHN, *Governing Global Trade*, 2002, p. 36.

69 DIEBOLD, *Essays in International Finance*, 1952, núm. 16, p. 27.

70 Como describimos antes, los mayores compromisos arancelarios fueron realizados en el contexto dentro de rondas de negociaciones entre los gobiernos participantes del GATT.

71 HUDEC, *Enforcing International Trade Law: The Evolution of the Modern GATT Legal System*, 1993, p. 5.

72 Ídem, p. 6.

muchos tratados previos que contienen la cláusula de la NMF, una característica distintiva del principio incorporado en el GATT fue su naturaleza *incondicional*, que quiere decir que cualquier derecho, impuesto, norma o formalidad relacionada con las importaciones y exportaciones definidas por una de las partes se extendería inmediatamente a todas las partes del GATT⁷³. En términos políticos, el principio de la NMF fue diseñado para asegurar la integridad del sistema, proporcionando derechos iguales a todas las partes, independientemente de su poder de negociación. Por tanto, el principio de NMF limita comportamientos arbitrarios y resultados políticamente sesgados al momento de competir por el acceso a los mercados⁷⁴.

La obligación de Trato Nacional, contenida en el artículo III GATT, fue otra cláusula importante pensada para garantizar el buen funcionamiento del principio de no discriminación. En concreto, esta prohíbe el uso de cualquier medida interna, ya sean impuestos u otros cargos internos, leyes, reglamentos o requisitos que proporcionarían ventajas a los productos nacionales sobre los extranjeros.

Para evitar posibles desequilibrios e ineficiencias económicas que podrían haber surgido como consecuencia de la liberalización unilateral, el sistema del GATT se fundamentó en el principio de reciprocidad. Este aseguró el equilibrio de los compromisos de acceso al mercado mediante la negociación de las partes. Es decir, si un socio comercial reduce sus aranceles a favor de las exportaciones de otro socio, el principio de reciprocidad garantiza que la parte liberalizadora ha recibido a cambio concesiones comerciales equivalentes.

La transparencia fue otro punto clave subyacente al sistema del GATT. En general prohibió la mayoría de las medidas no arancelarias y permitió los aranceles. Con ello, el GATT se aseguró de que si algún tipo de discriminación entre las partes llegaba a ocurrir, esta sería claramente visible y, por tanto, manejable.

Otra característica distintiva del sistema del GATT fue su estructura organizacional basada en la toma de decisiones por *consenso* en todos los niveles. A pesar de que las normas del GATT formalmente preveían la votación por mayoría sobre la base de *un país, un voto*, las decisiones de GATT fueron

73 Ver artículo I GATT.

74 Low, *Trading Free: The GATT and the U.S. Trade Policy*, 1993, p. 154.

hechas casi siempre bajo una regla *de facto*, cual era que ninguna decisión podría ser tomada sin consenso⁷⁵.

A pesar de que el principio de no discriminación estaba firmemente establecido en el sistema legal del GATT, los creadores de la institución buscaron mantener ciertas flexibilidades, ya que esto permitiría acomodar necesidades esenciales de sus participantes. Hubo desviaciones importantes al principio de no discriminación: se permitió a ciertas partes mantener preferencias comerciales existentes en la época, hubo libertad para discriminar en algunos programas de balanza de pagos, se consintió en discriminar por causa de seguridad nacional, y se autorizó a discriminar contra un número de prácticas comerciales consideradas distorsionadores del sistema de libre comercio, como son el *dumping*⁷⁶ y los subsidios⁷⁷.

Además de estas exenciones, las partes fueron autorizadas para hacer una excepción a la cláusula de NMF pilar del GATT mediante acuerdos comerciales preferenciales (PTA)⁷⁸, ya sean zonas de libre comercio o uniones aduaneras⁷⁹. Sin embargo, las normas relativas a la cobertura de productos (básicamente todos los productos), la profunda reducción de los aranceles preferenciales (cero arancel) y el mantenimiento del promedio de niveles arancelarios preexistentes en uniones aduaneras, fueron diseñados para asegurar que los países no signatarios de acuerdos comerciales preferenciales no sufrieran una discriminación excesiva. Algunos autores han argumentado que el diseño fue pensado para asegurar que el comercio entre Miembros PTA excedería la desviación del comercio de terceras partes; los venerables conceptos de creación y desviación del comercio todavía no habían sido formalizados. Casi desde la creación del GATT, un grupo de países de Europa occidental comenzaron a utilizar ampliamente esta excepción. En 1957, seis países europeos⁸⁰ formaron una Unión Aduanera, conocida formalmente

75 HUDEC, *Enforcing International Trade Law: The Evolution of the Modern GATT Legal System*, 1993, p. 8.

76 Ver Capítulo 12.

77 Ver Capítulo 17.

78 A pesar de que el GATT utiliza el término *Acuerdos Comerciales Regionales*, este capítulo utiliza el término *Acuerdo Comercial Preferencial*, en vista del hecho de que muchos de estos acuerdos ya no son negociados sobre una base regional.

79 Ver Capítulo 30.

80 Francia, Alemania Occidental, Bélgica, los Países Bajos, Luxemburgo e Italia.

como la Comunidad Económica Europea (CEE)⁸¹. Con el tiempo, el número de PTA se incrementó significativamente, generando discusiones sobre si la liberalización preferencial ayudó u obstaculizó el funcionamiento del sistema multilateral de comercio.

El GATT también excluyó ciertos sectores clave de sus disciplinas. La agricultura siempre fue de importancia crucial para la seguridad y el desarrollo y, por lo tanto, fue objeto de fuertes presiones en muchos países. El deseo de aumentar la protección en este sector se reflejó en las disciplinas del GATT, que eran mucho más flexibles para la agricultura que en un inicio. Los países industriales todavía mantienen relativamente altos niveles de protección en la agricultura, y esto ha sido una fuente de controversia en toda la vida del GATT y solo ha comenzado a ser abordado de manera sistemática a partir del establecimiento de la OMC, en 1995.

El comercio en textiles y prendas de vestir fue otro ejemplo de la excepción del principio de no discriminación del GATT. El tema surgió inicialmente con la adhesión japonesa al GATT, en 1955. Alegando que los productos japoneses abrumaron otros mercados, muchos países invocaron la no aplicación de las disposiciones del GATT a fin de aplicar restricciones ilegales del GATT a las importaciones japonesas. La situación se agravó más en 1956 cuando Estados Unidos obstaculizó políticamente la no aplicación de las disposiciones, y convenció a Japón de limitar sus exportaciones textiles y de prendas de vestir de manera voluntaria. Bajo la continua presión de los grupos nacionales, el presidente de los Estados Unidos llamó a un acuerdo multilateral de restricción al comercio y para 1961 este se había formalizado y extendido a otros países importadores y exportadores, incluidos Hong Kong, Pakistán e India. Este acuerdo se denominó *Acuerdo a Corto Plazo relativo al Comercio Internacional de Textiles*⁸², que se convirtió en un Acuerdo de largo plazo, al abarcar una red que involucra a 16 países y 60 categorías de productos. Los regímenes discriminatorios de textiles y prendas de vestir, contemplados en las versiones consecutivas del Acuerdo Multifibras (AMF), quedaron institucionalizados hasta la eliminación gradual de cuotas del AMF

81 En 1993, las Comunidades Económicas Europeas cambiaron su nombre al de Comunidad Europea y se convirtió en el primero de los tres pilares de la recién creada Unión Europea.

82 El Acuerdo fue negociado en el marco de la Quinta Ronda de Negociaciones del GATT (1960-1962) nombrada así en honor del Subsecretario de Estado de los Estados Unidos, DOUGLAS DILLON. La Ronda dio lugar a unas 4.400 concesiones arancelarias, abarcando \$4,9 mil millones de dólares de comercio.

en un período de 10 años contados a partir del establecimiento de la OMC, en 1995.

Estos rasgos de los primeros años del GATT fueron desalentadores para los países en desarrollo. Hasta que el equilibrio de poder entre los países industrializados y en desarrollo comenzó a modificarse lentamente los últimos años, el GATT fue considerado como un *club de hombres ricos*. En particular, si la Carta de la OIC se hubiera materializado, esta habría sido más receptiva a temas de desarrollo que si se hubiera conservado en el GATT⁸³. En consecuencia, durante los primeros años del GATT, los países en desarrollo no fueron participantes activos en el sistema global de comercio naciente. Cabe mencionar, sin embargo, que la falta de atención del GATT a temas de desarrollo fue solo uno de los factores que explicaron la participación limitada de los países en desarrollo. Otra cuestión fue que muchos de ellos todavía eran territorios coloniales. Además, la tendencia de continuar con políticas de industrialización por sustitución de importaciones (ISI), orientadas a la diversificación económica a través de la protección de las nacientes actividades industriales de la competencia en importaciones, eliminó cualquier interés en obligarse contractualmente a reducir barreras comerciales⁸⁴.

En 1958, el GATT publicó un informe sobre las Tendencias de Comercio Internacional⁸⁵ que analizó la situación económica que rodeaba a los países en desarrollo en el sistema de comercio mundial. El informe reconoció una brecha cada vez mayor entre los países desarrollados y subdesarrollados y señaló que muchos países en desarrollo sentían que

(...) las normas y convenciones que hoy se aplican a la política comercial y al comercio internacional muestran una falta de equilibrio favorable a sus intereses⁸⁶.

Los redactores del informe reconocieron que uno de los motivos principales de dicha insatisfacción eran las restricciones cuantitativas aplicadas amplia-

83 Ocho de los artículos de la Carta tratan temas de desarrollo, permitiendo a los países en desarrollo retirar concesiones arancelarias y utilizar restricciones cuantitativas, subsidios y acuerdos comerciales preferenciales.

84 COHN, *Governing Global Trade*, 2002, p. 49.

85 El informe es más ampliamente conocido como *Informe Haberler*, llamado así en honor del Profesor GOTTFRIED HABERLER, presidente del grupo de eminentes economistas responsable del estudio.

86 GATT, *Trends in International Trade. Report by a Panel of Experts ("Haberler Report")*, 1958, p. 123.

mente en productos agrícolas. El informe llamó a reducir el proteccionismo agrícola y los mecanismos desleales de apoyo a los precios en Europa Occidental y Norteamérica. También llamó la atención sobre los beneficios potenciales que los países en desarrollo podrían disfrutar adoptando un enfoque más abierto del comercio.

Los llamados para reformar el orden económico internacional se volvieron más pronunciados a principios de los sesenta, cuando muchos países en desarrollo, siguiendo las políticas ISI, comenzaron a tener problemas económicos, tales como la caída de crecimiento de las exportaciones, dependencia de importaciones de productos intermedios para la producción de bienes industriales, y un déficit creciente en la balanza de pagos. Incluso Raúl Prebisch, quien fue un firme defensor de las políticas ISI en los años cincuenta, comenzó a cuestionar la estrategia, al argumentar que

(...) la proliferación de industrias de todo tipo en un mercado cerrado ha privado a los países de América Latina de las ventajas de la especialización y de la economía de escala⁸⁷.

En consecuencia, muchos países en desarrollo comenzaron a reenfocarse hacia una política comercial más orientada al exterior, y el GATT se convirtió en el lugar en donde ellos podrían poner tales políticas en acción. A medida que el número de países en desarrollo que participaban en el GATT crecía, aumentó la presión para modificar las reglas de negociación que los países en desarrollo vieron como el mecanismo para el desarrollo de sus necesidades⁸⁸.

Los primeros signos de cambio aparentemente fueron en 1964, cuando tres artículos sobre *comercio y desarrollo* fueron adicionados al GATT, referidos como Parte IV. La Parte IV reconoció el rol del comercio en el desarrollo y la necesidad de un adecuado apoyo y acceso al mercado en nombre del desarrollo. Los países desarrollados afirmaron que ellos

(...) no esperaban reciprocidad en los compromisos hechos por ellos para reducir o eliminar aranceles y otras barreras al comercio de los partes contratantes menos desarrolladas⁸⁹.

87 PREBISCH, en: COHN (ed.), *Governing Global Trade*, 2002, p. 72.

88 LOW, *Trading Free: the GATT and U.S. Trade Policy*, 1993, p. 26.

89 Artículo XXXVI:8 GATT 1947.

La no reciprocidad significa que los países en desarrollo no estarían esperando hacer contribuciones inconsistentes con su desarrollo individual, financiero y comercial⁹⁰. A pesar del pro-desarrollo, la Parte IV no fue más que una serie de *mejores esfuerzos* del proyecto, que no proporcionó ni recursos legales ni protección contra una desviación del trato no discriminatorio en favor de desarrollo⁹¹.

Como los aranceles estaban en caída, en las rondas de negociaciones sucesivas los gobiernos comenzaron a buscar otras alternativas para controlar el comercio y proporcionar flexibilidad para proteger los mercados. Las medidas no arancelarias se convirtieron en un creciente foco de atención. Las medidas no arancelarias necesarias para fines de política pública o administrativa podrían, si no eran diseñadas, convertirse en barreras al comercio⁹². Este problema fue un punto importante en las negociaciones comerciales de la Ronda Tokio del GATT, celebrada de 1973 a 1979. Como resultado, seis acuerdos (códigos) de medidas no arancelarias fueron negociados en la Ronda. Estos abarcaron las barreras técnicas al comercio, la contratación pública, subsidios y derechos compensatorios, valuaciones aduaneras, procedimientos de licencias de importación y *antidumping*⁹³. Los códigos no prohíben el uso de medidas no arancelarias *per se*, pero limitan la posibilidad de su uso indebido con fines proteccionistas. Los códigos no fueron firmados por todas las partes y fueron no discriminatorios entre firmantes y no firmantes.

Además de la exclusión de los países en desarrollo de normas más estrictas sobre Barreras No Arancelarias (NTB), la negociación de la Ronda Tokio produjo cuatro Acuerdos *Marco*, tres de los cuales se centran especialmente en los derechos y las obligaciones de los países en desarrollo. El más importante de estos fue la Decisión sobre el Trato Diferenciado y Más Favorable, Reciprocidad y Mayor Participación de los Países en Desarrollo (también conocido como Cláusula de Habilidad)⁹⁴. Bajo la Cláusula de Habilidad, una protección legal específica fue prevista en el Sistema Generalizado de

90 KECK y LOW, en: *WTO Staff Working Paper ERSD-2004-03*, p. 4.

91 LOW, *Trading Free: The GATT and the U.S. Trade Policy*, 1993, p. 181.

92 Ídem, p. 179.

93 Ídem, p. 159.

94 Los otros tres Acuerdos Marco consisten en normas sobre el uso de restricciones comerciales por motivo de la balanza de pagos (Declaración sobre Medidas Comerciales adoptadas por motivos de Balanza de Pagos), la excepción de la industria naciente para países en desarrollo (Acción de

Preferencias (SGP)⁹⁵, para un tratamiento especial y diferenciado bajo los Códigos de la Ronda Tokio, para acuerdos regionales entre países en desarrollo y un tratamiento especial a favor de los países menos desarrollados. Una característica importante de la Cláusula de Habilitación fue la referente a la Graduación, que abarca la expectativa de que cuando los países comienzan a manifestar un avance significativo en su desarrollo, gradualmente serán excluidos del trato preferencial y

(...) participarían plenamente en el marco de los derechos y obligaciones derivados del Acuerdo General.

Esta disposición esencialmente no cuantificable ha dado lugar a un interminable debate en el GATT.

Al final de la Ronda de Tokio, los aranceles para productos industriales y agrícolas de los países industriales fueron reducidos de manera significativa, afectando alrededor de 27.000 líneas arancelarias y 75% de los aranceles consolidados. Además, en 1977 se alcanzó un acuerdo sobre la reducción de aranceles por la fórmula de peso propuesta por Suiza. Aunque algunos productos y países estaban exentos, la fórmula aseguraba la reducción proporcional de los aranceles más altos en vez de los inferiores, lo que disminuyó la discrepancia y el aumento de aranceles. Para noviembre de 1979, las partes contratantes del GATT intercambiaron reducciones arancelarias y vinculantes, las cuales abarcaban más de 300 mil millones de dólares de comercio.

4. LOS AÑOS ENTRE RONDAS: 1980-1986

Además de la tarea considerable de consolidar los resultados de la Ronda de Tokio, particularmente en el aspecto regulatorio, los años entre rondas estuvieron dominados por asuntos sin resolver de la ronda anterior, por lo que surgieron nuevos temas. En agricultura, el tema central seguía siendo

Salvaguardias por motivos de Desarrollo) y el Entendimiento Relativo a las Notificaciones, las Consultas, la Solución de Diferencias y la Vigilancia.

95 El GATT ha permitido a los países desarrollados restringir el alcance de la cláusula de la NMF para establecer preferencias arancelarias no recíprocas para países en desarrollo por medio de una renuncia de 10 años renovable. Esto se convirtió en una restricción permanente bajo la Cláusula de Habilitación.

la resistencia europea a la presión de los Estados Unidos y otros para hacer algo más sobre la apertura de los mercados agrícolas.

Las disposiciones de salvaguardias del GATT estaban bajo presión. Estas disposiciones permitieron a los gobiernos adoptar medidas provisionales contra el aumento de importaciones, si estas hacían daño o amenazaban con causarlo a la industria nacional. Tales acciones serían compensadas con oportunidades adicionales de acceso al mercado en otro lugar. En aras de evitar los impedimentos de estas reglas, los gobiernos han recurrido cada vez más a otras medidas como las restricciones *voluntarias* a la exportación, acuerdos ordenados de *marketing*, negocios industria-industria y acuerdos bilaterales de restricciones comerciales similares. Estos eran claramente discriminatorios y contrarios al GATT, pero su proliferación hizo difícil, para ellos, dirigirlos efectivamente a través de solución de diferencias. Tuvieron que ser negociados.

El AMF ha sido renovado por períodos sucesivos a lo largo de dos décadas y se volvió cada vez más evidente con el surgimiento de países en desarrollo que este acuerdo ya no era sostenible. El escenario se estaba preparando para la eliminación de este régimen restrictivo y discriminatorio, a pesar de que no fue logrado sino hasta 2005.

El sistema de comercio se enfrentó a una serie de *nuevos* temas que no habían sido cubiertos por el GATT. Entre esos estaban el comercio de servicios, los estándares mínimos laborales internacionales, asuntos de propiedad intelectual, aspectos de comercio de productos de alta tecnología, y medidas de inversión relacionadas con el comercio. También los países en vía de desarrollo estaban decepcionados con el ritmo del avance en las áreas de competencia tradicionales del GATT, pues consideraban que ahí estaban sus verdaderos intereses. Al diversificarse hacia nuevas áreas, los países industriales serían menos propensos a prestar atención a los temas pendientes y pensaron que la agenda estaba llena de negocios sin terminar.

Durante el período entre rondas, los países desarrollados continuaron las consultas sobre asuntos de comercio entre ellos y en el GATT y la OCDE. Una preocupación creciente fue el aumento del proteccionismo como respuesta a las difíciles condiciones económicas a principio de la década de los ochenta, cuando se tomaron medidas correctivas que llevaron a la recesión, con el objeto de limitar la inflación exponencial de los últimos años de la década de los setenta. La crisis de la deuda en los países en desarrollo también se volvió un factor clave de preocupación.

Contra este antecedente de continua preocupación política y económica, los países desarrollados comenzaron a presionar para una nueva ronda de negociaciones comerciales. La resistencia a la idea fue firme en ciertos países en desarrollo, encabezados por Brasil e India. Entre las razones de la reticencia estaban el argumento de que se necesitaba más tiempo para interiorizar el paquete de la Ronda de Tokio, el temor a que nuevos asuntos ocuparían la agenda y darían un pretexto para la protección, y estas nuevas demandas serían hechas por países en desarrollo para abrir más sus economías, y algunos de ellos estaban comprometidos a hacerlo de manera unilateral. Eventualmente se alcanzó un acuerdo en Punta del Este, Uruguay, para lanzar una nueva ronda de negociaciones.

5. DEL GATT A LA OMC: LA RONDA URUGUAY Y MÁS ALLÁ DE ESTA

La Ronda Uruguay y el nacimiento de la OMC son el punto de partida de muchos de los análisis que siguen en este volumen. La Ronda Uruguay no solucionó todos los problemas y retos que encontraron su camino en las negociaciones entabladas. Pero esto cambió la imagen del sistema multilateral de comercio.

La Ronda Uruguay y el nacimiento de la OMC son el punto de partida para gran parte del análisis que sigue en este volumen. La Ronda Uruguay no resolvió todos los problemas y retos que encontraron su camino en las negociaciones. Pero esto cambió la imagen del sistema multilateral de comercio.

La Ronda Uruguay produjo otro paquete de reducciones arancelarias, siguiendo el patrón los países desarrollados redujeron las tarifas de NMF aplicadas y los países en desarrollo aumentaron la cobertura de sus obligaciones (tarifas máximas legalmente vinculantes) y redujeron sus tarifas, pero no tocaron las tarifas de NMF aplicadas. El paquete de tarifas fue importante, desde que redujo los aranceles aplicados aproximadamente en un 40%. Sin embargo, la importancia de la reducción de tarifas de NMF ha sido erosionada en los últimos años por la explosión de acuerdos comerciales preferenciales que incorporan importantes reducciones arancelarias, así como por la realidad de que muchos países en desarrollo han continuado con la reducción de tarifas de NMF aplicadas de forma unilateral. Por otro lado, los logros del desmantelamiento del AMF y el inicio de la reducción de las barreras al comercio agrícola no deben ser subestimados.

Un mayor desarrollo que podría haber reducido el impacto de la reducción arancelaria, en la opinión pública fue el avance en los acuerdos de medidas no arancelarias, acordadas en la Ronda de Tokio y por la introducción de nuevos elementos, tales como el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias⁹⁶. Más importante aún, todas las nuevas áreas de regulación del comercio fueron introducidas por el Acuerdo General sobre Comercio de Servicios⁹⁷ y el Acuerdo sobre Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio⁹⁸. El sistema de solución de controversias también fue rediseñado y fortalecido de manera importante⁹⁹.

Por último, el alcance institucional de la Ronda Uruguay fue el establecimiento de un acuerdo de sustitución que absorbió y transfirió el GATT –la Organización Mundial del Comercio. El carácter legal provisional del GATT fue reemplazado por un acuerdo más sólido, con una atribución considerablemente más amplia que en el GATT.

La Ronda de Doha fue lanzada a la sombra de los ataques terroristas en los Estados Unidos a finales de 2001. El deseo de mostrar unidad y un propósito común puede haber llevado a los países a acordar una agenda que podrían haber encontrado de otra manera más complicada. Sea como sea, las propuestas sobre la mesa en materia de agricultura y manufacturas (NAMA) han sido de una u otra manera difíciles de digerir, después de más de una década de negociaciones. Las negociaciones sobre otros temas, incluido el comercio de servicios, facilidades para el comercio, subsidios pesqueros y varias normas de la OMC, también están pendientes. Falta ver cómo los gobiernos manejan el *impasse* en la OMC en los próximos meses y años. Los capítulos restantes de este libro darán luz sobre esta cuestión.

96 Ver Capítulo 9.

97 Ver Capítulo 19.

98 Ver Capítulo 22.

99 Ver Capítulo 24.

CAPÍTULO 2

Bases económicas del libre comercio

ALBERTO TREJOS

I. INTRODUCCIÓN

¿Por qué es el comercio tan importante y, a la vez, tan controversial? ¿Cuáles son las políticas que un país puede aplicar específicamente en relación con el comercio, y sus efectos más importantes? ¿De qué manera ayuda o perjudica el intercambio internacional al bienestar de las naciones? ¿Cuáles son sus consecuencias económicas, sociales y ambientales?

Responder estas preguntas es el propósito esencial de este capítulo, para poner en su debido contexto la importancia del tema de este libro: el Derecho internacional sobre comercio.

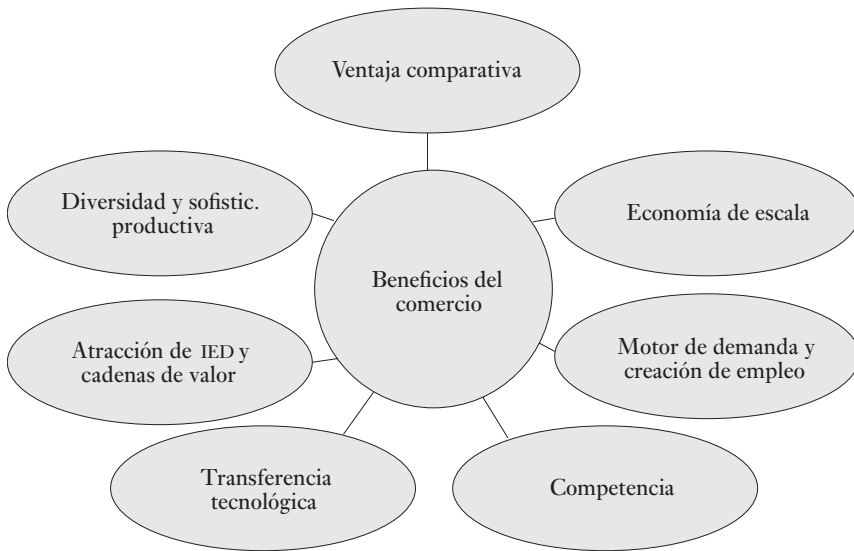
El capítulo está estructurado en dos partes: la primera trata sobre las principales razones, en teoría y en la práctica, por las que el comercio internacional puede ser beneficioso o perjudicial para el desempeño económico de una nación, y el bienestar de sus ciudadanos; la segunda se refiere a los instrumentos públicos ante el comercio y enumera el arsenal de herramientas con que cuenta el Estado para influenciar su comercio internacional.

II. ¿POR QUÉ COMERCIAN LOS PAÍSES?

I. LA TEORÍA Y LA PRÁCTICA

La principal razón por la que los pueblos y las naciones se benefician del comercio —y por la que los empresarios lo encuentran rentable— se relaciona con uno de los conceptos más antiguos y bien arraigados de la ciencia económica: la *ventaja comparativa*. Los países tienen diferencias entre sus capacidades productivas, que orientan el aparato productivo de cada uno hacia la especialización en ciertos bienes. El intercambio permite seguir esa orientación, y con ello la mayor eficiencia del uso de recursos productivos¹.

¹ La idea básica de la ventaja comparativa es tan antigua como la filosofía. Entre los intentos tempranos de articularla con precisión destacan las obras de ADAM SMITH del año 1776: SMITH, *Una investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones* y, especialmente, de DAVID RICARDO del año 1822: RICARDO, *An Essay on the Influence of a Low Price of Corn on the Profits of Stock*.



Más formalmente, la producción de cualquier bien o servicio utiliza factores productivos (el talento y esfuerzo de diversos tipos de trabajadores, distintas máquinas y herramientas, infraestructuras, varios recursos naturales) que, en general, tienen usos alternativos en la producción de otros bienes o servicios. Así, una unidad extra de una cosa tiene un *costo de oportunidad*, es decir, las unidades extra de otros bienes o servicios que podrían haberse producido en su lugar.

Como las condiciones productivas (geográficas, humanas, tecnológicas, etc.), y las dotaciones de factores productivos varían de país en país, es muy posible que dicho costo de oportunidad varíe según la localización. Hay una cierta eficiencia en producir cada cosa donde su costo de oportunidad sea menor.

Ejemplo: En mi finca en Guatemala puedo sembrar café o uvas; lo mismo en mi finca en Argentina. Por razones de topografía y humedad, en Guatemala puedo obtener cinco quintales de café en la misma tierra en la que podría extraer una tonelada de uva; en Argentina, puedo obtener solo medio quintal de café en una tierra que produciría una tonelada de uva. Es eficiente producir, entonces, en la medida de lo posible, todo mi café en Guatemala y toda mi uva en Argentina. Imaginemos que no, y que desvíe a la uva un lote de mi tierra guatemalteca, y al café un lote de mi tierra argentina. Supongamos que ambos lotes podrían usarse para producir dos toneladas de uva. En términos de uva, la producción no se afecta por

dicha desviación: en Guatemala produce dos toneladas de uva más que antes, y en Argentina dos toneladas menos. Pero la ineficiencia de esta desviación se revela en la cosecha de café, pues en Argentina solo obtuve un quintal, y dejé de producir diez quintales en Guatemala, con una pérdida neta de nueve.

El problema es que, en ausencia de comercio, especializarse de esta manera en la producción requiere también especializarse en el consumo, y las personas somos reticentes a ello porque nuestras necesidades y aspiraciones son diversas. Si comerciamos, podemos exportar parte de aquello en que nos especializamos e importar parte de aquello en que no lo hicimos y así obtener las ventajas de la especialización en la producción, sin sufrir las desventajas de especializarse en el consumo².

El menor costo de oportunidad en la producción de una cosa en relación con otra proviene, a menudo, de que en un país hay abundancia en la disponibilidad de un recurso productivo que es más importante en uno que en otro producto. El comercio resultante se vincula, entonces, con las diferencias en la *dotación de factores*. En otros casos, la diferencia en el costo de oportunidad se vincula con la tecnología, las condiciones naturales y otras características. En ambas situaciones el resultado es el mismo. Si hay que sacrificar menos unidades de B para producir una unidad de A aquí que en el extranjero, entonces la ventaja comparativa que se tiene aquí en A (o en el extranjero en B) hace que haya eficiencias asociadas con producir más A de lo que necesitamos. Así, venderemos una parte y utilizaremos dichos los recursos para comprar B. La misma idea, en la otra dirección, hace que el extranjero exporte B e importe A. El comercio así definido genera ganancias para ambas partes.

Todo país tiene ventaja comparativa en algunos productos, independientemente de sus condiciones. Supongamos que el costo de oportunidad de producir acero en Luxemburgo es de cuatro toneladas de trigo por cada tonelada de acero producida. Ese mismo costo de oportunidad en Congo será un número mayor o menor que cuatro. Si es menor, entonces las ventajas comparativas de Congo estarán en el acero; si es mayor, entonces el costo de oportunidad de la tonelada de trigo será

2 La especialización no va a ser completa, ni en la teoría ni en la realidad. Un país tendrá ventaja comparativa en muchos bienes y servicios. Además, el resultado –a la vez eficiente y esperable del mercado– será que se especialice al punto que importará aquellos bienes en que no tiene ventaja comparativa, pero no dejará de producir por completo algunos de ellos.

de $\frac{1}{4}$ de tonelada de acero en Luxemburgo, y menos de $\frac{1}{4}$ de tonelada en Congo, así que las ventajas comparativas de Congo estarán en el trigo.

Nótese que para la afirmación anterior no es necesario mencionar en cuál de los dos países es mayor la productividad de acero o de trigo. Es imaginable que las empresas luxemburguesas, por razones de competitividad y tecnología, sean capaces de producir más que las congoleñas por trabajador, o por dólar invertido, en ambos productos. Por otra parte, siendo el Congo tan grande y Luxemburgo tan pequeño, es claro que la producción potencial (o real) total de Congo sea superior en ambos productos. Pero ni el tamaño ni la productividad son directamente relevantes en esta cuestión: solo es el costo de oportunidad. Y si este es menor para un producto en uno de los países, tiene que ser, necesariamente, menor para el otro producto en el otro país.

Las capacidades de consumo para un país determinado serán mayores, por lo tanto, si se especializa de acuerdo con su ventaja comparativa y extrae las ganancias del comercio. Eso no significa que estará mejor que otro país; simplemente, que estará mejor que sí mismo si no comerciara.

¿Por qué dirigirían los empresarios sus recursos hacia la producción del bien en que se tiene ventaja comparativa? Porque es rentable hacerlo así. No es la conveniencia nacional, sino el afán de lucro lo que los orienta. Pero el sistema de precios, al comunicar eficazmente la escasez relativa y el costo de oportunidad de las distintas cosas, hará que la rentabilidad y la conveniencia coincidan. Si el precio relativo de un producto en términos de otro es mayor que su costo de oportunidad, es rentable reorientar recursos a producirlo. Puede argumentarse convincentemente que, en equilibrio en un mercado integrado, el precio relativo entre dos productos será intermedio entre los diversos costos de oportunidad entre ellos en diversos países. Por lo tanto, en cada país los empresarios tendrán incentivos individuales a reasignar recursos hacia el bien en que el país tiene ventaja comparativa.

Más allá de la posibilidad de explotar sus ventajas comparativas, países pequeños a veces encuentran beneficios del comercio a través de las economías de escala. ¿A qué nos referimos? Existen múltiples razones físicas, biológicas y tecnológicas para esperar que en muchos procesos de producción —y en especial en aquellos que involucran actividades muy repetitivas, grandes inversiones de entrada, o el manejo de materiales y energía en gran escala—, se dan rendimientos crecientes a escala: el costo por unidad producida es

menor cuanto mayor sea el volumen de producción. En esas circunstancias, es fácil imaginar que, en ausencia de comercio, los países con un mercado doméstico pequeño tengan que autoproverse de esos productos con escalas de operación pequeñas y, por ende, costosos e ineficientes.

Un mismo país puede beneficiarse del comercio en dos formas: (i) adquiriendo algunos de esos productos a costos más bajos de otros que los producen en gran escala y (ii) produciendo para el mercado internacional los productos que el mercado nacional no hubiera permitido alcanzar volúmenes eficientes de operación.

Un argumento conexo es el que se relaciona con la competencia. Cuando en un producto existen economías de escala u otras barreras de entrada que impiden que haya un número suficiente de productores, es común que el poder de mercado se concentre en unas pocas firmas, que extraigan para sí parte del excedente del consumidor, los que sufrirán las consecuencias de la ausencia de competencia. En esas circunstancias, la participación en el mercado local de oferentes externos puede suplir de la competencia necesaria para reducir los precios y permitir a los consumidores un mejor resultado, y a la sociedad una asignación más eficiente de los recursos.

Los argumentos mencionados antes (ventaja comparativa, economías de escala y competencia) son los más fáciles de modelar y argumentar de manera abstracta, y por lo tanto son así referidos en la literatura académica. La evidencia empírica que sostiene su validez en la vida real es abrumadora.

2. OTRAS RAZONES PRÁCTICAS

Hay razones adicionales por las que una economía se beneficia del comercio. La experiencia práctica sugiere que existen otros argumentos relevantes, que se resumen a continuación.

2.1. EL BALANCE DEL CRECIMIENTO Y LA ESTABILIDAD MACROECONÓMICA

El mundo sufre hoy las consecuencias de las crisis financieras y fiscales que sufrieron los países desarrollados al final de la primera década del milenio. Los descalabros fiscales, cambiarios e inflacionarios habían sido frecuentes en América Latina y otras partes del mundo en desarrollo; episodios que son muy costosos y dolorosos para las poblaciones involucradas. De hecho,

no en vano nos referimos a los años ochenta como la *década perdida* en América Latina.

Para evitar ese tipo de problemas, es importante que la política económica se conduzca con prudencia, en especial en lo que se refiere a las finanzas públicas, la emisión monetaria y la velocidad con la que se permite crecer la demanda doméstica.

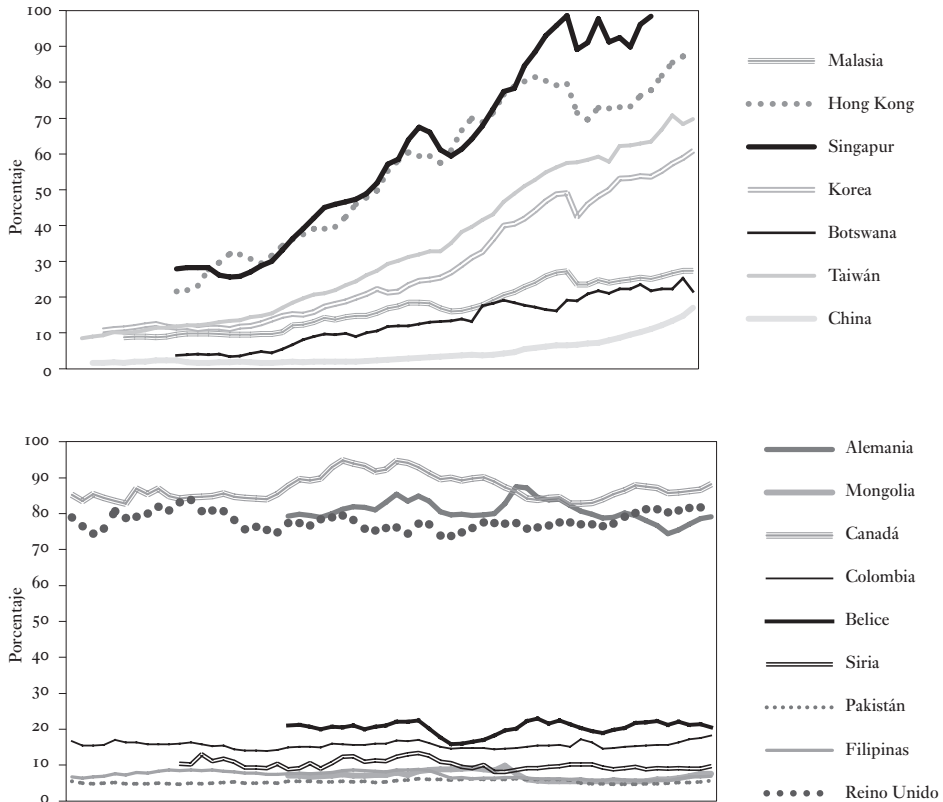
Una economía cerrada, en la cual la demanda interna crece demasiado rápido, será propensa a sobresaltos de tipo macroeconómico. Si se quiere evitar volatilidades y crisis financieras y se abstiene del comercio internacional, la consecuencia será que limitará la velocidad a la que puede crecer. Lo mismo no es cierto para una economía abierta, que comercia ávidamente, pues esta podrá aspirar a tener la estabilidad que viene de mantener la demanda interna bajo control, a la vez que las exportaciones crecen a una tasa más alta, permitiéndole a la producción total (que se divide entre exportaciones y demanda interna) a crecer también a una tasa más acelerada.

Aun cuando no hay consenso en la literatura académica, la relación empírica entre el comercio y el crecimiento económico es muy fuerte. Las razones son complejas, y se asocian con los incentivos a la acumulación de recursos, la transferencia tecnológica y la dinámica del mercado en economías más abiertas, que las ayuda a crecer más. En particular, el comercio parece ser particularmente importante en aquellos pocos países que han logrado dar un salto importante en la posición relativa de su ingreso por habitante. Los gráficos 1 y 2 ayudan a ilustrar este punto, pues muestran el ingreso por habitante (como proporción del ingreso por habitante de los EE.UU.) para un conjunto de países, para 1950–2008^[3]. La gran mayoría de los países del mundo se comportan de manera semejante a la muestra en el gráfico 1: crecen a lo largo de este período, pero no más ni menos que los demás, y se agrupan en dos conjuntos: uno de naciones desarrolladas, con 70% o más del ingreso del país más rico, y otro de naciones en diversos grados de subdesarrollo, con 30% o menos. Muy pocos países están en el medio; entre ellos, destacan aquellos casos de éxito como los mostrados en el gráfico 2, que crecen a tasa significativamente más rápida que los demás y pasan, en

3 Penn World Tables. Esto implica que se realizan modificaciones para que los datos de diversos países correspondan a una misma metodología, y que la unidad de medida es el ingreso corregido por Paridad de Poder de Compra (PPP), por lo que diferencias en el valor de la moneda no sesgan la comparación. Disponible en http://pwt.econ.upenn.edu/php_site/pwt_index.php.

poco tiempo, del segundo al primer conjunto. Una de las características principales que se pueden asociar con esos países exitosos es que tienden a ser participantes muy activos del comercio internacional.

EL DESEMPEÑO ECONÓMICO DE LAS NACIONES
EN LOS ÚLTIMOS 60 AÑOS



2.2. INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA, CADENAS DE VALOR Y TRANSFERENCIA TECNOLÓGICA

La inversión extranjera directa ocurre cuando una empresa establece una operación productiva en un país que no es su domicilio o base principal. Hay muchas razones por las que podría hacer eso (para vender en ese país, para alcanzar un recurso nacional específico, para aprovechar el menor costo de un factor productivo), pero a menudo la principal razón es que la empresa

cree que hay eficiencias en utilizar este país como punto de exportación de ciertos productos para ciertos mercados. Cuando esa es la razón, el comercio está íntimamente ligado a la inversión. En esos casos tiende a haber ciertas ganancias para el país receptor de la inversión —y también para el país emisor, lo que no es tan relevante para nuestros propósitos— vinculados con la transferencia tecnológica, al aprendizaje y adquisición de habilidades y experiencias que por parte de sus trabajadores y las contrapartes locales. Si en el país potencialmente receptor de la inversión es difícil o caro exportar —o importar los insumos que requiera esta empresa para producir—, entonces la inversión y sus beneficios, no se producirán.

Cuando el comercio se asocia con la inversión extranjera directa, permite la participación de la producción nacional en cadenas globales de valor competitivas. El concepto de cadena de valor se refiere a la tendencia en la industria manufacturera de separar procesos productivos que históricamente habían estado integrados (como por ejemplo la producción de las diversas partes de un mismo producto terminado), creando espacio para ciertas empresas con capacidades especiales en alguno de estos procesos para especializarse en él, y convertirse en un proveedor global altamente competitivo del mismo. Los niveles de productividad y rentabilidad, y la calidad del empleo, que se pueden asociar con este tipo de fenómeno, son muy atractivos.

2.3. SOFISTICACIÓN Y DIVERSIFICACIÓN

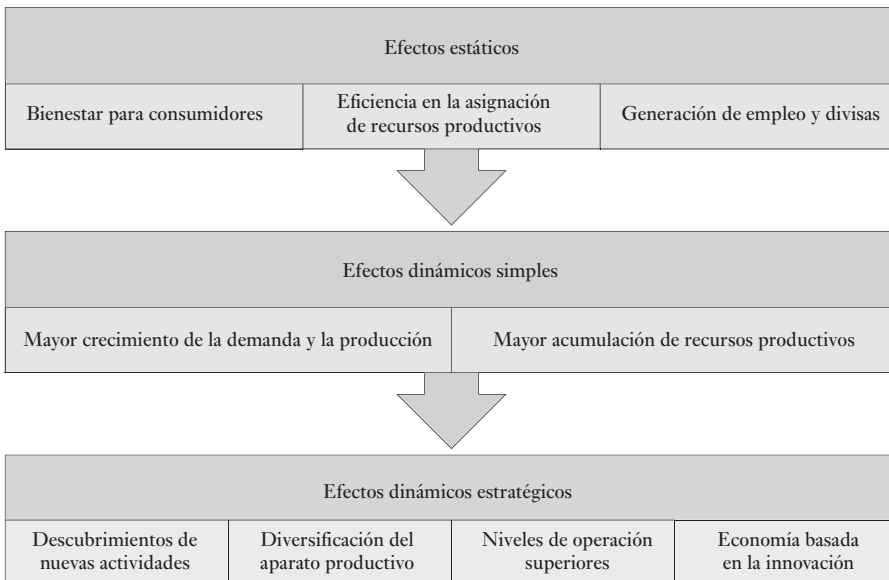
En países pequeños con una tradición de ser economías muy cerradas, es frecuente que su comercio esté concentrado en unas pocas cosas. Al imponer enormes barreras (logísticas, fiscales y administrativas) al comercio, solo una parte muy pequeña de sus productos tienen una ventaja comparativa tan manifiesta que logran ser comerciados, superando dichas barreras⁴. Además, ventajas comparativas tan marcadas tienden a ocurrir por razones climáticas

4 Imaginémos que las empresas de un país, en una determinada actividad fabril, pueden realizar su proceso de fabricación muy eficientemente, utilizando 25% menos insumos que cualquier otro competidor mundial. Esto significa que normalmente el país tendría ventajas comparativas en esa actividad, en la que sería exportador neto. Sin embargo, en el país se cobra por esos insumos 100% de arancel. Al ver el efecto neto de esta ventaja real en productividad y esta desventaja financiera en condiciones fiscales, la producción de las empresas locales es 50% más cara en insumos que la de los competidores extranjeros, y las exportaciones no se materializan. Cuando una economía

o geológicas (factores en los que hay enormes contrastes entre naciones), con lo cual esos pocos productos tienden a ser, además, relativamente no muy sofisticados en términos de la tecnología y el capital humano utilizados en su producción. Quizás el país tenga ventajas comparativas potenciales en muchas otras actividades, pero estas no lograrán materializarse por la política comercial. Por tanto, permitir el comercio no solo generará los beneficios enumerados precedentemente, sino que, además, permitirá que esa multiplicidad de productos con ventajas comparativas reales –pero no tan extremas– devenga también en productos de exportación.

De lo anterior se puede concluir que hay una serie de beneficios al comerciar y que en el sistema de mercado, en ausencia de distorsiones e intervención pública, el empresario tendrá los incentivos necesarios para realizar ese comercio y generar esos frutos. Pero las distorsiones se dan. De hecho, existe mucha intervención pública en el comercio, utilizando los instrumentos que se describen en la próxima sección.

BENEFICIOS DE UNA ESTRATEGIA DE POLÍTICA COMERCIAL QUE LLEVE A UN COMERCIO ABUNDANTE Y CON BAJAS BARRERAS Y RESTRICCIONES



es muy cerrada (aranceles muy altos, por ejemplo) serán muy pocas las actividades que logren sobreponerse a esa desventaja, y las exportaciones estarán muy concentradas en pocos productos.

3. ALGUNAS RAZONES PARA LA PROTECCIÓN COMERCIAL

Más allá de los beneficios del comercio, existen algunas razones por las que un país puede escoger mantenerse más cerrado al comercio, al menos en relación a algunos productos en particular. Se ha abusado de estos argumentos en el pasado —pues nunca faltan empresas que ganan con mercados aislados de la competencia internacional— pero aun así merecen una enumeración, aunque no sea exhaustiva.

3.1. INDUSTRIA NACIENTE

En algunas actividades, las empresas adquieren productividad rápidamente conforme acumulan experiencia. En esos casos, una empresa doméstica que podría llegar a ser competitiva y exportadora a largo plazo (y con ello no necesitar que le protejan su mercado doméstico para subsistir) quizás no pueda empezar ese proceso, porque en su etapa inicial no cuenta con la experiencia ni la productividad necesaria para poder competir con un proveedor internacional. En tales casos, si se impide transitoriamente la importación —mientras las empresas locales adquieren experiencia— se puede desarrollar un sector que, eventualmente, no necesitará de esa protección.

3.2. INDEPENDENCIA Y SEGURIDAD NACIONAL

En algunas actividades, la productividad puede no ser el único factor para determinar si un producto debe ser producido localmente o importado. Por ejemplo, un país preocupado por una eventual guerra podría preferir producir su propio armamento, o su propia energía, aun cuando sepa que otros pueden hacerlo más eficientemente, porque en condiciones de guerra no podría importar los pertrechos necesarios.

3.3. TEMAS FISCALES

Algunas de las barreras más comunes al comercio, como veremos en la próxima sección, son impuestos que generan un ingreso al Estado. En algunos países, la capacidad administrativa para cobrar otros tributos puede ser muy limitada; de hecho, hay países que no cuentan con un sistema de impuestos internos. Asimismo, puede que haya productos importados que

se desee gravar especialmente, por razones distributivas, o de distorsiones de mercado; típicamente, los bienes calificados de suntuarios. También puede ser eficiente y sustituto de la competencia, el gravar con un arancel las ganancias extraordinarias de un proveedor con poder monopólico.

III: INSTRUMENTOS DE POLÍTICA PÚBLICA QUE AFECTAN EL COMERCIO INTERNACIONAL

El tema de este libro es la política comercial, y la naturaleza de los acuerdos internacionales existentes mediante los cuales los países condicionan recíprocamente el uso de las medidas de política comercial. Procede ahora enumerar las maneras como el gobierno puede realizar estas políticas y afectar con ello el resultado del comercio.

I. ARANCELES

El instrumento de política comercial por excelencia es el cobro de impuestos en aduanas a los productos extranjeros⁵. Se les llama aranceles, y se cobran en diversos lugares y adquieren variadas formas, siendo la más común el arancel *ad valorem* (el impuesto es un determinado porcentaje del valor de la importación) o el arancel fijo (se cobra como impuesto un determinado monto por unidad del producto importado).

En algunos lugares, en especial en economías muy pobres, el principal propósito del arancel es simplemente su aporte fiscal: es un impuesto más, y además uno fácil de cobrar, que recauda la tesorería del Estado. Pero en la mayoría de las naciones ese no es el caso, pues el peso de la recaudación arancelaria en la recaudación total del fisco es relativamente bajo, y su propósito central es otro: afectar el precio de los productos importados con respecto a los domésticos.

5 En muchos países, las aduanas son un punto importante de recaudación de impuestos que no son aranceles. Por ejemplo, en países donde existe un impuesto de ventas, es común que una parte de ese tributo se cobre por adelantado en la aduana. Sin embargo, ese impuesto no es un arancel, y no constituye un instrumento de política comercial, porque si el mismo producto fuera producido domésticamente también estaría gravado. Un arancel es un impuesto que afecta únicamente al producto importado.

Al volver el producto importado más caro, el arancel tiene un efecto de “proteger” al productor doméstico de la competencia, pues este puede vender en el mercado doméstico a un precio que incluirá el arancel. La empresa que tal vez no puede competir con el costo de su rival extranjero en el mercado internacional, sí podrá competir si ese costo es inflado por el arancel. Esa es la razón por la que es tan difícil la discusión arancelaria en algunas ocasiones: algunas empresas simplemente no podrían sobrevivir a la competencia si no les protegiera el arancel.

Por lo anterior, el arancel distorsiona la asignación de recursos de la sociedad, permitiendo que se produzcan bienes donde no hay ventajas comparativas, e impidiendo producir otros donde sí las hay. Esta distorsión causa dos pérdidas importantes: una ineficiencia productiva y una ineficiencia en el consumo. La ineficiencia productiva es la que ya hemos referido, en el sentido de que los empresarios escogerán qué y cuánto producir respondiendo a precios que no reflejan realmente el costo de oportunidad de las cosas. Percibirán como artificialmente valioso (y producirán más) el bien en que no se tiene ventaja comparativa (y cuyo precio está inflado por el arancel), mientras que percibirán como artificialmente abundante y barato (y producirán menos) el bien en que sí se tiene ventaja comparativa (cuyo precio no se afecta por los aranceles, porque es un producto exportable, no importado). La ineficiencia en el consumo estará vinculada a que el consumidor asignará su presupuesto de compras a diversos rubros de manera incorrecta, pues reorientará su consumo del producto importado al exportable.

2. OTROS IMPUESTOS O SUBSIDIOS

Al igual que un producto importado puede pagar un arancel o impuesto de entrada al ingresar al territorio nacional, de la misma manera un exportado puede pagarlo al salir. Ese tipo de impuesto es común en algunos países donde la exportación de un producto en particular pesa mucho en la economía como un todo, o donde refleja utilidades anormalmente altas o el uso intensivo de un recurso natural escaso. Los impuestos a las exportaciones generan un incentivo que también distorsionan la economía de una forma bastante análoga al impacto de un arancel a las importaciones.

El gobierno puede optar por subsidiar una importación o exportación, transfiriendo dinero a la empresa que la realiza en vez de cobrarle un impuesto. Los subsidios a las exportaciones son comunes, sobre todo para los

productos agrícolas de ciertos países, y son objeto de controversia y negociación en la Ronda Doha. Estos subsidios también crean una distorsión que cambia ineficientemente la asignación de equilibrio de recursos en el mercado, de manera análoga pero en dirección opuesta a la de un arancel.

3. CUOTAS Y AFINES

Llamamos cuota a un límite cuantitativo del monto que se puede importar de un determinado producto, prohibiendo la entrada a cualquier precio de un monto adicional. Si la cuota es relevante (eso es, si pone un límite inferior al monto que el mercado iba a importar naturalmente) su efecto es similar al del arancel: el producto se hace más escaso y por lo tanto más caro, con la consiguiente protección al productor nacional, y distorsión al mensaje que conducen los precios. De hecho, para cada tamaño de cuota existe una tasa de arancel equivalente, que generaría exactamente el mismo efecto. La diferencia está en que cuando el precio internacional del producto varía, el volumen importado bajo el arancel también cambia, mientras que el tamaño de la cuota se mantiene igual.

3.1. ARANCEL-CUOTA

Es común además que existan combinaciones cuota-arancel, que especifican que las primeras unidades de un producto, hasta cierto monto, pagan una tasa de arancel menor, y conforme se van superando determinados montos las tasas de arancel a aplicar, van subiendo.

3.2. RESTRICCIONES A LAS EXPORTACIONES

En algunos casos, el gobierno puede poner un límite a las exportaciones, análogo a una cuota. Esto puede hacerse por razones estratégicas (preventivamente si se cree que el gobierno del país importador puede poner un arancel o cuota aun más estricta), o para evitar que un producto escasee en el mercado local. Más importante, en el caso de gobiernos que tienen una participación elevada en la oferta global de un producto, y sobre todo si la elasticidad de la demanda por este es muy baja, esta restricción puede actuar como una manera de subir el precio del producto en el mercado internacional.

4. BARRERAS NO ARANCELARIAS

Existen muchas funciones del Estado que le obligan a aplicar ciertos procedimientos e inspecciones, o requerir ciertas pruebas y documentación, a los productos en las aduanas. Por ejemplo, es obligación del Estado verificar que todos los bienes alimenticios en el país cumplen con reglas de inocuidad y calidad, y tienen etiquetados adecuados. Si bien esas verificaciones pueden ocurrir en fábrica en el caso de los productos elaborados domésticamente, tienen que ocurrir en aduana en el caso de los que vienen del exterior. Otras normas técnicas, reglas de calidad, precauciones sanitarias y fitosanitarias, reglas de defensa del consumidor, registros para productos peligrosos, y muchos otros, también requieren aplicación en aduanas.

La simple aplicación de estas reglas y procedimientos, aun cuando encarezca o retrase el comercio, no constituye política comercial. Pero en algunas ocasiones, los procedimientos son excesivos o innecesarios, o se diseñan en formas que les hacen más onerosos, prolongados o difíciles de cumplir, con el único propósito de reducir o eliminar las importaciones resultantes. Sus objetivos son simplemente comerciales.

5. ACUERDOS COMERCIALES REGIONALES

En los últimos años, se ha generalizado la negociación y ratificación de acuerdos internacionales que vinculan a dos o más países en relación con su política comercial. Por lo general, el propósito de estos acuerdos es que las partes se den recíprocamente acceso preferencial de mercados, promoviendo un mayor volumen de comercio. Acuerdan que todos los instrumentos mencionados en esta sección se apliquen de manera diferente entre las partes que en relación con otros países.

CONTENIDO DE UN ACUERDO COMERCIAL

Compromiso de reducir en cierto plazo y forma barreras específicas al movimiento de bienes, servicios e inversión.

Reconocimiento, homologación o tratamiento de reglas que de otra forma se vuelven un obstáculo al comercio, o lo hacen desigual.

Un procedimiento jurídico, vinculante, procesal y soberano para resolver las diferencias que surjan sobre el cumplimiento del acuerdo en sí.

6. POLÍTICAS MIGRATORIAS Y DE PROVISIÓN DE SERVICIOS

Obviamente, cualquier país toma en cuenta muchos otros factores, aparte del comercio, a la hora de determinar su política migratoria. Dicho esto, la política migratoria puede constituirse en parte de la política comercial, en varios sentidos. El más simple es que el movimiento de bienes a menudo requiere, para ser facilitado, del movimiento de algunas personas (vendedores, personal técnico, personal encargado del transporte, etc.) y, en el límite, las restricciones migratorias a las que se les somete se pueden convertir en una dificultad para el comercio.

El tema se hace más importante también en el caso de la provisión de servicios. Obviamente, existen diversos tipos de servicios⁶. Algunos de ellos requieren que sea el cliente quien viaja al país del proveedor (como el turismo), otros que no necesitan que ambos estén en el mismo lugar (como los seguros o la programación de computadoras), y otros en los que el proveedor es quien debe viajar, o incluso instalar operaciones permanentes, en el país del cliente. Las reglas relacionadas a la instalación de empresas extranjeras en el territorio nacional, su operación en determinados mercados, o al ingreso de las personas, se convertirán en políticas determinantes para el comercio de los servicios relacionados.

La regulación a la instalación de empresas en general puede tener impacto sobre el comercio. A menudo, quienes exportan desde un país son empresas o individuos de otro país, y puede ser difícil (por barreras tecnológicas, contractuales o de acceso real a los mercados) que su lugar lo asuman empresas locales. Ciertas políticas pueden tener un impacto comercial al influir en el flujo de ingreso y capitalización de este tipo de empresas, haciéndolo más fácil o difícil.

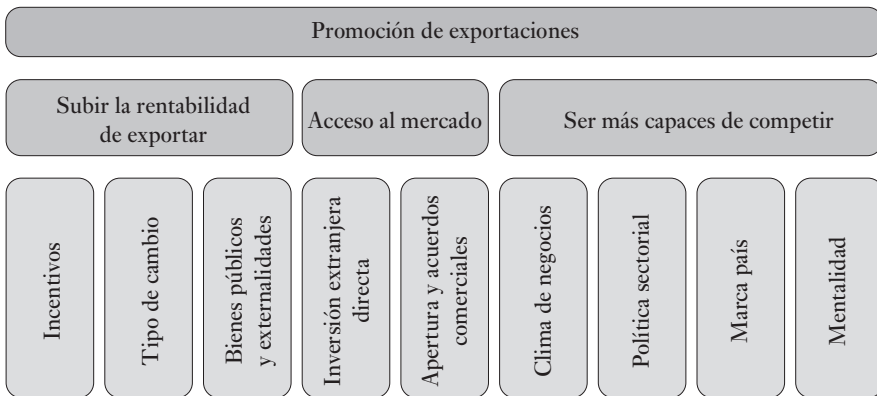
7. POLÍTICAS PRODUCTIVAS E INDUSTRIALES, INCLUYENDO EL FOMENTO EXPORTADOR

La mayoría de los instrumentos de política comercial mencionados hasta ahora se asocian con el grado con el que el Estado permite que sus impues-

6 Ver Capítulo 19.

tos o prácticas se constituyan en barreras al comercio internacional. Una economía con menores barreras tendrá más comercio, con los resultados que ello implica. Otro aspecto importante del accionar del Estado corresponde a aquellas políticas industriales mediante las cuales afectará el desempeño de las empresas en actividades específicas. Ejemplo de ello son las políticas de promoción de exportaciones y atracción de inversiones, con las que tratará de afectar el desempeño de las empresas nacionales en el mercado internacional, así como el flujo de inversiones de otros países hacia el territorio nacional. No procede referirnos a estos temas excepto para señalar que estas políticas, directa o indirectamente, tendrán un efecto sobre el comercio del país que las aplica.

EJEMPLOS DE INSTRUMENTOS PARA PROMOVER EXPORTACIONES



IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN

El aprovechamiento de las ventajas comparativas, y de las economías de escala, son fuerzas muy importantes para la asignación eficiente de los factores productivos y la consecución de mayores niveles de bienestar económico. Más allá de estos efectos *estáticos* del comercio internacional, existen efectos *dinámicos* indudables. Aun cuando la teoría económica no termina de explicar completamente la relación entre el comercio y el crecimiento, queda poca duda de que dicha relación existe.

Lo anterior no implica que el Estado deba abstenerse totalmente de utilizar los instrumentos de política económica, y permitir que los incentivos

de mercado abierto determinen los resultados económicos en su totalidad. Existen una serie de distorsiones e ineficiencias inherentes al sistema económico que justifica, en ocasiones, la intervención agresiva del estado. Estas ocasiones son excepcionales, y quizás deben tratarse como tales, pero existen.

El alcanzar mayores niveles de exportación e importación gracias a políticas que establecen pocas barreras comerciales e inducen al comercio es, casi siempre, una buena noticia para la economía.

¿Y qué pasa con los otros objetivos de la sociedad? ¿Nos hace el comercio más o menos equitativos? ¿Ayuda o perjudica a la sostenibilidad ambiental?

Uno de los impactos de la explotación de ventajas comparativas es que se cambia la remuneración de los distintos factores de la producción. En particular, aquellos factores productivos que existen en relativa abundancia en un país, y que determinan los productos en los que se tendrá ventaja comparativa, serán mejor recompensados en términos reales cuanto más libre sea el comercio, mientras que los factores productivos que sean más escasos en el país que en el resto del mundo tendrán más bien una remuneración real menor. Esta fuerza, que es cuantitativamente importante, puede llevar a mayores o menores niveles de equidad dependiendo de los factores en consideración⁷.

Adicionalmente, es común que sean los grupos más poderosos de la sociedad los que logren que su rentabilidad se incremente con el proteccionismo. Además, la ausencia de competencia del resto del mundo puede aumentar el poder de mercado de empresas monopólicas y oligopólicas. Estos dos argumentos también apuntarían a que una sociedad que comercia mucho será más igualitaria. Por el contrario, los ajustes vinculados con la apertura de la economía o con las oscilaciones de precios internacionales en una economía abierta, pueden ser traumáticos y generar consecuencias sociales significativas.

En la relación entre el comercio y la sostenibilidad ambiental, también la evidencia es mixta. Una asignación de recursos más eficiente, como la que ocurre cuando las ventajas comparativas pueden explotarse a cabalidad,

7 Este argumento proviene del trabajo de STOLPER y SAMUELSON, *Review of Economic Studies*, núm. IX, noviembre de 1941, pp. 58 ss. En el caso de un país en desarrollo, cuyos factores relativamente abundantes estarán en parte relacionados con el trabajo de menor calificación, el comercio puede llevar a menores niveles de equidad por este efecto. Mientras tanto, en países cuya ventaja comparativa proviene de una abundancia en trabajo calificado, o en bienes de capital, el mismo argumento llevaría a asociar al comercio con más inequidad.

permitirá economizar en tierra, energía y materiales, y por lo tanto debería asociarse con mayor sostenibilidad ambiental. Por otro lado, es frecuente que en países en desarrollo las preocupaciones del mercado internacional por el impacto ambiental de la producción influyan para bien las prácticas ambientales de los productores, mucho antes de que lo hagan las exigencias políticas o del mercado interno. Por otra parte, el comercio internacional requiere transporte internacional que deja una huella ambiental, y a menudo involucra el movimiento de productos con efectos ambientalmente controvertidos, como organismos genéticamente modificados.

TÍTULO II

CAPÍTULO 3

Fuentes de derecho

RODRIGO POLANCO

I. PRINCIPALES FUENTES DE DERECHO DE LA OMC

El Derecho de la OMC forma parte del Derecho Internacional Público, específicamente del denominado Derecho Internacional Económico, el cual está constituido por las reglas que rigen la organización de las relaciones internacionales económicas, es decir, esencialmente las relaciones macroeconómicas por oposición a las relaciones microeconómicas¹.

La OMC cuenta con un verdadero ordenamiento jurídico integrado y especial, que incluye dos elementos configuradores de la noción: normas válidas y mecanismos de aplicación (...) Las normas de la OMC constituyen un subsistema integrado – norma de aplicación o secundarias – dentro del Derecho Internacional – normas reguladoras o primarias, que rige una “comunidad” compuesta por los Miembros de la OMC².

Su fuente principal es, entonces, el Derecho Internacional Público, el cual, a su vez, ha reconocido tradicionalmente como fuentes aquellas indicadas en el artículo 38 (1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia³:

– Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados;

– La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como Derecho;

– Los principios generales de Derecho reconocidos por las naciones civilizadas;

– Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de Derecho.

Todas estas normas son fuentes potenciales de Derecho de la Organización Mundial de Comercio. Ello se refleja en las disposiciones de solución de diferencias de la OMC⁴, al establecer que

(...) ese sistema sirve para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados y para aclarar las disposiciones vigentes

1 CARREAU y JULLIARD, *Droit international économique*, 2ª. ed., 2005, p. 3.

2 FERNÁNDEZ ROZAS, *Sistema de Derecho Económico Internacional*, 2010, p. 93.

3 Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 38.

4 PALMETER y MAVROIDIS, *American Journal of International Law*, 1998, núm. 92 (3), p. 398.

de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del Derecho internacional público⁵.

I. CONVENCIONES INTERNACIONALES

I. I. ACUERDO POR EL QUE SE ESTABLECE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

La fuente primordial de Derecho de la OMC es el Acuerdo de Marrakech –el cual estableció la Organización Mundial de Comercio– y sus tratados complementarios, el que tiene el carácter de una convención internacional *particular* en los términos del artículo 38 (1) (a) del referido Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ)⁶.

El Acuerdo sobre la OMC, firmado el 15 de abril de 1994 y vigente desde el 1º de enero de 1995, es el tratado más ambicioso y extensivo en materia de regulación del comercio internacional jamás concluido⁷. Si bien consta de breves 16 artículos, en sus extensos anexos se incluyen diversos acuerdos y entendimientos complementarios de su texto.

El Anexo 1 está dividido en tres sub-anexos: el Anexo 1A, sobre Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías; el Anexo 1B, que contiene el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios y Anexos (AGCS)⁸, y el Anexo 1C, sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC)⁹.

Dentro de los denominados *Acuerdos Multilaterales* del Anexo 1A se incluyen¹⁰: el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (GATT 1994)¹¹, el Acuerdo sobre la Agricultura (AG)¹², el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF)¹³, el Acuer-

5 Artículo 3.2 ESD.

6 MATSUSHITA, SCHOENBAUM y MAVROIDIS, *The World Trade Organization*, 2003, p. 54.

7 VAN DEN BOSSCHE, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, 2ª. ed., 2008, p. 42 s.

8 Ver Capítulo 19.

9 Ver Capítulo 22.

10 En el texto original del Acuerdo de Marrakech (OMC) se incluye en el Anexo 1A, el Acuerdo sobre los Textiles y el Vestido, cuya vigencia expiró el primero de enero de 2005.

11 Ver Capítulo 7.

12 Ver Capítulo 8.

13 Ver Capítulo 9.

do sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC)¹⁴, el Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (MIC)¹⁵, el Acuerdo relativo a la Aplicación del artículo VI del GATT 1994 o *Acuerdo Antidumping* (AD)¹⁶, el Acuerdo relativo a la Aplicación del artículo VII del GATT 1994 o *Valoración en Aduana*¹⁷, el Acuerdo sobre Inspección Previa a la Expedición¹⁸, el Acuerdo sobre Normas de Origen¹⁹, el Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación²⁰, el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (SMC)²¹ y el Acuerdo sobre Salvaguardias (SG)²². Asimismo, las listas de concesiones arancelarias del GATT 1994 y las Listas de compromisos específicos del AGCS, forman parte integrante de esos respectivos acuerdos²³.

Por su parte, el Anexo 2 contiene el Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD)²⁴ y el Anexo 3, el Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales (MEPC)²⁵. El Anexo 4 se refiere a los *Acuerdos Comerciales Plurilaterales*, encontrándose actualmente vigentes el Acuerdo sobre Contratación Pública²⁶ y el Acuerdo sobre el Comercio de Aeronaves Civiles²⁷.

En relación con estos tratados e instrumentos jurídicos conexos, es importante precisar que los Acuerdos Comerciales Multilaterales (Anexos 1, 2 y 3) son vinculantes para todos los Miembros de la OMC. En cambio, los Acuerdos Comerciales Plurilaterales (Anexo 4) solo forman parte del Acuerdo sobre la OMC para los Miembros que los hayan aceptado, y son

14 Ver Capítulo 10.

15 Ver Capítulo 11.

16 Ver Capítulo 12.

17 Ver Capítulo 13.

18 Ver Capítulo 14.

19 Ver Capítulo 15.

20 Ver Capítulo 16.

21 Ver Capítulo 17.

22 Ver Capítulo 18.

23 Ello de conformidad con lo dispuesto en artículo II:7 GATT 1994 y Artículo XX:3 AGCS.

24 Ver Capítulo 24.

25 Ver Capítulo 26.

26 Ver Capítulo 23.

27 Dentro de los Acuerdos Plurilaterales, se encontraban el Acuerdo Internacional de los Productos Lácteos y el Acuerdo Internacional de la Carne de Bovino, los que terminaron su vigencia el 31 de diciembre de 1997.

únicamente vinculantes para estos, sin que creen obligaciones ni derechos para los que no los hayan aceptado²⁸.

Aun cuando el Acuerdo de Marrakech contiene muchos tratados, el Órgano de Apelación ha sostenido que es un *todo único*, por lo que todas las obligaciones dimanantes de la OMC son en general acumulativas, y los Miembros deben cumplirlas simultáneamente²⁹⁻³⁰. De esta manera, una interpretación apropiada de este *conjunto inseparable de derechos y disciplinas* debe dar sentido a todas las disposiciones pertinentes de estos Acuerdos igualmente vinculantes³¹.

El Acuerdo sobre la OMC es fundamentalmente diferente del sistema del GATT que lo precedió. El sistema anterior estaba constituido por varios acuerdos, compromisos e instrumentos jurídicos (...) Cada uno de estos importantes acuerdos constituía un tratado suscrito por distintos Miembros, y contaba con un órgano rector independiente y un mecanismo propio de solución de diferencias.

(...) El “todo único” se refleja también en las disposiciones del Acuerdo sobre la OMC relativas a los Miembros iniciales, la adhesión, la no aplicación de los Acuerdos Comerciales Multilaterales entre determinados Miembros, la aceptación del Acuerdo sobre la OMC y la denuncia del mismo. En este marco, todos los Miembros de la OMC están sujetos a todos los derechos y obligaciones previstos en el Acuerdo sobre la OMC y sus Anexos 1, 2 y 3³².

En ese contexto, el artículo 7.2. ESD, al establecer el mandato de los Grupos Especiales en una diferencia, utiliza el concepto de *acuerdos abarcados* que hayan invocado las partes, para determinar las disposiciones que deben analizar en su informe. Se entiende por tales, aquellos listados en el Anexo 1 del Entendimiento, y que comprenden el Acuerdo sobre la OMC, los Acuerdos Comerciales Multilaterales, el Acuerdo ADPIC, el ESD y los Acuerdos Comerciales Plurilaterales vigentes. En la práctica, solo se excluye el Anexo 3 sobre Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales.

28 Artículo II:2, II:3 OMC.

29 *Corea - Productos lácteos*, OA, WT/DS98/AB/R, párr. 74.

30 Todo ello es consecuencia de que uno de los principios informadores de la negociación de la Ronda Uruguay fue el llamado *Compromiso único* (*Single Undertaking*).

31 *Argentina - Calzado (CE)*, OA, WT/DS121/AB/R, párr. 81.

32 *Brasil - Coco desecado*, OA, WT/DS22/AB/R, párr. 13-15.

I.2. GATT 1947 - GATT 1994

De todos los tratados mencionados como parte integrante del Acuerdo de Marrakech, el más importante, sin duda alguna, es el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (GATT 1994), el cual establece las reglas básicas para el comercio de bienes y que conforme a su artículo 1, también incluye una serie de diversos textos:

a. Las disposiciones del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1947 (GATT 1947), rectificadas, enmendadas o modificadas por los términos de los instrumentos jurídicos que hayan entrado en vigor antes del Acuerdo sobre la OMC;

b. Las disposiciones de los siguientes instrumentos jurídicos que hayan entrado en vigor en el marco del GATT 1947 con anterioridad al Acuerdo sobre la OMC:

- Protocolos y certificaciones relativos a las concesiones arancelarias;
- Protocolos de adhesión (excluidas las disposiciones: (a) relativas a la aplicación provisional y a la cesación de la aplicación provisional, y (b) por las que se establece que la Parte II del GATT 1947 se aplicará provisionalmente en toda la medida compatible con la legislación existente en la fecha del Protocolo);

- Decisiones sobre exenciones otorgadas al amparo del artículo XXV GATT 1947 ("*Acción Colectiva de las Partes Contratantes*"), aún vigentes en la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC;

- Las demás decisiones de las Partes Contratantes del GATT 1947;

- Los Entendimientos relativos a la interpretación del párrafo 1 b) del artículo II GATT 1994 ("*Listas de Concesiones*"); a la interpretación del artículo XVII GATT 1994 ("*Empresas Comerciales del Estado*"); a las disposiciones del GATT 1994 en materia de balanza de pagos; a la interpretación del artículo XXIV GATT 1994 ("*Aplicación territorial - Tráfico fronterizo. Uniones aduaneras y zonas de libre comercio*"); a las exenciones de obligaciones dimanantes del GATT 1994; y a la interpretación del artículo XXVIII GATT 1994 ("*Modificación de las Listas*").

c. El Protocolo de Marrakech anexo al GATT 1994, el que es una parte importante de su texto, dado que contiene las listas nacionales de concesiones de todos los Miembros de la OMC. En estas constan los compromisos de eliminar o reducir derechos de aduana aplicables al comercio de bienes, teniendo hoy una extensión superior a las 25.000 páginas³³.

33 VAN DEN BOSSCHE, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, 2ª. ed., 2008, p. 46.

Como se observa, la estructura del GATT 1994 aparece confusa y poco sistémica. Ello obedece a que sus negociadores lo construyeron de manera expresa sobre el texto existente del GATT 1947, rectificado, enmendado o modificado por los términos de los instrumentos jurídicos que hayan entrado en vigor con anterioridad a la fecha de vigencia del Acuerdo sobre la OMC³⁴. Debe remarcarse que el GATT 1947 ya no se encuentra vigente y constituye un texto jurídicamente distinto del GATT 1994^[35]. Sus disposiciones han sido incorporadas en el GATT 1994 únicamente para facilitar la necesaria referencia a su texto³⁶.

1.3. CONFLICTOS ENTRE ACUERDOS ESPECIALES

La unidad del marco institucional de la OMC no significa igualdad de instrumentos jurídicos, pues existe una *doble situación jerárquica* que debe ser respetada por los órganos de la OMC en caso de conflicto de normas. Todos estos instrumentos están presididos por el Acuerdo Constitutivo de la OMC en función de su carácter de organización internacional, que prevalece en caso de conflicto con el resto de los acuerdos³⁷. A su lado, figuran dos acuerdos correspondientes a los bloques comerciales más importantes, los bienes y los servicios: GATT y AGCS. Luego, en caso de conflicto entre una disposición contenida en el GATT y otra contenida en un acuerdo comercial multilateral, es esta última la que prima, siendo la primera considerada como *lex generalis* y la segunda, como *lex specialis*, como se analizará a continuación³⁸.

a. CONFLICTO ENTRE ACUERDO DE MARRAKECH Y SUS ANEXOS

Con respecto a la relación del Acuerdo sobre la OMC con sus anexos, el artículo XVI:3 OMC, establece que

34 Artículo I (a) GATT 1994.

35 Artículo II:4 OMC.

36 VAN DEN BOSSCHE, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, 2ª. ed., 2008, p. 45-46.

37 FERNÁNDEZ ROZAS, *Sistema de Derecho Económico Internacional*, 2010, p. 81.

38 CARREAU y JULLIARD, *Droit international économique*, 2ª. ed., 2005, p. 61-62.

En caso de conflicto entre una disposición del presente Acuerdo y una disposición de cualquiera de los Acuerdos Comerciales Multilaterales, prevalecerá, en el grado en que haya conflicto, la disposición del presente Acuerdo.

Así, solo cuando haya conflicto entre el Acuerdo de la OMC y otro acuerdo comercial multilateral, prevalecerá el primero, en el grado que haya conflicto. De no existir controversia, ambos acuerdos se aplicarán de manera complementaria en la materia de que se trate.

Esta regla deja muchas preguntas abiertas sobre conflictos normativos que solo podrán resolverse caso a caso, por el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC, ya que inevitablemente pueden superponerse y la definición de si se aplicarán de manera simultánea o excluyente, dependerá de la determinación que haga dicho órgano de adjudicación³⁹.

b. CONFLICTO ENTRE GATT 1994 Y LOS ACUERDOS MULTILATERALES SOBRE EL COMERCIO DE MERCANCÍAS

La Nota interpretativa general al Anexo 1A del Acuerdo sobre la OMC, dispone que

(...) En caso de conflicto entre una disposición del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 y una disposición de otro Acuerdo incluido en el Anexo 1A del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (...) prevalecerá, en el grado en que haya conflicto, la disposición del otro Acuerdo.

De esta manera, si hay superposición entre estos acuerdos pero no hay conflicto, ambos pueden aplicarse, por lo que en general debe analizarse el acuerdo multilateral específico antes del GATT 1994. Por ejemplo, entre el GATT 1994 y el Acuerdo MSF prevalecería este último, en particular para determinar si una medida sanitaria o fitosanitaria es *necesaria*; lo mismo ocurriría entre el GATT 1994 y Acuerdo OTC, donde la determinación de si una medida es un reglamento técnico es una cuestión a determinar de manera preliminar⁴⁰. Este criterio de aplicación *acumulativa* del GATT 1994

39 MATSUSHITA, SCHOENBAUM y MAVROIDIS, *The World Trade Organization*, 2003, p. 75.

40 CONDON, *El Derecho de la Organización Mundial de Comercio*, 2007, p. 8.

y los Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías ha sido expresamente reconocido por el Órgano de Apelación⁴¹.

Esta regla es reconocida en la práctica del Órgano de Apelación, salvo respecto del Acuerdo MIC, según el cual la mayoría de los grupos especiales han analizado primero las disposiciones pertinentes del GATT 1994 y luego, muchas veces, ha estimado innecesario analizar el MIC, por razones de economía procesal⁴².

C. CONFLICTO ENTRE GATT 1994 Y AGCS

Sobre la posibilidad de que el AGCS y el GATT 1994 se puedan superponer o si son acuerdos mutuamente excluyentes, el Órgano de Apelación ha resuelto que si una determinada medida afecta al suministro de un servicio relacionado con una mercancía en particular, el establecer si será examinada en el marco del GATT 1994 o en el del AGCS, o en el de ambos Acuerdos, solo podrá decidirse en cada caso concreto⁴³.

(...) la medida de que se trate podría ser examinada tanto en el marco del GATT de 1994 como en el del AGCS. No obstante, si bien la misma medida podría ser examinada en el marco de ambos Acuerdos, los aspectos específicos de la misma que se examinen a la luz de uno u otro Acuerdo podrían ser diferentes. En el contexto del GATT de 1994, la atención se centraría en la forma en que la medida afecta a las mercancías involucradas. En el marco del AGCS, la atención se centraría en la forma en que la medida afecta al suministro del servicio o a los proveedores de servicios involucrados⁴⁴.

D. CONFLICTO ENTRE DOS ACUERDOS MULTILATERALES SOBRE EL COMERCIO DE MERCANCÍAS

Puede ocurrir que los propios acuerdos multilaterales establezcan normas para resolver situaciones de conflicto. Así, por expreso mandato de su artículo I:4, el Acuerdo MSF prima sobre el Acuerdo OTC si la medida aplicable es sa-

41 Así, respecto de la aplicación del GATT 1994 y el Acuerdo SMC en *Estados Unidos - Madera blanda IV*, OA, WT/DS257/AB/R, párr. 134.

42 CONDON, *El Derecho de la Organización Mundial de Comercio*, 2007, p. 9.

43 VAN DEN BOSSCHE, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, 2ª. ed., 2008, p. 49.

44 *CE - Banano III*, OA, WT/DS27/AB/R, párr. 221.

nitaria o fitosanitaria. Asimismo, en el caso del Acuerdo sobre la Agricultura, se aplican las disposiciones del GATT 1994 y los otros Acuerdos Comerciales Multilaterales a reserva de las disposiciones del AG⁴⁵. Por ejemplo, en caso de una subvención de un producto agrícola, se aplican conjuntamente el Acuerdo sobre la Agricultura y el Acuerdo SMC, pero una subvención sobre un producto agropecuario debe examinarse, en primer lugar, en el marco del AG⁴⁶. Con todo, cuando no existe norma expresa al respecto, debería aplicarse el principio general según el cual los acuerdos especializados prevalecen sobre uno general⁴⁷.

1.4. OTRAS CONVENCIONES GENERALES

La existencia de convenciones especiales sobre Derecho de la OMC y el carácter autónomo de su mecanismo de solución de controversias no impiden la interacción con otros sistemas normativos dentro del Derecho Internacional Público. En ese sentido, cabe distinguir dos situaciones: aquellos tratados expresamente mencionados en el Acuerdo OMC y sus Anexos, y otros suscritos entre las partes de la OMC, de manera bilateral o multilateral.

a. ACUERDOS SEÑALADOS EN EL ACUERDO OMC Y SUS ANEXOS

Los textos de diversos *acuerdos abarcados* contienen referencias directas a otros tratados internacionales, con lo que estos tratados pasan a formar parte de las fuentes de Derecho de la OMC⁴⁸. Así ocurre con la Carta de las Naciones Unidas⁴⁹, el Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional⁵⁰, Acuerdos Ambientales como la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria (CIPF)⁵¹ y estándares internacionales promulgados por otras organizaciones relevantes, entre otros⁵².

45 Artículo 21.1 AG.

46 CONDON, *El Derecho de la Organización Mundial de Comercio*, 2007, p. 8.

47 MATSUSHITA, SCHOENBAUM y MAVROIDIS, *The World Trade Organization*, 2003, p. 75.

48 VAN DEN BOSSCHE, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, 2ª. ed., 2008, p. 57.

49 Artículo XXI (c) GATT.

50 Artículos II, VI, XIV y XV GATT.

51 Anexo A:3 (c) MSF.

52 PETERSMANN, *Journal of International Economic Law*, 1998, núm. 1, p. 25.

Asimismo, el Acuerdo ADPIC se refiere a una serie de Acuerdos de Propiedad Intelectual⁵³, como en el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial (1967), el Convenio de Berna para la protección de las Obras Literarias y Artísticas (1971), la Convención de Roma y el Tratado sobre la Propiedad Intelectual respecto de los Circuitos Integrados (1989). Por otra parte, el Acuerdo SMC hace una referencia indirecta al Acuerdo sobre Directrices en Materia de Crédito a la Exportación con Apoyo Oficial de la OECD, como una excepción a las subvenciones a la exportación prohibidas por ese Acuerdo⁵⁴.

Entonces, cuando se trata de referencias directas a otros tratados, estos deben aplicarse como fuente de Derecho de la OMC, pero la interpretación de los mismos ¿se hace de manera independiente o es necesario considerar la práctica alrededor de este tratado? Para algunos autores, ello sí debe tenerse en cuenta, ya que la coherencia del sistema legal internacional se pondría en tela de juicio si los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación pudieran aplicar o interpretar disposiciones de otros tratados referidos en los acuerdos de la OMC, abstrayéndose de la práctica que rodea estos acuerdos, incluyendo la resolución de disputas, visiones de los órganos institucionales asociados con el tratado y opiniones de juristas⁵⁵.

b. OTROS ACUERDOS SUSCRITOS ENTRE LAS PARTES DE LA OMC

El considerar como fuentes de Derecho de la OMC a otros acuerdos internacionales suscritos entre las partes de la OMC, pero no referidos expresamente en el Acuerdo de Marrakech y sus anexos, es un tema controversial. Cabe recordar que el citado Estatuto de la CIJ reconoce también como fuente a las convenciones internacionales generales que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes. Debido a esto, no ha sido infrecuente

53 Artículo I ADPIC.

54 Anexo I (k) SMC, se refiere a “un compromiso internacional en materia de créditos oficiales a la exportación en el cual sean partes por lo menos 12 Miembros originarios del presente Acuerdo al 1° de enero de 1979 (o en un compromiso que haya sustituido al primero y que haya sido aceptado por estos Miembros originarios), o si en la práctica un Miembro aplica las disposiciones relativas al tipo de interés del compromiso correspondiente (...)”.

55 TREBILCOCK y HOWSE, *The Regulation of International Trade*, 2ª. ed., 1999, p. 67-68.

que los Miembros invoquen en sus controversias tratados bilaterales y multilaterales suscritos fuera de la órbita de la OMC.

En el caso de *tratados bilaterales*, en un arbitraje en el marco del GATT 1947^[56], se determinó que, en principio, no se puede presentar una reclamación basada en un acuerdo bilateral, salvo que este tenga una *estrecha relación* con el GATT, sea compatible con sus objetivos y si ambas partes han estado de acuerdo en recurrir a su mecanismo de solución de controversias⁵⁷. Posteriormente, en un informe del Órgano de Apelación, se determinó que un acuerdo bilateral suscrito entre Brasil y las Comunidades Europeas (Acuerdo sobre Semillas Oleaginosas), podía utilizarse como medio complementario de interpretación con arreglo a lo establecido en el artículo 32 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados⁵⁸.

Con respecto a *los tratados multilaterales*, existen numerosos casos en los que se ha analizado su aplicación, aunque no siempre han sido considerados relevantes. Particularmente importante ha sido la aplicación que han dado de forma reiterada los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación a la citada Convención de Viena. El artículo 31 de ese Convenio, referido a la interpretación de los tratados, constituye una regla usual de interpretación que se ha elevado a la condición de “norma del Derecho internacional consuetudinario o general”, sin que deba leerse el Acuerdo General “aislándolo clínicamente del Derecho internacional público”⁵⁹. No cabe duda de que el artículo 32 de la misma Convención, en el que se aborda el papel de los medios de interpretación complementarios, se ha elevado también a esa misma condición⁶⁰.

En contraste, no ha existido la misma consideración respecto de Acuerdos Multilaterales en otras materias. Por ejemplo, los Acuerdos Ambientales inicialmente se consideraron irrelevantes, porque no habían sido concluidos por las partes contratantes del GATT, el cual se interpretaba como un sistema

56 *Canadá/Comunidades Europeas - Derechos en virtud del artículo XXVIII*, Laudo arbitral, BISD 37S/80, p. 5.

57 MATSUSHITA, SCHOENBAUM y MAVROIDIS, *The World Trade Organization*, 2003, p. 70.

58 *CE - Productos avícolas*, OA, WT/DS69/AB/R, párr. 83.

59 *Estados Unidos - Gasolina*, AO, WT/DS2/AB/R, p. 19SS.

60 *Japón - Bebidas alcohólicas II*, AO, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, p. 13.

cerrado⁶¹. Después, en el caso *Estados Unidos – Camarones*,⁶² el Órgano de Apelación aplicó diversas normas del Derecho Internacional del Medio Ambiente (CONVEMAR⁶³, CITES⁶⁴, e incluso *soft law*), para interpretar la expresión “recursos naturales agotables” del artículo XX (g) GATT. Con ello se adoptó un acercamiento dinámico a la interpretación del tratado, reconociendo la relevancia de interpretar palabras redactadas hace más de 50 años a la luz del desarrollo del Derecho Ambiental⁶⁵.

A nivel doctrinario, tampoco existe consenso general a este respecto. Algunos autores han sostenido que en caso de conflicto, otras convenciones internacionales generales podrían prevalecer sobre normas directas del Derecho de la OMC, o reconocen su aplicación como defensa legal válida ante un reclamo por incumplimiento de normas de la OMC⁶⁶. Otros niegan esta posibilidad, al señalar que cursos alternativos de interpretación no pueden aumentar o disminuir los derechos y obligaciones de los Miembros de la OMC ni constituir una enmienda a ese tratado⁶⁷, o simplemente sostienen que el comercio y los derechos humanos constituyen aproximaciones distintas que no pueden ser utilizados conjuntamente, al estar basado el primero en Derecho positivo y el segundo, en Derecho natural⁶⁸.

2. COSTUMBRE INTERNACIONAL

Como ya hemos señalado, dentro de las normas usuales de interpretación de Derecho Internacional Público se han reconocido los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena como normas de Derecho internacional consuetudinario, las que si bien se encuentran codificadas, no pierden su carácter de costumbre internacional. Asimismo, el Órgano de Apelación ha hecho referencia o ha aplicado reglas de costumbre en la solución de controver-

61 Así lo resolvió el Grupo Especial en el caso *Atún/Delfín II (Estados Unidos – Atún/Delfín II, GE-GATT, DS29/R)*, respecto de la Convención CITES, aunque su informe no fue adoptado, cp. Matsushita, Schoenbaum y Mavroidis, *The World Trade Organization*, 2003, p. 73.

62 *Estados Unidos – Camarones*, AO, WT/DS58/AB/R, párr. 127ss.

63 Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar.

64 Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora.

65 TREBILCOCK y HOWSE, *The Regulation of International Trade*, 2ª. ed., 1999, p. 75.

66 PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law*, 2003, p. 476.

67 MARCEAU, *Journal of World Trade*, 2001, núm. 35, p. 1130.

68 KONG, en: COTTIER, PAUWELYN y BÜRGI (ed.), *Human Rights and International Trade*, 2005, p. 232.

sias, sobre personería, representación, carga de la prueba y tratamiento del Derecho doméstico⁶⁹.

Sin embargo, no siempre la costumbre internacional se ha aceptado pacíficamente. En el caso *Comunidades Europeas – Hormonas*, a petición de la Unión Europea el Órgano de Apelación analizó la aplicación del principio precautorio como regla del en la interpretación del Acuerdo MSF, reconociendo que probablemente se había cristalizado en el Derecho Internacional del Medio Ambiente, pero que habían dudas de su carácter de Derecho consuetudinario general⁷⁰.

Asimismo, en *Corea – Contratación pública*, el Grupo Especial sostuvo que el Derecho Internacional Consuetudinario se aplica de forma general a las relaciones entre los Miembros de la OMC, siempre y cuando los acuerdos emanados de la misma no se aparten del mismo, esto es “*siempre que no exista conflicto o incompatibilidad*”, o una expresión incluida en un Acuerdo que implique otra cosa⁷¹. Sin embargo, dado que este informe no fue apelado, no existió un pronunciamiento del Órgano de Apelación al respecto.

Más recientemente, el Órgano de Apelación ha efectuado un detallado análisis del artículo 31 letra c) de la Convención de Viena para efectos de determinar la pertinencia de aplicar los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos elaborados por la Comisión de Derecho Internacional (CDI), sin pronunciarse definitivamente sobre la cuestión de en qué medida el artículo 5 de la CDI refleja el Derecho Internacional consuetudinario⁷².

En general se ha negado la existencia de una norma consuetudinaria específica como fuente de Derecho de la OMC. Para algunos autores, ello no impide que pueda emerger en el futuro, si se cumple con los requisitos de duración, uniformidad y consistencia de la práctica, generalidad y *opinio iuris*⁷³, la que podría incluso tener el efecto de modificar un tratado⁷⁴.

Si bien el artículo XVI:1 OMC señala que salvo disposición en contrario, la OMC se regirá por

69 VAN DEN BOSSCHE, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, 2ª. ed., 2008, p. 56.

70 *CE – Hormonas*, OA, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, párr. 12055.

71 *Corea – Contratación pública*, GE, WT/DS163/R, párr. 7.96.

72 *Estados Unidos – Derechos antidumping y compensatorios (China)*, OA, WT/DS379/AB/R, párr. 311.

73 BROWNLEE, *Principles of Public International Law*, 5ª. ed., 1998, p. 5-7.

74 PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law*, 2003, p. 47-50.

(...) las decisiones, procedimientos y práctica consuetudinaria de las PARTES CONTRATANTES del GATT de 1947 y los órganos establecidos en el marco del mismo,

es discutible que estas prácticas cumplan con todos los requisitos para ser consideradas como costumbre internacional⁷⁵.

3. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO INTERNACIONAL⁷⁶

En el caso *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)*, el Órgano de Apelación ha señalado expresamente:

(...) la referencia a las “norma[s] (...) de Derecho internacional” corresponde a las fuentes del Derecho internacional recogida en el párrafo 1) del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, y por tanto incluye las normas usuales del Derecho internacional y los principios generales del Derecho⁷⁷.

Desde mucho antes, diversos principios generales de Derecho internacional han sido utilizados por Grupos Especiales y Órgano de Apelación para llenar los vacíos dejados por los tratados, como fundamento de su decisión o para explicar su razonamiento. Así, se ha reconocido la aplicación de los principios de buena fe, debido proceso, proporcionalidad, economía procesal, irretroactividad, efectividad⁷⁸, *estoppel*⁷⁹ e interpretación restrictiva de las excepciones⁸⁰.

Si bien en muchos casos puede trazarse el origen de estos principios en la práctica de los Estados, son primordialmente abstracciones de un grupo de reglas y lo han sido por tanto tiempo que se acepta generalmente que no están vinculados con la práctica estatal⁸¹, teniendo el carácter de fuente autónoma.

75 MATSUSHITA, SCHOENBAUM y MAVROIDIS, *The World Trade Organization*, 2003, p. 65.

76 Ver Capítulo 4.

77 *Estados Unidos - Derechos antidumping y compensatorios (China)*, OA, WT/DS379/AB/R, párr. 308.

78 VAN DEN BOSSCHE, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, 2a. ed., 2008, p. 56-57.

79 El *estoppel* o preclusión, consiste en que un Estado se encuentra impedido de fundarse en su propio incumplimiento de una obligación internacional, o de actos propios anteriores que lo inhabilitan para ello: LLANOS MANSILLA, *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público*, 3ª. ed., 2005, p. 417.

80 MATSUSHITA, SCHOENBAUM y MAVROIDIS, *The World Trade Organization*, 2003, p. 66-67.

81 Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5ª. ed., 1998, p. 19.

4. JURISPRUDENCIA⁸²

Los informes de los Grupos Especiales y del Órgano de Apelación son fuentes muy importantes del Derecho de la OMC, ya que dichos órganos suelen fundamentar sus decisiones o justificar sus razonamientos sobre la base de otras anteriores, aunque estas son jurídicamente vinculantes solo para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido, siguiendo el criterio establecido en el artículo 59 del Estatuto de la CIJ.

Si bien no constituyen jurisprudencia vinculante, en la práctica tienen mucha influencia en la interpretación de las normas de Derecho de la OMC, pudiendo considerarse como precedentes de facto⁸³, aunque no constituyen una práctica ulteriormente aceptada en el sentido del artículo 31 del la Convención de Viena⁸⁴.

En el caso *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, el OA señaló que

(...) Los informes adoptados de los grupos especiales son una parte importante del acervo del GATT. Los grupos especiales posteriores suelen examinarlos. Estos informes crean expectativas legítimas en los Miembros de la OMC y, por consiguiente, deben tenerse en cuenta cuando son pertinentes para una diferencia⁸⁵.

Esta interpretación se refería de manera específica a los informes adoptados bajo el GATT 1947, siendo igualmente válida para los casos posteriores.

El rol de los informes no adoptados es de alguna manera menos importante, pero sigue siendo relevante. Según el Órgano de Apelación en el mismo caso antes citado, no tienen status legal en el sistema GATT/OMC, aunque pueden servir de útil guía de razonamiento si son considerados relevantes⁸⁶. Sin embargo, en *Argentina - Calzado (CE)* el OA critica al Grupo Especial, y se declara “sorprendido” de que se haya basado en informes no adoptados⁸⁷.

En el mismo sentido referencial, el Órgano de Apelación ha citado fallos de la Corte Internacional de Justicia y de la Corte Europea de Justicia⁸⁸.

82 Ver Capítulo 4.

83 CONDON, *El Derecho de la Organización Mundial de Comercio*, 2007, p. 49.

84 PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law*, 2003, p. 53.

85 *Japón - Bebidas alcohólicas II*, AO, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, p. 17.

86 *Japón - Bebidas alcohólicas II*, AO, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, p. 15.

87 *Argentina - Calzado (CE)*, OA, WT/DS121/AB/R, párr. 117.

88 PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law*, 2003, p. 52 ss.

Cabe hacer presente que de conformidad con el artículo 3:2 ESD, las constataciones y recomendaciones del grupo especial y del Órgano de Apelación no podrán entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados⁸⁹.

5. DOCTRINA DE LOS PUBLICISTAS

Si bien en un principio fueron esporádicas, cada vez se encuentran más referencias a destacados publicistas en informes de los Grupos Especiales. Por su parte, el Órgano de Apelación cita regularmente escritos académicos como medio auxiliar para fundamentar sus decisiones⁹⁰.

Fuentes análogas a las doctrinas de los publicistas, o al menos con similar autoridad, se encuentran en los artículos elaborados por la Comisión de Derecho Internacional y otros órganos expertos⁹¹.

II. OTRAS FUENTES DE DERECHO DE LA OMC

Aunque no son mencionadas de forma directa en los instrumentos descritos, algunos autores plantean la existencia de otras fuentes complementarias de Derecho de la OMC.

I. ACTOS UNILATERALES DE LOS ESTADOS

Para algunos autores, si bien el Derecho Internacional continúa privilegiando los tratados y la costumbre como fuentes del Derecho, el Derecho Internacional Económico les entrega un mayor lugar a los actos unilaterales de las organizaciones internacionales y de los Estados⁹².

Así, ocasionalmente, las acciones unilaterales de los Estados han desempeñado algún rol en la solución de controversias en el seno de la OMC. En el caso *Estados Unidos - Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior*⁹³, una

89 Artículo 19:2 ESD.

90 VAN DEN BOSSCHE, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, 2^a. ed., 2008, p. 59.

91 BROWNIE, *Principles of Public International Law*, 5^a. ed., 1998, p. 25.

92 CARREAU y JUILLARD, *Droit international économique*, 2^a. ed., 2005, p. 9.

93 *Estados Unidos - Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior*, GE, WT/DS152/R.

declaración efectuada de manera solemne y repetida varias veces durante el procedimiento, fue aceptada como medio de interpretación del ESD⁹⁴.

2. DECISIONES Y DECLARACIONES MINISTERIALES, ENMIENDAS, INTERPRETACIONES Y EXENCIONES

Existen muchos instrumentos legales de la OMC que no son “acuerdos abarcados” pero que impactan en su interpretación, incluyendo un Entendimiento (en compromisos en servicios financieros) y numerosas decisiones ministeriales y declaraciones, así como exenciones o derogaciones pactadas de las obligaciones incluidas en los acuerdos abarcados⁹⁵. Entre ellos se encuentran las 27 decisiones ministeriales y declaraciones que junto con el Acuerdo OMC forman parte del Acta Final adoptada en Marrakech en abril de 1994, al final de las negociaciones de la Ronda de Uruguay, y que incluyen la Decisión sobre medidas en favor de los países menos adelantados y la Decisión sobre aplicación y examen del Entendimiento sobre Solución de Diferencias, entre otras.

Bajo el Acuerdo OMC, una Decisión de la Conferencia Ministerial y del Consejo General solo constituirá una interpretación autoritativa de un acuerdo cubierto donde tal decisión es tomada luego de una recomendación efectuada por el Consejo responsable de supervigilar el acuerdo en cuestión⁹⁶. En razón de ser autoritativa, tal interpretación es obviamente vinculante para los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación y debe por lo tanto ser considerada como una fuente de Derecho⁹⁷. Con todo, estas decisiones ministeriales y declaraciones no generan derechos específicos y obligaciones para los Miembros de la OMC cuya ejecución pueda intentarse a través del Mecanismo de Solución de Diferencias de la OMC⁹⁸.

94 PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law*, 2003, p. 52.

95 TREBILCOCK y HOWSE, *The Regulation of International Trade*, 2^a. ed., 1999, p. 72.

96 Artículo IX:2 OMC.

97 TREBILCOCK y HOWSE, *The Regulation of International Trade*, 2^a. ed., 1999, p. 72.

98 VAN DEN BOSSCHE, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, 2^a. ed., 2008, p. 53.

CAPÍTULO 4

Principios fundamentales

STEFAN OETER

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos 20 años, el sistema legal de la OMC ha generado un creciente interés, dado su significado político y jurídico para el orden de la economía global. Además, la solución judicial de diferencias es vista como la característica principal de esta nueva forma, legalmente institucionalizada, de “ordenamiento jurídico de la economía global”. Hoy son accesibles todas las dudas sobre la interpretación y aplicación del Derecho de la OMC contenidas en las decisiones judiciales.

La coherencia en la decisión de temas controvertidos y recurrentes en un sistema como este, presupone la existencia de una estructura de criterios normativos. En efecto, las decisiones judiciales requieren normas sobre la solución de controversias, que puedan ser consultadas para el dictamen en cada caso en litigio. Sin embargo, dadas las enormes dimensiones de la red de tratados de la OMC y de sus acuerdos complementarios, no pueden ser resueltas todas las dudas en el contexto de los tratados. Al contrario, dada la magnitud de los detalles de los acuerdos implica que, en las cuestiones centrales, el criterio aplicable para la solución de la diferencia no se desprende del contexto normativo de los acuerdos. De ahí que en ciertas ocasiones sea necesario recurrir a normas generales del Derecho internacional, así como a otros tratados, normas del Derecho consuetudinario o a principios generales del Derecho.

Al respecto, puede ser de ayuda recurrir a principios fundamentales del Derecho de la OMC¹, los que son una especie de nivel intermedio entre las normas genéricas del Derecho internacional general y los textos normativos concretos de la red de tratados. Por definición, los principios del Derecho de la OMC no están plasmados por escrito. Por lo tanto, deben ser desarrollados a partir del espíritu y de la sistematicidad de las convenciones. Cabe hacer notar que el instrumento de solución de diferencias es poco habitual en el *modus operandi* del Derecho internacional tradicional, que se caracteriza por

1 Catálogos de estos principios de Derecho de la OMC se encuentran en la literatura entretanto bajo diversas formas – Cp. solo GÖTTSCHE, en: HILF y OETER (ed.), *WTO-Recht*, 2ª ed., 2010, pp. 115 ss.; Tietje, *Normative Grundstrukturen der Grundstrukturen der Behandlung nichttarifärer Handelshemmnisse in der WTO/GATT-Rechtsordnung: eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Countertrade*, 1998, pp. 179 ss.; sobre los precursores en el contexto del GATT, Cp. BENEDEK, *Die Rechtsordnung des GATT aus völkerrechtlicher Sicht*, 1990, pp. 51 ss.; VON BOGDANDY, *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1991, núm. 1, pp. 55 ss.

la alta autovaloración de los Estados y por un discurso jurídico entre Estados sin forma normativa vinculante.

En la OMC este mecanismo funciona de manera muy convincente, ya que el órgano de solución de diferencias genera decisiones, que pueden construir estos principios de manera progresiva en un proceso de desarrollo normativo que tiende a darle un carácter judicial.

Como fuente de Derecho, los “Principios del Derecho de la OMC” son producto del sistema cuasijudicial de solución de diferencias, en el que hay que distinguir entre dos tipos de principios del Derecho. Por un lado, los principios *intra-OMC*, que se derivan de la conexión sistemática de la red de tratados de la OMC, y los *extra-OMC*, que son los principios generales del Derecho internacional, usados como apoyo por los órganos de solución de diferencias y que se relacionan al sistema de la OMC².

II. PRINCIPIOS DEL DERECHO INTRA-OMC

Los principios del Derecho *intra-OMC* son una forma de reglas fundacionales del Derecho de la OMC. A estos pertenecen los elementos básicos, clásicos y orientados al comercio. A menudo también se remiten al preámbulo del Acuerdo sobre la OMC, que en su última consideración, refleja la decisión de las partes de

(...) salvaguardar los principios fundamentales del sistema multilateral de comercio y fomentar la realización de sus objetivos³.

I. PROGRESIVA LIBERALIZACIÓN DEL COMERCIO

Junto con la absorción de los pilares estructurales del GATT 1947, la OMC asumió también sus nociones fundamentales, entre las cuales estableció como objetivo esencial la liberalización del comercio⁴. Los fundadores del GATT estaban convencidos de que la reducción gradual de aranceles y la eliminación de obstáculos no arancelarios al comercio harían una contribución esencial

2 GÖTTSCHE, en: HILF y OETER (ed.), *WTO-Recht*, 2ª ed., 2010, p.115.

3 GÖTTSCHE, en: HILF y OETER (ed.), *WTO-Recht*, 2ª ed., 2010, p. 115.

4 Ídem, p. 116.

tanto al aumento del bienestar, así como al logro del pleno empleo, al aumento del ingreso real, al acceso a recursos y al aumento de la producción.

El principio de la liberalización del comercio encuentra su primera expresión en las disciplinas del GATT que propenden hacia la eliminación de aranceles y de impuestos arancelarios (ver artículo II, XI:I GATT; artículo 4.2 AG) y, por otro lado, en la prohibición general de barreras no arancelarias (artículo III, VIII, XI:I GATT)⁵. La disminución constante de las medidas restrictivas del comercio se aplica sobre el instrumental de los impedimentos tarifarios al comercio y se basa en la presunción de que los aranceles deben preferirse frente a otras formas de barreras comerciales puesto que son comparativamente más transparentes y menos distorsionantes del comercio⁶. En efecto, las numerosas excepciones al GATT indican que no se aspira a una libertad incondicional en el comercio⁷. En este contexto se habla a menudo del “principio de menor distorsión”⁸, del principio de minimizar las injerencias al comercio⁹ o del principio de apertura de mercados¹⁰. En su conjunto, todas estas formulaciones del principio de liberalización progresiva son la premisa de que el comercio internacional debería estar sujeto a restricciones –si fuere menester– solo en los niveles cuantitativo y cualitativo más reducidos y que los aranceles existentes, así como otros impedimentos al comercio deberían ser eliminados, en la medida de lo posible.

-
- 5 Sobre “el principio de liberalización (progresiva) del comercio” cp., entre otros, Krajewski, *Wirtschaftsvölkerrecht*, 3ª ed., 2012, párr. 299; BEISE, en: GRAF VITZTHUM (ed.), *Europäische und Internationale Wirtschaftsordnung aus der Sicht der Bundesrepublik Deutschland*, 1994, pp. 179-200. En la jurisprudencia de la OMC, en cambio, se habla no de “principios” sino de “objetivo”, o sea de finalidad, ver *Turquía - Textiles*, GE, WT/DS34/R, párr. 2.2.
- 6 Cp. BEISE, *Die Welthandelsorganisation (WTO): Function, Status, Organisation*, 2001, p. 48.
- 7 Ver BAIL, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1990, p. 433; Von Bogdandy, *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1991, núm. 1, p. 55 y p. 61; ver también *Turquía - Textiles*, GE, WT/DS34/R, párrs. 2.2, 2.3 (artículo XXIV GATT).
- 8 Ver PETERSMANN, en: OPPERMANN y PETERSMANN (ed.), *Reforming the International Economic Order*, 1987, p. 201 y p. 212; cp. al respecto también los artículos II, XXVIII así como XXVIIIbis GATT, también el artículo 2.2 OTC.
- 9 Así, BEISE, *Die Welthandelsorganisation (WTO): Function, Status, Organisation*, 2001, p. 48 y p. 99.
- 10 TIETJE, *Internationales Wirtschaftsrecht*, 2009, párrs. 82ss.; Roessler, *The World Economy*, 1985, vol. 8, núm. 3, pp. 287ss.; VON BOGDANDY, *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 1991, núm. 1, p. 55 (56).

2. NO DISCRIMINACIÓN

Bajo el “principio de no discriminación” se prohíbe a los Miembros de la OMC diferenciar entre los demás integrantes, teniendo en cuenta las condiciones generales de acceso a los mercados, así como el tratamiento de los bienes y de los servicios¹¹. El principio de no discriminación, como pilar central de la OMC, encuentra expresión en varias disposiciones de los distintos acuerdos, que se pueden diferenciar según el objetivo que persigan¹².

Hacia el exterior, el principio de no discriminación se concretiza especialmente en el trato de la Nación Más Favorecida (ver artículo I:1 GATT, artículo II:1 AGCS; artículo 4 ADPIC; artículo 2.2 SG). Cabe señalar que en el Derecho internacional económico no existe un principio consuetudinario general, según el cual todos los Estados deben garantizarse recíprocamente el mismo trato. Sin embargo, las cláusulas de la Nación Más Favorecida constituyen un instrumento sólido del Derecho internacional convencional, que ha encontrado numerosas expresiones en los tratados comerciales bilaterales y regionales.

En la OMC, este principio está explícitamente codificado y puesto como base de la relación jurídica entre los Estados partes. El “principio de Nación Más Favorecida” se basa en el hecho de que el Estado, tanto en su marco normativo como en sus medidas administrativas, debe tratar al otro Estado de manera correspondiente al mejor trato que le haya otorgado a un tercer Estado en la misma relación o bajo las mismas premisas¹³. El trato de la Nación Más Favorecida de la OMC va más allá de la definición señalada, en la medida en que obliga a los Miembros de la OMC a otorgar todos los beneficios concedidos a un Estado (independientemente de que sea miembro de la OMC o no) en caso de bienes o de servicios similares, de manera inmediata e incondicional a los demás Miembros¹⁴. Dado que el principio de la Nación Más Favorecida se extiende también a otros socios comerciales a través de

11 *CE - Banano III, OA*, WT/DS27/AB/R, párr.160; *Canadá - Automóviles, OA*, WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, párr. 82.

12 Al respecto, ver GÖTTSCHE, en: HILF y OETER (ed.), *WTO-Recht*, 2ª ed., 2010, pp.117 ss.

13 Cp. sobre las manifestaciones del principio de la nación más favorecida, BRÖSSKAMP, *Meistbegünstigung und Gegenseitigkeit im GATT*, pp. 26ss. y TREBILCOCK, HOWSE y ELIASON, *The Regulation of International Trade*, 4ª ed., 2013, pp. 54 ss.

14 Cp. TREBILCOCK, HOWSE y ELIASON, *The Regulation of International Trade*, 4ª ed., 2013, pp. 60 ss.

los beneficios concedidos en acuerdos bilaterales, debería impedir la fragmentación jurídica de las condiciones generales aplicables a las distintas relaciones comerciales.

Hacia el interior, los efectos del principio de no discriminación se plasman como obligación de trato nacional (ver artículo III GATT, artículo 3 ADPIC, artículo 2.3 MSF, artículo 2 MIC, artículo III ACP). Mientras que el principio de la Nación Más Favorecida impone la obligación de darles a los competidores extranjeros el mismo trato, lo que pretende la OMC con la obligación de trato nacional, respecto de impuestos nacionales y de determinadas prescripciones jurídicas, es la igualdad plena de los bienes (o servicios) tanto nacionales como extranjeros. De esta manera, debería evitarse que un Estado socave el nivel de liberalización del comercio a través de disposiciones fiscales discriminatorias o de normativas similares¹⁵.

No obstante, el principio de trato nacional no está libre de excepciones, ya que puede ser limitado respecto de determinados ámbitos. En el marco del AGCS no encuentra ninguna aplicación general, sino que se asume específicamente solo a través de los llamados ‘compromisos específicos’.

3. RECIPROCIDAD

Un elemento adicional, central al orden legal de la OMC, es el “principio de reciprocidad”¹⁶. Este tiene como base al conjunto del Derecho internacional tradicional, bajo la forma de un principio general del Derecho. Sin embargo, el desarrollo del Derecho internacional muestra una clara tendencia hacia la total derogación del principio de reciprocidad. En su expresión clásica, este principio afirma que las relaciones del Derecho internacional público se caracterizan por obligaciones recíprocas. De ahí que los Estados deban permitir que aquellas normas del Derecho internacional público sobre las cuales se basan, puedan oponérseles. Por otro lado, las distintas obligaciones jurídicas se encuentran frecuentemente en una relación de reciprocidad, con la consecuencia de que la violación de una obligación por parte de un

15 Cp. STEINMETZLER, *Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht*, 1997, vol. 7, núm. 12, p. 495 así como TREBILCOCK, HOWSE y ELIASON, *The Regulation of International Trade*, 4ª ed., 2013, pp. 136 ss.

16 Ver los ilustrativos casos *CE – Equipo informático*, OA, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R, párr. 82; *India – Patentes* (Estados Unidos), OA, WT/DS50/AB/R, párr. 41.

Estado hace, a menudo, que para el otro Estado no sea razonable mantener la adhesión a determinadas obligaciones recíprocas. En el marco del Derecho del comercio internacional, el principio de reciprocidad toma otro matiz. En este ámbito, se entiende por reciprocidad que las ventajas comerciales que los Estados se conceden recíprocamente, deben mantener un equilibrio entre sí, de manera que las concesiones comerciales concedidas a un Estado se hacen normalmente dependientes del otorgamiento de concesiones recíprocas correspondientes.

El principio de reciprocidad no se menciona de manera explícita en el texto de los acuerdos; no obstante, se extrae como un hilo conductor de la red de convenios¹⁷. El principio de reciprocidad cobra un significado concreto especialmente en el contexto de las rondas comerciales, respecto de las reducciones arancelarias y de otras restricciones al comercio a las que se aspiraba (artículo XXVIII:2, XXVIII**bis**:1 GATT), tanto en las negociaciones de acceso de nuevos Miembros (artículo XII OMC y artículo XXXIII GATT), así como en la determinación de las medidas de salvaguardia y de los derechos compensatorios (ver, por ejemplo, el artículo XIX:3 (a) GATT, artículo 4.10 SMC, artículo 22.4 ESD). En el contexto de las negociaciones comerciales, los países en vía de desarrollo se eximen de la estricta reciprocidad. Según el artículo XXXVI:8 GATT, no se espera que los llamados países en desarrollo otorguen concesiones incompatibles con sus necesidades particulares¹⁸.

En el pasado, en el marco de las rondas comerciales, el principio de reciprocidad, junto con el principio de la Nación Más Favorecida, contribuyó de forma considerable a la progresiva liberalización del comercio internacional. En efecto, el funcionamiento del principio de la Nación Más Favorecida condiciona de manera importante el principio de reciprocidad. Con la concesión “incondicional” del trato de la Nación Más Favorecida, los equilibrios recíprocos en las negociaciones bilaterales se extienden a todas las partes del tratado, sin que estas últimas tengan, a su vez, la obligación de

17 Cp. al respecto por ejemplo el preámbulo del Acuerdo sobre la OMC, del GATT, del AGCS, así como del ACP; además, artículo XVII:3 GATT; artículo 7 ADPIC; artículos 8.3 y 8.4 ACA; críticos en este sentido IPSEN y HALTERN, *Reform des Welthandelssystems: Perspektiven zum GATT und zur Uruguay-Runde*, 1991, p. 27.

18 Cp. LANGER, *Grundlagen einer internationalen Wirtschaftsverfassung*, 1995, pp. 85 ss.

hacer una concesión. De esta manera surge el problema de los *freeriders*¹⁹⁻²⁰. Sin embargo, un desarrollo de este tipo es minimizado por medio de las rondas comerciales que se llevan a cabo regularmente y que desde el principio incluyen a los Estados comercialmente más relevantes. Así, si un importante socio comercial omite hacer una concesión, por regla general ya no surgen concesiones entre otras partes interesadas, ya que los efectos de una eventual reducción arancelaria (o de otra ventaja comercial) se calculan considerando, desde el principio, todas las otras partes relevantes al acuerdo²¹.

4. RESPETO A LA SOBERANÍA DEL ESTADO

Es parte del Derecho internacional general el respeto y protección de la soberanía de los Miembros de la OMC. Este principio básico del Derecho internacional, que encontró su expresión más concisa en la decisión Lotus de la Corte Permanente Internacional de Justicia, enfatiza los límites de las obligaciones de Derecho internacional. Luego, los Estados están sujetos a limitaciones jurídicas en su autonomía política, en la medida en que expresamente se hayan obligado jurídicamente al celebrar acuerdos internacionales o al ejercer la costumbre en el Derecho internacional²². Como concreciones particulares de este principio en la OMC se cita el art. 3.2 en particular, 19.2 ESD y las numerosas excepciones del Derecho de la OMC, como por ejemplo los artículos II:4, III:8 (a), XVI:I GATT (subvenciones), artículo XVII GATT (empresas comerciales del estado), artículo XIX GATT (medidas de urgencia) o XX GATT (excepciones generales). Asimismo, se recurre al “principio de soberanía” para resolver casos en la jurisprudencia de la OMC. De ello se deriva que los Miembros pueden decidir libremente cuestiones económicas, sociales y políticas, siempre y cuando no sean contrarias a las normas de la OMC o que colisionen con las disciplinas del Derecho de la OMC²³.

19 Miembros de OMC que se benefician de la concesión sin otorgar ventaja equivalente alguna.

20 Al respecto, en detalle MOLSBERGER y KOTIOS, *ORDO: Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, 1990, pp. 98 ss.

21 Cp. BRÖSSKAMP, *Meistbegünstigung und Gegenseitigkeit im GATT*, pp. 68 ss.

22 Cp. solo BLECKMANN, *Archiv des Völkerrechts (AVR)*, 1985, vol. 23, pp. 450 ss.; OETER, en: CREMER, GIEGERICH, RICHTER, y ZIMMERMANN (ed.), *Tradition und Weltoffenheit des Rechts, Festschrift für Helmut Steinberger*, 2002, pp. 259 ss.

23 *Japón – Bebidas alcohólicas II*, OA, WT/DS8,10,11/AB/R, p. 15 (con respecto al artículo III GATT); con respecto a la pregunta sobre el alcance de medidas de protección, ver por ejemplo *Estados Unidos – Tubos*, OA, WT/DS202/AB/R, párr.158; ver además *Corea – Diversas medidas que afectan*

En repetidas decisiones de los órganos de solución de diferencias se ha subrayado que la OMC no prescribe un sistema tributario determinado ni da especificaciones respecto a las bases tributarias. Los Miembros podrían decidir de manera autónoma qué tipo de ingresos tasan y qué clase de sistema impositivo quieren introducir, siempre y cuando el tipo y las modalidades del mismo no eludan ni atenten contra el Derecho de la OMC²⁴.

El principio de soberanía ha encontrado una manifestación particular en el Derecho de la OMC con el reconocimiento del principio interpretativo de *in dubio mitius*. Según este, en caso de duda, las limitaciones a la libertad de decisión del Estado que deriven de tratados internacionales deben interpretarse de manera restrictiva²⁵. Así, por ejemplo, en el caso *CE – Hormonas*, el Órgano de Apelación estableció que el miembro de la OMC no dio ningún indicio de querer otorgar un efecto vinculante de los estándares del *Códex Alimentarius*, que jurídicamente no tienen ese carácter, a través de la remisión del artículo 3.1 SPS. Ante dudas interpretativas, las obligaciones asumidas por Estados soberanos deben interpretarse siempre conforme a la soberanía²⁶.

5. DESARROLLO SOSTENIBLE

En este principio²⁷ se ha concentrado el esfuerzo del Derecho internacional moderno por resaltar la importancia de un crecimiento económico en equilibrio con exigencias de estrategia de desarrollo responsable, y tomando en cuenta las preocupaciones medioambientales. Se discute si el principio de desarrollo sostenible es una cláusula del Derecho internacional consuetudinario, o un principio general del Derecho o solo una máxima orientada

a la carne vacuna, GE, WT/DS161/R, WT/DS169/R, párrs. 498 y 673, nota a pie de página 372 con referencia a *Japón – Bebidas alcohólicas II*, OA, WT/DS8,10,11/AB/R.

24 *Japón – Bebidas alcohólicas II*, OA, WT/DS8,10,11/AB/R, p. 16; *Chile – Bebidas alcohólicas*, AO, WT/DS87,110/AB/R, párrs. 59 ss.; *Estados Unidos – EVE*, OA, WT/DS108/AB/R, párr. 179; cp. también Schön, *Recht der internationalen Wirtschaft (RIW)*, 2004, vol. 50, núm. 1, pp. 52 ss.

25 Cp. FEDDERSEN, *Der ordre public in der WTO, Auslegung und Bedeutung des artículo XX(a) GATT im Rahmen der WTO-Streitbeilegung*, 2002, p. 141; crítico en este sentido SCHOLLENDORF, *Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge in der Spruchpraxis des Appellate Body der Welthandelsorganisation (WTO)*, 2005, pp. 68 ss.

26 *CE – Hormonas*, OA, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, párr.165, nota a pie de página no. 154; *Argentina – Calzado (CE)*, GE, WT/DS121/R, párr. 7.8, nota a pie de página núm. 400.

27 Cp. también el principio 1 de la Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo, I.L.M. 31 (1992), S. 876ff.

a la consideración del medio ambiente en el contexto de acuerdos internacionales²⁸. En el cuerpo del Derecho de la OMC, este principio encuentra su expresión en el preámbulo, en el que entre otros objetivos, se menciona

(...) la utilización óptima de los recursos mundiales de conformidad con el objetivo de un desarrollo sostenible²⁹.

Sin embargo, también existe una serie de normas en otros acuerdos que se refieren a la protección del medio ambiente (ej. artículo 2.2 OTC; artículo 27.2 ADPIC; artículo XIV (b) AGCS)³⁰.

En este sentido, la decisión más importante de la jurisprudencia del Órgano de Apelación es el caso *Estados Unidos – Camarones*. Esta decisión trató de la interpretación del artículo XX (g) GATT, es decir, la justificación por vía de excepción de medidas que buscan la protección de recursos naturales agotables. El Órgano de Apelación se remitió no solo a una serie de tratados internacionales ambientales pertinentes, sino también al principio de desarrollo sostenible³¹. Puntualizó que los tratados de la OMC están orientados tanto al fomento del comercio como también a la protección del medio ambiente, lo que implica que se requiere un equilibrio adecuado de los asuntos relacionados con el mismo³².

6. COOPERACIÓN Y MULTILATERALISMO

El *principio de cooperación*, en esencia, es una adopción del Derecho internacional general (ver artículo 1 núm. 3 y en particular artículo 55, 56 Carta de las NU), que el Derecho de la OMC ha transformado. Es transversal a

28 Cp. también GEHRING y CORDONIER SEGGER (ed.), *Sustainable Development in World Trade Law*, 2005, así como Lang, en: Lang, Hohmann y Epiney (ed.), *Das Konzept der Nachhaltigen Entwicklung*, 1999, pp. 9 ss.

29 Ver también la Declaración Ministerial de Doha, WT/MIN(01)/DEC/1 adoptada el 14 de noviembre de 2001, párrs. 6 y 51.

30 Cp. también, con más ejemplos, BEYERLIN, *Umweltvölkerrecht*, 2000, pp. 324ss.; SENTI, en: BERNAUER y RULOFF (ed.), *Handel und Umwelt. Zur Frage der Kompatibilität internationaler Regime*, 1999, pp. 96 ss.; Altemöller, *Handel und Umwelt im Recht der Welthandelsorganisation WTO umweltsrelevante Streitfälle in der Spruchpraxis zu Artikel III und XX GATT*, 1998, pp. 29 ss.

31 *Estados Unidos – Camarones*, OA, WT/DS58/AB/R, párrs. 129 ss.; cp. al respecto también Cameron y Gray, *International and Comparative Law Quarterly*, 2001, vol. 50, núm. 2, pp. 249 y 267; MARCEAU, *Journal of World Trade*, 1999, vol. 33, núm. 5, pp. 87 y 138.

32 Cp. DAILEY, *Journal of Transnational Law and Policy*, 2000, pp. 331 ss.

las relaciones económicas internacionales y ha sido plasmado en una serie de declaraciones de principios relevantes. El principio de la cooperación corresponde a la idea del multilateralismo, que es un objetivo fundamental de la OMC³³ y se dirige contra las tendencias unilaterales y especialmente bilaterales, en las relaciones económicas internacionales³⁴. En el caso *Estados Unidos – Camarones*³⁵, el Órgano de Apelación justificó la principal acusación de discriminación contra los Estados Unidos, *inter alia*, al señalar que antes de adoptar las medidas preventivas unilaterales, no se habían tomado las medidas suficientes para lograr un planteamiento multilateral³⁶. Ante la adopción de medidas unilaterales (profundamente problemática), el principio de cooperación obliga a los Miembros de la OMC a llevar a cabo los mayores esfuerzos para lograr el entendimiento y la cooperación en el plano internacional³⁷.

7. TRANSPARENCIA

El *principio de transparencia*, frecuentemente invocado en el Derecho de la OMC, es una particularidad del Derecho comercial internacional³⁸. Hasta el momento, una exigencia general de transparencia no se ha establecido como principio general del Derecho internacional. Las exigencias de transparencia de la OMC son funcionales a la previsibilidad de las condiciones político comerciales (incluyendo el acceso a mercados) para los actores económicos y, en última instancia, son funcionales a la seguridad jurídica del sistema de comercio internacional. Al respecto, se pueden distinguir tres niveles distintos de transparencia³⁹.

El primer nivel garantiza el intercambio de información recíproca en las relaciones jurídicas bilaterales entre Miembros de la OMC. En el centro

33 Cp. la cuarta consideración del Preámbulo del Tratado sobre la OMC.

34 JACKSON, *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*, 2ª ed., 1997, p. 158; BEISE, *Die Welthandelsorganisation (WTO): Function, Status, Organization*, 2001, p. 29.

35 *Estados Unidos – Camarones*, OA, WT/DS58/AB/R.

36 Ídem, párrs. 166 ss.

37 Cp. TIETJE, en: DELBRÜCK (ed.), *International Law of Cooperation and State Sovereignty*, 2002, pp. 45ss.; HILF, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2000, núm. 5, p. 485.

38 Cp. GÖTTSCHE, en: HILF y OETER (ed.), *WTO-Recht*, 2ª ed., 2010, p. 123.

39 Ver al respecto la Nota de la Secretaría sobre Transparencia, WT/WGTI/W/109 del 27 de marzo de 2002.

además se encuentra la obligación de publicidad de los hechos, que son importantes para una aplicación debida del tratado⁴⁰. Esta obligación de transparencia entre los Miembros se manifiesta, por ejemplo, en los artículos X:1 frases 1 y 2 del GATT, según los cuales las partes deben inmediatamente hacer públicas todas las leyes y decisiones jurídicas y administrativas que sean relevantes para el comercio, con la excepción de la información confidencial, cuya revelación atentaría contra el interés público o perjudicaría los intereses económicos legítimos de determinadas empresas, públicas o privadas. Además de esta norma de transparencia básica, los varios acuerdos especiales contienen también un número de obligaciones de publicación y de notificación⁴¹. Los artículos 13.1 y 13.2 ESD también contienen de forma explícita el Derecho a obtener información, que autoriza al Grupo Especial a pedir informaciones y asesoría técnica a personas individuales o a autoridades del Estado. Los objetivos de la obligación de transparencia también son funcionales al Mecanismo de Examen de Políticas Comerciales (MEPC).

En el segundo nivel, el principio de transparencia ha encontrado su concreción en la obligatoriedad de que la OMC, como organización, informe a sus Miembros, como expresión de la llamada *transparencia interna*. Este deber es cumplido por el Secretariado de la OMC con un número de publicaciones periódicas (*WTO Focus*, *Annual Reports*, *World Trade Review*), numerosos estudios específicos (*Basic Instruments and Selected Documents (BISD)*, *Analytical Index*), así como a través de la amplia oferta de información en internet⁴². Básicamente, lo que busca esta práctica de publicidad es reducir las asimetrías de información entre países desarrollados y en desarrollo, aunque los desequilibrios que se siguen encontrando en la práctica entre

40 Cp. HILPOLD, *Europarecht*, 1999, pp. 597 y 599.

41 Cp. al respecto artículo XXIV:7 (a) GATT (prescripción de notificación de la creación de uniones aduaneras o de zonas de libre comercio); artículo 1 del Entendimiento relativo a la interpretación del artículo XVII GATT (prescripción de notificación en relación a las empresas comerciales del estado); artículo 9 del Entendimiento relativo a las disposiciones del GATT de 1994 en materia de balanza de pagos (prescripción de notificación de medidas comerciales impuestas por motivos de balanza de pagos); artículo 5.7 AG; artículo 7 MSF, así como el Anexo B del MSF; artículo 2.9 y 5.6 OTC; artículo 5 AGCS; artículo 12.1 y 18.5 AD; artículo 2.5ss. y artículo 5 AIPE; artículo 5.1 NO; artículo 9, 12, 13 y 25 SMC; artículo 12 SG; artículo III AGCS; artículo 47 y 63 ADPIC; artículo 8.1 ACA; artículo VII:2 ACP y artículo 1 del Acuerdo de Facilitación de Comercio.

42 Cp. la *homepage* de la OMC, www.wto.org; JOHNSON RAISCH, *Journal of International Economic Law*, 2009, vol. 12, núm. 1, pp. 237 ss.

ambos grupos son recurrentemente objeto de discusiones y de propuestas de reforma⁴³.

El tercer nivel, denominado de transparencia externa, tiene un objetivo claramente distinto. Por medio de esta, se tiene en consideración la participación de la sociedad civil en los procesos de decisión internos de la OMC. Con este propósito en mente, en 1996, el Consejo General emitió (basado en el artículo V:2 OMC) las Directivas para las Relaciones con las Organizaciones No Gubernamentales (ONG)⁴⁴, que entre otras cosas abarcan solo una pequeña parte del espectro total de relaciones entre la OMC y la sociedad civil. Solicitudes de acceso a documentos oficiales de la OMC, de participación por representantes de ONG a sesiones de la OMC, así como de participación en el ámbito de la solución de diferencias son, por ende, abiertamente permitidas. De esta forma, se manifiesta el potencial conflicto de la temática de la participación de las ONG, ya que los Miembros igualmente tienen posiciones muy distintas ante las crecientes demandas de reforma por parte de las ONG⁴⁵.

También en la jurisprudencia de la OMC se invoca frecuentemente el principio de transparencia, por ejemplo en cuanto a consultas, publicidad del procedimiento o la participación en el procedimiento por parte de ONG⁴⁶. Como queda en evidencia en la controversia sobre los llamados *amicus curiae briefs*, esta opción de participación es muy polémica. Es cierto que en el caso *Estados Unidos – Camarones* el Órgano de Apelación decidió (revirtiendo la decisión del Grupo Especial) que el Derecho a la información del Grupo Especial contenido en el artículo 13 ESD en ningún momento excluye que se puedan tener en consideración, al momento de ponderar la decisión, las alegaciones y posiciones transmitidas voluntariamente por ONG mediante los llamados *amicus curiae briefs*⁴⁷. Sin embargo, queda a la discreción del Grupo Especial y del Órgano de Apelación, hasta qué punto considerarán

43 Cp. KOVACH, NELIGAN y BURALL, *Power without Accountability?*, 2003, pp. 14 ss.

44 *Directrices para la adopción de disposiciones sobre las relaciones con organizaciones no gubernamentales*, WT/L/162, decisión adoptada por el Consejo General el 18 de julio de 1996.

45 Para más al respecto, cp. GEHRING, *Nachhaltigkeit durch Verfahren im Welthandelsrecht: Umwelt- und Nachhaltigkeitsprüfungen und die WTO*, 2007, pp. 83 ss.

46 Por primera vez en el caso *Estados Unidos – Ropa Interior*, OA, WT/DS24/AB/R, p. 21. En el proceso *CE – Determinadas cuestiones aduaneras*, OA, WT/DS315/AB/R, se acogieron todas las pretensiones de violación del artículo X GATT. Sobre este punto, así como sobre una extensa jurisprudencia, ver ALA'1, *Journal of International Economic Law*, 2008, vol. 11, núm. 4, pp. 779 y 789 ss.

47 *Estados Unidos – Camarones*, OA, WT/DS58/AB/R, párrs. 99ss.; cp. también Pauwelyn, *The International and Comparative Law Quarterly*, 2002, vol. 51, núm. 2, pp. 325 ss.

dichas posturas⁴⁸. La apertura al contacto con ONG permitiría contribuir decididamente a que la transparencia hacia afuera se desarrolle⁴⁹.

8. PROPORCIONALIDAD

El *principio de proporcionalidad* no está regulado de manera general en ninguno de los tratados de la OMC; sin embargo, los tres elementos del principio de proporcionalidad, es decir, la igualdad, la necesidad y la razonabilidad de determinadas medidas, emergen frecuentemente en distintas cláusulas de los mismos⁵⁰. Si bien desde hace mucho que no se argumenta en la jurisprudencia de los órganos de solución de controversias el principio de proporcionalidad, diversas decisiones han utilizado argumentos que evocan un test de proporcionalidad, acorde con la doctrina europea, pero sin hacer referencia explícita a un principio general de proporcionalidad⁵¹. De hecho, por mucho tiempo fue controvertido si es que este principio tendría algún reconocimiento en el contexto de la OMC⁵². El principio de proporcionalidad fue considerado por primera vez en el caso *Estados Unidos – Hilados de*

48 *Estados Unidos – Camarones*, OA, WT/DS58/AB/R, párr. 104; *Estados Unidos – Plomo y Bismuto II*, OA, WT/DS138/AB/R, párrs. 36ss.; *CE – Amianto*, OA, WT/DS135/AB/R, párrs. 50ss. Cp. también APPLETON, *Journal of International Economic Law*, 2000, vol. 3, núm. 4, pp. 691 ss.

49 Las ONG son invitadas regulares de conferencias en la OMC – ver al respecto la visión de conjunto por Dunoff, *Journal of International Economic Law*, 1998, vol. 1, núm. 3, pp. 433 y 453.

50 Cp. por ejemplo artículo 46 ADPIC (la necesidad de proporcionalidad); nota 9 del artículo 4.10 SMC (disproporcionalidad); artículos VIII:3, XI:2 (b) y c), XII:2(a), XVIII:9, XIX:1 (a), XX (a), b) y d) GATT; artículos 2.2, 3.2, 9.1 MSF; artículo 5.2.7 OTC, artículos 7.1 (iii), 11.1 AD (necesario); artículo 8.2 OTC (apropiado); artículos XII:3 (c) ii), XVIII:10 GATT; artículo 2.9.4 OTC (razonable); cp. también artículo 2.2 OTC, artículo 5.6 MSF y artículo 9.1 AD; para una visión ordenada de las normas que se relacionan con el principio de proporcionalidad, ver MITCHELL, *Legal Principles in WTO Disputes*, 2008, pp. 178 ss.

51 *Estados Unidos – Gasolina*, OA, WT/DS2/AB/R, pp. 14ss. y 21 ss.; *Estados Unidos – Camarones*, OA, WT/DS58/AB/R, párrs. 116, 141 y 158ss.; *Corea – Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, OA, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, párrs. 164 ss.; *CE – Amianto*, OA, WT/DS135/AB/R, párrs. 172ss.; *Japón – Manzanas*, GE, WT/DS245/R.

52 Cp. por ejemplo HILF y PUTH, en: EHLERMANN, VON BOGDANDY, MAVROIDIS y MÉNY (ed.), *European Integration and International Co-Ordination, Studies in Transnational Economic Law in Honour of Claus-Dieter Ehlermann*, 2002, pp. 199, 211 ss.; MITCHELL, *Legal Principles in WTO Disputes*, 2008, p. 217; GÖTTSCHE, *Die Anwendung von Rechtsprinzipien in der Spruchpraxis der WTO-Rechtsmittelinstanz*, 2005, pp. 248 ss. Críticos al respecto, por ejemplo, BENDER, *Domestically Prohibited Goods*, 2006, pp. 175 ss.; DESMEDT, *Journal of International Economic Law*, 2001, vol. 4, núm. 3, pp. 441 ss.; NEUMAYER, *Journal of World Trade*, 2001, vol. 35, núm. 1, p. 153; MARCEAU, *Journal of World Trade*, 1999, vol. 33, núm. 5, pp. 87 y 138.

Algodón, en relación con el Acuerdo sobre los Textiles y el Vestido (artículo 6.4 ATV). En esa ocasión, el Órgano de Apelación aclaró que estaba fundamentalmente justificada la aplicación de un test de proporcionalidad en el Derecho de la OMC, incluida la referencia a reglas del Derecho Internacional general sobre la responsabilidad del Estado, y en especial el mecanismo jurídico sancionatorio de la OMC (artículo 22.4 EDS)⁵³.

9. IMPERIO DEL DERECHO

En relación estrecha con las ideas de transparencia y de proporcionalidad, se encuentra el objetivo del Derecho de la OMC, según el cual las relaciones económicas internacionales estén regidas por el imperio del Derecho (*rule of law*). Con este concepto, la OMC se refiere solo a la vinculación de Derecho como tal. Es más que discutible si este concepto se puede equiparar al *principio de legalidad* típico del Derecho nacional, que se caracteriza por una serie de aspectos adicionales (división de poderes, legalidad de las actuaciones gubernamentales, garantía de derechos fundamentales y protección de la seguridad jurídica).

Además de la simple vinculación jurídica a cada Acuerdo de la OMC, frecuentemente también introducen elementos del Derecho doméstico al mecanismo de solución de diferencias, como un instrumento efectivo para la imposición de la obligación pactada⁵⁴. Además, y en relación con las cuestiones de Derecho, existen varias disposiciones de la OMC que aspiran a la armonización de las respectivas jurisdicciones de los Miembros y establecen obligaciones al respecto⁵⁵.

En la jurisprudencia de la OMC se encuentran numerosas referencias a aspectos individuales del imperio del Derecho. En este sentido, es habitual que se recurra a la seguridad jurídica y a la previsibilidad de las relaciones comerciales internacionales⁵⁶. Lo mismo ocurre en las numerosas referencias

53 *Estados Unidos – Hilados de algodón*, OA, WT/DS192/AB/R, párrs. 119 ss.; confirmado en *Estados Unidos – Tubos*, OA, WT/DS202/AB/R, párrs. 256 ss.

54 *India – Restricciones cuantitativas*, OA, WT/DS90/AB/R, párr. 5.101.

55 Cp. por ejemplo, el artículo X GATT sobre la publicación y aplicación de reglamentos comerciales así como los artículos 41 ss. ADPIC.

56 Cp. *CE – Equipo informático*, OA, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R, párr. 82; *Japón – Bebidas alcohólicas II*, OA, WT/DS8,10,11/AB/R, p. 31; *México – Jarabe de maíz*, OA, WT/DS132/AB/RW, párr. 107 (con referencia a los artículos 3.2 y 12.7 ESD).

relativas a los principios de debido proceso, transparencia y proporcionalidad. Por el contrario, la validez del *principio de separación de poderes* para el Derecho de la OMC fue rechazada por el Órgano de Apelación en el caso *India – Quantitative Restrictions*⁵⁷. El Derecho comercial internacional no se satisface con la mera vinculación formal de los Miembros al Derecho normativo. Se prevén mayores lazos materiales y procesales entre la práctica y la formación y aplicación del Derecho. De ahí que, en este contexto, cada vez más se discuten aspectos de “buena gobernanza”⁵⁸.

10. DETERMINADOS PRINCIPIOS INTRA OMC

En la época del GATT se discutió la existencia de un *principio de solución pacífica de diferencias económicas* que hoy en día derivaría mayoritariamente de las disposiciones del ESD, cuerpo normativo en el cual fue codificado⁵⁹.

También el *principio de solidaridad*, como derivación de los principios del Derecho internacional del desarrollo que procede de la consideración de las necesidades económicas especiales de los países en vías de desarrollo. En última instancia, es una importación del Derecho internacional general. Su origen se encuentra en la discusión sobre los principios del Nuevo Orden Económico Internacional y su objetivo consiste básicamente en una limitación tanto del principio de no discriminación como del de reciprocidad a favor de los países en vías de desarrollo (*trato especial y diferenciado*)⁶⁰. En este sentido, en OMC se ha producido una positivización más amplia, introduciendo el principio de solidaridad en los textos de los acuerdos⁶¹.

57 *India – Restricciones cuantitativas*, OA, WT/DS90/AB/R, párrs. 100 y 105; cp. al respecto Von Bogdandy y Makatsch, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2000, vol. 9, pp. 261 ss.

58 Cp. ESTY, *Journal of International Economic Law*, 2007, vol. 10, núm. 3, pp. 509 ss., así como Ala'i, *Journal of International Economic Law*, 2008, vol. 11, núm. 4, pp. 779 ss.

59 Sobre el GATT 1947, cp. Petersmann, en: Oppermann y Petersmann (ed.), *Reforming the International Economic Order*, 1987, pp. 201 y 212; sobre la OMC, cp. Beise, *Die Welthandelsorganisation (WTO): Function, Status, Organisation*, 2001, p. 49.

60 Sobre este punto, detalladamente, JESSEN, *WTO-Recht und “Entwicklungsländer*, 2006, pp. 205 ss.

61 Cp. al respecto, CALLIESS, en: BLICKLE, HÜGLIN, y WYDUCKEL, (ed.), *Subsidiarität als rechtliches und politisches Ordnungsprinzip in Kirche, Staat und Gesellschaft*, 2002, p. 386 ss.

III. PRINCIPIOS DEL DERECHO “EXTRA-OMC”

Junto con los clásicos principios “intra-OMC”, la jurisprudencia de la OMC se apoya de manera creciente en principios derivados del Derecho internacional general.

I. PRINCIPIOS DERIVADOS DEL DERECHO DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

Diversos Acuerdos de la OMC se remiten de manera explícita en sus disposiciones a otras organizaciones internacionales, como por ejemplo, al FMI (artículo III:5 TOMC; artículo XI y XII AGCS), el Banco Mundial (artículo III:5 OMC), la OMPI (artículo 4 ADPIC) o la FAO (artículo 10 AG; artículo V APL⁶²)⁶³. Aunque la OMC como tal no tenga el estatus formal de un organismo especializado de las Naciones Unidas, las reglas y en particular los principios contenidos en los estatutos de las agencias especializadas de las Naciones Unidas pueden ocasionalmente volverse relevantes también en el contexto de la OMC⁶⁴.

Uno de estos principios que derivan del Derecho de las organizaciones internacionales es el conocido *principio de efectividad*, según el cual las cláusulas de un tratado deben interpretarse de manera tal que el objetivo buscado por las partes efectivamente pueda ser alcanzado⁶⁵. Este principio – también conocido como *effet utile* – ha encontrado un lugar en la jurisprudencia de la OMC⁶⁶. De especial significado es también el *principio de subsidiariedad*, conforme al cual las funciones deben ser realizadas en primer lugar por la

62 Acuerdo Internacional sobre Productos Lácteos.

63 Cp. también el Acuerdo de Cooperación entre la OMC y el FMI en particular Banco Mundial, WT/L/195 del 18 de octubre de 1996 o el Acuerdo entre la OMC y la OMPI, publicado en I.L.M. 35 (1996), p. 754.

64 Cp. HILF, *Journal of International Economic Law*, 2001, vol. 4, núm. 1, 2001, p. 111 y 122; PALMETER y MAVROIDIS, *Dispute Settlement in the World Trade Organization: Practice and Procedure*, 2ª ed, 2004, pp. 69 ss.; crítico RUFFERT, *Archiv des Völkerrechts*, 2000, vol. 38, núm. 2, pp. 129 y 146 ss.

65 Cp. SCHOLLENDORF, *Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge in der Spruchpraxis des Appellate Body der Welthandels Organization (WTO)*, 2005, pp. 66ss.

66 Cp. por ejemplo *Estados Unidos – Gasolina*, OA, WT/DS2/AB/R, p. 23; *Japón – Bebidas alcohólicas II*, OA, WT/DS8,10,11/AB/R, p. 12; *Corea – Productos lácteos*, OA, WT/DS98/AB/R, párrs. 80ss.; *Argentina – Calzado (CE)*, OA, WT/DS121/AB/R, párr. 88; *Canadá – Productos lácteos*, OA, WT/DS103,113/AB/R, párr. 133; cp. para una visión de conjunto SCHOLLENDORF, *Die Auslegung völker-*

unidad más pequeña y más especializada. Si se relaciona esto con la OMC y sus Miembros, podría significar que la OMC puede intervenir en el Derecho nacional soberano, en la medida en que sea absolutamente necesario para lograr su objetivo y siempre y cuando este no sea realizable de manera suficiente a nivel de los Miembros. El principio de subsidiariedad hasta ahora no ha sido mencionado de manera explícita en la jurisprudencia, pero el Órgano de Apelación se ha referido al asunto ya varias veces⁶⁷.

2. PRINCIPIOS EN LOS TRATADOS MULTILATERALES Y BILATERALES DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

Los principios que también se han visto reflejados en los tratados multilaterales de Derecho internacional se vuelven relevantes en determinados contextos, en especial en cuestiones comerciales que tienen que ver con la protección del medio ambiente, estándares sociales o derechos humanos. Así, el Órgano de Apelación se ocupó del llamado *principio de cooperación*, en el caso *Estados Unidos – Camarones*, en el contexto de la interpretación del artículo XX GATT. Es un principio que se ve reflejado en numerosas declaraciones de principios del Derecho internacional⁶⁸. En general, hasta el momento, la jurisprudencia toma este principio discretamente y solo de manera extraordinaria en relación con principios de Derecho contenidos en tratados multilaterales de Derecho internacional⁶⁹.

3. PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL CONSUETUDINARIO Y PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

El Derecho internacional consuetudinario y los cánones de los principios generales del Derecho internacional son fuentes frecuentes de los principios del Derecho que se aplican en la jurisprudencia del Órgano de Apelación.

rrichtlicher Verträge in der Spruchpraxis des Appellate Body der Welthandelsorganisation (WTO), 2005, pp. 311 ss.; Van Damme, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, 2009, pp. 275 ss.

67 Cp. al respecto, GÖTTSCHE, en: HILF y OETER (ed.), *WTO-Recht*, 2ª ed., 2010, p.131.

68 Cp. JACKSON, *The World Trading System: Law and Policy of International Economic Relations*, 2ª ed., 1997, p. 158; BEISE, *Die Welthandelsorganisation (WTO): Function, Status, Organisation*, 2001, p. 29.

69 Cp. GÖTTSCHE, en: HILF y OETER (ed.), *WTO-Recht*, 2ª ed., 2010, p. 131.

El problema de este tipo de clasificación es que, rara vez, el Órgano de Apelación señala de manera clara si en dicha remisión a principios del Derecho se recurre al Derecho internacional general o si deben entenderse como principios ya inmanentes al sistema de la OMC⁷⁰.

Al respecto es especialmente ilustrativo el *Asunto de las Hormonas*. Ahí, tanto el Grupo Especial como el Órgano de Apelación se ocuparon extensamente de la pregunta, respecto a si el *principio precautorio* cuenta ya con estatus de Derecho internacional consuetudinario, y si por consiguiente se puede recurrir al mismo para interpretar el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias⁷¹. La Comunidad Europea expuso que la prohibición de importación impuesta para la carne de vacuno estadounidense sería una medida preventiva de conformidad con el artículo 5.7 MSF relativo a la evaluación de riesgos, aunque se remite también, a modo de apoyo, al principio precautorio⁷². Por otro lado, tanto Estados Unidos como Canadá han argumentado que ciertos aspectos relativos al principio precautorio en materia de riesgos no han sido reconocidos como un principio vinculante a nivel del Derecho internacional. En el mejor de los casos, se podría hablar de una aproximación o un concepto que como tal no ha podido aún perfilarse como elemento del Derecho internacional positivo⁷³. En un detenido examen sobre el conflicto existente entre la literatura y la jurisprudencia, el Órgano de Apelación señaló que, sin lugar a dudas, el principio precautorio ha alcanzado un significado relevante en el ámbito del Derecho ambiental; sin embargo, no goza de una validez jurídica general en el Derecho internacional⁷⁴.

Por otro lado, el *principio de buena fe* ha sido utilizado en varias ocasiones como una máxima vigente. No solo en el Derecho estatal, sino también en

70 Cf. HILF, *Zeitschrift Europarecht*, 2002, vol. 1, pp. 173 y 186; GÖTTSCHE, *Die Anwendung von Rechtsprinzipien in der Spruchpraxis der WTO Rechtsmittelinstanz*, 2005, pp. 273ss.; MITCHELL, *Legal Principles in WTO Disputes*, 2008, pp. 93ss.

71 *CE - Hormonas*, GE, WT/DS26/R, WT/DS48/R, párr. 8.157; *CE - Hormonas*, AB, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, párrs. 120ss.; ver asimismo *Japón - Productos agrícolas II*, OA, WT/DS76/AB/R, párr. 81; *CE - Amianto*, OA, WT/DS135/AB/R, párrs. 114 ss.; cp. sobre el punto es exhaustivo GEHRING, *Nachhaltigkeit durch Verfahren im Welthandelsrecht: Umwelt- und Nachhaltigkeitsprüfungen und die WTO*, 2007, pp. 73 ss.

72 *CE - Hormonas*, GE, WT/DS26/R, WT/DS48/R, párrs. III.6 y IV.202ss.

73 *CE - Hormonas*, OA, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, párrs. 43 y 60.

74 *CE - Hormonas*, OA, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, párrs. 123 y 124; cp. *CE - Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, GE, WT/DS291/37, párr. 7.88.

el Derecho internacional. Las obligaciones, en especial las derivadas de los contratos, deben ser cumplidas de buena fe⁷⁵. Este principio general del Derecho ha logrado consagrarse a nivel de tratado internacional en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en el cual el principio de la *bona fides* se encuentra presente en todo el proceso de interpretación de los tratados (artículo 31 párr. 1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). También en los textos de los tratados de la OMC, el principio de buena fe es mencionado en una serie de disposiciones⁷⁶. El órgano de apelación considera que el principio de buena fe es subyacente a todos los tratados internacionales, por lo que en múltiples ocasiones ha hecho explícita referencia el mismo en su jurisprudencia⁷⁷. Con esto, el órgano de apelación ha calificado al principio de buena fe como un principio general del Derecho y, a la vez, un principio general del Derecho internacional.

Una de las características particulares del principio de buena fe es la prohibición del abuso del Derecho, generalmente reconocido como un principio general del Derecho, que se ha visto confirmado en repetidas ocasiones en la jurisprudencia de los tribunales internacionales⁷⁸. En la jurisprudencia de la OMC se ha recurrido a este principio en el marco de la interpretación del encabezado del artículo XX GATT⁷⁹. Lo mismo ocurre con el principio de *pacta sunt servanda*, que ha sido mencionado varias veces en dicha jurisprudencia⁸⁰. De la aplicación del principio de la buena fe se deriva el principio que permite la modificación o extinción de un contrato por alteración grave de las circunstancias que presidieron su celebración (cláusula *rebus sic stantibus*); sin embargo, este principio no ha sido hasta ahora aplicado en la jurisprudencia de OMC⁸¹.

75 Cp. D'AMATO, *Good Faith*, 1984, pp. 599ss.

76 Por ejemplo en los artículos 24:4, 48, 58 letra c.) ADPIC, o artículos 3:10, 4:3 OSD.

77 *Estados Unidos – Hilados de algodón*, OA, WT/DS192/AB/R, párr. 81; *Estados Unidos – EVE*, OA, WT/DS108/AB/R, párr. 166; *Canadá – Aeronaves*, OA, WT/DS70/AB/R, párr. 190; *Estados Unidos – Acero laminado en caliente*, OA, WT/DS184/AB/R; *Estados Unidos – Camarones*, OA, WT/DS58/AB/R, párr. 158.

78 Cp. – con otras referencias – VERDROSS y SIMMA, *Universelles Völkerrecht*, 3ª ed., 1984, frase 461.

79 *Estados Unidos – Camarones*, OA, WT/DS58/AB/R, párr. 158; en referencia a la misma también *Estados Unidos – Hilados de algodón*, OA, WT/DS192/AB/R, párr. 81 (abuso de droit); además *México – Jarabe de maíz*, OA, WT/DS132/AB/RW, párr. 73.

80 Cp. por ejemplo *CE – Sardinias*, OA, WT/DS231/AB/R, párr. 278; *Corea – Contratación pública*, GE, WT/DS163/R, párrs. 7.93 y 7.99 ss.; *Estados Unidos – Camarones*, GE, WT/DS58/R, párrs. 6.5 y 7.41; *India – Restricciones Cuantitativas*, GE, WT/DS90/R, párr. 5.80.

81 Cp. LINARELLI, *Law & Policy in International Business*, 2000, pp. 263 y 344.

En el sistema legal anglosajón se han alcanzado resultados similares sobre el *principio de equidad*, que asimismo desempeña un rol importante en el Derecho internacional con respecto a la aplicación de las normas que requieren concretización⁸². En el Derecho de la OMC, los principios desarrollados en el marco del *principio de equidad*, como el *principio de aquiescencia* o el *principio del estoppel* cobran especial relevancia. El primero señala que el silencio calificado frente a una pretensión legal establecida en el Derecho extranjero puede interpretarse como un reconocimiento tácito y ha sido aplicado –aunque no explícitamente– por el Órgano de Apelación (en el caso *Estados Unidos – Trato fiscal aplicado a las “empresas de ventas en el extranjero”*, en relación con las obligaciones de notificación en el marco del Acuerdo de la OMC sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias)⁸³. El principio del *estoppel*, que aproximadamente se puede comparar con el principio continental-europeo *venire contra factum proprium*, se ha tomado en cuenta por la jurisprudencia en distintas ocasiones⁸⁴, llegando a plantearse preguntas problemáticas respecto al límite existente entre ambas figuras legales⁸⁵.

4. PRINCIPIOS PROCESALES

En el desarrollo del procedimiento de solución de diferencias, el Órgano de Apelación se ha apoyado recurrentemente sobre principios de Derecho, que toma del Derecho internacional general. Muchos de estos principios de Derecho procesal encuentran expresión explícita o implícita no solo en el ESD⁸⁶, sino también en disposiciones procesales de los demás acuerdos. Sobre la relación entre esta positivización convencional con los principios

82 Cp. en relación con el Derecho internacional general, AKEHURST, *International and Comparative Law Quarterly*, 1976, vol. 25, pp. 801 ss; en relación con el derecho de la OMC, BARTELS, *Journal of World Trade*, 2001, vol. 35, pp. 499 y 517 ss.

83 *Estados Unidos – EVE*, OA, WT/DS108/ AB/R, párr. 165; cp. LENNARD, *Journal of International Economic Law*, 2002, vol. 5, núm. 1, pp. 17 ss.

84 *CE – Subvenciones a la exportación de azúcar*, OA, WT/DS265/AB/R, WT/DS266/AB/R, WT/DS283/AB/R, párrs. 307 y 320; *India – Automóviles*, GE, WT/DS146/R, WT/DS175/R, párr. 7.115 pie de página n.º 364. Cp., en este sentido, tratado en detalle ZETTLER, *Journal of International Economic Law*, 2005, vol. 8, núm. 3, pp. 721 y 733 ss.

85 *Guatemala – Cemento II*, GE, WT/DS156/R, párrs. 8.23 ss., cp. en conjunto a LENNARD, *Journal of International Economic Law*, 2002, vol. 5, núm. 1, pp. 76 ss.

86 Ver en relación con el principio *nemo iudex in sua causa*, artículo 8 ESD (GE) y artículo 17:3 ESD (OA). En mayor detalle GAFFNEY, *American University International Law Review*, 1999, vol. 14, pp. 1196 ss.; MITCHELL, *Legal Principles in WTO Disputes*, 2008, p. 153 ss.

generales del Derecho, el Órgano de Apelación ha señalado que la obligación de presentar un informe escrito al OSD (artículo 12.7 ESD) –que debe contener la motivación de la decisión adoptada o una recomendación– se basa en los principios del *debido proceso* y de *fundamental fairness*, principios sobre los que a su vez se basan las disposiciones de solución de diferencias del ESD⁸⁷.

En relación con la prueba de los hechos, que también es tarea del Grupo Especial, el Órgano de Apelación se ha apoyado más de una vez en los principios de *fundamental fairness*, y en especial de *natural justice*⁸⁸. Ello adquiere particular valor en la consideración de la presentación de medios de prueba de las partes, pues las disposiciones procesales para el procedimiento ante el Grupo Especial no contienen reglamentos detallados sobre los medios de prueba presentados por las partes, ni reglas sobre los plazos para su presentación⁸⁹.

De forma recurrente se hace referencia también al *principio de economía procesal*⁹⁰. Así, por ejemplo, el Órgano de Apelación en el *caso Estados Unidos – Camisas y blusas* estableció que el Grupo Especial en ningún caso debe ocuparse de todas las pretensiones y argumentos presentados por las partes en conflicto. Sin embargo, con base en el principio de economía procesal, la decisión se podría limitar a los aspectos más importantes del caso⁹¹. El Órgano de Apelación también se guía por este principio en su jurisprudencia.

Hasta el momento no ha encontrado ninguna aplicación el principio general del Derecho de la *res iudicata* (cosa juzgada material)⁹². En el caso *India – Automóviles*, el Grupo Especial trató detalladamente este principio;

87 *México – Jarabe de maíz*, OA, WT/DS132/AB/RW, párr. 107; *India – Patentes (Estados Unidos)*, OA, WT/DS50/AB/R, párr. 94.

88 *CE – Hormonas*, OA, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, párrs. 131 ss.; en referencia a *Australia – Salmón*, OA, WT/DS18/AB/R, párr. 264; *Estados Unidos – Acero laminado en caliente*, OA, WT/DS184/AB/R, párr. 193, nota. 142; *CE – Carne de aves de corral* (Estados Unidos), OA, WT/DS69/AB/R, párr. 133; *Corea – Bebidas alcohólicas*, OA, WT/DS75/AB/R, WT/DS84/AB/R, párr. 162.

89 *Argentina – Textiles y prendas de vestir*, OA, WT/DS56/AB/R, párrs. 79 ss. (ver especialmente nota 68); *Australia – Salmón*, OA, WT/DS18/AB/R, párr. 272; cp. FELICIANO y VAN DEN BOSSCHE, en: BLOKKER y SCHERMERS (ed.), *Proliferation of International Organizations*, 2001, pp. 297 y 329.

90 A modo de ejemplo, tener en cuenta *CE – Subvenciones a la exportación de azúcar*, GE, WT/DS265/R, párrs. 7.381 ss.; cp. también VERMULST, MAVROIDIS y WAER, *Journal of World Trade*, 1999, vol. 33, núm. 2, pp. 12 ss.; WAICYMER, *WTO Litigation*, 2002, pp. 367 ss y 701 ss.

91 *Estados Unidos – Camisas y blusas*, OA, WT/DS33/AB/R, p. 19; ver además *Canadá – Automóviles*, OA, WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, párrs. 114ss.; *CE – Productos avícolas*, OA, WT/DS69/AB/R, párr. 135; *Estados Unidos – Gluten de trigo*, OA, WT/DS166/AB/R, párrs. 177 ss.

92 Cp. en detalle WAICYMER, *WTO Litigation*, 2002, p. 519 ss.

sin embargo, la decisión dejó explícitamente abierta la noción de aplicación del principio de *res iudicata*⁹³.

IV. OBSERVACIONES FINALES

Como se ha expuesto, los órganos de solución de diferencias de la OMC recurren en gran medida a principios del Derecho para subsanar las lagunas del Derecho positivo, pero también, cuando es oportuno, para añadir algo de consistencia a los acuerdos. Estos principios están establecidos en la OMC misma (como principios *intra-OMC*) o son tomados del Derecho internacional general (como principios *extra-OMC*). Sin embargo, el límite entre ambas categorías es a menudo sutil, puesto que el Órgano de Apelación no distingue de manera metódica exactamente entre las dos fuentes. Además, los *principios internos* de la OMC proceden, en la mayoría de los casos, del Derecho internacional. Al final, la OMC solo hace referencia a los principios generales del Derecho internacional. A diferencia del Derecho de la Unión Europea, el rol de una fuente de principios generales del Derecho es prácticamente insignificante para el Derecho de la OMC.

En el caso europeo, los principios generales del Derecho son obtenidos de una comparación (crítica) de los ordenamientos jurídicos de los Miembros. Como resultado, esta fuente resulta ser poco accesible a los órganos de solución de diferencias de la OMC ya que los ordenamientos jurídicos de los Miembros de la OMC son muy diversos y heterogéneos entre sí⁹⁴.

93 *India – Automóviles*, GE, WT/DS146/R, WT/DS175/R, párrs. 7.55 ss. y 7.103.

94 Cp. GÖTTSCHE, en: HILF y OETER (ed.), *WTO-Recht*, 2.^a ed., 2010, pp. 137 ss.

CAPÍTULO 5

Organización de OMC

MARIO MATUS

I. INTRODUCCIÓN

La Organización Mundial del Comercio es beneficiaria de la corriente que señala que el libre flujo de bienes y servicios entre las naciones es la mejor y más sana política comercial. En ese sentido, mientras más libre sea el comercio entre naciones, mayor será este y más significativo será el rédito del mismo. Dicho de otro modo, es consustancial al sistema GATT/OMC la presunción de que el comercio es coadyuvante en el proceso de mejorar las condiciones de vida de los pueblos. De ahí que en su base se halle la idea de la liberalización progresiva del comercio, cuyo brazo operativo es el principio de no discriminación.

Con esa filosofía informadora como telón de fondo, la OMC establece las normas que regulan el comercio mundial. Si bien no abarca todos los elementos del este, reglamenta la mayoría de aquellos y que son, precisamente, los que se analizan en los siguientes capítulos.

Formalmente, la OMC nació el 1º de enero de 1995 como sucesora legal del GATT establecido en 1948. Fue el resultado más importante del último proceso negociador del GATT (Ronda Uruguay), desarrollada entre 1986 y 1994.

II. OBJETIVOS

Los principios que gobiernan la OMC fueron desarrollados en el capítulo precedente y son los que alumbran el camino para el logro de los objetivos pretendidos por la institución. En efecto, los propósitos declarados de la misma son los siguientes¹:

- (i) Elevar los niveles de vida;
- (ii) Lograr el pleno empleo;
- (iii) Conseguir un aumento constante de los ingresos reales y de la demanda efectiva;
- (iv) Ampliar la producción y el comercio de bienes y servicios;
- (v) Desarrollo sostenible. Avanzar hacia el logro de los objetivos de OMC permitiendo la óptima utilización de los recursos mundiales procurando proteger y preservar el medio ambiente e incrementar los medios para

1 Extractado del Preámbulo del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio.

- hacerlo; todo ello de manera compatible con las necesidades e intereses de cada miembro, según los niveles de desarrollo; y,
- (vi) Propender hacia el libre comercio. Si bien este concepto no es mencionado como tal, el mismo preámbulo se encarga de dar una versión operativa de lo que debe entenderse por aquél. Establece que los objetivos antedichos se logran mediante *“la reducción sustancial de los aranceles aduaneros y de los demás obstáculos al comercio, así como la eliminación del trato discriminatorio en las relaciones comerciales internacionales”*.

III. ARQUITECTURA DE OMC

En términos normativos, la OMC está conformada por tres pilares de carácter obligatorio: (i) los bienes, ordenados por el GATT²; (ii) los servicios, reglamentados por el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS o GATS, por su nombre en inglés)³, y (iii) la propiedad intelectual, esto es, reglas codificadas sobre las invenciones, creaciones, dibujos y modelos que son objeto de transacciones comerciales. Ello se encuentra compendiado en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC, también conocido como TRIPS, por su sigla inglesa)⁴.

Estos tres cuerpos legales están enlazados por un sistema de solución de diferencias, con características únicas en el reino de las disputas internacionales⁵ y por un mecanismo que de manera periódica revisa la consistencia de las políticas comerciales de los Miembros con las normas y principios de la OMC⁶.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO		
GATT	GATS	ADPIC
Bienes	Servicios	Propiedad intelectual
Solución de diferencias		
Mecanismo de revisión de las políticas comerciales		
Secretaría		

2 Ver capítulos 7 al 18.

3 Ver capítulos 19 al 21.

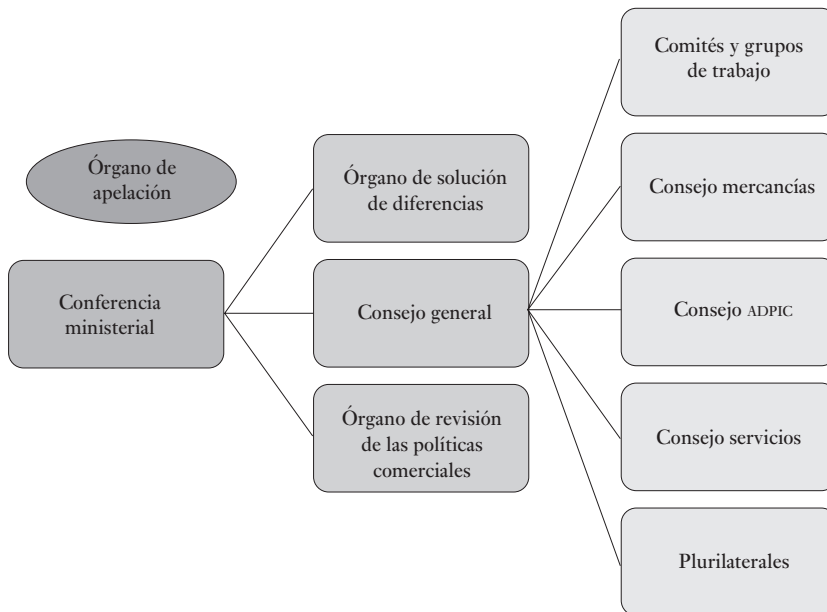
4 Ver Capítulo 22.

5 Ver Capítulo 24.

6 Ver Capítulo 26.

IV: ÓRGANOS Y ESTRUCTURA

En general, se trata de una organización en que la gran mayoría de sus órganos está abierta a la participación de todos sus Miembros sin necesidad de inscripción o formalización previa. La excepción la constituyen los casos en los que la naturaleza del asunto hace requerir una manifestación de voluntad explícita y acciones subsecuentes. Por ejemplo, los grupos que presuponen una negociación (acuerdos plurilaterales o grupos de adhesión a la OMC), o que requieren un interés específico como son los casos de solución de diferencias. Todo ellos implican un accionar positivo y no el simple seguimiento del tema o la mera asistencia a las reuniones.



I. CONFERENCIA MINISTERIAL

Es el órgano supremo de toma de decisiones en OMC y se reúne, normalmente⁷, cada dos años.

⁷ El artículo IV:1 del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio señala que debe reunirse “al menos cada dos años”; regla que no ha sido cumplida a cabalidad.

A la fecha se han realizado nueve de estas reuniones: Singapur (1996), Ginebra (1998), Seattle (1999), Doha (2001), Cancún (2003), Hong Kong (2005), Ginebra (2009), Ginebra (2011) y Bali (2013).

2. CONSEJO GENERAL

En los períodos cuando la Conferencia Ministerial no está reunida, es el Consejo General de la OMC el que desempeña las funciones de aquella, con todas sus facultades.

En la estructura de la OMC, es el mismo Consejo General el que se reúne –con mandatos diferentes– como Órgano de Solución de Diferencias⁸ y como Órgano de Examen de las Políticas Comerciales⁹. Dicho de manera coloquial, el Consejo General tiene tres sombreros.

3. CONSEJOS, COMITÉS Y GRUPOS DE TRABAJO

Del Consejo General dependen, en un tercer nivel, los órganos que administran los pilares sustantivos de la organización: el Consejo de Mercancías (GATT), el Consejo del Comercio de Servicios (GATS) y Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC). Salvo el de ADPIC, los otros Consejos cuentan con órganos subsidiarios.

El Consejo de Mercancías incluye los comités de Acceso a los Mercados, Agricultura, Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, Órgano de Supervisión de los Textiles, Obstáculos Técnicos al Comercio, Subvenciones y Medidas compensatorias, Prácticas *Antidumping*, Valoración en Aduana, Normas de Origen, Licencias de Importación, Medidas en materia de Inversiones, Salvaguardias y el grupo de trabajo de Empresas Comerciales del Estado.

Informan al Consejo de Servicios los Comités de Servicios Financieros y el de Compromisos Específicos. También dependen de él dos Grupos de Trabajo: de las Reglamentaciones Nacionales y de Normas del AGCS.

Existen otros seis órganos que se reportan directamente al Consejo General. Son comités encargados de temáticas que no pertenecen a ninguno de los pilares sustantivos antes citados: Comité de Medioambiente; Comercio y Desarrollo, Subcomité de Países Menos Adelantados; Acuerdos Comerciales

8 Ver Capítulo 24.

9 Ver Capítulo 26.

Regionales; Restricciones de Balanza por Pagos y Asuntos Presupuestarios, Financieros y Administrativos.

Hay dos tipos de Grupos de Trabajo que informan directamente al Consejo General. Algunos virtualmente permanentes, como el de Comercio, Deuda y Finanzas y el de Comercio y Transferencia de Tecnología. La otra categoría está conformada por grupos para los procesos de adhesión a la OMC, los que dependen del número de países que estén negociando su ingreso en un momento determinado¹⁰. Existen tres grupos de trabajo inactivos: Comercio e Inversión; Comercio y Política de Competencia; Transparencia de la Contratación Pública.

4. ACUERDOS PLURILATERALES

También se reportan regularmente al Consejo General otros comités, que solo están compuestos por algunos Miembros de la OMC. Son los llamados acuerdos plurilaterales, de los cuales hay de dos clases.

Aquellos que constituyen una excepción al principio de la Nación Más Favorecida y por tanto sus beneficios y obligaciones solo incumben a los Miembros. De estos hay cuatro: Comercio de Aeronaves Civiles, Contratación Pública, Productos Lácteos y Carne de Bovino¹¹.

En la segunda categoría hay –por ahora– solo uno y es el Comité sobre el Acuerdo de la Tecnología de la Información, conocido como ITA, por sus siglas en inglés. A diferencia de los anteriores, este acuerdo se aplica sobre la base de Nación Más Favorecida, es decir, se negocia entre los Miembros, pero sus reducciones arancelarias se extienden a todos los Miembros.

V. MIEMBROS Y OTROS ACTORES

I. MIEMBROS

No es necesario ser un Estado en su sentido clásico para pertenecer a la OMC; basta con ser un territorio aduanero. La condición es que dicha entidad tenga plena autonomía en la conducción de sus relaciones comerciales exteriores y

10 Al 2015, algo menos de una veintena.

11 Los Consejos sobre Lácteos y Carnes fueron terminados en 1977. Disponible en http://www.wto.org/spanish/news_s/pres97_s/pro78_s.htm.

en todos los temas regulados por la organización¹². Esta definición es la que permite la plena membrecía de territorios que no son técnicamente Estados independientes, como el caso de Hong Kong o Macao y permite que Taiwán¹³ sea miembro, aunque muchos no le reconozcan la calidad de Estado.

Se ingresa a través de un proceso de adhesión, es decir, el candidato a miembro debe adecuar su normativa y política comercial a los estándares y principios de OMC.

Hoy son 160 Miembros (Anexo 1). Están representados todos los niveles de desarrollo que van desde Qatar o Luxemburgo, con sobre 80.000 dólares de ingreso per cápita, hasta la República Democrática del Congo o Burundi, con 350 y 400 dólares por persona al año, respectivamente.

2. VARIEDADES DE MIEMBROS

En términos de cargas y deberes, todos tienen los mismos derechos aunque no necesariamente las mismas obligaciones, pues hay una distinción entre las tres categorías de Miembros que conforman la OMC: los desarrollados o industrializados, Miembros en desarrollo y países menos adelantados. Se trata de una calidad autodesignada, pues cada miembro define qué condición desea utilizar¹⁴. La situación de los países menos adelantados es menos nebulosa, pues su categoría depende de la determinación que haga Naciones Unidas. Hoy son 49 países, 34 de los cuales son Miembros de la OMC (Anexo 1).

Los que no se encuentran en la categoría de países industrializados gozan de un trato especial y diferenciado, esto es, obligaciones más laxas o plazos más extensos para cumplir las obligaciones generales¹⁵.

Es interesante hacer notar que esta estricta clasificación de los Miembros de la OMC se vio matizada por la forma que adquiere el trato especial y diferenciado del Acuerdo de Facilitación de Comercio. En este, los países

12 Artículo XII del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio.

13 El nombre oficial en OMC es Taiwán, Penghu, Kinmen and Matsu y se le conoce como Taipéi Chino.

14 Por ejemplo, Singapur (cerca de US\$ 70.000) se autodesigna en desarrollo, en oposición a Bulgaria o Rumania (US\$15.000 o menos) que califican de países desarrollados, pues son Miembros de la Unión Europea.

15 Ver Capítulo 27.

en desarrollo deciden de forma autónoma cuándo y cómo se comprometen a cumplir cada una de las obligaciones sustantivas del acuerdo. Son de categoría A las disposiciones que se cumplen el primer día de operación del acuerdo. En categoría B están las normas que requieren un plazo para su implementación y mientras eso no ocurra no serán exigibles. Finalmente, en la categoría C están aquellas obligaciones que requieren plazo y apoyo técnico para su cumplimiento. Se subentiende que los llamados países emergentes (China, India, Brasil, Sudáfrica y semejantes) no usarán la categoría C y que la mayoría de las obligaciones son de la categoría A. Vale decir, al completarse la implementación del acuerdo habrá cuatro (si no más) clases de Miembros: desarrollados, emergentes, en desarrollo y países menos adelantados.

3. OBSERVADORES

En este nivel se encuentran Estados o los territorios aduaneros y las organizaciones gubernamentales.

3.1. ESTADOS O LOS TERRITORIOS ADUANEROS

Con excepción de la Santa Sede, los observadores están obligados a iniciar las negociaciones de adhesión en un plazo de cinco años después de obtener la condición de observador (Anexo II). En este caso, el objetivo es permitir que los gobiernos puedan conocer mejor la OMC y sus actividades y preparar e iniciar las negociaciones tendientes a su adhesión¹⁶.

3.2. OTROS

La autorización para las Organizaciones internacionales intergubernamentales responde a la necesidad de que estas puedan seguir las deliberaciones sobre cuestiones que revistan interés directo para ellas¹⁷. En general, estas pueden participar en las reuniones de la OMC para las que fueron autorizadas, con excepción del Comité de Asuntos Presupuestarios, Financieros y Administrativos, el Órgano de Solución de Diferencias o los grupos de

¹⁶ Ver OMC-Doc. WT/L/161, Anexo 2, párr. 3.

¹⁷ OMC-Doc. WT/L/161, Anexo 3.

trabajo sobre adhesión. En todo caso, solo podrán intervenir y tomar la palabra después de los Miembros.

Cabe hacer notar que el Centro de Comercio Internacional UNCTAD/OMC, como órgano subsidiario común de la OMC y de la UNCTAD, no tiene la obligación de presentar oficialmente una solicitud de la condición de observador en los órganos de la OMC¹⁸. En el caso del Banco Mundial y el FMI tienen la condición de observador en diversos órganos de la OMC, conforme a lo establecido en sus respectivos Acuerdos con la OMC¹⁹.

4. LOS GRUPOS EN LA OMC

Como toda organización internacional, en el interior de la OMC funcionan una plétora de grupos formales e informales, muchos de los cuales se organizan para un proceso negociador en particular, en un momento histórico determinado, y luego persisten en el tiempo y se alejan de sus objetivos originales.

Existe todo tipo de agrupaciones: las que representan zonas geográficas (Anexo III); las que se reúnen en torno a un interés específico, las que tienen en común un nivel de desarrollo similar, las que comparten un mismo idioma, las que fueron una comunidad bajo un determinado imperio colonial, las que adhirieron a OMC en una misma época, las que comparten una ideología, las que existen transversalmente en todo el sistema de Naciones Unidas, etc. (Anexo IV).

Como la mayoría es informal y no reconocida por los estatutos de la organización, estas agrupaciones presentan membrecías sobrepuestas, variables, inestables y muchas veces contradictorias en sus objetivos.

5. SECRETARÍA

Está dirigida por un Director General y como toda Secretaría su función—de carácter internacional— es ofrecer un apoyo independiente a los Miembros en todas las actividades realizadas por la Organización, y prestar servicios con profesionalidad, imparcialidad e integridad²⁰.

18 OMC-Doc. WT/GC/M/25.

19 OMC-Doc. WT/L/195.

20 Artículo IV del Acuerdo de Marrakech, por el que se establece la Organización Mundial del Comercio.

Solo tiene oficinas en Ginebra, Suiza, y se trata de una Secretaría más bien pequeña con algo más de 600 funcionarios, de unas 70 nacionalidades y por un número casi igual de hombres y mujeres. Si bien los idiomas de trabajo de la OMC son el español, el francés y el inglés, en la práctica es este último el que predomina en el quehacer diario de la institución.

Cabe notar que el Órgano de Apelación tiene su propia Secretaría. El objetivo es mantener este órgano lo más independiente de la labor diaria de la organización para facilitar la autonomía y neutralidad a la que están comprometidos los siete Miembros (jueces) y su personal de apoyo.

VI. FUNCIONES DE LA OMC

Al decir de un antiguo embajador ante la OMC, desde un punto de vista funcional la institución cumple una gran variedad de tareas que se pueden sintetizar en el acrónimo CAVINE: *capacitación, vigilancia y negociación*.

I. CAPACITACIÓN E INFORMACIÓN

Como bien se señala en el tratado constitutivo de la organización, parte de su función consiste en facilitar la aplicación, administración y funcionamiento de la normativa OMC, favoreciendo la consecución de sus objetivos²¹. En ese sentido, la organización dedica una porción de su energía a promover los principios y normativa en todo el planeta; todo ello teniendo la liberalización del comercio como telón de fondo.

La Secretaría pone especial énfasis en los países en desarrollo, que son los Miembros que tienen más dificultades para beneficiarse de las oportunidades que la normativa les ofrece, incluyendo los espacios de política que las excepciones y reglas especiales les permiten. Es así como cada año se realizan centenares de misiones de cooperación técnica, se proveen numerosos cursos para funcionarios gubernamentales en Ginebra y se apoya la creación de cursos y cátedras sobre OMC en diferentes centros de estudios de los países Miembros.

En la misma línea y con el objeto de aumentar el conocimiento sobre la OMC, promover sus principios, sus valores y transparentar su quehacer, se

21 Artículo III:1 del Acuerdo de Marrakech, por el que se establece la Organización Mundial del Comercio.

mantiene un diálogo permanente con organizaciones no gubernamentales, parlamentarios, otras entidades internacionales, medios de comunicación y la sociedad civil en general. Ello se realiza mediante foros públicos, mesas redondas, seminarios de difusión e informes periódicos sobre el comercio internacional en general y publicaciones sobre temas específicos.

2. VIGILANCIA Y CONTROL DE LA IMPLEMENTACIÓN

Esta función tiene tres aristas: transparencia, examen de las políticas comerciales y solución de diferencias.

2.1. TRANSPARENCIA

Parte de la labor de los órganos regulares es verificar el correcto cumplimiento de las obligaciones asumidas por los Miembros. Esto se realiza en el quehacer ordinario de los comités y grupos de trabajo, basado en un amplio sistema de notificaciones y contra notificaciones en vigor.

2.2. EXAMEN DE LAS POLÍTICAS COMERCIALES

En otra sección de este libro se explica el mecanismo por el que se revisan periódicamente la coherencia con los principios y normativa OMC de las políticas comerciales aplicadas por los Miembros²².

2.3. SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS

El Entendimiento sobre Solución de Diferencias ha sido definido como *la joya de la corona* de la OMC. A través de él, los gobiernos resuelven sus diferencias comerciales. Se trata de un sistema automático, de jurisdicción obligatoria y cuyos dictámenes pueden ser impuestos coercitivamente a la parte perdedora en la contienda²³.

²² Ver Capítulo 26.

²³ Ver Capítulo 24.

3. NEGOCIACIÓN

Se trata de una de las actividades más importantes de la institución, pues es la que genera las normas que regulan el comercio internacional en sus tres pilares: bienes, servicios y propiedad intelectual. Su objetivo es regular tales intercambios comerciales de manera consistente con los principios de la liberalización progresiva de bienes y servicios a nivel internacional²⁴, lo que tiene dos variantes: por una parte, se pretende actualizar las reglas ya existentes para hacerlas compatibles con las necesidades de la sociedad y, por la otra, adicionar al conjunto de las normas de la OMC áreas hoy no reguladas por la misma. Entre los temas importantes excluidos de la OMC se citan las inversiones, normas que regulen la competencia, la necesidad de coherencia regulatoria, algunos tópicos específicos del cambio climático, entre otros.

VII. LO QUE SE NEGOCIA

I. GATT: BIENES O ARANCELES ADUANEROS

La forma de negociación de las mercancías está consagrada en el artículo XXVIII y XXVIII bis GATT 1994. El primero está concebido para las pequeñas negociaciones o de un número limitado de bienes; la segunda, para negociaciones más complejas y verdaderamente multilaterales.

I. I. NEGOCIACIONES SIMPLES (ARTÍCULO XXVIII GATT)

Deben llevarse a cabo entre “las partes principalmente interesadas”. De estas hay cuatro categorías definidas:

- (i) El miembro que pretende modificar su concesión para producir una liberalización (rebajar el consolidado a un nivel inferior) o retroceder en sus compromisos (elevando el arancel consolidado).

²⁴ Hay quienes sostienen que el principio de la liberalización comercial está en contradicción con la normativa de la propiedad intelectual pues esta, en definitiva, tiende a proteger un monopolio. Otros argumentan que tal garantía es necesaria para generar innovación, que es la que permite la generación de nuevos flujos de bienes y servicios.

(ii) Primer negociador. Es la economía con la que el requirente negoció originalmente dicha concesión o a la que le reconoció derechos de negociador inicial.

(iii) Principal abastecedor. Es aquel que tiene la calidad del proveedor más importante para el producto de que se trata al momento de la negociación o renegociación.

(iv) Miembro con interés sustancial. Todo aquel miembro que declare tener un interés importante en el comercio del bien en cuestión, el que normalmente es entendido como tener el 10% de mercado de importación en un período representativo anterior a la negociación, generalmente los tres últimos años.

En la época GATT 1947, este era el modo normal de negociación: producto a producto y entre pocos participantes. Hasta la década del sesenta, una tratativa en GATT bien pudo haber tenido el siguiente tono:

¡Tú me rebajas mis salmones (código 03.02.11) en un 60% del arancel que aplicas actualmente y yo te rebajo el arancel de los motores eléctricos (código 85.01.00) en un 20%!

Al final, por aplicación de la Nación Más Favorecida, todas estas reducciones arancelarias se multilateralizaban o, lo que es lo mismo, se extendían a los demás Miembros de la organización.

Sin embargo, este sistema tenía varios inconvenientes: (i) Pudo funcionar mientras el número de participantes estuvo constituido por una cantidad pequeña de actores, pero a medida que la membrecía se amplió el mismo se hizo lento, engorroso e ineficiente. (ii) De hecho, impedía la participación de muchos países en desarrollo los que, por la magnitud de su producción, difícilmente calificaban de abastecedor principal o con interés sustancial. Sin embargo, ese exiguo monto de ventas al exterior bien podía representar una buena parte de su balanza exportadora. (iii) Más aún, el hecho de que se tratara de pocos bienes hacía que los grupos de presión, *lobbies*, focalizaran sus energías —a favor o en contra— en la negociación, lo que la hacía políticamente más compleja.

Todo ello presionó para que se buscara un sistema más transparente, de cobertura más amplia y que abarcara a más de un puñado de países por producto²⁵.

25 De hecho, fue utilizada solo hasta la quinta Ronda, que se denominó Dillon.

I.2. NEGOCIACIONES MÁS AMPLIAS (ARTÍCULO XXVIII BIS GATT)

En 1957 entró en vigor este nuevo artículo²⁶ para regular las negociaciones multilaterales propiamente tales, permitiendo utilizar enfoques adicionales al método²⁷ *producto a producto*. Ha habido múltiples ejemplos de sistemas alternativos. Entre estos destacan las fórmulas de *reducción lineal* (ej. todos los participantes reducen en un 50% su arancel en todos los productos) utilizado en Ronda Kennedy; el enfoque de *fórmula armonizada*, empleada en la Ronda de Tokio, método que implica que mientras más alto sea el arancel mayor será la rebaja; *reducción por sectores*, que se intentó en la Ronda Uruguay, donde se buscaba la reducción a cero o el mismo nivel arancelario para todos los productos de un determinado sector (ej. forestal); coloquialmente se le denominó *opción cero por cero*. En la Ronda Doha se utilizó una mezcla de los enfoques anteriores.

Para el evento del retiro de concesiones (alza de arancel), el país requiriente podrá elevar el arancel en cuestión, aun sin acuerdo con las partes con derechos de primer negociador, principal abastecedor o con interés sustancial. En tal caso, estos últimos estarán en libertad de retirar concesiones sustancialmente equivalentes²⁸. Si bien a primera vista parece ser una regla razonable, en la práctica es una mala solución puesto que el país que alza los aranceles para “sancionar” al miembro que retira concesiones, debe hacerlo sobre la base de Nación Más Favorecida. Por tanto, afecta a todos los Miembros de la OMC, aumenta el nivel de protección y reduce el comercio global del o de los productos en comento.

2. ARANCEL CONSOLIDADO Y ARANCEL APLICADO

2.1. ARANCEL CONSOLIDADO

Es el nivel arancelario comprometido en la negociación. Se trata de uno de los grandes beneficios del sistema GATT/OMC, pues otorga certidumbre y

26 Producto de la Sesión del Grupo de Trabajo de Revisión del GATT de 1954-1955. Entró en vigencia el 7 de octubre de 1957.

27 VAN DEN BOSSCHE, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, 2^a. ed., 2008, p. 414.

28 ARTÍCULO XXVIII:3 GATT 1994.

tiende a garantizar que los compromisos serán respetados. Sobre el particular, es pertinente hacer dos comentarios.

a. El nivel negociado pasa a ser el máximo legal ante la OMC, no pudiendo ser elevado salvo que haya una renegociación o se la justifique bajo alguna de las excepciones permitidas por el sistema (defensa comercial, excepciones generales, situaciones de crisis de balanza de pagos, seguridad nacional, exenciones, etc.). Con matices²⁹ se puede afirmar que los Miembros pueden aplicar un nivel arancelario inferior al consolidado (reducirlo) de manera inconsulta.

La consolidación se produce por línea arancelaria, es decir, por producto. Con el paso de los años y las sucesivas rondas negociadoras, la mayoría de los Miembros tiene un amplio porcentaje de líneas consolidadas.

El primer país en consolidar la totalidad del arancel aduanero fue Chile, durante la Ronda de Tokio (1979), además lo hizo de manera pareja, a un nivel único de 35% (en circunstancias que el arancel aplicado era de 10% parejo para todos los productos). Si bien ello se realizó por razones de política interna y, en el momento la decisión fue cuestionada en el GATT, con el tiempo se impuso como una suerte de modelo de todo el sistema. De hecho, en las adhesiones subsecuentes se le exigió la consolidación universal al país entrante.

b. Los aranceles que no se encuentren consolidados pueden moverse libremente sin consecuencia jurídica para el miembro que lo realiza. Tal flexibilidad, sin embargo, tiene el límite de la Nación Más Favorecida, es decir, no puede discriminar o aplicar diferentes aranceles a los socios de OMC.

2.2. ARANCEL APLICADO

En la época del GATT las negociaciones se llevaban a cabo sobre la base del arancel aduanero efectivamente aplicado por los Miembros. Al finalizar la tratativa, las reducciones acordadas eran “consolidadas” en la lista de compromisos de cada uno de los participantes. En aquellos momentos no había diferencia entre la tarifa aduanera aplicada y la consolidada en el GATT.

²⁹ *Chile – Sistema de bandas de precios*, OA, WT/DS207/AB/R. En el fondo, indicó que es incompatible con el Acuerdo de Agricultura de la OMC (artículo 4.2) un sistema que opere como los “gravámenes variables a la importación” o a los “precios mínimos de importación”, aun cuando opere por debajo del nivel consolidado.

Con los sucesivos procesos de liberalización autónoma, particularmente de los países en desarrollo, comenzó a producirse una diferencia entre el nivel arancelario aplicado y el consolidado en GATT/OMC. Ello introdujo una distorsión en las conversaciones subsecuentes, pues la negociación se realiza sobre la base del arancel consolidado y no el aplicado. El resultado es que muchos –si no la mayoría– de los países en desarrollo mantienen un diferencial entre ambos aranceles. Ese espacio entre uno y otro se conoce coloquialmente como *agua*.

Los argumentos para mantener esa diferencia son variados, pero todos conducen a que –en casos de dificultades económicas– dichos países tienen la posibilidad de subir libremente los aranceles aduaneros, hasta el nivel consolidado, sin necesidad de tener que renegociar ciertas partidas o realizar procedimientos para aplicar normativas de salvaguardias, medidas *antidumping* o derechos compensatorios.

3. GATS: SERVICIOS

3.1. NEGOCIACIÓN

En esencia, la negociación de servicio se reduce a incrementar el número de servicios (sectores y subsectores) y sus modos de prestación cubiertos por las obligaciones de no discriminación del GATS³⁰; normalmente se hará bajo el modo de *oferta-petición*, esto es, el miembro ofrece aumentar la cobertura de sus obligaciones y los demás Miembros reaccionan a aquello.

Un ejemplo podría ayudar a comprender el proceso.

El país “x” decide incluir en sus listas de compromisos los servicios de construcción y de ingeniería conexos, sin restricciones en acceso a los mercados, pero con las siguientes limitaciones a trato nacional: consolida o compromete los modos 2, 3 y 4. El modo 1 quedaría sin consolidar y agrega que tratándose de tercer modo de prestación (inversión en servicios) mantendrá la discriminación de que al otorgar subvenciones estas solo beneficiarán a los capitales nacionales. La reacción de un socio podría ser “está bien, acepto la oferta en general, pero la exclusión de las subvenciones me mantendrá fuera del mercado y, por lo tanto, para que la oferta sea útil, me tendrías que dar trato nacional en modo 1”.

30 Ver Capítulo 19.

3.2. ENMIENDA DE CONCESIONES EN SERVICIOS

Está consagrada en el artículo XXI GATS y establece un procedimiento más directo o menos complejo que los bienes. De hecho, solo distingue dos categorías de Miembros: el *modificante* y el *afectado*, y obliga a someter a arbitraje las diferencias. Al final, sin embargo, el modificador puede no honrar lo resuelto por el árbitro, lo que le genera a él o los afectados el derecho a retirar o modificar ventajas sustancialmente equivalentes conforme a la decisión arbitral.

4. ADPIC: PROPIEDAD INTELECTUAL

En esta materia, en realidad lo que se negocia son disciplinas multilaterales que tienen relación con la protección de la propiedad intelectual en sus diversas formas y la observancia a las mismas. Dicho de otro modo, teóricamente, se podría negociar el aumento de los tipos existentes hoy en ADPIC; por ejemplo, extender las patentes de 20 a 30 años o los derechos de autor de 50 a 70. Se utiliza el término *teóricamente*, pues esta es una de las materias de mayor contestación en el sistema de comercio internacional y por tanto se ve difícil que vaya a haber un incremento en la protección o niveles de observancia en el marco de OMC en el corto plazo.

VIII. FORMAS DE NEGOCIACIÓN

I. BILATERALES

Es la forma tradicional de negociación, uno a uno, descrita más arriba (VIII.I.1) y en principio aplicable a todos los ámbitos de la OMC. La condición es que el resultado de dicha negociación se extienda a todos los Miembros de la organización por aplicación del principio de la Nación Más Favorecida.

2. PLURILATERALES

Como su nombre lo insinúa, son expedientes negociadores en los que participan pocos países. En esta categoría se inscriben desde los tratados de libre comercio que no son bilaterales (ej. NAFTA, TPP, UE y semejantes) hasta los acuerdos reconocidos como plurilaterales propiamente tales por la OMC, referidos precedentemente.

3. MULTILATERALES

Son escenarios en los que todos los Miembros de OMC participan simultáneamente en un mismo proceso negociador; se llaman Rondas de Negociación y toman el nombre del lugar donde fueron lanzadas o de la persona que dio su impulso inicial.

3.1. COMPLEJIDAD

Se trata de ejercicios que, con el transcurrir del tiempo, se han ido complicando por el número de países participantes, y por la cantidad, variedad y densidad técnica de temas abordados. De ahí que el mismo lanzamiento supone, a su vez, una instancia de negociación para concordar los tópicos, los objetivos y términos de referencia de cada uno de ellos, lugar de reuniones, frecuencia, número de mesas negociadoras, presidencias, plazos, etc.

Hasta el momento, ha habido ocho negociaciones de este tipo bajo el GATT y una, inconclusa, bajo OMC. Esta última se denominó Ronda de Doha o Programa Doha para el Desarrollo.

RONDAS DE NEGOCIACIÓN GATT/OMC ^{a/}			
AÑO	NOMBRE	TEMAS ABARCADOS	PAÍSES
1947	Ginebra (Suiza)	Aranceles	23
1949	Annecey (Francia)	Aranceles	13
1951	Torquay (Inglaterra)	Aranceles	38
1956	Ginebra (Suiza)	Aranceles	26
1960-61	Ronda Dillon ^{b/}	Aranceles	26
1964-67	Ronda Kennedy ^{c/}	Aranceles y medidas <i>antidumping</i>	62
1973-79	Ronda de Tokio	Aranceles, medidas no arancelarias y acuerdos relativos al marco jurídico	102
1986-94	Ronda Uruguay	Aranceles, medidas no arancelarias, normas, servicios, propiedad intelectual, solución de diferencias, textiles, agricultura, creación de la OMC, etc.	123
2001-	Ronda Doha (Qatar)	Agricultura, bienes industriales, servicios, normas de OMC, propiedad intelectual, comercio y desarrollo, comercio y medioambiente, facilitación de comercio y solución de diferencias	160 ^{d/}

a/ Extractado de http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact4_s.htm.

b/ C. Douglas Dillon, Subsecretario de Estado bajo el presidente Eisenhower y secretario del Tesoro bajo el presidente Kennedy.

c/ En reconocimiento del apoyo del presidente KENNEDY en la reformulación de la agenda comercial de EE.UU., la que resultó en llamada Trade Expansion Act de 1962, que dio al presidente el más amplio mandato negociado hasta esa fecha.

d/ Al momento del lanzamiento de la Ronda. Posteriormente se han incorporado a las negociaciones los nuevos Miembros que, a septiembre 2014, alcanzaban a 160 Miembros.

3.2. COMPROMISO (O TODO) ÚNICO³¹

Es una noción que se utiliza en procesos plurilaterales y multilaterales y que sintetiza en la frase “nada queda acordado hasta que todo esté acordado”. Ello implica que todos los temas en negociación forman parte de un todo indivisible y que, por tanto, todos tienen un valor similar a la hora de calificar su importancia.

Este principio fue acuñado en la Ronda Uruguay, como una forma de evitar lo que había sucedido en la ronda precedente, la de Tokio, esto es, la creación de acuerdos plurilaterales, llamados Códigos. Vale decir, acuerdos que ampliaron o desarrollaron la normativa original del GATT, pero que solo fueron suscritos por algunos Miembros del GATT. Dicho de otro modo, se establecieron dos tipos de Miembros en la organización: los que estaban sometidos a las reglas generales y aquellos que, además, se comprometían a un sistema de disciplinas más detalladas y estrictas. Ello generó una diferenciación compleja entre los socios y confusas interrelaciones, particularmente cuando Miembros con diferentes obligaciones se enfrentaban al sistema de solución de diferencias de la época³². Hubo Códigos en las áreas de aeronaves civiles, compras del sector público, medidas *antidumping*, carnes y lácteos, licencias, subsidios, derechos compensatorios, obstáculos técnicos al comercio y otras medidas no arancelarias. En la actualidad solo subsisten como acuerdos plurilaterales los dos primeros mencionadas.

Durante la Ronda de Uruguay, el Compromiso Único se aplicó al conjunto de normas que constituiría el acuerdo final. En efecto, concebido como un bloque indivisible, el *paquete final* se aceptaba o se rechazaba como un todo. Eso permitió que las negociaciones avanzaran a distintos ritmos y velocidades en las diferentes áreas; incluso, que se cerraban capítulos, los que quedaron a la espera de que completara el paquete final.

Desde el inicio en la Ronda de Doha, esta noción tuvo una interpretación diferente. Se entendió que abarcaba también al proceso de negociación. El resultado fue que se vinculó el progreso en un área de negociación al avan-

31 Conocido en inglés como *single undertaking*.

32 Un ejemplo clásico de complicación en la época fue la *determinación del daño* en casos de investigaciones de subsidios, cuando el país investigado no era parte del acuerdo de subsidios, y el estándar es más estricto o viceversa.

ce en otra; todo lo cual rápidamente tendió a frenar el proceso y llevarlo al estancamiento.

IX. CONCLUSIÓN

Aunque la OMC lleva algo más de una década de existencia formal, es continuadora del GATT de 1947 y de las instituciones de Bretton Woods. Ello implica que no es parte de Naciones Unidas y que se distingue por ser poseedora de una larga historia de tradiciones, con formas de ser y de hacer las cosas, con múltiples precedentes e innumerables rutinas; todo lo cual ha generado una *cultura OMC*. Entre otras peculiaridades, cabe mencionar su pragmatismo para resolver las dificultades; un trato sin formalidades diplomáticas vacías entre los delegados; la sensación de pertenencia a un club entre los Miembros; hasta no hace mucho mantenía una sana distancia de los contenciosos políticos e ideológicos que afectaban a otras instituciones internacionales; la preeminencia de los grupos de interés por sobre los regionales o políticos; el consenso es la piedra angular del sistema y que si bien el voto es parte de los estatutos, jamás se ha votado en OMC y se entiende que el día en que ello ocurra sería el comienzo del fin de la misma, etc.

X. ANEXO I - MIEMBROS OMC A NOVIEMBRE 2014

Albania, Alemania+, Angola, Antigua y Barbuda, Arabia Saudita (Reino de la), Argentina, Armenia, Australia+, Austria+, Bahréin (Reino de), Bangladesh**, Barbados, Bélgica+, Belice, Benín**, Bolivia, Estado Plurinacional de Botsuana, Brasil, Brunei Darussalam, Bulgaria+, Burkina Faso **Burundi**, Cabo Verde**, Camboya**, Camerún, Canadá+ , Chad**, Chile, China, Chipre+, Colombia, Congo, Corea, República de, Costa Rica, Côte d'Ivoire, Croacia+, Cuba, Dinamarca+, Djibouti**, Dominica, Ecuador, Egipto, El Salvador, Emiratos Árabes Unidos, Eslovenia+, España+, Estados Unidos de América+, Estonia+, Ex República Yugoslava de Macedonia (ERYM), Federación de Rusia+, Fiji, Filipinas, Finlandia+, Francia+, Gabón, Gambia, Georgia, Ghana, Granada, Grecia+, Guatemala, Guinea**, Guinea-Bissau**, Guyana, Haití**, Honduras, Hong Kong, China, Hungría+, India, Indonesia, Irlanda+, Islandia, Islas Salomón**, Israel, Italia+, Jamaica, Japón+, Jordania, Kenia, Kuwait, Estado de Lesoto, Letonia, Liechtenstein+, Lituania+, Luxemburgo+, Madagascar**,

Macao, China, Malasia, Malawi**, Maldivas**, Malí**, Malta+, Marruecos, Mauricio, Mauritania**, México, Moldavia, República de, Mongolia, Montenegro, Mozambique**, Myanmar**, Namibia, Nepal**, Nicaragua, Nigeria, Níger**, Noruega+, Nueva Zelandia+, Omán, Países Bajos+, Pakistán, Panamá, Papúa Nueva Guinea, Paraguay, Perú, Polonia+, Portugal+, Qatar, Reino Unido+, República Centroafricana**, República Checa+, República Democrática del Congo**, República Democrática Popular La**, República Dominicana, República Eslovaca+, República Kirguisa, Rumania+, Ruanda**, Saint Kitts y Nevis, Samoa**, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Senegal**, Sierra Leona**, Singapur, Sri Lanka, Sudáfrica, Suecia+, Suiza+, Surinam, Suazilandia, Tailandia, Taipéi Chino, Tanzania**, Tayikistán, Togo**, Tonga, Trinidad y Tobago, Túnez, Turquía, Ucrania, Uganda**, Unión Europea+, Uruguay, Vanuatu**, Venezuela, República Bolivariana de, Vietnam, Yemen**, Zambia**, Zimbabue.

+ Miembros desarrollados.

** Países menos adelantados.

XI. ANEXO II - GOBIERNOS OBSERVADORES

Afganistán, Andorra, Argelia, Azerbaiyán, Bahamas, Bielorrusia, Bután, Bosnia y Herzegovina, Comoras, Etiopía, Guinea Ecuatorial, Irán, Iraq, Kazajstán, Libia, República Árabe Siria, República de Liberia, República Libanesa, Santa Sede, Santo Tomé y Príncipe, Serbia, Seychelles, Sudán, Uzbekistán.

XII. ANEXO III - GRUPOS REGIONALES

África (52)	<p>Miembros de la OMC (42): Angola, Benín, Botsuana, Burkina Faso, Burundi, Cabo Verde, Camerún, Chad, Congo (Brazzaville), Côte d'Ivoire, Djibouti, Egipto, Gabón, Gambia, Ghana, Guinea, Guinea-Bissau, Kenia, Lesoto, Madagascar, Malí, Malawi, Marruecos, Mauricio, Mauritania, Mozambique, Namibia, Nigeria, Níger, República Centroafricana, República Democrática del Congo, Ruanda, Senegal, Sierra Leona, Sudáfrica, Suazilandia, Túnez, Tanzania, Togo, Uganda, Zambia, Zimbabue.</p> <p>Observadores ante la OMC (8): Argelia, Comoras, Etiopía, Guinea Ecuatorial, Liberia, Sao Tomé y Príncipe, Seychelles, Sudán.</p> <p>Ni Miembros de la OMC ni observadores ante la OMC (2): Eritrea, Somalia.</p>
APEC (21)	<p>Australia, Brunei Darussalam, Canadá, Chile, China, Estados Unidos, Hong-Kong, China, Corea, Filipinas, Indonesia, Japón, Malasia, México, Nueva Zelandia, Papúa Nueva Guinea, Perú, Rusia, Singapur, Taipéi Chino, Tailandia, Vietnam.</p>

Árabe (20)	Miembros de la OMC (12): Arabia Saudita, Bahréin, Djibouti, Egipto, Emiratos Árabes Unidos, Jordania, Kuwait, Mauritania, Marruecos, Omán, Qatar, Túnez. Observadores ante la OMC (6): Argelia, Irak, El Líbano, Libia, Sudán, Yemen. Ni Miembros de la OMC ni observadores ante la OMC (2): Autoridad Palestina, Siria.
ASEAN (10)	Brunei Darussalam, Cambodia, Indonesia, Malaysia, Myanmar, Filipinas, Singapur, Tailandia, República Democrática Popular de Laos, Vietnam.
Asia	Bahréin (Reino de), Bangladesh, Brunei Darussalam, Camboya, China, Emiratos Árabes Unidos, Filipinas, Hong Kong, China, India, Indonesia, Jordania, Kuwait (Estado de), Macao, China, Malasia, Maldivas, Mongolia, Myanmar, Nepal, Omán, Pakistán, Qatar, República Kirguisa, República de Corea, Singapur, Sri Lanka, Tailandia, Taipéi Chino, Turquía, Vietnam.
Comunidad del Caribe (15) (CARICOM)	Antigua & Barbuda, Barbados, Belice, Dominica, Granada, Guyana, Haití, Jamaica, Surinam, Trinidad & Tobago, Saint. Kits & Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas. Observadores ante la OMC (1): Bahamas. Ni Miembros de la OMC ni observadores ante la OMC (1): Montserrat.
Grupo Latino Americano y Caribe (33) (GRULAC)	Miembros de la OMC (31): Antigua & Barbuda, Argentina, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Saint Kits y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Republica Dominicana, Surinam, Trinidad & Tobago, Uruguay, Venezuela. Observadores ante la OMC (1): Bahamas. Ni Miembros de la OMC ni observadores ante la OMC (1): Montserrat.
MERCOSUR (4)	Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay.
Unión Europea (28)	Miembros de la OMC: Alemania, Austria, Bulgaria, Bélgica, Chipre, Dinamarca, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, República Eslovaca, Rumania, Suecia, Unión Europea (anteriormente CE).

XIII. ANEXO IV - GRUPOS “RELATIVAMENTE”³³ FORMALES

NOMBRE ⁵	OBJETIVOS	PARTICIPANTES
ACP (79)	Países de África, el Caribe y el Pacífico a los que la UE otorga preferencias. Pretende mantener las preferencias agrícolas.	Miembros de la OMC (60): Angola, Antigua y Barbuda, Barbados, Belice, Benín, Botsuana, Burkina Faso, Burundi, Cabo Verde, Camerún, Chad, Congo, Cuba, Côte d'Ivoire, Djibouti, Dominica, Fiji, Gabón, Gambia, Ghana, Granada, Guinea, Guinea-Bissau, Guyana, Haití, Islas Salomón, Jamaica, Kenia, Lesoto, Madagascar, Malí, Malawi, Mauricio, Mauritania, Mozambique, Namibia, Nigeria, Níger, Papúa Nueva Guinea, República Centroafricana, República Democrática del Congo, República Dominicana, Ruanda, Saint Kits y Nevis, Samoa, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Senegal, Sierra Leona, Sudáfrica, Surinam, Suazilandia, Tanzania, Togo, Tonga, Trinidad y Tobago, Uganda, Vanuatu, Zambia, Zimbabue. Observadores ante la OMC (8): Bahamas, Comoras, Etiopía, Guinea Ecuatorial, Liberia, Santo Tomé y Príncipe, Seychelles, Sudán. Ni Miembros de la OMC ni observadores ante la OMC (11): Eritrea, Islas Cook, Islas Marshall, Kiribati, Micronesia, Nauru, Niue, Palau, Somalia, Timor-Este, Tuvalu.
Amigos de la Am- bición en AMNA (35) (NAMA)	Pretenden maximizar las reducciones arancelarias y lograr mayor acceso efectivo a los mercados para los bienes industriales.	Alemania, Australia, Austria, Bulgaria, Bélgica, Canadá, Chipre, Dinamarca, Eslovenia, España, Estados Unidos, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Japón, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Noruega, Nueva Zelandia, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Eslovaca, República Checa, Rumania, Suecia, Suiza, Unión Europea
Alianza Bolivariana para América (13) (ALBA)	Creado en 2004 como una alternativa al Acuerdo de Libre comercio de las Américas (ALCA).	Miembros de la OMC (11): Antigua y Barbuda, Bolivia, Cuba, Dominica, Ecuador, Nicaragua, S. Vicente y Granadinas, Venezuela, Haití (observador), Surinam (invitado especial), Santa Lucía (invitado especial). Observadores ante la OMC (2): Irán (observador), Siria (observador).
Amigos de Eliminación <i>Antidumping</i> (FANS)	Propende a la eliminación o limitar el uso de medidas <i>antidumping</i> .	Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Corea, Hong Kong China, Israel, Japón, México, Noruega, Singapur, Suiza, Taipéi chino, Tailandia, and Turquía.

33 Algunos tienen larga data y sostienen reuniones periódicas formales fuera de OMC (ej. Cairns, G-20, etc). Otros, son coaliciones circunstanciales para temas específicos de OMC.

NOMBRE ^{a/}	OBJETIVOS	PARTICIPANTES
Amigos de los pescados (FOF)	Pretende eliminar los subsidios a la pesca y la protección a los recursos pesqueros.	Australia, Argentina, Chile, Ecuador, México, Nueva Zelandia y Perú.
BRICS (5)	Acrónimo de sus Miembros, ideado en Goldman & Sachs, que se formalizó en 2009, con intereses políticos y económicos.	Brasil, Rusia, India, China, Sudáfrica.
CAIRNS (19)	Liderado por Australia. Busca la liberalización agrícola. Es una coalición de países en desarrollo y desarrollados.	Argentina, Australia, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Filipinas, Guatemala, Indonesia, Malasia, Nueva Zelandia, Paquistán, Paraguay, Perú, Sudáfrica, Tailandia, Uruguay.
Cuatro del Algodón (4) (C-4)	Países del África Occidental que piden recortes de las subvenciones y los aranceles en el sector del algodón.	Benín, Burkina Faso, Chad, Malí.
Economías en transición de ingreso bajo (3)	Pretenden el mismo trato que los países menos adelantados en agricultura.	Armenia, Moldavia (República de), República Kirguisa.
Economías pequeñas y vulnerables agricultura (15) (SVES)	Buscan modalidades especiales en materia agrícola, más laxas que para el resto de los países en desarrollo.	Barbados, Bolivia, Cuba, El Salvador, Fiji, Guatemala, Honduras, Maldivas, Mauricio, Mongolia, Nicaragua, Papúa Nueva Guinea, Paraguay, República Dominicana, Trinidad y Tobago.
G-10 (9)	Coalición de países refractarios a la liberalización agrícola.	Corea, Islandia, Israel, Japón, Liechtenstein, Mauricio, Noruega, Suiza, Taipéi chino.
G-20 (23)	Liderado por Brasil e India. Solo reúne países en desarrollo. Promueve la liberalización agrícola.	Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, China, Cuba, Ecuador, Egipto, Filipinas, Guatemala, India, Indonesia, México, Nigeria, Pakistán, Paraguay, Perú, Sudáfrica, Tanzania, Tailandia, Uruguay, Venezuela, Zimbabue.
G-33 (46)	Coalición de países en desarrollo que ejerce presión para que se les den mayores flexibilidades en temas agrícolas.	Antigua y Barbuda, Barbados, Belice, Benín, Bolivia (Estado Plurinacional de), Botsuana, China, Congo, Cuba, Côte d'Ivoire, Dominica, El Salvador, Filipinas, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, India, Indonesia, Jamaica, Kenia, Madagascar, Mauricio, Mongolia, Mozambique, Nicaragua, Nigeria, Pakistán, Panamá, Perú, República Dominicana, República de Corea, San Kits y Nevis, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Senegal, Sri Lanka, Surinam, Tanzania, Trinidad y Tobago, Turquía, Uganda, Venezuela (República Bolivariana de), Zambia, Zimbabue.

NOMBRE ^{a/}	OBJETIVOS	PARTICIPANTES
G-90 (90)	Conjunción del Grupo Africano + ACP + Países Menos Adelantados. En general busca un nivel de compromisos menores en todos los temas.	Miembros de la OMC (67): Angola, Antigua y Barbuda, Bangladesh, Barbados, Belice, Benín, Botsuana, Burkina Faso, Burundi, Cabo Verde, Camboya, Camerún, Chad, Congo, Cuba, Côte d'Ivoire, Djibouti, Dominica, Egipto, Fiji, Gabón, Gambia, Ghana, Granada, Guinea, Guinea-Bissau, Guyana, Haití, Islas Salomón, Jamaica, Kenia, Lesoto, Madagascar, Malí, Malawi, Maldivas, Marruecos, Mauricio, Mauritania, Mozambique, Myanmar, Namibia, Nepal, Nigeria, Níger, Papúa Nueva Guinea, República Centroafricana, República Democrática del Congo, República Dominicana, Ruanda, Saint Kits y Nevis, Samoa, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Senegal, Sierra Leona, Sudáfrica, Surinam, Suazilandia, Túnez, Tanzania, Togo, Trinidad y Tobago, Uganda, Vanuatu, Zambia, Zimbabue. Observadores ante la OMC (12): Afganistán, Bahamas, Bután, Comoras, Etiopía, Guinea Ecuatorial, Liberia, República Democrática Popular Lao, Santo Tomé y Príncipe, Seychelles, Sudán, Yemen. Ni Miembros de la OMC ni observadores ante la OMC (11): Eritrea, Islas Cook, Islas Marshall, Kiribati, Micronesia, Nauru, Niue, Palau, Somalia, Timor-Leste, Tuvalu.
Grupo AMNA II (10) (NAMA II)	Pretenden limitar la apertura de los mercados de bienes industriales.	Argentina, Brasil, Egipto, Filipinas, India, Indonesia, Namibia, Sudáfrica, Túnez, Venezuela.
Grupo Informal de Países en Desarrollo (149) (IGDC)	Busca defender los intereses de países en desarrollo. Por su variedad siempre es un mínimo común denominador.	Todos los países en desarrollo Miembros de OMC.
Grupo Colorado (17)	Propugna avances sustantivos en las normas que facilitan el comercio.	Australia, Canadá, Chile, Colombia, Corea, Costa Rica, Estados Unidos, Hong Kong China, Japón, Marruecos, México, Noruega, Nueva Zelanda, Paraguay, Singapur, Suiza y la Unión Europea.
Grupo de países desarrollados (9) ("Dirty Dozen")		Australia, Canadá, Estados Unidos, Japón, Liechtenstein, Noruega, Suiza, Nueva Zelanda, Unión Europea (representa a todos los Miembros).
Grupo de Productos Tropicales (8)	Países en desarrollo buscan mejores condiciones de acceso para los productos tropicales.	Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Nicaragua, Panamá, Perú.

NOMBRE ^{a/}	OBJETIVOS	PARTICIPANTES
Miembros de reciente adhesión (19) (RAMS)	Ingresaron a la OMC después de 1995. Piden asumir menores compromisos. Están en proceso liberalizador por su adhesión.	Albania, Arabia Saudita, Reino de la, Armenia, Cabo Verde, China, Croacia, Ecuador, Georgia, Jordania, Moldavia, República de, Mongolia, Omán, Panamá, República Kirguisa, Taipéi Chino, Tonga, Ucrania, Vietnam, ex República Yugoslava de Macedonia.
Países a los que se refiere el párrafo 6 ^{b/}	Países con menos de un 35% de productos no agrícolas no consolidados. Desean eximir algunos productos de futuras consolidaciones.	Miembros de la OMC (12): Camerún, Congo, Cuba, Côte d'Ivoire, Ghana, Kenia, Macao, China, Mauricio, Nigeria, Sri Lanka, Surinam, Zimbabue.
Países Menos Adelantados (49) (PMAS/LDCS)	Son los países con ingreso per cápita inferior a US\$905. Buscan un trato más favorable, mayores flexibilidades y/o ventajas que los demás países en desarrollo.	Miembros de la OMC (34): Angola, Bangladesh, Benín, Burkina Faso, Burundi, Camboya, Chad, Djibouti, Gambia, Guinea, Guinea-Bissau, Haití, Islas Salomón, Lesoto, Madagascar, Malí, Malawi, Mauritania, Mozambique, Myanmar, Nepal, Níger, República Centroafricana, República Democrática del Congo, República Popular de Laos, Ruanda, Samoa, Senegal, Sierra Leona, Tanzania, Togo, Uganda, Vanuatu, Zambia. Observadores ante la OMC (10): Afganistán, Bután, Comoras, Etiopía, Guinea Ecuatorial, Liberia, Santo Tomé y Príncipe, Sudán, Yemen. Ni Miembros de la OMC ni observadores ante la OMC (5): Eritrea, Kiribati, Somalia, Timor-Leste, Tuvalu.
Verdaderos Amigos de los Servicios (20) (RGF)	Busca la liberalización de los servicios.	Australia, Canadá, Chile, Colombia, Corea, Costa Rica, Estados Unidos, Israel, Hong Kong China, Japón, México, Noruega, Nueva Zelanda, Panamá, Paquistán, Perú, Suiza, Taipéi Chino, Turquía y la Unión Europea.

a/ Se utilizan los nombres o siglas más usados y en cursiva si es inglés. Ej. CAIRNS.

b/ Hoy párr. 8 AMNA.

CAPÍTULO 6

Procedimientos de la OMC

ALICE TIPPING

I. TOMA DE DECISIONES EN LA OMC

La forma como se toman las decisiones en las organizaciones internacionales dice mucho del espíritu y naturaleza de la misma institución. La OMC no escapa a la regla, pues el modo como se adoptan los acuerdos también denota su excepcionalismo.

I. EL PRINCIPIO DEL CONSENSO

I.1. DEFINICIÓN

El artículo IX del Acuerdo sobre la OMC establece que esta organización “mantendrá la práctica de adopción de decisiones por consenso seguida en el marco del GATT de 1947”. La práctica de adoptar decisiones por consenso surgió como medida de cautela de las Partes Contratantes del GATT ante la amplitud de las disposiciones de ese acuerdo¹. Ante la posibilidad de que los acuerdos pudieran ser usados para exigir cambios significativos en la manera de conducir sus relaciones comerciales, impredecibles al momento de firmar el acuerdo, las Partes Contratantes crearon un sistema conservador de toma de decisiones, reduciendo así el riesgo de efectos imprevistos del nuevo sistema.

Bajo el Acuerdo sobre la OMC, la práctica de consenso fue establecida formalmente como el método principal, aunque no el único, para la adopción de decisiones en la OMC.

El ‘consenso’ está definido en el propio Acuerdo sobre la OMC, en el pie de página 1 al artículo IX GATT:

(...) se considerará que el órgano de que se trate ha adoptado una decisión por consenso sobre un asunto sometido a su consideración si ningún Miembro presente en la reunión en que se adopte la decisión se opone formalmente a ella.

El consenso, por lo tanto, no significa la unanimidad; una decisión no requiere el apoyo afirmativo de cada Miembro, sino solo su aquiescencia². El

¹ JACKSON, *The World Trade Organization, Constitution and Jurisprudence*, 2ª ed., 1998, p 46.

² Ver OMC-Doc. WT/GC/M/8 del 15.12.1995.

Consejo General reiteró esta práctica cuando, en 1995, acordó respecto a exenciones y adhesiones lo siguiente:

En las ocasiones en que examine cuestiones relacionadas con solicitudes de exención o de adhesión a la OMC presentadas al amparo de los artículos IX o XII del Acuerdo sobre la OMC, respectivamente, el Consejo General tratará de llegar a una decisión de conformidad con el párrafo 1 del artículo IX. Salvo disposiciones en contrario, cuando no se pueda llegar a una decisión por consenso la cuestión de que se trate se decidirá mediante votación con arreglo a las disposiciones pertinentes de los artículos IX o XII. Este procedimiento no impedirá a ningún Miembro solicitar una votación en el momento en que se adopte la decisión. En consecuencia, cuando un proyecto de decisión relativo a una solicitud de exención o de adhesión a la OMC plantee algún problema concreto a cualquier Miembro, éste deberá tomar las medidas necesarias para asegurar su presencia en la reunión en la que haya de examinarse la cuestión. Se considerará que la ausencia de un Miembro indica que éste no tiene ninguna observación u objeción que formular al proyecto de decisión sobre la cuestión de que se trate³.

Para los Miembros que no tienen los recursos para asistir regularmente a todas las reuniones de la OMC, la regla de consenso significa que tienen que poner prioridad en atender aquellas reuniones en las cuales se consideren decisiones que puedan afectar sus intereses más importantes. La ausencia de un Miembro, o de varios, no impide, de por sí, que una decisión sea adoptada. Aunque existe el requerimiento de un quórum en la Conferencia Ministerial y el Consejo General⁴, en la práctica el cumplimiento de esta exigencia no se verifica regularmente en los otros órganos de la organización.

1.2. EL VETO

La regla del consenso significa que cada Miembro de la OMC tiene, en teoría, el mismo Derecho de impedir una decisión. Sin embargo, los Miembros no toman a la ligera la decisión de *bloquear el consenso*. Lo que sucede en la práctica es que los Miembros menos afectados por una decisión tienden a dejar que esta sea tomada por aquellos que tienen intereses más importantes en juego⁵. Otro efecto es que, para ser adoptadas, las propuestas tienen

3 Ver OMC-Doc. WT/L/93 del 15.11.1995.

4 Ver OMC-Doc. WT/L/161 del 25.07.1996.

5 JACKSON, *The World Trade Organization, Constitution and Jurisprudence*, 2ª ed., 1998, p. 46.

que ganar el respaldo de todos los Miembros, incluso los más escépticos, o al menos evitar su oposición. Para lograr este respaldo, las propuestas de trabajo tienden a ser negociadas hasta que representen las posiciones en común de todos los Miembros. Esto tiende a alargar el tiempo requerido para tomar cada decisión, y a desacelerar la manera de abordar nuevos temas económicos y políticos. La ventaja de ello es que las decisiones adoptadas tienen el respaldo general de la membresía, lo que les da un equilibrio y una legitimidad importante.

Cabe destacar que la membresía de la OMC es mucho más grande, y abarca muchos más Miembros en desarrollo que los que formaban parte del GATT 1947. Simplemente en términos de aritmética, esto vuelve más complicado y lento el proceso de toma de decisiones por consenso. Pero el consenso también hace que las decisiones sean mucho más representativas de los intereses de todos los Miembros.

2. VOTACIÓN

2.1. EL CONSENSO NO ES POSIBLE

El artículo IX.1 del Acuerdo sobre la OMC establece que, salvo disposición en contrario, las decisiones de la Conferencia Ministerial o del órgano que asume sus funciones en el día a día, el Consejo General, se adoptarán mediante votación. En tal caso, cada Miembro tiene derecho a un voto, y se requiere, salvo disposición en contrario⁶, una simple mayoría para adoptar una decisión.

En varias ocasiones ha sido imposible alcanzar el consenso. El más notable fue la decisión de elegir entre Mike Moore, de Nueva Zelandia, o Supachai Panitchpakdi, de Tailandia, para la posición de Director General de la OMC. El caso fue tan traumático para la institución que en 2003 el Consejo General debió aprobar una serie de procedimientos específicos para la elección del Director General⁷. Los procedimientos aclaran que, aunque

6 Ver Reglas acerca de las interpretaciones, exenciones, enmiendas y adhesiones en las partes siguientes.

7 Ver OMC-Doc. WT/L/509 del 20.01.2003.

“(…) el objetivo fundamental de los Miembros en este proceso será llegar a decisiones adoptadas por consenso”, en caso de que “el Consejo General no haya podido adoptar una decisión por consenso en el plazo previsto para el nombramiento, los Miembros considerarán la posibilidad de proceder, como último recurso, a una votación mediante un procedimiento que se determinará en ese momento”.

Paradójicamente, esta reiteración de la flexibilidad que el Acuerdo sobre la OMC da al Consejo General subraya la resistencia que los Miembros tienen a la idea de abandonar la búsqueda del consenso. La decisión solo sugiere que los Miembros “consideren” la posibilidad de proceder a una votación; la decisión de votar también tendría que ser adoptada por consenso. La decisión intenta además evitar que se cree un precedente de votación para nombrar el Director General o para otras decisiones, aclarando que

(…) Se entenderá que el recurso a votación para el nombramiento de un Director General constituye una desviación excepcional de la práctica habitual de adoptar las decisiones por consenso y no servirá de precedente para recurrir a esa vía con respecto a cualesquiera decisiones futuras en la OMC.

Aun así, lo más probable es que una moción de decidir por votación naufragaría por el precedente informal que tal votación generaría.

El incremento en la membrecía y en la variedad de intereses involucrados también ha producido un cierto aumento de las situaciones en las que se han levantado temas de carácter político o no propiamente comerciales, casos en los cuales se ha insinuado o amenazado con la posibilidad de pedir votación. Los ejemplos más vistosos de ello han sido la petición en calidad de observador de la Conferencia Ministerial de la OMC de la Liga Árabe, o de Palestina como observador a la institución para la Conferencia Ministerial de 2009. Algo similar ocurrió en la Conferencia Ministerial de Bali (2013), con la situación del embargo comercial que impone Estados Unidos a Cuba.

2.2. LA UNIÓN EUROPEA

El artículo IX.1 del Acuerdo sobre la OMC también aclara que, en caso de votación, la Unión Europea tiene un número de votos igual al número de sus Estados Miembros que para el momento sean Miembros de la OMC. El pie de página 2 a esa disposición añade que “El número de votos de las Co-

comunidades Europeas y sus Estados Miembros no excederá en ningún caso del número de los Estados Miembros de las Comunidades Europeas”. Por lo tanto, la Unión Europea, como entidad, no tiene un voto suplementario. Los Estados Miembros de la Unión Europea son Miembros de la OMC a título individual, aunque en la mayoría de los comités regulares de la OMC la Unión Europea los representa. Es de suponer que, en caso de haber votaciones, en las áreas de su competencia, la Unión Europea votaría como un único bloque.

II. EXCEPCIONES A LAS REGLAS DE CONSENSO O MAYORÍA SIMPLE

Algunas decisiones de la Conferencia Ministerial, por su importancia para la organización en general, están sujetas a procedimientos específicos. Bajo los párrafos 2 y 3 del artículo IX del Acuerdo sobre la OMC, las decisiones sobre la interpretación de los Acuerdos abarcados y sobre exenciones de obligaciones requieren una mayoría (de votos afirmativos) de tres cuartos de la Membrecía. Las decisiones sobre enmiendas a los acuerdos están sujetas a reglas complejas en el artículo X. En el proceso de adhesión (que se rige por el artículo XII del Acuerdo sobre la OMC y por procedimientos detallados que han sido descritos por la Secretaría de la OMC), la decisión de admitir un nuevo miembro requiere una mayoría de dos terceras partes de la Membrecía.

I. INTERPRETACIONES

El artículo IX.2 del Acuerdo sobre la OMC reserva para la Conferencia Ministerial y el Consejo General el poder de adoptar interpretaciones del Acuerdo sobre la OMC y los acuerdos abarcados. A diferencia de las interpretaciones de los acuerdos hechas por grupos especiales y el Órgano de Apelación en el sistema de solución de diferencias, una interpretación de un Acuerdo de la OMC por la Conferencia Ministerial (o el Consejo General) puede cambiar los derechos y las obligaciones de todos los Miembros de la organización. La decisión de adoptar una interpretación requiere, si no se logra el consenso, el apoyo de tres cuartos de la Membrecía.

2. EXENCIONES⁸

El artículo IX.3 del Acuerdo sobre la OMC permite a la Conferencia Ministerial y el Consejo General, “en circunstancias excepcionales”, eximir a un Miembro de cualquier obligación bajo los Acuerdos. Los subpárrafos a) y b) describen los procedimientos para una exención. Después de recibir una solicitud de exención, la Conferencia Ministerial tiene hasta 90 días para llegar a un consenso sobre la solicitud. Si no es posible el consenso, la decisión de conceder una exención requiere el apoyo de al menos tres cuartas partes de los Miembros. Un pie de página al párrafo 3 establece un umbral más alto para las exenciones de obligaciones sujetas a un periodo de transición; estas requieren consenso en todos los casos. Esta regla adicional asegura que los periodos negociados de transición o de la aplicación gradual de obligaciones no pueden ser extendidos fácilmente, de manera tal que el balance de las obligaciones negociadas no se vea socavado.

El artículo IX.4 OMC describe, a su vez, que las decisiones de exención adoptadas por la Conferencia Ministerial o el Consejo General deben incluir “los términos y condiciones que rijan la aplicación de la exención y la fecha de expiración de esta”. Cada exención otorgada por un plazo superior a un año debe ser examinada por la Conferencia Ministerial o el Consejo General al cumplir ese plazo y cada año siguiente, para comprobar que las “circunstancias excepcionales” persisten y si la exención merece ser extendida. Una solicitud para una exención de una obligación bajo el GATT debe describir las medidas y los objetivos específicos del Miembro, y las razones por las cuales el Miembro no puede lograr esos objetivos utilizando medidas compatibles con sus obligaciones bajo el GATT 1994^[9].

Muchas de las exenciones que se han otorgado hasta ahora han sido para eximir a países desarrollados de sus obligaciones de Nación Más Favorecida bajo el artículo I:1 GATT para facilitar sus programas de comercio preferencial con países en desarrollo. Los Miembros también otorgaron una exención para los Miembros que forman parte del Proceso Kimberley para permitir la prohibición al comercio de diamantes provenientes de zonas de conflic-

8 Normalmente se utiliza el término en inglés *waiver*.

9 Ver OMC, *Entendimiento relativo a las exenciones de obligaciones dimanantes del GATT de 1994*. Disponible en http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/11-25.pdf.

to¹⁰. El informe anual del Consejo General incluye una lista de las nuevas exenciones otorgadas y las examinadas y extendidas.

El mecanismo de exenciones no está limitado bajo las reglas de la OMC, lo que sugiere que podría ser utilizado para facilitar el logro de cualesquier objetivos sociales o medioambientales. En la práctica, sin embargo, las exenciones otorgadas tienden a tener un efecto limitado y predecible. En el caso de exenciones para países menos desarrollados, el efecto de la exención en el comercio internacional se limita por el grupo de beneficiarios; en el caso de exenciones para el Proceso Kimberley, la exención solo cubre un producto. Cabe destacar también que las exenciones actuales se enfocan en objetivos con amplio apoyo entre los Miembros: la participación en el comercio internacional para los países más pobres del mundo, y disminuir el flujo de ganancias de la venta de diamantes para los participantes en guerras civiles.

3. ENMIENDAS

3.1. CONSENSO

El artículo X del Acuerdo sobre la OMC establece un proceso relativamente complejo para enmendar dicho acuerdo y los demás acuerdos abarcados. De hecho, algunos participantes en la redacción de estas disposiciones sostienen que el objetivo era (i) evitar las enmiendas, por el temor a que estas pudieran ir en la dirección de deshacer o rebajar el nivel de ambición de las obligaciones asumidas en la Ronda Uruguay y/o (ii) que una minoría pudiera bloquear el deseo de una gran mayoría.

Dicho aquello, bajo el artículo X.1 OMC, la Conferencia Ministerial tiene un periodo de 90 días (salvo si decide un periodo más extenso) para encontrar consenso sobre una enmienda propuesta.

3.2. APROBACIÓN MAYORITARIA

Si el consenso no se logra, el procedimiento para enmendar el Acuerdo de la OMC o los acuerdos del Anexo IA o IC es el establecido en el artículo X.3

¹⁰ Ver OMC-Doc. WT/L/676 del 15.12.2006. El Proceso Kimberley requiere que los países Miembros introduzcan requisitos y controles para impedir que diamantes procedentes de zonas en conflicto entren en el mercado lícito y así evitar financiar conflictos internos.

OMC, el que requiere que cualquier enmienda que altere los derechos y las obligaciones de los Miembros sea aprobada por dos terceras partes de los Miembros. Una vez aprobada, la enmienda surtirá efecto para los Miembros que la hayan aprobado, y para cada Miembro que la aprueba en el momento en que lo haga.

3.3. RETIRO DE LA OMC

Lo interesante del artículo X.3 OMC es que se pueden imponer enmiendas que alteren los derechos y obligaciones de todos los Miembros, siempre que estas enmiendas cuenten con el apoyo de gran parte de los Miembros:

La Conferencia Ministerial podrá decidir, por mayoría de tres cuartos de los Miembros, que una enmienda hecha efectiva en virtud del presente párrafo es de tal naturaleza que todo Miembro que no la haya aceptado dentro del plazo fijado en cada caso por la Conferencia Ministerial podrá retirarse de la OMC o seguir siendo Miembro con el consentimiento de la Conferencia Ministerial.

Es decir, la Conferencia Ministerial puede decidir que un Miembro que no ha aceptado una enmienda solo puede seguir siendo Miembro de la OMC con el consentimiento de la Conferencia. La lógica es simple: si una gran mayoría de los Miembros ha aceptado adquirir mayores obligaciones no parece justo que otros Miembros que no han aceptado estar sujetos a estas obligaciones disfruten, sin embargo, a través de los principios de no discriminación de la OMC, de las ventajas que se derivan de la implementación de las mismas. No obstante, el artículo IX.1 OMC reconoce que no todas las enmiendas tienen este nivel de gravedad: si tres cuartas partes de los Miembros deciden que la enmienda propuesta no altera los derechos y las obligaciones de los Miembros, la lógica descrita arriba no se aplica, y la decisión se tomará con una mayoría de las dos terceras partes de los Miembros, sin que se aplique esta cláusula de *corto circuito*.

3.4. REGLAS ESPECIALES

El artículo X.2 OMC establece reglas especiales para enmiendas a algunas disposiciones específicas, incluyendo el artículo IX OMC (sobre adopción de decisiones en la OMC), y las disposiciones que incorporan los compromisos esenciales de acceso al mercado de los Miembros: el artículo I GATT, el ar-

título II.I AGCS y el artículo 4 ADPIC (que establecen la obligación de NMF respectivamente en materia de comercio de bienes, comercio de servicios y derechos de propiedad intelectual) y el artículo II GATT (que se refiere a los compromisos arancelarios). Las enmiendas a estas disposiciones fundamentales sobre el balance de los derechos y obligaciones entre los Miembros solo surten efecto tras su aceptación de todos los Miembros (es decir, con su apoyo unánime).

3.5. REGLAS ESPECIALÍSIMAS

Bajo el artículo X.5 del Acuerdo sobre la OMC, las enmiendas al AGCS también quedan sujetas a procesos específicos. Las enmiendas a las Partes I (Alcance y Definiciones), II (Obligaciones y Disciplinas Generales) y III (Compromisos Específicos) y sus Anexos están sujetas a los requerimientos del artículo X.3 OMC. Las enmiendas a las Partes IV, V y VI del acuerdo surtirán efecto para todos los Miembros cuando reciban la aprobación de las dos terceras partes de los Miembros.

Por su parte, las enmiendas a los acuerdos plurilaterales están sujetas a las disposiciones específicas de esos acuerdos¹¹.

Las enmiendas a las reglas internas financieras y al presupuesto de la OMC surtirán efecto con la aprobación de las dos terceras partes de los presentes, y al menos la mitad de los Miembros, bajo el artículo VII.3 del Acuerdo sobre la OMC. Estas discusiones son algunas de los pocos casos en los que los Estados Miembros de la Unión Europea participan (y, si es preciso, votan) individualmente.

3.6. ENMIENDAS REALIZADAS

Se han realizado dos reformas o adiciones a la OMC en toda su historia. La primera mejora fue al artículo 31(bis) ADPIC, que establece las reglas para el otorgamiento de licencias obligatorias para medicamentos esenciales¹². A

¹¹ Las disposiciones relevantes son el Artículo 9.5 del Acuerdo sobre el Comercio de Aeronaves Civiles, el Artículo XXIV.9 del Acuerdo sobre Contratación Pública, el Artículo VIII.4 del Acuerdo Internacional de los Productos Lácteos y el Artículo VI.4 del Acuerdo Internacional de la Carne de Bovino. Los dos últimos acuerdos ya no están en vigor.

¹² Ver OMC-Doc. WT/L/641 del 8.12.2005.

octubre de 2013, 49 Miembros de la OMC (de un total de 160) habían aprobado la modificación¹³. La segunda, fue la adición del Acuerdo de Facilitación de Comercio aprobado en la Conferencia Ministerial de Bali en 2013, aún en proceso de ratificación.

El proceso de enmienda del artículo X.3 OMC establece un equilibrio pragmático entre los intereses de la Membrecía en general y los de cada Miembro. Aunque ningún Miembro se ve obligado a aceptar un cambio en las reglas que aceptó al adherirse a la organización, la práctica del consenso cede ante la voluntad colectiva de la Membrecía –y el objetivo fundador de la organización– de aumentar la liberalización del comercio internacional.

4. ADHESIONES

Bajo el artículo XII del Acuerdo sobre la OMC,

“(...) todo Estado o territorio aduanero distinto que disfrute de plena autonomía en la conducción de sus relaciones comerciales exteriores y en las demás cuestiones tratadas en el presente Acuerdo y en los Acuerdos Comerciales Multilaterales podrá adherirse al presente Acuerdo en condiciones que habrá de convenir con la OMC.

A diferencia de la mayoría de las organizaciones internacionales, los Miembros de la OMC pueden ser Estados soberanos o territorios aduaneros sub-nacionales o supra-nacionales.

Hong Kong, por ejemplo, fue Parte Contratante del GATT y Miembro de la OMC y, de acuerdo con lo acordado entre China y el Reino Unido, siguió siendo un Miembro independiente después de convertirse en una Región Especial Administrativa de China, en 1997^[14]. El Territorio Aduanero Distinto de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu es Miembro de la OMC bajo la denominación de Taipéi chino¹⁵. Como hemos visto, los Estados Miembros

13 Para la lista más reciente, ver: OMC. Disponible en http://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/amendment_s.htm.

14 La comunicación de Hong Kong China a la Membresía, circulada como OMC-Doc. WT/L/218, explica el proceso seguido durante la transición.

15 La nota de pie de página 1 a los Reglamentos de los Periodos de Sesiones de la Conferencia Ministerial y el Consejo General (OMC-Doc WT/L/161 del 25.07.1996) clarifica que “Queda entendido que, en el caso de un territorio aduanero distinto que sea Miembro, las credenciales de sus representantes no tendrán ninguna implicación en cuanto a la soberanía”.

de la Unión Europea son Miembros de la OMC individualmente, aunque tengan el mismo arancel externo común y estén representados en la mayoría de las reuniones de la OMC por la Comisión Europea. Cada adhesión de un nuevo Estado Miembro a la Unión Europea ha conllevado a una modificación del arancel externo común europeo y a las condiciones de acceso al mercado europeo de servicios, y consecuentemente a negociaciones con el resto de los Miembros, de acuerdo con los artículos XXVIII GATT y XXI AGCS.

Algunos Estados son Miembros de uniones aduaneras con países Miembros de la OMC, pero no son Miembros de la organización; por ejemplo, San Marino y Andorra son parte del mercado común europeo. Estos Estados generalmente gozan de los beneficios e –indirectamente– de los compromisos aduaneros de la Unión Europea, a través del arancel común externo del cual son Miembros¹⁶. En cambio, para poner un ejemplo, si la unión comercial de la que son Miembros no se extiende a políticas sanitarias y fitosanitarias, no tendrán obligaciones ni derechos en esa área con respecto a los Miembros de la OMC.

La adhesión de un Miembro a la OMC requiere que el solicitante negocie las condiciones de su entrada. Esta regla sigue la práctica del GATT, bajo la cual

(...) parecía injusto dejar que un país entrara al GATT y recibiera las ventajas de más de 40 años de concesiones comerciales y obligaciones (...) sin requerir que el nuevo país se comprometiese a obligaciones equivalentes¹⁷.

El proceso de negociar estas *condiciones de ingreso* no está descrito en el artículo XII del Acuerdo sobre la OMC, pero ha sido desarrollado siguiendo la práctica del proceso de adhesión al GATT, y se puede encontrar descrito en la nota de la Secretaría WT/ACC/I. En breve, la adhesión a la OMC requiere el examen del régimen de comercio exterior del país (o territorio aduanero) solicitante; la negociación bilateral de compromisos arancelarios y de servicios; el acuerdo de los Miembros con el Informe del Grupo de Trabajo; y la

16 En estricto rigor y por aplicación de la Nación Más Favorecida (art. I GATT), las ventajas otorgadas entre los Miembros de la Unión Aduanera que constituyen la Unión Europea deberían extenderse a los demás Miembros de la OMC. Es ciertamente una anomalía que podría ser resuelta con una “exención” o con la adhesión del país correspondiente a la OMC. Andorra está formalmente en proceso de adhesión.

17 JACKSON, *The World Trade Organization, Constitution and Jurisprudence*, 2ª ed., 1998, pp. 47-48.

adopción por parte de la Conferencia Ministerial o el Consejo General de una Decisión con un Protocolo que describe las condiciones de la adhesión¹⁸.

El artículo XII.2 del Acuerdo sobre la OMC establece que

(...) Las decisiones en materia de adhesión serán adoptadas por la Conferencia Ministerial, que aprobará el acuerdo sobre las condiciones de adhesión por mayoría de dos tercios de los Miembros de la OMC.

Sin embargo, en 1995, los Miembros decidieron que las decisiones sobre adhesiones deberían en principio ser tomadas por consenso; solo si resulta imposible alcanzar el consenso, se tomarían por votación¹⁹.

El proceso de negociación de adhesión puede ser largo y presenta un desafío importante en términos de recursos, coordinación, tiempo y apoyo político para cada país solicitante. Además de negociar con todos los otros Miembros interesados, el país solicitante tiene que hacer que sus normativas internas relevantes sean compatibles con los acuerdos de la OMC. Las negociaciones para la adhesión de China, por ejemplo, duraron más de 15 años, y el Protocolo de Adhesión alcanzó 900 páginas de textos jurídicos. Los países, incluyendo países en desarrollo, que se han adherido a la organización más recientemente tienden a tener que *pagar* un precio de entrada relativamente alto, en términos de rebajas de aranceles, en comparación con los países que se hicieron Miembros en las primeras décadas del GATT o incluso en los primeros años de la OMC. Esto se debe al aumento en el número de Miembros, cada uno de los cuales tiene la oportunidad de intervenir para pedir rebajas en aranceles que le interesan, y la necesidad de recuperar, en un paso, el nivel alcanzado a lo largo de décadas de liberalización sin tener un margen muy grande para negociar excepciones. Pese a estas dificultades, la OMC sigue siendo un club muy cotizado por países en todas las fases de desarrollo. La Conferencia Ministerial de diciembre de 2012 aprobó las adhesiones más recientes a la organización: Rusia, Montenegro y Samoa.

18 Ver OMC-Doc. WT/ACC/1 del 24.03.1995, párrafo 3.

19 Ver OMC-Doc. WT/GC/M/8 del 13.12.1998.

III. NO APLICACIÓN DE LOS ACUERDOS ENTRE MIEMBROS

Con la excepción de las reservas, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece que, en general, los tratados son vinculantes en su totalidad entre todas las partes de un acuerdo. El artículo XIII.1 del Acuerdo sobre la OMC crea una forma de reserva especial que permite que una disposición de los acuerdos abarcados no se aplique entre un Miembro y otro, si alguno de ellos, en el momento en que él, o el otro, pase a ser Miembro, no consiente que se aplique. Esta regla se deriva de una similar contenida en el artículo XXXV GATT.

El párrafo 2 del artículo XIII del Acuerdo sobre la OMC prevé que la regla solo podrá aplicarse entre Miembros originales del GATT si la reserva ya se aplicaba entre ellos bajo el GATT y seguía en vigor para el momento de entrada en vigencia del Acuerdo sobre la OMC. Esta disposición se ha utilizado con cautela. EE.UU. recurrió a ella con respecto a varios Estados antiguamente comunistas, pero ahora solo la aplica con respecto a Armenia y Moldavia. Con la Federación Rusa, lo invocó el inicio²⁰ de su adhesión²¹. El Salvador la invocó con respecto a China cuando esta pasó a ser Miembro de la OMC en noviembre de 2001^[22].

IV. OBSERVADORES

I. ESTADOS

El párrafo 3 del Anexo 2 a los Reglamentos de los Periodos de Sesiones de la Conferencia Ministerial y el Consejo General explica que

(...) el reconocimiento de la condición de observador en el Consejo General y sus órganos subsidiarios responde a la finalidad de permitir que los gobiernos puedan conocer mejor la OMC y sus actividades y preparar e iniciar las negociaciones tendentes a su adhesión al Acuerdo sobre la OMC.

20 Hasta el 21 de diciembre de 2012. Disponible en <http://www.ustr.gov/russia>.

21 Ver OMC-Doc. WT/L/505 del 10.12.2002; OMC-Doc. WT/L/395 del 4.5.2001; OMC-Doc. WT/L/837 del 16.12.2011; y OMC-Doc. WT/L/838 del 16.12.2011.

22 Ver OMC-Doc. WT/L/429 del 7.11.2001.

Esto implica que un gobierno que pide reconocimiento como observador en el Consejo General tiene que representar una entidad que pueda adherirse al acuerdo: un Estado o un territorio aduanero independiente. La condición de observador puede ser otorgada por un plazo inicial de cinco años y varios países han solicitado, bajo los párrafos 6 y 8 del Anexo, una extensión de su condición de observador mucho más allá del plazo original²³.

Un gobierno que sea reconocido como observador en el Consejo General tiene Derecho a ser igualmente reconocido en calidad de observador en la Conferencia Ministerial, pero no viceversa. La razón para esta distinción es que los requisitos para ser reconocido en calidad de observador a la Conferencia Ministerial son más flexibles. Cualquier *gobierno* puede pedir ser reconocido en calidad de observador a la Conferencia Ministerial; no existe un requerimiento de adhesión prospectiva, así que el gobierno que pide ser reconocido puede representar una entidad que no cumpla los requisitos clásicos del Estado: una población estable, territorio, un gobierno y la capacidad de establecer relaciones diplomáticas con otros Estados²⁴.

De acuerdo con el objetivo previsto en el párrafo 3, el párrafo 6 del Anexo 2 establece que los gobiernos observadores pueden participar como observadores en las reuniones de todos los órganos subsidiarios del Consejo General, con la excepción de reuniones sobre la administración de la OMC. Bajo el párrafo 10 del Anexo, los gobiernos observadores pueden tomar la palabra en las reuniones a las que asisten, normalmente después de que hayan hablado los Miembros de ese órgano, pero no tienen el derecho a formular propuestas ni a participar en la adopción de decisiones²⁵. Por lo tanto, los gobiernos observadores no pueden votar ni oponerse formalmente a decisiones y así impedir el consenso.

23 Ver OMC-Doc. WT/L/161 del 25.07.1996, párrafos 6 y 8. Entre los gobiernos con condición de observadores de la OMC, solo la Santa Sede no tiene la obligación de solicitar adhesión a la OMC en el plazo de cinco años. En todo caso, la Santa Sede no es, y no se anticipa que será, un territorio aduanero separado con plena autoridad sobre su política comercial exterior, lo cual se requiere para ser Miembro de la OMC.

24 Artículo 1 de la Convención de Montevideo 1933.

25 Ver OMC-Doc. WT/L/161 del 25.07.1996, párrafo 10.

2. ORGANIZACIONES INTERGUBERNAMENTALES

La OMC no es una agencia especializada de las Naciones Unidas, pero siempre ha sido consciente de sus relaciones con otras organizaciones internacionales. El artículo III del Acuerdo sobre la OMC, por ejemplo, establece que

(...) Con el fin de lograr una mayor coherencia en la formulación de las políticas económicas a escala mundial, la OMC cooperará, según proceda, con el Fondo Monetario Internacional y con el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento y sus organismos conexos.

En 1996, la OMC suscribió acuerdos con el FMI y el Banco Mundial que establecen

(...) procedimientos de consulta para garantizar la adopción de políticas coherentes y de mutuo apoyo, el intercambio de documentos y el acceso a las bases de datos y, en conjunto, prevén una cooperación mayor en todos los sectores de interés mutuo²⁶.

El Anexo 3 de los Reglamentos de los Periodos de Sesiones de la Conferencia Ministerial y el Consejo General rige la extensión de la condición de observador a otros órganos internacionales. A diferencia de las reglas sobre países observadores, las organizaciones a las que se haya reconocido la condición de observador en un órgano particular de la OMC no tienen automáticamente esa condición en otros órganos de la OMC, y la decisión es tomada caso por caso por el órgano al que se presente la solicitud. El órgano debe tomar en cuenta una lista de criterios identificados en el párrafo 4 del Anexo:

- (a) la naturaleza de la labor de la organización de que se trate,
- (b) la naturaleza de su composición,
- (c) el número de Miembros de la OMC en esa organización,
- (d) la reciprocidad en lo que se refiere al acceso a los debates, documentos y otros aspectos de la condición de observador, y
- (e) si la organización de que se trate ha estado asociada en el pasado con la labor del GATT.

²⁶ Los *Acuerdos entre la OMC y el Fondo y el Banco Mundial* se encuentran en los documentos OMC-Doc. WT/L/195, 194 del 18.11.1996.

Las reglas que se aplican a las organizaciones intergubernamentales con condición de observador a los distintos órganos de la OMC son menos flexibles que las que se aplican a los países observadores, lo que refleja el rol más técnico que las organizaciones pueden jugar en el trabajo de esos órganos específicos. Bajo el párrafo 8 del Anexo 3, las organizaciones observadoras pueden hacer uso de la palabra normalmente después de que hayan intervenido los Miembros. Las organizaciones observadoras no pueden formular propuestas y tampoco pueden distribuir documentos sin una invitación especial²⁷.

V. ¿CÓMO FUNCIONAN LOS ÓRGANOS CLAVE DE LA OMC?

I. LA CONFERENCIA MINISTERIAL Y EL CONSEJO GENERAL

La Conferencia Ministerial es el órgano de decisión más alto de la OMC. Los Ministros responsables del tema de comercio de cada uno de los Miembros se reúnen normalmente cada dos años. Sin embargo, pasaron 4 años entre la VI y la VII Conferencia Ministerial (del 2005 al 2009) porque el tema clave de discusión, la Ronda de Doha, no avanzaba. La Conferencia Ministerial del 2009 dejó de lado el tema de las negociaciones y se enfocó en temas administrativos.

El Consejo General es el órgano de decisiones en el *día a día* de la OMC. Los Representantes Permanentes y los Embajadores de cada uno de los Miembros se reúnen cada dos meses entre las Conferencias Ministeriales. Aunque la regularidad de las reuniones y su apertura a todos los Miembros sirven para incrementar la transparencia de la organización, la gran mayoría de las decisiones que se toman en la plenaria son negociadas y acordadas de antemano con grupos más reducidos de países con intereses en cada tema. Lo que queda por *discutir* son, en gran parte, temas ya decididos. De alguna forma esto es inevitable; no se pueden, por ejemplo, discutir los detalles de cada línea del presupuesto de la organización entre cien Embajadores, pero en

27 El Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y la FAO son algunas de las organizaciones observadoras de la Conferencia Ministerial. La lista más actualizada se encuentra en la página web de la OMC: http://www.wto.org/spanish/thewto_s/igo_obs_s.htm.

otros temas la incapacidad del Consejo General de actuar como un verdadero órgano rector podría perjudicar a la transparencia que se intenta establecer.

El tema más importante y polémico de la reunión tiende a ser el informe del Director General como Presidente del Grupo de Negociaciones Comerciales. Este informe se discute unos días antes con un grupo invitado, más o menos representativo, de Embajadores para oír sus reacciones. El contenido y el resultado de estas reuniones no son públicos, con lo que no queda claro cuánta influencia *secreta* tienen algunos Miembros sobre la dirección de las negociaciones.

Los procedimientos de la Conferencia, que se aplican también al Consejo General, están descritos en el documento WTO-Doc WT/L/161 del 25.07.1996. Los artículos 1 al 24 establecen las reglas básicas para cada reunión (el Orden del Día, la Mesa, etc.) e incluyen en el artículo 16 que el *quórum* estará constituido por la mayoría simple de los Miembros. El Consejo General también se puede reunir (bajo el artículo IV.3 y IV.4 del Acuerdo sobre la OMC) como el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) o el Órgano de Examen de Políticas Comerciales (OEPC).

2. ÓRGANO DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS²⁸

El artículo IV.3 del Acuerdo sobre la OMC establece que el Consejo General también se puede reunir como el Órgano de Solución de Diferencias (OSD). El OSD es el órgano de la OMC con la responsabilidad de la administración del sistema de solución de diferencias establecido en el Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD). El OSD establece grupos especiales para resolver diferencias, adopta los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación (OA), mantiene bajo vigilancia la implementación de sus decisiones y autoriza la suspensión de concesiones. Los procedimientos del Consejo General se aplican cuando el Consejo General se reúne como el OSD, con algunas variaciones específicas sobre el reconocimiento de observadores y la mesa directiva²⁹.

El pie de página 3 del artículo IX del Acuerdo sobre la OMC establece que las decisiones del OSD deben seguir la regla contenida en el artículo 2.4 ESD, el cual, a su vez, establece que las decisiones del OSD deben tomarse

²⁸ Ver Capítulo 24.

²⁹ Ver OMC-Doc. WT/DSB/9 del 16.01.1997.

por consenso; no está previsto que se adopten por votación. La regla del consenso en el OSD es apoyada por un pie de página idéntico al que apoya al artículo IX.1 OMC:

(...) Se considerará que el OSD ha adoptado una decisión por consenso sobre un asunto sometido a su consideración cuando ningún Miembro presente en la reunión del OSD en que se adopte la decisión se oponga formalmente a ella.

De forma única en la OMC, algunas decisiones clave del OSD (el establecimiento de un grupo especial bajo el artículo 6.1 ESD, la adopción del informe de un grupo especial o del OA bajo el artículo 16.4 o la suspensión de concesiones bajo el artículo 22.6 ESD) están sujetas a una regla de *consenso negativo*. En estas tres circunstancias, el OSD aprobará la decisión “a menos que decida por consenso [no hacerlo]”. El resultado por defecto en estas situaciones es que el grupo especial será establecido, el informe adoptado, o la petición aprobada por el OSD, a menos que todos los Miembros presentes en la reunión acuerden no hacerlo. Esta cuasi-automaticidad asegura que pasos clave en los procedimientos de solución de diferencias entre Miembros no pueden ser bloqueados por la objeción formal de un Miembro. Por lo tanto,

(...) dado que normalmente habrá al menos un Miembro con un interés fuerte en el establecimiento de un panel, la adopción de un informe o la autorización de suspender concesiones, es poco probable que haya un consenso para no adoptar estas decisiones³⁰.

El OSD se reúne al menos cada mes durante el año. De acuerdo con el pie de página 7 del artículo 16.7 ESD, se organizará una reunión extraordinaria si no hay una reunión durante el plazo de 60 días para la adopción del informe de un grupo especial. Un pie de página similar al artículo 21.3 requiere que el OSD se reúna para recibir notificaciones de la intención de un Miembro con respecto a una decisión adoptada. Recientemente, sin embargo, se ha ido creando la práctica de que las partes en una diferencia pueden acordar circular notificaciones de intención por escrito que son reafirmadas en la siguiente reunión normal del OSD, para evitar la necesidad de organizar una reunión extraordinaria simplemente para recibir una notificación.

30 VAN DEN BOSCHE, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, 2ª ed., 2008, p. 236.

3. PROCEDIMIENTOS PARA LA SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS: GRUPOS ESPECIALES Y EL ÓRGANO DE APELACIÓN³¹

Bajo el artículo 12 ESD, cada grupo especial establece sus propios procedimientos, consultando a las partes si tales reglas varían de las establecidas en el Anexo 3 al ESD.

El Órgano de Apelación estableció sus propios procedimientos (siguiendo el artículo 17.9 del ESD) en 1995^[32]. Bajo el artículo 17.9 ESD, el OA solo tiene la obligación de consultar tales cambios de procedimiento con el Presidente del OSD y el Director General de la OMC. El OA no está en cambio obligado a consultar a la Membrecía, cuyos Miembros, bajo el artículo 17.9 serán simplemente informados sobre los cambios cuando estos son decididos.

En 2002, el OSD adoptó una decisión que formalizó el proceso de consultas, con el fin de asegurar que los Miembros tuviesen la oportunidad de presentar opiniones sobre los cambios de procedimiento propuestos por el OA³³. El Presidente del OSD tiene, por lo tanto, la obligación de comunicar los cambios propuestos a los Miembros y darles la oportunidad de ofrecer comentarios por escrito y en una reunión especial del OSD. El Presidente también queda bajo la obligación de comunicar estos comentarios al Presidente del OA con la petición de que los tome en cuenta. En la práctica, el OA toma en cuenta los comentarios de los Miembros. En septiembre de 2010, el OA modificó varias de las enmiendas propuestas con el fin de atender comentarios ofrecidos por los Miembros y no insistió con una propuesta que había suscitado preocupaciones graves en la Membrecía³⁴. Sin embargo, como se ha dicho, los Miembros no tienen el derecho de aprobar o rechazar los cambios de procedimiento propuestos por el OA, el cual es un órgano independiente y responsable de su propio manejo. El buen funcionamiento del proceso de modificaciones a las reglas de procedimiento del OA, por lo

31 Ver Capítulo 24.

32 Ver OMC-Doc. WT/AB/WP/1 del 15.02.1996. Estos procedimientos fueron reformados posteriormente.

33 Ver OMC-Doc. WT/DSB/31 del 20.12.2002.

34 Ver OMC-Doc. WT/AB/WP/W/11 del 26.07.2010.

tanto, depende de la sensibilidad política que tenga el OA. Hasta ahora, ha funcionado bien.

4. ÓRGANO DE EXAMEN DE POLÍTICAS COMERCIALES³⁵

El Consejo General también se reúne regularmente como Órgano de Examen de Políticas Comerciales (OEPC) para examinar la política comercial de Miembros de la OMC (ver Capítulo 25). En comparación con el OSD, al OEPC normalmente asisten Embajadores y Representantes Permanentes, especialmente si se trata del Miembro examinado o si el país tiene una relación comercial estrecha con este Miembro. Los procedimientos del OEPC se establecieron en el Mecanismo de Examen de Políticas Comerciales —el Anexo 3 al Acuerdo sobre la OMC. El Anexo establece, en su artículo C)ii), una periodicidad de exámenes de las políticas comerciales de los Miembros basado en el porcentaje del comercio mundial de cada uno; los cuatro Miembros con el porcentaje de comercio mundial más alto³⁶ son objeto de examen cada dos años; los siguientes 16 Miembros cada cuatro años, y los restantes (menos los Países Menos Desarrollados), cada seis años. El párrafo C)ii) también prevé que

(...) Excepcionalmente, en caso de que se produzcan cambios en las políticas o prácticas comerciales de un Miembro que puedan tener una repercusión importante en sus interlocutores comerciales, el OEPC podrá pedir a ese Miembro, previa consulta, que adelante su próximo examen.

Los procedimientos específicos del OEPC fueron acordados por este órgano y en su versión más reciente están descritos en el documento WTO-Doc. WT/TPR/6/Rev.3 del 31.01.2012. Los procedimientos requieren que el ciclo de exámenes se establezca de tal manera que asegure que los Miembros examinados tengan el tiempo adecuado de preparación. A diferencia de la CM y el CG, el párrafo 9 de los Procedimientos del OEPC aclara que no se requiere un quórum para las reuniones de este órgano.

³⁵ Ver Capítulo 26.

³⁶ En la actualidad, la Unión Europea, los Estados Unidos, Japón y China.

El párrafo 11 de los Procedimientos requiere que la documentación preparativa para el examen (el informe del Miembro examinado y el informe independiente de la Secretaría de la OMC) sean circulados a los Miembros al menos cinco semanas antes de la reunión. El párrafo exige que

(...) (iii) Los informes elaborados por los Miembros objeto de examen adoptarán la forma de exposiciones de políticas, cuya configuración y extensión habrá de determinar fundamentalmente el Miembro objeto de examen. Los informes elaborados por la Secretaría deberán centrarse principalmente en las políticas y prácticas comerciales del Miembro objeto de examen, situadas, en la medida necesaria, en el contexto de las políticas macroeconómicas y estructurales globales.

El párrafo 12 de los Procedimientos requiere que las preguntas de los Miembros al Miembro bajo examen sean presentadas al menos dos semanas antes del examen, para asegurar que dicho Miembro tenga el tiempo de responder por escrito. El orden en que las preguntas de los Miembros son presentadas, en la práctica, es el mismo orden en que los Miembros toman la palabra en la reunión para presentar comentarios orales. Esto supone un fuerte incentivo (aunque informal) para presentar puntualmente las preguntas.

El párrafo 15 de los Procedimientos establece reglas claras sobre las obligaciones del Miembro bajo examen con respecto a las preguntas de los otros Miembros:

El Miembro objeto de examen deberá responder por escrito antes del comienzo del examen en el OEPC a las preguntas presentadas anticipadamente al menos dos semanas antes de la reunión. Las preguntas presentadas posteriormente deberán contestarse, en la medida de lo posible, antes del inicio de la segunda sesión de la reunión. Las preguntas que hayan quedado sin responder al final de la segunda sesión deberán contestarse por escrito, a más tardar, un mes después de la reunión...

Recientemente se ha iniciado la práctica de solicitar a los Miembros (comenzando con los que formularon preguntas al Miembro bajo examen) opiniones sobre posibles implicaciones sistémicas en la política comercial del Miembro bajo examen. Aunque no todas las delegaciones se limitan a temas sistémicos y a veces se presentan también comentarios bilaterales y políticos, este proceso con frecuencia constituye un reflejo oral y público de las preocupaciones generales de la comunidad internacional sobre la política comercial exterior –o interior– del Miembro bajo examen. Muchos

países traen al examen a representantes de departamentos o ministerios con responsabilidad en temas de comercio internacional y su exposición a la opinión colectiva de la Membrecía ayuda a informar a estos funcionarios acerca del ámbito global en que su política se desenvuelve. También se ha desarrollado la práctica de concluir el examen con recomendaciones de parte del ponente o ponentes para el Miembro bajo examen, lo que podría contribuir a la creación de apoyo político doméstico para las reformas que sean necesarias.

TÍTULO III

CAPÍTULO 7

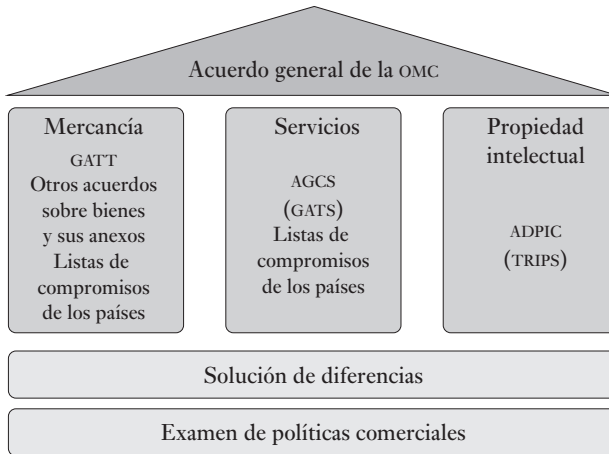
GATT

MARK UNGER

I. INTRODUCCIÓN Y SISTEMATIZACIÓN

I. INTRODUCCIÓN

La OMC se podría comparar a una casa con techo, vigas y tres pilares:



En esta casa, el GATT forma parte del pilar del comercio de los bienes. De hecho, es el fundamento de este pilar aunque este es complementado por 12 acuerdos (más sus anexos) sobre bienes. El GATT contiene las reglas básicas sobre el comercio internacional de los bienes. Es decir que la aplicación de GATT se refiere únicamente al comercio de bienes o mercancías. Por lo tanto, el comercio de servicios no se rige bajo las reglas del GATT sino por el reglamento del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicio (AGCS)¹. Lo mismo ocurre respecto a cuestiones de la propiedad intelectual relacionadas con el comercio, las que son reguladas por el Acuerdo sobre los Aspectos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC)².

Como el comercio de bienes es lejos la parte más importante del comercio mundial, el GATT es el pilar fundamental del comercio internacional y del Derecho de la OMC³. El GATT⁴ entró en vigor como parte del Acuerdo general

1 Ver Capítulo 19.

2 Ver Capítulo 22.

3 Eso también es cierto por razones históricas, porque el GATT es el fundamento histórico. Ver Capítulo 1.

4 Con respeto a la terminología usada, ver Capítulo 7 1 2.

de la OMC el primero de enero de 1995. Sus reglas principales se refieren a liberalizar el comercio de bienes, a asegurar un trato justo y equitativo entre los miembros de la OMC y a mejorar la transparencia.

2. TERMINOLOGÍA

GATT es la abreviación de *General Agreement on Trade and Tariffs*, es decir, del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio. Sin embargo, la terminología GATT es usada en diferentes sentidos.

Primero, si no está señalado expresamente de otra manera, GATT es el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (GATT o GATT 1994 o GATT de 1994). Este acuerdo forma parte del Acuerdo de Marrakech, por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (OMC) por ser su Anexo IA y es el acuerdo principal vigente sobre el comercio de mercancías.

Por GATT, a veces, también se hace referencia al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1947 (GATT 1947 o GATT de 1947)⁵. El GATT 1947 contenía las reglas principales sobre el comercio de mercancía y fue el predecesor del GATT 1994. De hecho, fue remplazado por GATT 1994^[6]. Aunque el de 1947 ha sido incorporado al GATT 1994^[7], ambos son jurídicamente distintos⁸.

A veces, el término GATT también se refiere al sistema mundial de comercio antes de la creación de la OMC y la cuasi institución como antecesor de la OMC⁹.

5 Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de fecha 30 de octubre de 1947, anexo al Acta Final adoptada al término del segundo periodo de sesiones de la Comisión Preparatoria de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo.

6 Solamente en un plazo transitorio de un año, del 1.1.1995 hasta el 31.12.1995, el GATT 1947 seguía en vigencia para las Partes Contratantes que no habían podido hacerse miembros de la OMC de inmediata, Coexistencia Transitoria del GATT de 1947 y el Acuerdo sobre la OMC, Decisión de 8 de diciembre de 1994 adoptada por el Comité Preparatorio de la OMC y por las Partes Contratantes del GATT de 1947 el 13.12.1994, GATT-Doc. L/7583; BENDER, en: HILF y OETER (ed.), *WTO-Recht*, 2ª ed., 2010, p. 233.

7 Cifra I notas introductorias GATT 1994.

8 Artículo 2.4 OMC.

9 Ver Capítulo 1.

3. SISTEMÁTICA DE REGULACIÓN

El “techo” del sistema de la OMC está conformado por el Acuerdo General de la OMC¹⁰. Bajo de este techo se encuentran alrededor de 60 acuerdos, anexos y apéndices y entendimientos. El Acuerdo General de la OMC contiene una lista de anexos que ponen en vigor otros convenios.

Artículo II OMC

2. Los acuerdos y los instrumentos jurídicos conexos incluidos en los Anexos 1, 2 y 3 (denominados en adelante “Acuerdos Comerciales Multilaterales”) forman parte integrante del presente Acuerdo y son vinculantes para todos sus Miembros.

3. Los acuerdos y los instrumentos jurídicos conexos incluidos en el Anexo 4 (denominados en adelante “Acuerdos Comerciales Plurilaterales”) también forman parte del presente Acuerdo para los Miembros que los hayan aceptado, y son vinculantes para estos. Los Acuerdos Comerciales Plurilaterales no crean obligaciones ni derechos para los Miembros que no los hayan aceptado.

La gran mayoría de los acuerdos, los de los anexos 1-3, son multilaterales y vinculantes para todos los miembros. Aquellos del Anexo 4 (acuerdos plurilaterales) vinculan solamente los miembros que han aceptado estos acuerdos.

Lista de anexos

Anexo 1

Anexo 1A: Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías.

Anexo 1B: Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios y Anexos.

Anexo 1C: Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.

Anexo 2

Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias.

¹⁰ El nombre oficial es: Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio.

Anexo 3

Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales.

Anexo 4: Acuerdos Comerciales Plurilaterales.

Acuerdo sobre el Comercio de Aeronaves Civiles.

Acuerdo sobre Contratación Pública¹¹.

En el Anexo 1A se encuentran los acuerdos multilaterales relativos al comercio de los bienes. En total son doce¹² acuerdos aplicables a diferentes aspectos del comercio de los bienes; entre ellos se encuentra el GATT 1994, el que también ha sido denominado “notas introductorias”¹³.

Anexo 1A: Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías.

Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994.

Acuerdo sobre la Agricultura.

Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias.

Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio.

Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio.

Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994.

Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994.

Acuerdo sobre Inspección Previa a la Expedición.

Acuerdo sobre Normas de Origen.

Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación.

Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias.

Acuerdo sobre Salvaguardias.

11 El Acuerdo Internacional de los Productos Lácteos y el Acuerdo Internacional de la Carne de Bovino, que formaban parte del Anexo 4, expiraron fines de 1997.

12 Eran 13 acuerdos vigentes en el Anexo 1A. El Acuerdo sobre los Textiles y el Vestido expiró el primero de enero de 2005.

13 La terminología con respecto a este documento no es clara ni uniforme. El título oficial es “GATT 1994”. Diferentes paneles lo han llamado “cláusula de incorporación de GATT 1994” (*India – Restricciones Cuantitativas*, GE, WT/DS90/R, párr. 5.11; *Japón – Películas*, GE, WT/DS44/R, párr. 10.64) o “lenguaje incorporando al GATT 1994 al Acuerdo de la OMC”. Según FEICHTNER, en: WOLFRUM, STOLL y HESTERMAYER (ed.), *Max Planck Commentaries on World Trade Law Vol. 5: WTO - Trade in Goods*, BOSTON, MARTINUS NIJHOFF, 2011, pp. 27 ss., se debiera utilizar la noción de “notas introductorias”, pues el término “cláusula de incorporación” es correcto para el numeral 1 pero no para el 2, pues este contiene “notas explicativas”.

Si bien el GATT 1994 es un documento corto, de dos páginas y con solamente dos numerales, se llena de vida por el uso de referencias cruzadas. Con sus dos numerales no solo incorporan el GATT 1947 actualizado “hasta” la Ronda de Uruguay (con todos los cambios e interpretaciones hechos desde 1947 hasta la Ronda de Uruguay), sino también incluye los resultados y cambios hechos “en” la Ronda de Uruguay.

El numeral 1 de las notas introductorias del GATT 1994 contiene la llamada consistencia del GATT. En efecto, sus literales (a) y (b) incorporan el GATT 1947 (lit. 1(a))¹⁴ y los instrumentos jurídicos relacionados (lit. 1(b)). Estos incluyen los protocolos de adhesión, los protocolos relativos a concesiones arancelarias y decisiones. Por consiguiente, los instrumentos jurídicos relacionados incorporan todos los cambios e interpretaciones hechas al GATT 1947, y los hacen vinculantes a todos los miembros de la OMC. Por lo tanto, en los literales (a) y (b) del numeral 1 se asume la reglamentación jurídica del GATT anterior hasta la Ronda de Uruguay. El numeral 1(c) incorpora seis entendimientos, acordados durante la Ronda de Uruguay para aclarar algunas obligaciones de GATT 1947^[15]. El 1(d) agrega el Protocolo de Marrakech y con ello las listas de concesiones negociadas en la Ronda de Uruguay.

El numeral 2 de las notas introductorias contiene clarificaciones necesarias para adaptar el GATT 1947 al nuevo sistema y a la terminología de la OMC. Por ejemplo, el 2 (a) cambia la terminología de “parte contratante” a “Miembro”¹⁶.

En suma, el GATT de 1994 es el reglamento de GATT 1947 con enmiendas posteriores, incluyendo la Ronda de Uruguay, y adaptada a la estructura institucional de la OMC. Las referencias a los artículos de GATT 1994 se entienden hechas a los mismos artículos de GATT 1947, pero en su forma enmendada.

14 Con excepción del Protocolo de Aplicación Provisional, conforme lo señala el propio numeral 1 (a).

15 Se refieren a las listas de concesiones (artículo II (b) GATT), empresas comerciales del Estado (artículo XVII GATT), balanza de pagos (artículo XII, XVIII GATT), uniones aduaneras y zonas de libre comercio (artículo XXIV GATT), exenciones de obligaciones dimanantes y el retiro de concesiones (artículo XXVIII GATT).

16 Otro ejemplo es la sustitución del término “parte contratante poco desarrollada” por otro poco feliz e incorrecto como “país en desarrollo Miembro”.

4. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DEL GATT

El GATT contiene un total de 38 artículos más nueve anexos que van de la A a la I. Los artículos del GATT se dividen en cuatro partes¹⁷.

Las reglas del trato general de la Nación Más Favorecida (artículo I) y sobre aranceles y la reducción de las mismas (artículo II) se encuentran en la primera parte.

La segunda parte contiene las reglas sobre la no discriminación y barreras no arancelarias. Entre ellas destacan el trato nacional (artículo III), libertad de tránsito (artículo V)¹⁸, los derechos *antidumping*¹⁹ y medidas compensatorias (artículo VI)²⁰, valoración en aduana (artículo VII)²¹, transparencia (artículo X), eliminación de restricciones cuantitativas (artículo XI), subvenciones (artículo XVI) y medidas de urgencia (artículo XIX)²². Además, la parte II incluye las excepciones generales (artículo XX) y las relativas a la seguridad (artículo XXI).

La tercera parte contiene importantes reglas sobre uniones aduaneras y zonas de libre comercio (artículo XXIV)²³, acciones colectivas (artículo XXV), suspensión y retiro de concesiones (artículo XXVII), modificación de listas arancelarias (artículo XXVIII) y negociaciones arancelarias (artículo XXVIII*bis*).

La cuarta parte, titulada “Comercio y desarrollo”, contiene los principios y objetivos (artículo XXXVI), compromisos (artículo XXXVII) y acciones colectivas relativas a países en estado de desarrollo²⁴.

17 Esta división no se debe a una lógica del contenido del acuerdo, sino que tiene razones históricas: bajo el principio de anterioridad de la ley (“*grandfather clause*”) en el Protocolo de Aplicación Provisional algunas reglas no se aplicaban en ciertos casos. Para facilitar la aplicación de dicho principio, las reglas especiales fueron agrupadas en la parte II del GATT 1947. La parte IV fue incorporada después. Ver BENDER, en: HILF y OETER (ed.), *WTO-Recht*, 2ª ed., 2010, p. 233.

18 Ver Capítulo 32.

19 Ver Capítulo 12.

20 Ver Capítulo 17.

21 Ver Capítulo 13.

22 Ver Capítulo 18.

23 Ver Capítulo 30.

24 Ver Capítulo 27.

5. RELACIÓN ENTRE GATT Y OTROS ACUERDOS DE LA OMC

5.1. RELACIÓN ENTRE GATT Y EL ACUERDO DE LA OMC

La relación entre el Acuerdo de la OMC y el GATT es clara. En el caso de conflicto entre estos (o cualquier otro acuerdo comercial multilateral en los anexos 1, 2 y 3 del Acuerdo de la OMC), prevalece la norma del Acuerdo de la OMC en el grado en que haya conflicto. Esta jerarquía de norma resulta de la sistemática de los acuerdos²⁵ y se encuentra expresamente establecida en el artículo XVI:3 de la OMC.

5.2. RELACIÓN ENTRE GATT, AGCS Y ADPIC

Con respecto a la relación entre los diferentes acuerdos comerciales multilaterales, el orden no es tan claro.

Por un lado, no hay duda de que el GATT se aplica únicamente al comercio de bienes o mercancías y el comercio de servicios por el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicio (AGCS). A temáticas de la propiedad intelectual relacionadas con el comercio se aplica el Acuerdo sobre los Aspectos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC)²⁶. Criterio determinante para la aplicación de GATT es, entonces, que se trate de comercio de bienes o mercancías. Aun cuando no existe una definición de bienes o mercancías, es claro que se refiere a cosas físicas concretas, que podrían ser objeto de una operación mercantil²⁷. Hay áreas más problemáticas, como es el caso de los productos electrónicos. Por ejemplo, si una película, un *software* o música es vendida en un DVD, es mercancía y por tanto el GATT es la normativa aplicable; pero si el mismo producto es distribuido por internet, la mayoría de los miembros y la Secretaría lo clasificarán como servicio y por lo tanto sería aplicable el AGCS y no el GATT. Sin embargo, EE.UU. argumenta

25 VER VAN DEN BROEK, "Artículo XVI", en: STOLL y SCHORKOPF (ed.), *Max Planck Commentaries on World Trade Law Vol. 1: WTO - World Economic Order, World Trade Law*, 2006, p. 175 con detalles y referencias.

26 Ver Capítulo 22.

27 Mercancía = "todo lo que durante el comercio se podría caer encima de los pies", SENTI, *WTO, System und Funktionsweise der Welthandelsordnung*, 2000, párr. 728.

que estos productos son una mercancía virtual (“*virtual good*”) y por lo tanto caerán dentro del rango de aplicación de GATT²⁸. La clasificación es importante, ya que las reglas y el nivel de regulación del GATT y AGCS son distintos.

Por otro lado, es posible concebir situaciones que pueden tocar cuestiones de GATT y del AGCS o del ADPIC al mismo tiempo²⁹. En estos casos surge la pregunta de si hay exclusividad o preeminencia entre estos acuerdos, ya que no existen normas expresas relativas a la relación entre los mismos.

Con respecto al GATT y AGCS, la doctrina reiterada del Órgano de solución de diferencia es que no hay exclusividad entre los diferentes acuerdos; se relacionan sobre la base de igualdad de aplicación. Sus obligaciones se complementan y no son mutuamente excluyentes³⁰.

El sentido corriente de los textos del GATT de 1994 y del AGCS, así como del párrafo 2 del Artículo II del Acuerdo sobre la OMC, considerados en conjunto, indica que las obligaciones dimanantes del GATT de 1994 y del AGCS pueden coexistir y que una de ellas no invalida la otra. Si se hubieran deseado las consecuencias sugeridas por el Canadá, se habrían dictado disposiciones similares a las del párrafo 3 del Artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC o de la Nota interpretativa general al Anexo IA a fin de establecer un orden jerárquico entre el GATT de 1994 y el AGCS. La falta de tales disposiciones entre los dos instrumentos significa que el GATT de 1994 y el AGCS están en un mismo plano en el Acuerdo sobre la OMC, y que no existe ningún orden jerárquico entre ambos³¹.

Aunque esta argumentación también podría ser aplicable a la relación entre GATT y ADPIC, la opinión mayoritaria es que este último tiene el monopolio respecto a aspectos de derecho intelectual³².

28 Ver BERRISCH, en: PRIEB y BERRISCH (ed.), *WTO-Handbuch*, 2003, p. 78.

29 P. ej. un libro impreso y disponible en internet. Cada acuerdo de OMC regulará un aspecto: GATT el libro físico, AGCS el servicio de internet y ADPIC el derecho de autor.

30 VAN DEN BROEK, “Artículo XVI”, en: STOLL y SCHORKOPF (ed.), *Max Planck Commentaries on World Trade Law Vol. 1: WTO - World Economic Order, World Trade Law*, 2006, pp.176s.; *CE - Bananas III*, OA, WT/DS27/AB/R, párr. 221.

31 *Canada - Periodicals*, GE, WT/DS31/R, párr. 5.17.

32 VAN DEN BROEK, “Artículo XVI”, en: STOLL y SCHORKOPF (ed.), *Max Planck Commentaries on World Trade Law Vol. 1: WTO - World Economic Order, World Trade Law*, 2006, p. 177.

5.3. RELACIÓN ENTRE GATT Y OTROS ACUERDOS DE MERCANCÍAS

La relación entre el GATT y los otros acuerdos multilaterales sobre el comercio de mercancías del Anexo IA de la OMC puede ser conflictivo. Ello, porque los diferentes acuerdos regulan aspectos específicos del comercio de mercancías, pero bien podrían ser subsumidos bajo el GATT. Tal relación está regulada en la Nota interpretativa general al Anexo IA OMC y en algunos artículos de los acuerdos mismos.

La regla general es que no hay una jerarquía entre los diferentes acuerdos. Estos pueden ser aplicados de forma paralela y complementaria³³. En caso de un conflicto entre el GATT y otro acuerdo de mercancía, según la Nota interpretativa general al Anexo IA OMC, los otros acuerdos prevalecerán sobre el GATT, en el grado en que haya conflicto.

En esta línea, aunque sin hacer referencia a la nota interpretativa, el Órgano de Apelación ha decidido que el artículo 1.3 AL sea *lex specialis* con respecto al artículo X:3 GATT³⁴. En la misma línea, el Grupo Especial falló que el MSF sea *lex specialis* en relación con el GATT³⁵.

Adicionalmente, varios acuerdos contienen reglas específicas, especialmente el artículo 21.1 AG, el artículo 1.4 MSF o el artículo 1.5 OTC.

II. OBJETIVOS Y DIFERENCIACIONES

I. PRINCIPIOS DEL GATT

La OMC muchas veces es descrita como una organización de libre comercio. Esta descripción no es exacta. El sistema de la OMC y su pilar principal GATT permiten a los Estados tener obstáculos al comercio internacional, más que todo aranceles y, de forma limitada, otros medios de protección. De forma más exacta, la OMC y el GATT forman un sistema de reglas y principios que tratan de asegurar y generar una cancha de juego para un comercio inter-

33 GÖTTSCHE, en: HILF y OETER (ed.), *WTO-Recht*, 2ª ed., 2010, p. 105 con referencias.

34 *EC – Bananas III*, AO, WT/DS27/AB/R, párr. 204.

35 *EC – Hormonas*, GE, WT/DS26/R, párr. 8.39. Ver VAN DEN BROEK, “Artículo XVI”, en: STOLL y SCHORKOPF (ed.), *Max Planck Commentaries on World Trade Law Vol. 1: WTO – World Economic Order, World Trade Law*, 2006, p.177.

nacional abierto, justo y con una competencia con las menores distorsiones posibles. Estos principios generales de la OMC³⁶ tienen su base en el GATT.

I. I. PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

Es el objetivo principal del GATT. Por ello, no es sorprendente que este sea regulado en forma amplia. Sin embargo el GATT no contiene una prohibición de no discriminación general, sino una serie de reglas específicas que ponen en vigor diferentes aspectos concretos de la no discriminación³⁷.

Por un lado está la no discriminación en el exterior (entre diferentes países o socios comerciales) y la no discriminación en el interior (entre productos extranjeros y productos nacionales).

En lo relativo a la no discriminación entre diferentes países o socios comerciales, la norma central es el artículo I GATT, el principio de la Nación Más Favorecida (NMF)³⁸. Este principio obliga a todos los miembros a otorgar cualquier ventaja relativa a la importación o exportación de un producto dado a un país o todos los miembros. Otra regla de no discriminación en el exterior es el artículo XIII GATT, que estipula la no discriminación entre miembros en caso de contingentes. Además y en la misma línea, hay otras normas específicas³⁹ pero de menor importancia relativa.

La norma principal con respecto a la no discriminación entre productos originados en el extranjero y productos nacionales es el artículo III GATT, el trato nacional⁴⁰. Este prohíbe un tratamiento menos favorable para productos de origen de otros miembros respecto de los productos de origen nacional, una vez que los primeros han pasado la aduana y han entrado en la circulación económica nacional. Esta norma es complementada por reglas más específicas en otros acuerdos de mercancías⁴¹.

36 Ver Capítulo 4.

37 BENDER, en: HILF y OETER (ed.), *WTO-Recht*, 2ª ed., 2010, p. 239.

38 Ver en detalle Capítulo 7 III 3.

39 Artículos XIV, XV, XVII GATT.

40 Ver en detalle Capítulo 7 III 4.

41 Por ej. artículo 2.3 MSF, artículo 5 OTC, artículo 2 MIC, artículo 9.1 (c) AG, artículo 1.1 SMC, también artículo 3.1 ACP.

I.2. PROCESO DE LIBERALIZACIÓN MULTILATERAL DEL COMERCIO

Bajo el principio del proceso de liberalización del comercio se entiende que los miembros de la OMC establecen un sistema multilateral en el cual de manera gradual se irán reduciendo los obstáculos al comercio internacional de modo que progresivamente se facilite el acceso a los mercados de los demás miembros. Este proceso de liberalización del comercio es logrado en el GATT con la utilización de varios subprincipios, como los siguientes⁴²:

a. GRADUAL REDUCCIÓN DEL ARANCEL Y “ÚNICAMENTE ARANCELES”

El GATT conlleva el principio de “únicamente aranceles” y la gradual reducción de los aranceles (ver artículo II GATT).

La idea detrás del principio de “únicamente aranceles” es la concentración de obstáculos al comercio en los aranceles aduaneros y la gradual reducción de estos mediante negociaciones. Eso conlleva una triple ventaja. Primero, las distorsiones al comercio de los aranceles es menor que los obstáculos no arancelarios, especialmente que el uso de cuotas o contingentes⁴³; segundo, son más transparentes que los obstáculos no arancelarios y, tercero, la negociación para reducir los aranceles es menos compleja que la reducción de obstáculos no arancelarios.

b. PROHIBICIÓN DE MEDIDAS NO ARANCELARIAS

El principio de “únicamente aranceles” es reforzado por la prohibición general de establecer medidas no arancelarias. Esta prohibición es ineludible, ya que de otra manera el principio de la gradual liberalización multilateral del comercio por el concepto “únicamente aranceles” no funcionaría. Si por ejemplo se bajara el arancel para la importación de bananas a cero, pero al mismo tiempo se prohibiera la importación sobre 10 toneladas de bananas

42 Ver BERRISCH, en: PRIEB y BERRISCH (ed.), *WTO-Handbuch*, 2003, p. 80.

43 HOEKMAN y KOSTECKI, *The Political Economy of the World Trading System*, 3ª ed., 2009, p. 187.

por año (cuota), la reducción del arancel no tendría ningún efecto para el acceso al mercado.

c. TRANSPARENCIA

En la liberalización del comercio mundial y el principio de los mercados abiertos el mandato de transparencia (artículo X GATT)⁴⁴ también juega un papel importante. Para los importadores y exportadores de mercancías muchas veces es más importante la predictibilidad y previsibilidad económica del gasto y de los costos asociados con el cumplimiento de las normativas comerciales que una tasa arancelaria menor. Sin embargo, para ello, las normativas en política comercial deben ser transparentes y reconocibles. La máxima del GATT de “únicamente aranceles” apunta también a este objetivo, dado que los aranceles son básicamente más transparentes que otras restricciones no arancelarias.

d. COMERCIO JUSTO

El principio del comercio justo, que busca posibilitar una legítima competencia, se refleja en las normas sobre subvenciones y *antidumping*, lo mismo que las disposiciones de no discriminación en el GATT.

e. RECIPROCIDAD

El principio de reciprocidad, es decir la obligación de un trato recíproco en el otorgamiento de facilidades comerciales (véase artículo XXVIII:2 GATT), apunta también a una liberalización progresiva del comercio y un mejor acceso al mercado. En principio, cada miembro debe hacer concesiones de la misma magnitud en las negociaciones arancelarias. Sin embargo, existen disposiciones de excepción para los países en desarrollo⁴⁵.

44 Así como otras normativas que precisan y complementan subacuerdos en el GATT, como p.ej., el artículo 7 MSF o artículo 10.1 OTC, artículos 9, 12 y 13 SMC, artículos 12.1 AD.

45 Ver Capítulo 27.

1.3. SOBERANÍA DE LOS MIEMBROS

El principio de soberanía de los Miembros comprende la libertad de estos para decidir independientemente sus proyectos económicos y políticos, dentro del marco jurídico fijado por la OMC y el GATT. Incluye también la capacidad de adoptar aquellas medidas que el Estado miembro considere adecuadas para alcanzar sus objetivos en materia económica y política⁴⁶. El principio de soberanía es una de las nociones centrales del GATT, reflejada en muchas disposiciones, especialmente en aquellas que permiten excepciones a los mandatos y prohibiciones del GATT⁴⁷. Debe considerarse especialmente en la interpretación de las disposiciones del GATT. Así, por ejemplo, cuando se aplican las disposiciones de excepción se ponderará el principio de soberanía respecto de los principios en conflicto, como el de los mercados abiertos y la prohibición de discriminar⁴⁸.

2. IMPORTANTES DIFERENCIACIONES

Para comprender cada una de las regulaciones del GATT y sus diferentes ámbitos de aplicación, son fundamentales las siguientes diferenciaciones:

2.1. BARRERAS COMERCIALES ARANCELARIAS Y NO ARANCELARIAS

El comercio entre las naciones puede ser restringido de las formas más diversas. Conforme al marco normativo del GATT, las barreras comerciales se dividen en barreras arancelarias y no arancelarias (*NTBs = Non-tariff barriers to trade*).

Entre las barreras comerciales arancelarias se cuentan especialmente los aranceles aduaneros y otros derechos y cargas equiparables. Los aranceles aduaneros son derechos de importación o exportación que deben pagarse al momento en que una mercancía atraviese una frontera. Los derechos y cargas equiparables a los aranceles aduaneros son todos los impuestos, costos y otras cargas que se cobran con ocasión de la importación o en relación

46 Ver 4 Principios fundamentales.

47 Compare p. ej. los artículos II:4, III:8, XVI:1, XVII, XIX, XX y XXI GATT, ver Capítulo 7 IV.

48 BERRISCH, en: PRIEF y BERRISCH (ed.), *WTO-Handbuch*, 2003, p. 80.

con ella (ver artículo II:1 b GATT)⁴⁹. En principio, estos están permitidos en el marco fijado en el GATT y acordado en las rondas de negociaciones, pero deben ser reducidos de forma progresiva (ver artículo II GATT)⁵⁰.

El acervo y la creatividad de los países al crear barreras comerciales no arancelarias para generarse una pretendida ventaja comercial son inmensos y prácticamente infinitos. Así, por ejemplo, durante mucho tiempo no se podían vender las cremas Nivea en China porque el país exigió del fabricante presentar un certificado de inocuidad respecto de BSE, extendido por un instituto chino. Sin embargo, en toda China no existía ningún instituto que pudiera extender tal tipo de certificado. Entre las barreras comerciales no arancelarias más comunes se encuentran las restricciones cuantitativas (cuotas), donde se incluyen también las prohibiciones de importación y exportación conocidas como “cuota cero” y otras medidas no arancelarias como, por ejemplo, las normas y estándares técnicos que se exigen a un producto (p.ej., la obligación de utilizar un determinado estándar cuya patente es propiedad de un competidor nacional; la prohibición de ciertas sustancias, como el asbesto, etc.), las restricciones “voluntarias” de exportación, los impuestos a la importación distintos de no aranceles, derechos especiales de importación, licencias de importación, ventajas tributarias, la subvención de las empresas nacionales, estándares medioambientales y sociales, disposiciones de embalaje y etiquetado, denominaciones de origen, certificados especiales sobre la salud, prohibición de productos fabricados con ciertos métodos de producción, permisos de la autoridad (eventualmente combinados con altos derechos), disposiciones de “contenido local”⁵¹, regulaciones *antidumping*, modalidades de licitación de órdenes, preferencias en contratación pública o discriminación en las formalidades aduaneras⁵².

En la época del GATT 1947, los aranceles aduaneros predominaban como barreras comerciales: los que en su inicio ascendían a aproximadamente el

49 BENDER, en: HILF y OETER (ed.), *WTO-Recht*, 2ª ed., 2010, p. 234. Un ejemplo son las tasas de las formalidades aduaneras.

50 Ver arriba en Capítulo 7 I.1.

51 Según las disposiciones de contenido local, un cierto porcentaje de la creación de valor de un producto final debe provenir de la fabricación nacional.

52 Así, p. ej., a partir del año 1982, en Francia todos los reproductores de video importados de Japón debían pasar por una pequeña oficina de aduana en Poitiers, la que estaba absolutamente sobrecargada debido al volumen. Esto produjo considerables atrasos en las formalidades aduaneras; ver BREMER, *Die zweite Schlacht von Poitiers*, *Die Zeit*, 19 de noviembre de 1982.

40% del valor de la importación de las mercancías⁵³. Sin embargo, desde fines de la década del sesenta se inició una fuerte reducción de los aranceles aduaneros⁵⁴, con lo cual comenzaron a adquirir importancia las barreras no arancelarias (el llamado segundo estrato del proteccionismo). Las barreras comerciales no arancelarias son medidas estatales que se contraponen a los esfuerzos de un comercio mundial libre sin sustentarse en los aranceles aduaneros⁵⁵ y pueden perjudicar con mayor fuerza el comercio internacional que los aranceles aduaneros⁵⁶.

2.2. MEDIDAS EN FRONTERA Y MEDIDAS INTERNAS

En la clasificación jurídica de las barreras comerciales no arancelarias es decisivo establecer si se trata de medidas en frontera (llamadas *border measures*)⁵⁷ o de medidas internas (*internal measures*). Las barreras comerciales no arancelarias planteadas como medidas en frontera están absolutamente prohibidas (artículo XI GATT). En cambio, la admisibilidad de las barreras comerciales no arancelarias como medidas internas legítimas se guía especialmente por el mandato de no discriminación respecto del trato nacional (artículo III GATT)⁵⁸ y las disposiciones especiales, como en el ámbito de las subvenciones, los estándares técnicos, las medidas sanitarias y fitosanitarias o el sistema de contrataciones públicas. En suma, la prohibición general del artículo XI GATT no se aplica a las medidas internas y rige solo para las medidas en frontera.

Muchas veces resulta difícil establecer si se trata de una medida en frontera o una medida interna. Para ello es preciso tener en cuenta no solo la circunstancia de que la medida se ejecute en la frontera⁵⁹. Una prohibición

53 BERRISCH, en: PRIEB y BERRISCH (ed.), *WTO-Handbuch*, 2003, p. 105.

54 Aprox. 10% al término de la Ronda Kennedy (1964-67), 6,4 % al término de la Ronda de Tokio (1973-79) y 3,8% después de la Ronda de Uruguay (1986-93).

55 KRONBERGER, Las barreras comerciales no arancelarias son cada vez más importantes para la política comercial, *Wirtschaftskammer Österreich*, 2007.

56 En parte se intenta expresar el efecto de las barreras comerciales no arancelarias en las llamadas equivalencias arancelarias; ver Bradford, en: DEE y FERRANTINO (ed.), *Quantitative Methods for Assessing the Effects of Non-Tariff Measures and Trade Facilitation*, 2005, pp. 435 ss. Ver en detalle Capítulo III.

57 O según PUTH/STRANZ, en: HILF y OETER (ed.), *WTO-Recht*, 2a ed., 2010, p. 287. “Barreras no arancelarias al acceso al mercado”.

58 Ver al respecto en Capítulo 7 III 4.

59 Cp. Anexo I “Notas y Disposiciones Suplementarias” GATT al artículo III respecto de impuestos y cargas recaudadas en frontera.

a la importación también puede ser una medida interna cuando su propósito es imponer una prohibición nacional⁶⁰. A la inversa, existe controversia sobre si estos principios pueden transferirse también a una prohibición a la exportación⁶¹.

III. REGLAS ESPECÍFICAS DEL GATT

A continuación se exponen las normas más importantes del GATT, que establecen obligaciones o prohibiciones. Esto concierne especialmente a las normas en torno a la consolidación arancelaria, la prohibición de restricciones cuantitativas, la prohibición de discriminación (Nación Más Favorecida, Trato nacional) y las disposiciones de transparencia. Las disposiciones de excepción previstas en el GATT se describen separadamente en el Capítulo IV.

I. REDUCCIÓN DE ARANCELES Y CONSOLIDACIÓN ARANCELARIA

I. I. INTRODUCCIÓN

Los aranceles aduaneros son derechos de importación o exportación que deben pagarse al momento en que una mercancía atraviesa una frontera. Desde una perspectiva histórica, los aranceles aduaneros representaron el principal obstáculo en el comercio internacional de mercancías y sirvieron también en el pasado como una importante fuente de ingresos de muchos Estados. Los aranceles aduaneros son además menos destructivos de mercados y más transparentes que otras barreras al comercio⁶². Por ende, las negociaciones del GATT 1947 se centraron en los aranceles aduaneros y constituyen el eje central del mecanismo para la liberalización del comercio consagrado en el GATT. En términos simples, este prevé concentrar su lucha contra las barreras al comercio en los aranceles aduaneros (el principio *únicamente aranceles*), fijar en listas los aranceles máximos para cada Estado miembro

60 *CE – Amianto*, GE, WT/DS135/R, párrs. 8.96 ss.

61 De rechazo, BENDER, en: HILF y OETER (ed.), *WTO-Recht*, 2ª ed., 2010, p. 229; de aprobación TREBILCOCK y HOWSE, *The Regulation of International Trade*, 3ª ed., 2005, p. 548.

62 HOEKMAN y KOSTECKI, *The Political Economy of the World Trading System*, 3ª ed., 2009, p. 187.

y cada producto y a continuación ir eliminando de forma progresiva estos aranceles máximos en las negociaciones sobre subsecuentes⁶³.

I. 2. TIPOS DE ARANCELES ADUANEROS

Los aranceles aduaneros son los derechos sobre mercancías que recauda un Estado por el solo hecho de que la mercancía traspase la frontera (importación, exportación o tránsito) conforme a un arancel registrado en una tarifa aduanera y que es catalogado como tal⁶⁴.

a. ARANCELES ADUANEROS PARA IMPORTACIONES, EXPORTACIONES Y PRODUCTOS EN TRÁNSITO

Diferenciamos entre aranceles aduaneros para importaciones, exportaciones y productos en tránsito dependiendo del destino de las mercancías donde se recauda un derecho⁶⁵.

Los aranceles aduaneros para importaciones son aranceles con que se gravan las mercancías extranjeras cuando son ingresadas al país. La mayoría de los aranceles aplicados son de este tipo, en el que predomina muchas veces un propósito rector de política económica, es decir, la protección de la economía nacional. Además, el Estado que recauda los aranceles obtiene ingresos (arancel fiscal).

En cambio, los aranceles aduaneros sobre las exportaciones son aranceles con que se gravan las mercancías nacionales en el momento de su exportación al extranjero. Muy pocas veces se cobran aranceles sobre las exportaciones. Tienen una menor relevancia práctica, porque el país está interesado en vender sus mercancías en el exterior, a fin de generar ingresos y fortalecer la economía nacional. Generalmente son los países en desarrollo los que recaudan aranceles por la exportación. Los motivos pueden ir desde obtener ingresos, particularmente por la exportación de materias primas (p.ej., petróleo en los países de la OPEC) hasta disminuir las exportaciones de un determinado producto para asegurar el abastecimiento nacional (p.ej., escasez de alimentos).

63 Ver artículo XXVIIIbis: I GATT.

64 PUTH/STRANZ, en: HILF y OETER (ed.), *WTO-Recht*, 2ª ed., 2010, p. 263 con más referencias.

65 Ver PUTH/STRANZ, en: HILF y OETER (ed.), *WTO-Recht*, 2ª ed., 2010, p. 263.

Los aranceles aduaneros de tránsito son aranceles sobre mercancías transportadas a través de la zona aduanera de otro país. Conforme al artículo V:3 GATT, no se admite el cobro de aranceles de tránsito. El tránsito debe diferenciarse del llamado tráfico de perfeccionamiento, en el cual los productos brutos o en primera fase de elaboración son transportados a un espacio económico, procesados allí y luego se vuelven a exportar al espacio económico de origen. En estos casos pueden recaudarse aranceles de importación y exportación. El tráfico de perfeccionamiento no constituye un caso de arancel de tránsito que vulnere el GATT.

b. TIPOS DE ARANCELES ADUANEROS

Otra subdivisión de los aranceles se desprende de la forma como se determina el monto del arancel. Estas son tasas arancelarias específicas, derechos de aduana *ad valorem* o derechos de aduana mixtos, aplicados a cada mercancía⁶⁶.

1) Derecho específico

Las tasas específicas se refieren a una determinada cantidad, volumen, peso o naturaleza de las mercancías. En el caso de las tasas específicas, se grava una determinada categoría de mercancías en una cantidad fija de dinero por unidad de medida⁶⁷. En las tasas específicas se toma generalmente como base imponible el peso bruto de una mercancía (ejemplo: 100 euros por tonelada de acero importado). Para determinar el arancel de importación se aplica también la cantidad de litros (p.ej., para bebidas alcohólicas), la cantidad de unidades (p.ej., para bicicletas), la longitud en metros (p.ej., películas cinematográficas) y la cantidad de unidades de aplicación (p.ej., semen bovino)⁶⁸. Las tasas arancelarias específicas son poco habituales en la actualidad.

66 PUTH/STRANZ, en: HILF y OETER (ed.), *WTO-Recht*, 2ª ed., 2010, p. 264.

67 PUTH/STRANZ, en: HILF y OETER (ed.), *WTO-Recht*, 2ª ed., 2010, p. 264.

68 Ejemplo tomado del caso de Suiza, que es la única nación comercial que aún utiliza aranceles específicos: Wikipedia, "Arancel" <[http://de.wikipedia.org/wiki/Zoll_\(Abgabe\)](http://de.wikipedia.org/wiki/Zoll_(Abgabe))>.

2) *Derechos de aduana ad valorem*

Los derechos de aduana *ad valorem* se refieren al valor aduanero de la mercancía. El arancel a pagar es un determinado porcentaje del valor de la mercancía. Por ejemplo, un televisor que tiene un valor de 2.000 euros y está sujeto a un arancel de importación de 5% deberá pagar 100 euros de derechos. En la actualidad se aplican predominantemente los derechos de aduana *ad valorem*.

3) *Derechos mixtos*

Los derechos mixtos son una combinación de derechos *ad valorem* y derechos específicos. Por ejemplo, un derecho mixto para el acero sería el siguiente: 5% del arancel *ad valorem* más 100 euros por tonelada.

4) *Contingentes arancelarios*

El contingente arancelario corresponde a un determinado volumen de mercancías que está limitado conforme a unidades específicas (p.ej., peso, cantidad, etc.) o conforme al valor aduanero y que puede ser importado o exportado dentro de un período fijo (generalmente un año) con beneficios arancelarios. Una vez que se ha agotado el contingente arancelario, todas las importaciones o exportaciones que lo excedan están sujetas a un arancel mayor.

C. DEMÁS DERECHOS Y CARGAS

Son derechos, impuestos y otras cargas financieras que no son catalogados como aranceles, pero que gravan una mercancía al igual que cuando atraviesan una frontera⁶⁹. Entre ellos se cuentan, por ejemplo, derechos de estadística, derechos de descarga, derechos por exámenes veterinarios y sanitarios de las mercancías, derechos por control de calidad o derechos por almacenaje aduanero.

69 PUTH/STRANZ, en: HILF y OETER (ed.), *WTO-Recht*, 2ª ed., 2010, p. 264; VOLLMERT, *Border Tax Adjustments*, 2011, p. 40.

En cambio, no se consideran como otros derechos y cargas a los impuestos internos con que se grava a los productos importados en la frontera en el marco de las compensaciones fiscales entre estados (el llamado ajuste fiscal en frontera o *Border Tax Adjustment*)⁷⁰. Estos derechos sirven para compensar los impuestos a que están sujetos los productos nacionales similares (especialmente el IVA). Estos derechos de importación no son considerados otros derechos y cargas, sino como impuestos internos, en la medida de que el gravamen financiero sea equivalente al impuesto correspondiente a los productos nacionales similares. En consecuencia, la admisibilidad de los derechos de importación se guía especialmente por el artículo III GATT. En cambio, la admisibilidad de los demás derechos y cargas está regulada en el artículo II GATT.

I. 3. LISTAS DE CONCESIONES

Los miembros están obligados, conforme al artículo XXVIIIbis:I GATT, a realizar negociaciones periódicas para reducir los aranceles⁷¹. En el marco de estas negociaciones, los miembros hacen concesiones mediante las cuales se comprometen a no exceder los aranceles fijados para determinados productos o categorías de productos. Todas las concesiones son registradas en las llamadas listas de concesiones específicas por país o espacio económico. Las listas de concesiones de cada país o espacio económico forman parte integrante del GATT y son vinculantes (artículo II:7 GATT).

Las listas de concesiones⁷² están divididas en cuatro capítulos: “Parte I – Arancel de la Nación Más Favorecida” comprende los derechos consolidados y se subdivide en “Sección I – Productos agropecuarios”, donde se distingue entre aranceles y contingentes arancelarios; la “Sección II – Otros productos”, contiene las concesiones arancelarias de todas las mercancías que no son productos agropecuarios y por ello tiene mayor importancia práctica; la Parte II comprende los aranceles preferenciales, donde se fijan aranceles menores para determinadas mercancías, que benefician exclusivamente a ciertos esta-

70 GATT, Informe del Grupo de Trabajo sobre ajustes fiscales en frontera, L/3464, IBDD 18S/106, adoptado el 2 de diciembre 1970; PUTH/STRANZ, en: HILF y OETER (ed.), *WTO-Recht*, 2ª ed., 2010, p. 264; VOLLMERT, *Border Tax Adjustments*, 2011, pp. 40 s.

71 Ver al respecto y sobre la reducción sustancial de los aranceles en el Capítulo I.

72 Pueden ser consultadas en www.wto.org.

dos que son tratados en forma preferencial; la Parte III fija las concesiones no arancelarias, y la Parte IV contiene las concesiones referidas a la subvención de los productos agropecuarios (“Parte IV compromisos de limitación de las subvenciones a productos agropecuarios”).

Lista LXXVII - MÉXICO							
PARTE I - ARANCEL DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA							
SECCIÓN II - Otros productos							
Número de la partida arancelaria	Designación de los productos	Tipo básico del derecho			Tipo consolidado del derecho		
		Ad valorem (%)	Otro	NC/C	Ad valorem (%)	Otro	
1	2	3			4		
5	6					Derecho de primer negociador	Demás derechos y cargas
El impuesto general o tasa ad-valorem que grava las fracciones arancelarias de la Tarifa del Impuesto General de Importación comprendidas en esta Sección se consolida a una tasa uniforme de 35 por ciento. La anterior sin perjuicio de: a) las medidas no arancelarias contenidas en el Protocolo de Adhesión de México; b) las consolidaciones específicas a niveles inferiores al 35 por ciento en el Protocolo de Adhesión de México; y, c) las consolidaciones específicas que se indican en el Anexo (en adelante denominado "Anexo de la Sección II").							
2530	MATERIAS MINERALES NO EXPRESADAS NI COMPRENDIDAS EN OTRA PARTE.						
2530.90	Las demás.						
2530.90.99	Los demás.	50		C	50		
2701	HULLAS, BIRQUITAS, OVOIDES Y COMBUSTIBLES SÓLIDOS SIMILARES, OBTENIDOS DE LA HULLA, incluso pulverizadas, pero sin aglomerar:						
2701.12	Hulla bituminosa.						
2701.22.01	Hulla bituminosa.	50		C	30		
2709	ACEITES CRUDOS DE PETRÓLEO O DE MINERALES BITUMINOSOS.						
2709.00	Aceites crudos de petróleo o de minerales bituminosos.						
2709.00.01	Aceites crudos de petróleo o de minerales bituminosos.	50		C	50		
2834	NITRITOS, NITRATOS.						
2834.10	Nitratos.						
2834.10.01	Nitrato de sodio.	50		C	50		
2904	DERIVADOS SULFONADOS, NITRADOS O NITROSADOS DE LOS HIDROCARBUROS, INCLUSO HALOGENADOS.						
2904.20	Derivados solamente nitrados o solamente nitrosados.						
2904.20.99	Los demás.	50		C	50		
2915	ACIDOS MONOCARBOXÍLICOS ACÍCLICOS SATURADOS Y SUS ANHÍDRIDOS, HALOGENUROS, PEROXIDOS Y PEROXIACIDOS, SUS DERIVADOS HALOGENADOS, SULFONADOS, NITRADOS O NITROSADOS.						
	Ácido fórmico, sus sales y sus ésteres:						
2915.11	Ácido fórmico.						
2915.11.01	Ácido fórmico.	40		C	40		
2918	ACIDOS CARBOXÍLICOS CON FUNCIONES OXIGENADAS SUPLEMENTARIAS Y SUS ANHÍDRIDOS, HALOGENUROS, PEROXIDOS Y PEROXIACIDOS, SUS DERIVADOS HALOGENADOS, SULFONADOS, NITRADOS O NITROSADOS.						
	Ácidos carboxílicos con función alcohol, pero sin otra función oxigenada, sus anhídridos, halogenuros, peróxidos, peroxiacidos y sus derivados:						
2918.14	Ácido cítrico.						
2918.14.01	Ácido cítrico.	50		C	50		
2918.15	Salas y ésteres del ácido cítrico.						
2918.15.01	Citrato de sodio.	50		C	50		
2918.15.02	Citrato férrico amónico.	50		C	50		
2918.15.03	Citrato de litio.	50		C	50		
2918.15.04	Ferrocitrato de calcio.	50		C	50		
2918.15.05	Salas del ácido cítrico, excepto lo comprendido en las fracciones 2918.15.01, 02, 03 y 04.	50		C	50		
2918.15.99	Los demás.	50		C	50		
2918.19	Los demás.						
2918.19.99	Los demás.	50		C	50		
2921	COMPUESTOS CON FUNCIÓN AMINA.						
	Monoaminas aromáticas y sus derivados; sales de estos productos:						
2921.42	Derivados de la anilina y sus sales.						
2921.42.21	6-Cloro-2,4-dinitro anilina.	50		C	30		
2921.44	Difenilamina y sus derivados; sales de estos productos.						
2921.44.99	Los demás.	50		C	50		
2922	COMPUESTOS AMINADOS CON FUNCIONES OXIGENADAS.						
	Amino-alcoholes, sus éteres, y sus ésteres, sin otras funciones oxigenadas; sales de estos productos:						
2922.19	Los demás.						
2922.19.21	Clorhidrato de 4-(2-Amino-3,5-dibromofenil)amino) ciclohexanol. (Clorhidrato de ambroxol).	50		C	50		
2922.50	Amino-alcoholes-fenoles, amidocidos-fenoles y demás compuestos aminados con funciones oxigenadas.						
2922.50.27	p-Hidroxifenilglicina, sus sales y sus ésteres.	50		C	50		
2922.50.43	Citrato de tamoxifeno.	50		C	50		
2924	COMPUESTOS CON FUNCIÓN CARBONIAMIDA; COMPUESTOS CON FUNCIÓN AMIDA DEL ÁCIDO CARBÓNICO.						
	Amidas cíclicas (incluidos los carbamatos cíclicos) y sus derivados; sales de estos productos:						
2924.29	Los demás.						
2924.29.38	4-(2-Hidroxi-3-(1-metiletil)amino)propoxi) benzoacetamida.	50		C	50		
2924.29.44	N-Metilcarbamato de 2-isopropoilfenilo.	50		C	50		
2926	COMPUESTOS CON FUNCIÓN NITRILIO.						
2926.90	Los demás.						
2926.90.05	2-(2-Dibromometil)2,5-dimetilciclopropano carboxilato de ciano (3-fenoxifenil) metilster.	50		C	50		
2928	DERIVADOS ORGÁNICOS DE LA HIDRAZINA O DE LA HIDROXILAMINA.						
2928.00	Derivados orgánicos de la hidrazina o de la hidroxilamina.						
2928.00.99	Los demás.	50		C	50		
2929	COMPUESTOS CON OTRAS FUNCIONES NITROGENADAS.						
2929.10	Isoocianatos.						
2929.10.01	Mono o diclorofenilisocianato.	50		C	50		
2932	COMPUESTOS HETEROCÍCLICOS CON HETEROATOMO (S) DE OXÍGENO EXCLUSIVAMENTE.						
	Compuestos que presenten una estructura con un ciclo furano (incluso hidrogenado), sin condensar:						
2932.19	Los demás.						
2932.19.05	Etil-3,5,6-Tri-O-bencil-D-glucofuranosido.	50		C	30		
2932.90	Los demás.						
2932.90.06	Fosforiato de O,O-dietil O-(3-cloro-4-metil-2-oxo-2H-1-benzotriazin-7-ilo).	50		C	50		

La lista está desglosada en seis columnas. En la primera se encuentra el número de la partida arancelaria; en la segunda, la descripción de la mercancía; en la tercera, el arancel básico al comienzo de las negociaciones; en la cuarta, el arancel consolidado; en la quinta, el derecho del primer negociador⁷³, y en la sexta, los demás derechos y cargas. Por lo tanto, las columnas 1 y 4 son las de mayor importancia.

En la columna 1 se encuentra el número de la partida arancelaria. Dado que a las diferentes mercancías se aplican diferentes derechos consolidados, la clasificación de estas tiene una importancia fundamental. Conforme a la OMC, en ello es decisiva la nomenclatura aduanera. Si los miembros utilizaran diferentes nomenclaturas aduaneras nacionales se producirían distorsiones, altos costos de transacción y barreras comerciales. Además, se haría difícil cotejar las concesiones de los miembros en las negociaciones aduaneras⁷⁴. Para lograr una estandarización, más de 200 estados y uniones aduaneras acordaron un Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías (SA)⁷⁵ para la clasificación arancelaria sobre la base de un contrato internacional⁷⁶, que entró en vigor el primero de enero de 1988^[77] en el marco de la Organización Mundial de Aduanas (OMA)⁷⁸.

El SA es un sistema estructurado en forma de árbol, ordenado y progresivo de clasificación, de forma que partiendo de las materias primas (animal, vegetal y mineral) se avanza según su estado de elaboración y materia constitutiva; después a su grado de elaboración en función de su uso o destino. En el SA se asigna sistemáticamente un código de seis cifras a todas las mercancías que pueden presentarse como artículos comerciales en el tráfico transfronterizo:

— Los dos primeros dígitos se corresponden con el número del “capítulo” en el que se encuentra clasificada la mercancía. Los capítulos son numerados del 01 al 97^[79]. Los capítulos están agrupados a su vez en XXI secciones.

73 Importante para la renegociación de aranceles, ver artículo XXVIII GATT.

74 PUTH/STRANZ, en: HILF y OETER (ed.), *WTO-Recht*, 2ª ed., 2010, p. 274; TREBILCOCK y HOWSE, *The Regulation of International Trade*, 3ª ed., 2005, p. 127.

75 “*Harmonized Commodity Description and Coding System*”, generalmente llamado “*Harmonized System*” o “HS”.

76 *International Convention on the Harmonised Commodity Description and Coding System*.

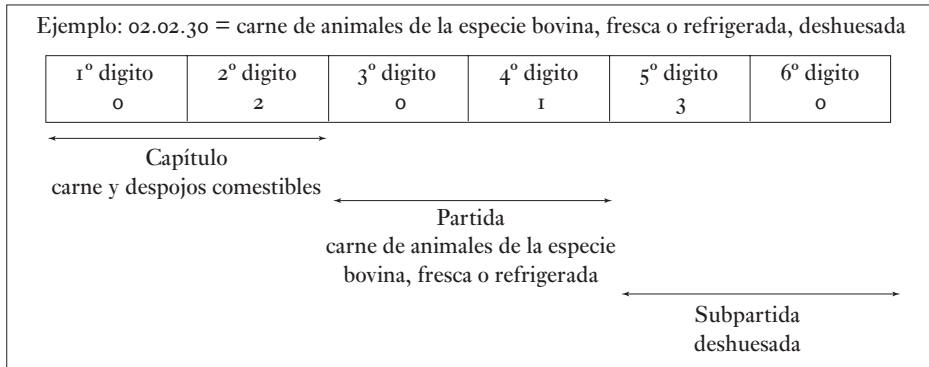
77 Artículo 13 *International Convention on the Harmonised Commodity Description and Coding System*.

78 World Customs Organisation, WCO; ver www.wcoomd.org.

79 El Capítulo “77” es reservado para futuras utilidades.

– Los dígitos tercero y cuarto corresponden a las “partidas”. Cada capítulo se subdivide en varias partidas. Dependiendo del capítulo, son entre dos y 87 partidas. Hay 1.224 partidas en total.

– Los dígitos quinto y sexto corresponden a las “subpartidas”. Las subpartidas son subdivisiones específicas de mercancías que se hallan comprendidas dentro del texto de la partida. El SA contiene 5205 subpartidas en total.



A pesar de la nomenclatura arancelaria armonizada, que comprende el 98% de las mercancías, la clasificación arancelaria ha sido objeto de sucesivos conflictos entre los miembros⁸⁰. La razón ha sido generalmente que el SA fija solo los primeros seis dígitos, mientras que los miembros tienden a generar más subdivisiones (generalmente usan códigos de 10 y hasta 12 cifras).

1.4. CONSOLIDACIÓN DE ARANCELES ADUANEROS

Los derechos consolidados enumerados en las listas son tasas máximas en el sentido de un arancel máximo. No está permitido imponer aranceles mayores a los miembros de la OMC.

El artículo II:1 lit. b GATT estipula:

Los productos enumerados en la primera parte de la lista (...) no estarán sujetos –al ser importados en el territorio a que se refiera esta lista y teniendo en cuenta las condiciones o cláusulas especiales establecidas en ella– a derechos de aduana propiamente dichos que excedan de los fijados en la lista.

⁸⁰ Ver CE – *Equipo informático*, OA, WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R y CE – *Trozos de pollo*, WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R.

Los miembros están sujetos de forma permanente a los aranceles indicados en las listas. Se permite aumentarlos solo bajo condiciones estrictas, en particular a través de negociaciones.

Para evitar que se evadan las concesiones arancelarias por otras vías, es decir, recaudando otros derechos y cargas, el monto de estos últimos se fija al nivel que tenían el día de la consolidación de los aranceles aduaneros⁸¹ para el respectivo producto (artículo II:1 lit. b GATT). Así, los demás derechos y cargas también quedan sujetos a las tasas máximas que se indican en las listas de concesiones⁸². Debe considerarse, además, que tales derechos y cargas no pueden exceder los costos efectivos de los servicios prestados (artículo VIII:1 lit. a GATT).

La obligación de los miembros es que no pueden recaudar más allá de los aranceles máximos o consolidados en las listas. Sin embargo, tienen la libertad de exigir derechos menores, y esto ha devenido una práctica corriente. El diferencial entre el arancel consolidado y el aplicado es lo que se ha llamado “agua”⁸³. Este proceder permite a los miembros manejar de forma flexible los aranceles efectivamente exigidos y aumentarlos hasta el límite de los aranceles máximos consolidados. El cobro de un arancel menor que el consolidado no tiene un efecto vinculante.

Según el artículo II:2 GATT, los miembros pueden imponer en cualquier momento, sin perjuicio de la consolidación arancelaria de las listas, una carga equivalente a un impuesto interior aplicado a un producto nacional similar, conforme al artículo III GATT. Esto concierne especialmente al llamado ajuste fiscal en frontera, pero también a los derechos *antidumping* y de compensación recaudados en concordancia con el artículo VI GATT⁸⁴.

Dado que en la práctica la mayoría de los aranceles recaudados son *ad valorem*, para determinar el monto del arancel tiene especial importancia establecer el valor en aduana de la mercancía en cuestión, pues la reducción nominal de una tasa arancelaria se invalidaría si al mismo tiempo el valor en aduana de la misma mercancía pudiera ser tasado más alto. Por esta razón, no solo existen regulaciones especiales para determinar el valor en

81 Pero no antes del 15 de abril de 1994.

82 Ver Entendimiento Relativo a la Interpretación del Párrafo 1 (b) del artículo II del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994.

83 La diferencia entre arancel consolidado (*bound duty*) y el arancel efectivamente cobrado (*applied duty*) se denomina *tariff water*; ver DIAKANTONI y ESCAITH, *Mapping the Tariff Waters*, 2009.

84 BERRISCH, en: PRIEBß y BERRISCH (ed.), *WTO-Handbuch*, 2003, p. 110.

aduanas⁸⁵. En el artículo II:3 GATT se establece, además, la prohibición de modificar el método con que se fija el valor en aduana o el tipo de conversión de monedas en perjuicio de los otros miembros.

A causa del principio de la Nación Más Favorecida, los aranceles no solo no pueden exceder los derechos consolidados sino que implica que aquellos sean iguales para todos los miembros (artículo I GATT). Las excepciones se refieren a las zonas de libre comercio (véase artículo XXIV:3 GATT) y a un tratamiento preferencial de los países en desarrollo en el marco de la llamada Cláusula de Habilitación⁸⁶. Debido a estas excepciones, las normas de origen tienen gran importancia en la recaudación de aranceles⁸⁷.

1.5. MODIFICACIÓN DE LAS LISTAS

No se permite una modificación unilateral de la lista de concesiones en desmedro de terceros. Si no fuera así, no tendría sentido el sistema de negociaciones arancelarias y concesiones mutuas para la liberalización del comercio. Sin embargo, esta máxima no rige sin restricciones⁸⁸.

a. MODIFICACIÓN Y/O RETIRADA DE CONCESIONES

La retirada de concesiones en las listas solo es posible bajo ciertas circunstancias previstas en el artículo XXVIII GATT⁸⁹. Vale decir, se puede realizar en el marco de negociaciones periódicas (artículo XXVIII:1 GATT) y cuando se presentan circunstancias especiales (artículo XXVIII:4 GATT).

El miembro que desea modificar la lista debe llevar a cabo negociaciones dentro de un cierto plazo con aquellos miembros que serán afectados con la modificación o que, por otras razones, pudieran estar interesados en ello. Entre estos miembros se cuentan aquellos con los que se negoció anteriormente la concesión; son los derechos del primer negociador. También deben considerarse aquellos miembros que tienen el estatus de abastecedor

85 Artículo VII GATT y el Acuerdo relativo a la Aplicación del artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994; ver también Capítulo 13.

86 Ver Capítulo 27.

87 Ver Capítulo 15.

88 Ver BERRISCH, en: PRIEB y BERRISCH (ed.), *WTO-Handbuch*, 2003, pp. 110 ss.

89 Ver también el Entendimiento Relativo a la Interpretación del Artículo XXVIII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994.

principal y que serían especialmente afectados por la modificación. Por último, deberán incluirse aquellos miembros que tienen una participación importante en las importaciones de la mercancía en cuestión y por ello son miembros principalmente interesados en las negociaciones.

El objetivo de las negociaciones es acordar eventuales compensaciones por la modificación de los aranceles. Las compensaciones resarcirán por lo menos la retirada de las concesiones (artículo XXVIII:2 GATT).

Si las negociaciones no tuvieran éxito, el miembro interesado en modificar su lista de concesiones puede modificar o retirar las concesiones unilateralmente. En ese caso le nace un derecho hipotético a los otros miembros negociadores que pueden retirar sus propias concesiones (subir el arancel) por un volumen equiparable, en un plazo de seis meses (artículo XXVIII:3 GATT). Se trata, sin embargo, de una sanción “teórica”, pues en la práctica tal retiro de concesiones debe ser realizado sobre la base de Nación Más Favorecida, es decir, se debería subir el arancel para todos los miembros de la OMC, lo que lo transforma en un derecho muy difícil de aplicar en la realidad.

b. ASOCIACIÓN EN ZONAS DE LIBRE COMERCIO

Las modificaciones de las listas pueden desprenderse también de la constitución de una unión aduanera, una zona de libre comercio o un acuerdo provisional necesario para el establecimiento de una unión aduanera o de una zona de libre comercio. Tal tipo de asociación es aceptada por el GATT en tanto los aranceles “en conjunto” no impliquen un gravamen mayor al anterior (artículo XXIV:5 GATT). Con ello, se permite en principio un aumento de algunos aranceles consolidados. En todo caso, el procedimiento debe realizarse conforme al artículo XXVIII GATT, llevando negociaciones de compensación con los miembros afectados.

c. OTROS

El artículo II:6 GATT establece otras posibilidades de modificar las listas en aquellos casos en los que la moneda del país importador se deprecie considerablemente (sobre un 20%) en relación con el valor paritario. Esta disposición es relevante en los aranceles específicos⁹⁰. Además de ello, las concesiones

90 Ver BERRISCH, en: PRIEB y BERRISCH (ed.), *WTO-Handbuch*, 2003, p. 113.

de derechos pueden ser anuladas o modificadas bajo circunstancias estrictamente delimitadas cuando un tribunal nacional u otra autoridad competente ha decidido que una mercancía no puede ser clasificada conforme a la lista de aranceles (artículo II:5 GATT). La relevancia práctica de esta disposición es escasa en la actualidad.

2. RESTRICCIONES CUANTITATIVAS A LA IMPORTACIÓN Y EXPORTACIÓN (ARTÍCULO XI GATT)

2.1. CONTENIDO Y PROPÓSITO DE LA NORMA

Artículo XI GATT “Eliminación general de las restricciones cuantitativas”

1. Ninguna parte contratante impondrá ni mantendrá –aparte de los derechos de aduana, impuestos u otras cargas– prohibiciones ni restricciones a la importación de un producto del territorio de otra parte contratante o a la exportación o a la venta para la exportación de un producto destinado al territorio de otra parte contratante, ya sean aplicadas mediante contingentes, licencias de importación o de exportación, o por medio de otras medidas (...).

El artículo XI GATT apunta a imponer el principio “únicamente aranceles”⁹¹ y establece una prohibición general a las otras medidas en frontera de los Estados que restrinjan el comercio. Esta prohibición rige tanto para las importaciones como para las exportaciones y protege, por ende, no solo a los productores extranjeros, sino también a los exportadores nacionales.

2.2 ÁMBITO DE APLICACIÓN

a. MEDIDAS EN FRONTERA

El artículo XI GATT rige solo para las medidas en frontera (*border measures*), no así para las medidas internas de cada Estado que establecen barreras comerciales⁹². Por tanto, la admisibilidad de las medidas internas de un Estado se rige por el artículo III GATT y no por el artículo XI GATT.

91 Ver Capítulo 7 II 1.2.

92 Ver Capítulo 7 II 2.2.

b. ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN

El Artículo XI GATT comprende prohibiciones referidas a las importaciones y a las exportaciones, como también las medidas que restringen u obstaculizan la importación o exportación, aunque sin prohibirlas totalmente.

c. CUOTAS

Como ya se indicó, las restricciones cuantitativas fijan un cierto monto –en un período determinado– que puede ser importado o exportado (cuota). El artículo XI:I GATT contiene una prohibición general de restricciones cuantitativas que impliquen que, una vez agotada la cuota, no permitan importaciones o exportaciones que excedan el monto fijado en la norma de cuota.

Ejemplo:

La Unión Europea restringe la importación de bananas provenientes de países ajenos a la UE a 2,2 millones de toneladas por año calendario.

En la prohibición del artículo XI:I GATT se encuentran también todas las prohibiciones a la importación y exportación equivalentes, como es el caso de las llamadas cuota cero, es decir, de cuotas en las que la cantidad permitida de importaciones o exportaciones es igual a cero.

d. PROHIBICIÓN GENERAL DE BARRERAS COMERCIALES NO ARANCELARIAS

El ámbito de aplicación de la prohibición del artículo XI GATT va más allá de las cuotas, pues incluye expresamente las autorizaciones de importación y exportación. La prohibición del artículo XI GATT comprende además todas las medidas gubernamentales restantes en frontera que restringen el comercio y que no son aranceles u otros derechos o cargas.

Aunque el título del artículo XI se refiere a la eliminación de las “restricciones cuantitativas”, en el texto de la disposición no se hace distinción alguna entre distintos tipos de restricciones a la importación. Por el contrario, las palabras [ninguna parte contratante impondrá ni mantendrá] “prohibiciones ni restricciones... ya sean aplicadas mediante contingentes, licencias de importación o de exportación

o por medio de otras medidas” (cursiva añadida) sugieren la intención de abarcar cualquier tipo de medidas que restrinjan la entrada de productos en el territorio de un Miembro, salvo las específicamente excluidas, a saber, los derechos de aduana, impuestos u otras cargas. (...) cabe concluir que cualquier forma de limitación impuesta a la importación o que guarde relación con ella constituye una restricción a la importación en el sentido del párrafo 1 del artículo XI⁹³.

El artículo XI GATT debe interpretarse de manera amplia. Establece una prohibición general a las medidas gubernamentales que restrinjan el comercio cuando las mercancías traspasan las fronteras⁹⁴. En consecuencia, protege frente a todas las medidas administrativas, políticas comerciales y otras disposiciones para restringir el comercio que se apliquen cuando una mercancía traspasa una frontera. En la norma de prohibición del artículo XI GATT se cuentan, por ejemplo, licencias de importación o exportación, precios máximos y mínimos, así como restricciones a la exportación y en principio también restricciones a la importación.

Cabe notar que en el caso de las restricciones a la importación no se establecen en el artículo XI GATT, sino que deben evaluarse conforme al artículo III GATT cuando el propósito de la prohibición de importación consiste en imponer una norma de prohibición interna⁹⁵.

2.3. EXCEPCIONES

La norma de prohibición del artículo XI GATT no es absoluta. Junto a las excepciones generales (especialmente el artículo XX GATT), el artículo XI:2 GATT mismo y también los artículos XII, XV y XVIII GATT prevén una serie de excepciones. En consecuencia, se admiten, por ejemplo, las restricciones a la exportación aplicadas temporalmente para prevenir o remediar una escasez aguda de productos alimenticios (artículo XI:2 lit. a GATT), las restricciones a la importación o exportación necesarias para aplicar reglamentaciones sobre la clasificación, el control de la calidad o la comercialización de productos (artículo XI:2 lit. b GATT XI ATT) y las restricciones a la importación de cualquier producto agrícola o pesquero bajo ciertas circunstancias (artículo XI GATT:2

93 *India – Automóviles*, GE, WT/DS146/R, WT/DS175/R, párr. 7.264.

94 BENDER, en: HILF y OETER (ed.), *WTO-Recht*, 2ª ed., 2010, p. 237.

95 *CE – Amianto*, OA, WT/DS135/AB/R, párrs. 8.92 ss. con referencia a la nota sobre el artículo III GATT; BENDER, en HILF y OETER (ed.), *WTO-Recht*, 2ª ed., 2010, p. 252.

lit. c GATT). Se prevén además excepciones a las restricciones para proteger la balanza de pagos (artículo XII GATT) y los servicios de pago (artículo XVIII GATT).

Al aplicar alguna de las dichas excepciones, el miembro no es libre de adoptar cualquier medida comercial sino que debe observar el artículo XIII GATT, el que obliga a la aplicación no discriminatoria de las restricciones cuantitativas. Vale decir, es una expresión especial del principio de la Nación Más Favorecida.

3. PRINCIPIO DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA (ARTÍCULO I GATT)

3. I. INTRODUCCIÓN

Uno de los principios fundamentales de la OMC es el principio de no discriminación. Conforme a las normativas generales del Derecho internacional, los países son libres de dar un trato diferente a los demás países, otorgando beneficios a algunos que no son concedidos a otros⁹⁶. Además, conforme a las normativas de Derecho internacional, los Estados pueden dar un trato preferente a sus ciudadanos.

Conforme a las disposiciones del GATT sobre el comercio de mercancías, no se admiten ambas formas de preferencia y/o de discriminación. En consecuencia, el GATT norma, por un lado, la obligación de otorgar todas las ventajas concedidas a un país (en relación con la importación y exportación de mercancías), a todos los miembros de la OMC (principio de la Nación Más Favorecida, artículo I GATT) y, por el otro, que las mercancías de fabricantes extranjeros no sean sometidas a un trato más desfavorable después de traspasar la frontera que las mercancías de los fabricantes nacionales (trato nacional, artículo III GATT).

El principio general de la Nación Más Favorecida se encuentra en el artículo I: I GATT⁹⁷.

96 KEWENIG, *Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Völkerrecht der internationalen Handelsbeziehungen*, 1972, pp. 45 ss.

97 Las obligaciones especiales de la Nación Más Favorecida se encuentran además en el artículo III:7 GATT (restricción cuantitativa interna), artículo IV GATT (películas cinematográficas), artículo IX: I GATT (denominaciones de origen), artículo XIII GATT (restricciones cuantitativas) o en el marco de la disposición general de excepción (artículo XX GATT).

Artículo I GATT “Trato general de la Nación Más Favorecida”

1. (...), cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedido por una parte contratante a un producto originario de otro país o destinado a él, será concedido inmediata e incondicionalmente a todo producto similar originario de los territorios de todas las demás partes contratantes o a ellos destinado.

Contrariamente a lo que se podría suponer con el concepto de Nación Más Favorecida, no se trata de un trato preferencial a la Nación Más Favorecida o al mejor amigo. El objetivo es el trato igualitario de todos los miembros de la OMC al nivel máximo, es decir, al nivel que otro miembro otorga a sus socios comerciales preferenciales. En concordancia con ello, un miembro de la OMC debe conceder todas las ventajas en la importación y exportación de productos similares que otorga a cualquier otro país, independientemente de si ese país es o no miembro de la OMC.

El objetivo del trato general de la Nación Más Favorecida es doble; por un lado, busca generar una competencia leal entre los Estados con igualdad de oportunidades en la importación y exportación de las mercancías; por otro lado, es un mecanismo eficaz para liberalizar el comercio mundial, pues una medida de liberalización con un país debe extenderse automáticamente a todos los demás miembros de la OMC⁹⁸.

3.2. ELEMENTOS TÍPICOS Y CONSECUENCIA JURÍDICA

a. CATEGORÍAS DE MERCANCÍAS

El principio de la Nación Más Favorecida rige, a diferencia del trato nacional, sin las llamadas excepciones sectoriales⁹⁹ para todas las mercancías importadas o exportadas.

b. MEDIDAS SOBERANAS

El ámbito de aplicación del artículo I:1 GATT es muy amplio y comprende las medidas soberanas en relación con:

98 JACKSON, *The World Trading System*, 2ª ed., 1997, p. 159.

99 Cp. artículo III GATT en Capítulo 7 III 4.

Artículo I:1 GATT

(...) los derechos de aduana y cargas de cualquier clase de impuestos a las importaciones o a las exportaciones, o en relación con ellas, o que graven las transferencias internacionales de fondos efectuadas en concepto de pago de importaciones o exportaciones, con respecto a los métodos de exacción de tales derechos y cargas, con respecto a todos los reglamentos y formalidades relativos a las importaciones y exportaciones, y con respecto a todas las cuestiones a que se refieren los párrafos 2 y 4 del Artículo III.

Como muestra la referencia al artículo III GATT, el ámbito de aplicación de la Nación Más Favorecida no se limita a las medidas en frontera y comprende además impuestos nacionales y otras normativas internas. Se puede decir en forma simple que el artículo I:1 GATT comprende todas las medidas soberanas que pudieran influir de cualquier manera sobre la importación o exportación de productos.

C. VENTAJA

Se trata de una medida gubernamental que concede a una mercancía de cualquier país (puede ser o puede no ser un país miembro de la OMC) una ventaja, un favor, privilegio o inmunidad. Los términos ventaja, favor, privilegio e inmunidad se interpretan de manera amplia y no es posible separarlos en forma estricta entre sí. Por ello pueden reunirse bajo el concepto general de ventaja, sea *de jure* o *de facto*.

Ejemplo:

El país A es miembro de la OMC y estableció en su lista de aranceles un derecho consolidado de 25% *ad valorem* sobre los libros. El arancel efectivo que el país A exige a los otros miembros de la OMC por la importación de libros es de 15% *ad valorem*. El Estado Vaticano, que no es miembro de la OMC, exporta biblias a A. Dado que se trata de libros sagrados, A exige una tasa de solo 5% *ad valorem*. El principio de la Nación Más Favorecida tiene como consecuencia que A deberá exigir a todos los miembros de la OMC solo un 5% *ad valorem* sobre libros.

Aun cuando el artículo I:1 GATT habla únicamente de ventajas, el principio de la Nación Más Favorecida comprende no solo la concesión de ventajas, sino también la defensa ante perjuicios. Si un miembro de la OMC es perjudicado

por otro miembro, a pesar de que este no perjudica de la misma forma a un tercer Estado, el miembro de la OMC tiene un derecho a defensa a partir del principio de la Nación Más Favorecida (efecto negativo de la Nación Más Favorecida)¹⁰⁰.

Desde una perspectiva temporal, el derecho a igualdad en el trato se limita al período en el que se concede la ventaja al tercer Estado. El derecho a la ventaja concedida al tercer Estado cesa cuando se le retira la ventaja al tercer Estado. Con esto, el miembro de la OMC tiene la libertad de extender la ventaja concedida a todos los otros miembros de la OMC o, en tanto esto no le convenga, retirar el beneficio al tercer Estado.

d. PRODUCTO SIMILAR

El principio de la Nación Más Favorecida se aplica solo al producto similar originario de los territorios de todos los demás miembros de la OMC o a ellos destinado. En consecuencia, los productos que no sean similares pueden ser sometidos a un trato desigual. Cabe preguntarse, ¿cuándo son similares dos productos? Por ejemplo, ¿el té verde es similar al té negro? En ambos productos se trata de té, pero a los amantes del té no se les ocurriría calificar al té verde y al té negro como similares.

El concepto de producto similar es un concepto jurídico recurrente en el GATT y uno de sus conceptos jurídicos fundamentales, que no se repite solo en el artículo I:1 GATT, sino también en otras disposiciones, como la del trato nacional (artículo III GATT)¹⁰¹. El concepto de producto similar no ha sido definido en el GATT y no puede ser sujeto a una definición general, debiendo interpretarse más bien siempre al tenor y el contexto de la respectiva disposición¹⁰².

En el marco del artículo I:1 GATT y en forma similar al artículo III:4 GATT es decisiva la visión global de los siguientes criterios, siendo especialmente importantes las características de las mercancías¹⁰³.

100 BERRISCH, en: PRIEB y BERRISCH (ed.), *WTO-Handbuch*, 2003, p. 98.

101 Ver también los artículos II:2(a), III:2, III:4, VI:1(a), IX:1, XI:2(c), XIII:1, XVI:4 y XIX:1 GATT.

102 *Japón – Bebidas alcohólicas II*, OA, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, pp. 25 ss.

103 Compare el Informe del Grupo de trabajo sobre ajustes fiscales en frontera, L 3464, BISD 18S/97 adoptado en el año 1970.

- Uso final del producto en un mercado determinado.
- Gustos y hábitos del consumidor en un mercado determinado.
- Propiedades, naturaleza y calidad de los productos.
- Clasificación arancelaria dentro del Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías uniforme (SA).

Se debe considerar que los diferentes métodos de producción (p.ej., mecánicos, manuales, con o sin energía producida por centrales nucleares) no dan origen a ninguna disimilitud. Dicho de otro modo, diferencias en los procesos y métodos de producción (PPM, en inglés) no implican que las mercancías sean disímiles al tenor del artículo I:1 GATT.

e. INMEDIATA E INCONDICIONALMENTE

La ventaja concedida a un tercer país debe ser extendida inmediata e incondicionalmente a todas las mercancías similares provenientes de territorios de otros miembros.

De forma inmediata, significa que debe concederse la ventaja a los otros miembros al mismo tiempo y sin dilación.

Incondicionalmente, significa que la extensión de la ventaja a terceros no puede estar sujeta a condiciones, aunque la ventaja misma puede estar vinculada a condiciones.

La jurisprudencia del GATT establece claramente que esas ventajas (en este caso los beneficios fiscales y arancelarios) no pueden supeditarse al cumplimiento de cualquier condición que no guarde relación con el propio producto importado¹⁰⁴.

En consecuencia, no se admite supeditar la extensión de la ventaja a una determinada configuración de la legislación del país exportador¹⁰⁵. La extensión de la ventaja tampoco puede ser vinculada a los requisitos de contenido nacional relacionados con la mercancía¹⁰⁶ o a una cierta conducta del Estado miembro¹⁰⁷.

104 *Indonesia – Automóviles*, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, párr. 14.143.

105 *Belgian – Family Allowances (Allocation Familiales)*, GE, G/32, BISD 1S/59.

106 *Indonesia – Automóviles*, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, párr. 14.146.

107 *Canadá – Automóviles*, GE, WT/DS139/R, WT/DS142/R, párr. 10.23.

f. TRATO DESIGUAL *DE JURE* O *DE FACTO*

Estamos ante una vulneración del artículo I:1 GATT no solo cuando existe un trato desigual *de jure*, sino también cuando se produce una discriminación *de facto*.

Se produce un trato desigual *de jure* cuando la concesión de una ventaja se supedita expresamente (p.ej., por ley) al origen, en la importación, o al país de destino, en la exportación, de una mercancía. Es obvio que el artículo I:1 GATT comprende el trato desigual *de jure*.

Los problemas se presentan en la definición de los casos en los que las mercancías están sujetas de manera formal a un trato igualitario independientemente de su origen (o del país de destino en la exportación) pero donde, al final, solo pueden beneficiarse efectivamente de una ventaja aquellas mercancías de un cierto origen debido a la definición de las condiciones formales (trato desigual de facto). El ejemplo académico clásico¹⁰⁸ es del año 1904:

El Imperio alemán concedió ventajas arancelarias a la importación de reses, de la raza “Höhenfleckvieh” (...) que se hayan criado a una altura de por lo menos 300 m sobre el nivel del mar y hayan pasado cada año por lo menos un verano pastando a una altura de por lo menos 800 m sobre el nivel del mar¹⁰⁹.

Todas las reses están sujetas a un trato igualitario *de jure*, independientemente de su origen. Sin embargo, *de facto*, solo las reses de Suiza cumplían con las condiciones para los beneficios arancelarios.

Conforme a la jurisprudencia del GATT y de la OMC, también se vulnera el artículo I:1 GATT en el caso de un trato desigual *de facto*¹¹⁰.

108 Ver p.ej., BENDER, en: HILF y OETER (ed.), *WTO-Recht*, 2ª ed., 2010, p. 243; HUDEC, en: COTTIER y MAVROIDIS (ed.), *Regulatory Barriers and the Principle of Non-Discrimination in World Trade Law*, 2000, p. 110.

109 Contrato adicional del 12.11.1904 sobre contratos comerciales y aduaneros entre el Imperio alemán y Suiza del 10.12.1891, RGBL. 1905, 319, 330, citado de Bender, en: HILF y OETER (ed.), *WTO-Recht*, 2ª ed., 2010, p. 243.

110 *Canadá – Automóviles*, GE, WT/DS139/R, WT/DS142/R, párr. 10.40, también *Canadá – Automóviles*, OA, WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, párr. 79; BERRISCH, en: PRIEB y BERRISCH (ed.), *WTO-Handbuch*, 2003, pp. 1015 con más referencias.

g. EXCEPCIONES

La obligación de la Nación Más Favorecida del artículo I:1 GATT no rige en forma absoluta. El mismo GATT prevé algunas excepciones importantes:

– El artículo I:2 y I:3 GATT prevé excepciones respecto de preferencias históricas, pero estas han perdido importancia en la actualidad.

– La excepción más significativa se encuentra en el artículo XXIV GATT, relativo a las zonas de libre comercio y uniones aduaneras¹¹¹. Conforme a ello, no se aplica el principio de la Nación Más Favorecida sobre ventajas que se conceden dentro de las zonas de libre comercio o una unión aduanera entre sus miembros.

– Otra excepción importante se desprende de la llamada Cláusula de Habilitación (*Enabling Clause*)¹¹².

Cláusula de Habilitación

1. No obstante las disposiciones del Artículo primero del Acuerdo General, las partes contratantes podrán conceder un trato diferenciado y más favorable a los países en desarrollo, sin conceder dicho trato a las otras partes contratantes¹¹³.

Esta cláusula permite a los Miembros desarrollados otorgar un trato más favorable a los países en desarrollo. La Cláusula de Habilitación forma parte y es el fundamento jurídico del Sistema Generalizado de Preferencias (SGP). En el marco del SGP y de la Cláusula de Habilitación, los países desarrollados pueden ofrecer un trato preferencial sin reciprocidad a los productos originarios de países en desarrollo. Al mismo tiempo, los países en desarrollo pueden ofrecer un trato preferencial a otros países en desarrollo sin tener que conceder estas ventajas a los países desarrollados, que son miembros de la OMC¹¹⁴.

La posibilidad de eludir el principio de la Nación Más Favorecida en el caso de las zonas de libre comercio y uniones aduaneras y de la Cláusula de

111 Ver Capítulo 30 OMC.

112 Ver Capítulo 28 OMC.

113 Decisión sobre el trato diferenciado y más favorable, reciprocidad y mayor participación de los países en desarrollo, 28 de noviembre de 1979, L/4903.

114 OMC, Disposiciones sobre trato especial y diferenciado, http://www.wto.org/spanish/tratop_s/devl_s/dev_special_differential_provisions_s.htm.

Habilitación ha perforado este principio de manera que ha llegado a parecer un queso suizo. A esto se suma que, contrariamente a la estandarización de las regulaciones del comercio internacional que inspiró la fundación de la OMC, ha surgido de nuevo un sistema de concatenaciones internacionales y preferencias comerciales a nivel bilateral y multilateral que se asemeja nuevamente a la famosa imagen del *spaghetti bowl*¹¹⁵.

4. TRATO NACIONAL (ARTÍCULO III GATT)

4.1. OBJETIVO DE LA NORMA Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

El artículo III GATT, que norma el principio del trato nacional, es una de sus disposiciones más importantes. Junto al principio de la Nación Más Favorecida (artículo I GATT), constituye el segundo ámbito más importante de la prohibición de discriminar consagrada en el GATT¹¹⁶. A diferencia del principio de la Nación Más Favorecida no busca generar un trato igualitario entre las mercancías importadas de diferentes países o entre mercancías exportadas a diferentes países. Apunta más bien a impedir la discriminación entre las mercancías nacionales, es decir, fabricadas dentro del país, y las mercancías importadas una vez que han traspasado la frontera. En consecuencia, los miembros de la OMC no pueden discriminar los productos importados de otros miembros de la OMC una vez que ingresan al mercado nacional, es decir, que han pasado por las formalidades aduaneras. En cambio, a la inversa, sí se puede favorecer a los productos importados frente a los productos nacionales (la llamada discriminación de los nacionales).

Así, por ejemplo, según el artículo III GATT, Alemania tiene prohibido gravar la cerveza importada desde México con un IVA mayor que el que grava a la cerveza alemana. A la inversa, conforme al GATT, podría liberar del IVA a la cerveza mexicana y no hacerlo con la cerveza alemana.

El objetivo de la disposición es generar condiciones igualitarias de competencia entre las mercancías importadas y las de procedencia nacional. Por

¹¹⁵ Ver Capítulo 1.

¹¹⁶ El principio del trato nacional es un principio general de la OMC que se encuentra en diferentes formas en muchos de los otros acuerdos de la OMC, ej. artículo XVII AGCS, artículo 3 ADPIC, artículo 2 MIC, artículo 2.1. OTC y artículo 3.2. MSF.

un lado, se busca asegurar la consolidación arancelaria y las concesiones de derechos, pues estas podrían ser fácilmente anuladas con mayores impuestos internos. De otra parte, en general el principio del trato nacional contribuye a la liberalización del comercio, la apertura del mercado y a una competencia leal.

El artículo III GATT tiene un amplio ámbito de aplicación. Comprende todos los bienes importados, incluyendo aquellos que no están sujetos a la consolidación arancelaria. Hay, sin embargo, ciertas excepciones sectoriales, como es el caso de las contrataciones públicas y las subvenciones concedidas exclusivamente a los fabricantes nacionales (artículo III:8 GATT)¹¹⁷. Conforme al artículo III:10 GATT, el trato nacional tampoco se aplica a las películas cinematográficas, dado que ellas están sujetas a la disposición especial del artículo IV GATT.

Es necesario considerar que el artículo III GATT se aplica solo a las medidas internas de los Estados y, a diferencia del artículo I GATT, no a las medidas en frontera¹¹⁸. En consecuencia, la protección del artículo III GATT comienza recién cuando las mercancías importadas se han incorporado al ciclo económico interior, es decir, han pasado la aduana.

Lo importante y que amplía significativamente el ámbito de aplicación del artículo III GATT es que prohíbe las discriminaciones de jure y también *de facto*¹¹⁹.

El artículo III GATT ha sido muchas veces objeto de controversias entre los miembros debido a que las regulaciones internas pueden tener legítimos motivos políticos, aunque obstaculicen el comercio internacional. Además es difícil hacer una clara delimitación entre legítimos objetivos políticos y un proteccionismo disimulado o encubierto.

4.2. ESTRUCTURA DEL ARTÍCULO III GATT

Artículo III GATT Trato nacional en materia de tributación y de reglamentación interiores

117 Sobre su admisibilidad, ver artículo VII GATT; ver Capítulo 17.

118 Sobre delimitación, ver Capítulo 7 II 2.2.

119 BENDER, en: HILF y OETER (ed.), *WTO-Recht*, 2ª ed., 2010, p. 246, ver sobre la diferenciación también en Capítulo III. 3.2 f.

1. (...) los impuestos y otras cargas interiores, así como las leyes, reglamentos (...) no deberían aplicarse a los productos importados o nacionales de manera que se proteja la producción nacional.

2. Los productos del territorio de toda parte contratante importados en el de cualquier otra parte contratante no estarán sujetos, directa ni indirectamente, a impuestos interiores u otras cargas interiores, de cualquier clase que sean, superiores a los aplicados, directa o indirectamente, a los productos nacionales similares. Además, ninguna parte contratante aplicará, de cualquier otro modo, impuestos u otras cargas interiores a los productos importados o nacionales, en forma contraria a los principios enunciados en el párrafo 1.

4. Los productos del territorio de toda parte contratante importados en el territorio de cualquier otra parte contratante no deberán recibir un trato menos favorable que el concedido a los productos similares de origen nacional, en lo concerniente a cualquier ley, reglamento o prescripción que afecte a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso de estos productos en el mercado interior (...).

Para la aplicación de la disposición es esencial comprender la estructura del artículo III GATT. Este artículo consiste esencialmente de tres párrafos. El artículo III:1 GATT establece solo un principio general. En consecuencia, el punto de partida de una revisión o subsunción es, dependiendo de la clase de medida que se quiere revisar, siempre el artículo III:2 GATT en el caso de impuestos y derechos o el artículo III:4 GATT en las restantes medidas.

El artículo III:1 GATT regula en general el principio fundamental del trato nacional y no señala ninguna prohibición específica de discriminación¹²⁰. De ahí que este sea importante solo para interpretar las prohibiciones de discriminación específicas de los párrafos 2 y 4 del artículo III GATT.

El artículo III:2 GATT impone la no discriminación en relación con impuestos y otras cargas. En consecuencia, si la medida es un impuesto u otra carga fiscal, la revisión de una potencial vulneración de trato nacional debe realizarse bajo el artículo III:2 GATT y no el artículo III:1 GATT o el artículo III:4 GATT.

El artículo III:4 GATT, en cambio, se refiere a reglamentaciones interiores, que no son de tipo fiscal. Así, si la medida a revisar se refiere a una regula-

¹²⁰ MCGOVERN, *International Trade Regulation*, 2ª ed., 1986, párr. §8.211; BERRISCH, en: PRIEB y BERRISCH (ed.), *WTO-Handbuch*, 2003, pp. 84 y 89.

ción soberana que no es un impuesto u otra carga fiscal, la revisión de una potencial vulneración del trato nacional debe realizarse sobre la base del artículo III:4 GATT. La medida no debe evaluarse por el artículo III:1 GATT o el artículo III:2 GATT.

Las reglamentaciones cuantitativas domésticas sobre la mezcla, la transformación o el uso de productos, que requiera, directa o indirectamente, que una cantidad o proporción determinada de un producto provenga de fuentes nacionales de producción se deben evaluar exclusivamente por el artículo III:5 GATT. En esta medida, el artículo III:5 GATT es *lex specialis* frente al artículo III:4 GATT ¹²¹.

4.3. MEDIDAS FISCALES (ARTÍCULO III:2 GATT)

a. ESTRUCTURA Y SECUENCIA DE REVISIÓN

El artículo III:2 GATT formula una prohibición específica de discriminación en relación con los impuestos u otras cargas interiores, de cualquier clase que sean. Prevé una prohibición de discriminación absoluta y una relativa en dos elementos típicos alternativos escalonados.

En la primera frase se encuentra la prohibición absoluta de discriminación¹²², que debe revisarse prioritariamente, y prevé elementos más estrictos. Conforme a esta, no está permitido gravar con una tributación mayor a los bienes importados en el caso de productos similares.

Solo en el caso de que la primera frase no sea aplicable, porque no se trata de ningún producto similar, se revisará la prohibición relativa de discriminación de la segunda frase. Conforme a esta, bajo ciertas circunstancias, está prohibido el trato menos favorable de los productos directamente competidores o sustituibles en desmedro del producto importado.

Para establecer si estamos frente a una infracción a la prohibición de discriminar del artículo III:2 GATT, debe revisarse siempre primero una infracción al artículo III:2 primera frase GATT. Si no existe una infracción conforme a ella, la revisión se realiza en relación con el artículo III:2, segunda frase GATT.

¹²¹ *Estados Unidos – Tabaco*, GE, WT/DS44/R, párr. 73 y 82.

¹²² Conceptos de prohibición absoluta y relativa de discriminación según BENDER, en: HILF y OETER (ed.), *WTO-Recht*, 2ª ed., 2010, pp. 247 ss.

b. PROHIBICIÓN ABSOLUTA DE DISCRIMINACIÓN (ARTÍCULO III:2, PRIMERA FRASE GATT)

Conforme al artículo III:2, primera frase GATT, las mercancías importadas no deben ser sujetas a un trato fiscal menos favorable que los productos nacionales similares.

Esquema de revisión artículo III:2, primera frase

1. Impuestos interiores u otras cargas interiores.
2. Productos importados y productos nacionales son “productos similares”.
 - Interpretación restringida.
 - Decisión caso a caso.
3. Producto importado tiene mayor gravamen que el nacional.
 - No hay límite *de minimis*.
 - No supone intención de proteger el mercado nacional.
 - No requiere que tenga efectos comerciales.

I. IMPUESTOS U OTRAS CARGAS INTERIORES

La condición para aplicar el artículo III:2, primera frase GATT es que la medida corresponda a impuestos u otras cargas interiores, pudiendo ser estos de cualquier tipo. Sin embargo, se debe tratar de una medida fiscal autónoma y no solo de una medida para imponer otras disposiciones. En consecuencia, no comprende multas¹²³.

2. PRODUCTOS SIMILARES

El concepto de producto similar es un concepto jurídico recurrente en el GATT y uno de sus conceptos jurídicos fundamentales¹²⁴, que se repite también en el artículo III:2, primera frase GATT y tiene una importancia decisiva para la aplicación de la disposición. El concepto determina el alcance de la disposición regulatoria y, con ello, la posibilidad de someter a distinto trato a

¹²³ BERRISCH, en: PRIEBß y BERRISCH (ed.), *WTO-Handbuch*, 2003, pp. 90.

¹²⁴ Ver Capítulo III 3.2. d.

los productos por razones de protección del medioambiente y al consumidor, sin recurrir a las disposiciones de excepción¹²⁵.

El GATT no prevé una definición general de la figura jurídica productos similares. Sin embargo, del texto se desprende que los productos no deben ser idénticos o iguales sino solo “similares”. Establecer si se trata de un producto similar es siempre una decisión valorativa y por ello se han formulado ciertos criterios.

Tal como en el artículo I:1 GATT, para revisar si se trata de productos similares es decisiva la apreciación global de los principios desarrollados, pero no concluyentes, por el Grupo de Trabajo sobre ajustes fiscales.

(...) la interpretación de dicha expresión debían examinarse caso por caso. Así se podría llegar en cada uno de ellos a reconocer con bastante exactitud los distintos elementos que constituyen un producto “similar”. Se sugirieron algunos criterios para determinar caso por caso si un producto era “similar”: uso final de un producto en un mercado determinado; gustos y hábitos del consumidor, que cambian de país a país; las propiedades, naturaleza y calidad de los productos¹²⁶.

Junto a esos criterios, adquiere importancia la clasificación de los productos en la nomenclatura aduanera.

De ello se coligen los siguientes criterios como punto de partida para la revisión:

- Uso final del producto en un mercado determinado.
- Gustos y hábitos del consumidor en un mercado determinado.
- Propiedades, naturaleza y calidad de los productos.
- Clasificación arancelaria dentro del Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías uniforme (SA).

La revisión de cada caso particular basada en estos criterios debe realizarse siempre en el contexto de la respectiva disposición:

(...) no puede haber ninguna definición precisa y absoluta de lo que es “similar”. El concepto de “similaridad” es relativo y evoca la imagen de un acordeón. El acordeón de “similaridad” se extiende y se contrae en diferentes lugares a medida que se aplican las distintas disposiciones del Acuerdo sobre la OMC. La anchura del

125 También BERRISCH, en: PRIEB y BERRISCH (ed.), *WTO-Handbuch*, 2003, p. 85.

126 Informe del Grupo de Trabajo sobre ajustes fiscales en frontera, L/3464, IBDD 18S/106, párr. 18.

acordeón en cualquiera de esos lugares debe determinarse mediante la disposición concreta en la que se encuentra el término “similar”, así como por el contexto y las circunstancias existentes en cualquier caso dado al que sea aplicable la disposición. Creemos que en el párrafo 2 del Artículo III, primera oración, del GATT de 1994, el acordeón de “similaridad” se ha de estrechar notablemente¹²⁷.

Del artículo III:2, primera frase, se concluye que los productos similares deben interpretarse en forma restringida, es decir, en forma mucho más estricta que en el marco del artículo III:4 GATT, que también utiliza el concepto jurídico. Esto dimana de la interpretación sistemática de la disposición respecto del artículo III:4 GATT y especialmente del artículo III:2, segunda frase GATT. El artículo III:2 GATT prevé dos elementos alternativos. La segunda frase plantea elementos diferentes a los de la primera frase¹²⁸. La diferenciación fundamental es que la primera frase se centra en productos similares, mientras la segunda frase se refiere a que el producto importado y el producto nacional sean directamente competidores y sustituibles. La primera frase debe interpretarse en forma restringida pues si hiciera una interpretación amplia de los productos similares no quedaría ningún ámbito de aplicación de la segunda frase.

De la interpretación sistemática del párrafo 2 del artículo III GATT y del contenido del párrafo 1 se desprende además que debe considerarse como otro criterio delimitador el propósito general de la disposición formulado en el Artículo III: 1 GATT, a saber “que se proteja la producción nacional”. En efecto, el artículo III GATT solo busca prohibir las medidas proteccionistas, no impedir otras medidas estatales. En consecuencia, hay productos similares solo cuando se constata que, examinando los objetivos y los efectos de una medida, esta persigue y provoca la protección de la economía nacional conforme al artículo III:1 GATT. En cambio, no se trataría de productos similares cuando el trato desigual de dos productos persigue objetivos diferentes, como por ejemplo, la protección de las personas, los animales o el medioambiente (la llamada prueba de objetivos y efectos)¹²⁹.

127 *Japón – Bebidas alcohólicas II*, OA, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, pp. 25 ss.

128 Ver sobre artículo III:2, segunda frase GATT en Capítulo III 4.3. c.

129 Cp. *Estados Unidos – Medidas que afectan a las bebidas alcohólicas y derivadas de la malta*, GE, DS23/R-39S/242, párr. 5.25; Regan, *Journal of World Trade*, 2002, p. 472; ver en detalle BERRISCH, en: PRIEB y BERRISCH (ed.), *WTO-Handbuch*, 2003, pp. 86 ss.

En todo caso, según la jurisprudencia más reciente, no proceden las pruebas de objetivos y efectos en el marco del artículo III:2 GATT¹³⁰.

El párrafo 1 del Artículo III informa la primera frase del párrafo 2 del mismo Artículo, al establecer que si los productos importados se someten a impuestos superiores a los aplicados a los productos nacionales similares, esa medida tributaria será incompatible con el Artículo III. La primera frase del párrafo 2 no hace referencia específica al párrafo 1. No se alude de manera específica en esa primera frase al principio general establecido en el párrafo 1, que advierte a los Miembros de la OMC que no apliquen medidas “de manera que se proteja la producción nacional“. Esta omisión debe tener algún sentido. Creemos que ese sentido es simplemente que para mostrar que una medida tributaria es incompatible con el principio general establecido en la primera frase no es necesario establecer la presencia de una aplicación protectora separadamente de los requisitos específicos incluidos en la primera frase. No obstante, esto no significa que el principio general del párrafo 1 del Artículo III no se aplique a esa frase. Por el contrario, creemos que la primera frase del párrafo 2 del Artículo III es, en efecto, una aplicación de ese principio general¹³¹.

Por lo tanto, para determinar si se trata de productos similares no debe tomarse como criterio el principio general enunciado en el artículo III:1 GATT. Solo los criterios referidos a las mercancías son decisivos.

La consecuencia es que los diferentes métodos de producción (*Process and Production Methods* –PPM–) tampoco influyen en establecer si se trata de productos similares en tanto no se reflejen en las características mismas del bien. Por ahora esta es la interpretación mayoritaria, pero comienzan a discutirse casos en los que sin calificarlos los PPM, en realidad hay un análisis acerca de la legitimidad del proceso productivo como elemento diferenciador¹³².

3. NINGÚN GRAVAMEN MAYOR AL PRODUCTO IMPORTADO

No está permitido ni el más mínimo perjuicio fiscal al producto importado.

130 *Japón – Bebidas alcohólicas II*, OA, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, pp. 22 ss; *CE – Bananas III*, OA, WT/DS27/AB/R, párr. 216.

131 *Japón – Bebidas alcohólicas II*, OA, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, pp. 22 ss.

132 Por ejemplo en *Estados Unidos – Atún*, WT/DS381.

Por más escasa que sea la cuantía en que el impuesto es “superior“, esa cuantía es excesiva¹³³.

En consecuencia, a diferencia del artículo III:2, segunda frase, no hay un límite *de minimis*, pues se trata de una prohibición absoluta de discriminar¹³⁴.

Además, basta un trato menos favorable meramente objetivo del bien importado. Para establecer una vulneración no es necesario que exista una intención de perjudicar o el propósito de proteger el mercado nacional con un gravamen desigual.

Es indiferente si con un mayor gravamen se perjudica efectivamente el comercio o las ventas del producto importado. En consecuencia, para establecer si se ha vulnerado el artículo III:2, primera frase, carece de importancia si han existido efectos sobre el comercio.

Sin embargo, hay que considerar que el artículo III:2 primera frase no estatuye ningún mandato de trato igualitario, sino solo la prohibición de un trato menos favorable a los bienes importados. Por ende, puede admitirse un gravamen o un cálculo de impuestos diferente para bienes importados similares en tanto ello no esté vinculado con un trato menos favorable o un gravamen mayor.

C. PROHIBICIÓN RELATIVA DE DISCRIMINACIÓN (ARTÍCULO III:2, SEGUNDA FRASE GATT)

Esquema de revisión artículo III:2, segunda frase GATT

1. La medida no es incompatible con el artículo III:2, primera frase GATT (producto no similar).
2. Impuestos u otras cargas de cualquier tipo.
3. Producto importado y producto nacional son directamente competidores y sustituibles.
4. No están sujetos a un gravamen similar (= diferencia mayor a *de minimis*).
5. Impuestos disimilares de manera que se proteja la producción nacional.

¹³³ *Japón – Bebidas alcohólicas II*, OA, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, pp. 27 ss.

¹³⁴ BENDER, en: HILF y OETER (ed.), *WTO-Recht*, 2ª ed., 2010, p. 248.

I. EL ARTÍCULO III:2, PRIMERA FRASE GATT, NO ES PERTINENTE

El artículo III:2, primera frase, prima sobre el artículo III:2, segunda frase. Si la primera frase es pertinente, no procede entrar al análisis de la segunda frase. Ello se desprende de la literalidad del texto de la segunda frase (“además”) y de la nota interpretativa sobre el artículo III:2 GATT¹³⁵.

2. IMPUESTOS U OTRAS CARGAS INTERIORES

Tal como en el artículo III:2, primera frase, debe tratarse de una medida fiscal; en caso contrario, se aplica el artículo III:4 GATT.

3. PRODUCTOS DIRECTAMENTE COMPETIDORES Y SUSTITUIBLES

El artículo III:2, segunda frase, no se comprende por sí solo. Sus requisitos y ámbito de aplicación se desprenden solo en combinación con la nota interpretativa del Anexo I “Notas y Disposiciones Suplementarias” GATT al artículo III Párrafo 2.

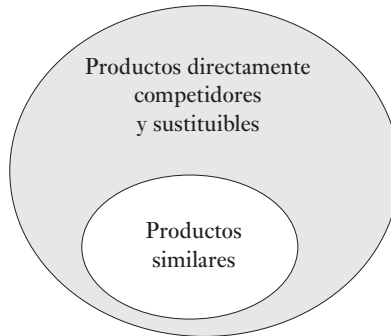
Anexo I “Notas y Disposiciones Suplementarias” GATT al Artículo III Párrafo 2

Un impuesto que se ajuste a las prescripciones de la primera frase del párrafo 2 no deberá ser considerado como incompatible con las disposiciones de la segunda frase sino en caso de que haya competencia entre, por una parte, el producto sujeto al impuesto y, por otra parte, un producto directamente competidor o que puede substituirlo directamente y que no esté sujeto a un impuesto similar.

El concepto jurídico subyacente al artículo III:2, segunda frase, de los productos directamente competidores y sustituibles entre sí es más amplio que el de los productos similares. Esto significa que si bien todos los productos similares son al mismo tiempo productos directamente competidores y sustituibles entre sí, a la inversa, no todos los productos directamente competidores y sustituibles entre sí son también productos similares. En

135 Anexo I GATT al artículo III Párrafo 2.

consecuencia, los productos similares son una subcategoría de los productos directamente competidores y sustituibles entre sí.



Tal como en los productos similares, para determinar si se trata de productos directamente competidores y sustituibles entre sí se recurre también a los criterios de las propiedades, naturaleza y calidad de los productos, a la clasificación arancelaria (SA), al uso final del producto en un mercado determinado y los gustos y hábitos del consumidor en un mercado determinado. Sin embargo, la clasificación es mucho más amplia en los productos similares, de forma que también el caucho sintético y el caucho natural o las manzanas y naranjas pueden ser productos directamente competidores y sustituibles entre sí. Además, los criterios del uso final del producto en un mercado determinado y los gustos y hábitos del consumidor en un mercado determinado adquieren especial importancia. El criterio decisivo es la sustituibilidad de un producto en un mercado determinado y la posibilidad de que un producto pueda satisfacer una cierta demanda en lugar de otro¹³⁶. Si ya existe un mercado para el producto importado, la determinación se puede hacer según la elasticidad cruzada de la demanda por el producto nacional y el importado¹³⁷. Por ejemplo, si baja el precio del whisky extranjero y con ello disminuye la demanda por el pisco nacional más barato, esto indica que existe una situación de competencia pues la demanda es elástica¹³⁸.

136 *Corea – Bebidas alcohólicas*, OA, WT/DS75/R, WT/DS84/R, párr. 115.

137 *Corea – Bebidas alcohólicas*, OA, WT/DS75/R, WT/DS84/R, párr. 114.

138 Cp. *Chile – Bebidas alcohólicas*, GE, WT/DS87/R, WT/DS/110/R, párr. 7.41; ver también BENDER, en: HILF y OETER (ed.), *WTO-Recht*, 2ª ed., 2010, p. 249.

4. NO ESTÁN SUJETOS A UN GRAVAMEN SIMILAR (= DIFERENCIA MAYOR A *DE MINIMIS*)

Este elemento tampoco se deriva directamente del artículo III:2, segunda frase, sino de la nota interpretativa (“impuesto similar”) y de una comparación con la primera frase (“superiores”). Por esta razón, no todo gravamen mayor de los productos importados significa una infracción del artículo III:2, segunda frase. Existe más bien un límite *de minimis*. Por ello, la desventaja impositiva debe ser de cierta consideración (más que *de minimis*)¹³⁹.

5. DE MANERA QUE SE PROTEJA LA PRODUCCIÓN NACIONAL

La diferencia en los gravámenes debe proteger la producción nacional. Este elemento tampoco se desprende directamente de la segunda frase, sino que se infiere de la referencia de la segunda frase al primer párrafo del artículo III GATT.

La medida debe examinarse, referida a cada caso particular, en su totalidad y especialmente en relación con su estructura y el contexto global¹⁴⁰. Por esta razón, un gravamen esencialmente mayor del producto importado, p.ej., puede indicar una infracción¹⁴¹.

d. COMPARACIÓN DEL ARTÍCULO III:2, PRIMERA FRASE Y EL ARTÍCULO III:2, SEGUNDA FRASE

ARTÍCULO III:2, FRASE 1	ARTÍCULO III:2, FRASE 2
– Impuestos interiores u otras cargas interiores, de cualquier clase que sean	– Impuestos interiores u otras cargas interiores, de cualquier clase que sean
– Los productos importados y los nacionales son “productos similares”	– Los productos importados y los nacionales son directamente competidores o sustituibles
– Los productos importados tienen un impuesto mayor a los nacionales	– Los productos importados y los nacionales tienen impuestos diferentes
– No hay límite <i>de minimis</i>	– Diferencia debe ser mayor que <i>de minimis</i>

139 *Japón – Bebidas alcohólicas II*, OA, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, pp. 31 ss.

140 *Japón – Bebidas alcohólicas II*, OA, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, pp. 33 ss.; BENDER, en: HILF y OETER (ed.), *WTO-Recht*, 2ª ed., 2010, p. 249.

141 *Japón – Bebidas alcohólicas II*, OA, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, pp. 33 ss.; BENDER, en: HILF y OETER (ed.), *WTO-Recht*, 2ª ed., 2010, p. 250.

ARTÍCULO III:2, FRASE 1	ARTÍCULO III:2, FRASE 2
- No supone intención de proteger el mercado nacional - no requiere tener efectos comerciales	- Impuestos diferenciados para proteger la producción nacional

4.4. MEDIDAS NO FISCALES (ARTÍCULO III:4 GATT)

Esquema de revisión artículo III:4 GATT

1. Ley o reglamento que afecte la venta, compra o uso del producto importado
2. Productos similares
3. Trato menos favorable del producto importado

– LEY O REGLAMENTO QUE AFECTE LA VENTA, COMPRA O USO DEL PRODUCTO IMPORTADO

El párrafo 4 del artículo III GATT se refiere a las disposiciones y regulaciones internas de un Estado que no son abordadas en el artículo III:2 GATT, es decir, que no son de tipo fiscal. Este párrafo amplía la prohibición del artículo III GATT a otra clase de discriminación de los productos importados, más allá de las medidas fiscales. Ejemplos de tales medidas son las licencias de importación¹⁴², fijación de precio mínimo para la cerveza importada¹⁴³ y restricciones de la venta de bebidas alcohólicas extranjeras en determinados lugares¹⁴⁴. La prohibición de la publicidad de los cigarrillos, de venta de materiales de construcción que contienen asbesto o las etiquetas ecológicas también puede ser evaluada conforme al artículo III:4 GATT.

Las disposiciones tienen que afectar a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución y el uso de estos productos en el mercado interior. Aquí se comprenden todas las disposiciones que tienen efectos directos sobre el comercio del producto, pero también todas las disposiciones que potencialmente podrían servir para influir sobre las condiciones de competencia entre los productos nacionales e importados.

¹⁴² Cp. *CE – Bananas III*, OA, WT/DS27/AB/R.

¹⁴³ *Canada – Provincial Marketing Agencies*, GE, BISD 39S/27, párr. 5.30.92.

¹⁴⁴ *Canada – Provincial Marketing Agencies*, GE, BISD 39S/27, párr. 4.26; *Estados Unidos – Medidas que afectan a las bebidas alcohólicas y derivadas de la malta*, GE, DS23/R-39S/242, párr. 5.32.

— PRODUCTOS SIMILARES

Para la interpretación de productos similares rigen los criterios expuestos más arriba¹⁴⁵. En una apreciación global es necesario tomar en cuenta especialmente el uso final del producto en un mercado determinado, gustos y hábitos del consumidor en un mercado determinado, propiedades, naturaleza y calidad de los productos y la clasificación arancelaria dentro del Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías uniforme (SA).

En dicho proceso hermenéutico hay que considerar el contexto del artículo III:4 GATT, esto es, debe ser interpretado en forma amplia, a diferencia del artículo III:2, primera frase, en el cual la exégesis debe ser restringida. Esto se desprende de la comparación con el artículo III:2 GATT y de un punto de vista teleológico en relación con el artículo III:1, 2 GATT. El artículo III:2 GATT está dividido en dos elementos alternativos: la primera frase (productos similares) y la segunda frase (productos directamente competidores y sustituibles entre sí). La segunda alternativa falta en el párrafo 4. Si los productos similares fueran interpretados de forma restringida tanto en el marco del párrafo 4 como en el párrafo 2, primera frase, esto derivaría en que, conforme al párrafo 2, segunda frase, serían inadmisibles las medidas fiscales que no sin concernir a los productos similares, sí atañen a los productos directamente competidores y sustituibles entre sí. En cambio, estos productos importados podrían ser perjudicados respecto de las medidas no fiscales, lo que sería incompatible con el objetivo y propósito de la disposición de no discriminación establecidos en el párrafo 1, que también repercute en el párrafo 4¹⁴⁶. En este contexto, sería lógico que ambos párrafos tuvieran el mismo alcance¹⁴⁷. Sin embargo, cabe preguntarse si en tal tipo de interpretación no se excede el límite interpretativo del texto, pues el párrafo 4 utiliza el concepto de “productos similares” y no de “productos directamente competidores y sustituibles”¹⁴⁸.

En resumen, podemos constatar que el concepto de productos similares en el marco del artículo III:4 GATT se entiende de una forma claramente más

145 Ver Capítulo 7 III 3.2. d y III 4.4 b.

146 Ver BENDER, en: HILF y OETER (ed.), *WTO-Recht*, 2ª ed., 2010, p. 251; BERRISCH, en: PRIEB y BERRISCH (ed.), *WTO-Handbuch*, 2003, pp. 88 ss.

147 También BENDER, en: HILF y OETER (ed.), *WTO-Recht*, 2ª ed., 2010, p. 251.

148 BERRISCH, en: PRIEB y BERRISCH (ed.), *WTO-Handbuch*, 2003, pp. 88.

amplia que en el artículo III:2, primera frase; sin embargo, su alcance no excede el del artículo III:2, segunda frase¹⁴⁹.

– TRATO MENOS FAVORABLE DEL PRODUCTO
IMPORTADO

Hay una infracción al artículo III:4 GATT cuando una disposición cambia las condiciones de competencia en perjuicio del producto importado¹⁵⁰. El elemento es expresión del artículo III:1 GATT, de forma que las disposiciones internas no pueden llevar a “que se proteja la producción nacional”¹⁵¹. En todo caso, las desventajas en la competencia deben atribuirse solo a la procedencia extranjera de la mercancía y no a su baja participación en el mercado¹⁵².

5. TRANSPARENCIA (ARTÍCULO X GATT)

Si bien para los inversionistas y comerciantes es importante el monto del arancel o el contenido de las regulaciones, más importante es poder tomar una decisión de negocios informada sobre la importación o exportación de mercancías (p.ej., conocer previamente la regla de origen aplicable al caso particular, el monto exacto de las tasas a pagar en el puerto, la documentación que se le requerirá, etc.) y poder realizar negocios en un entorno de legalidad, transparente y justo¹⁵³.

Por esta razón, el artículo X GATT es una de las disposiciones fundamentales del GATT. El mandato de transparencia consagrado allí sirve para obtener información y proteger ante medidas sorpresivas¹⁵⁴. La disposición busca además garantizar la aplicación imparcial de las leyes nacionales.

Para ello, el artículo X GATT contiene tres reglas centrales:

149 CE – *Amianto*, OA, WT/DS135/AB/R, párr. 99.

150 BENDER, en: HILF y OETER (ed.), *WTO-Recht*, 2ª ed., 2010, p. 251.

151 CE – *Amianto*, OA, WT/DS135/AB/R, párr. 100.

152 *República Dominicana – Importación y venta de cigarrillos*, OA, WT/DS302/AB/R; crítica al respecto BENDER, en: HILF y OETER (ed.), *WTO-Recht*, 2ª ed., 2010, p. 251 con otras referencias, que ve en ello una introducción del “criterio de los objetivos y efectos”.

153 Ver Capítulo 32, Facilitación de Comercio.

154 BERRISCH, en: PRIEBß y BERRISCH (ed.), *WTO-Handbuch*, 2003, p. 125.

a. El artículo X:1 GATT estatuye la obligación de publicar leyes, reglamentos, decisiones judiciales y disposiciones administrativas de aplicación general y que tengan relevancia jurídica para el comercio. Por ende, la disposición apunta a obtener información y a la transparencia.

b. El artículo X:2 GATT establece la prohibición de que entren en vigor medidas internas que restrinjan el comercio antes de su publicación oficial. Con ello se busca garantizar la protección de los miembros ante medidas sorpresivas.

c. El artículo X:3 GATT obliga a los miembros a

Artículo X:3 GATT

(...) aplicará de manera uniforme, imparcial y razonable sus leyes, reglamentos, decisiones judiciales y disposiciones administrativas.

Los miembros están obligados además a crear tribunales u otros órganos judiciales independientes de los gobiernos que posibiliten una revisión y corrección autónoma de las decisiones gubernamentales en asuntos referidos a los aranceles.

IV. EXCEPCIONES

I. PROPÓSITO DE LA NORMA

El GATT prevé innumerables obligaciones y prohibiciones para regular y liberalizar el comercio mundial. Estas normas acotan la esfera de acción de los miembros en política económica, como por ejemplo la posibilidad de celebrar acuerdos de libre comercio regionales cuyo contenido vulnere al menos el principio de la Nación Más Favorecida (artículo I GATT). Sin las disposiciones de excepción, los miembros estarían impedidos de introducir importantes medidas económicas de protección, como medidas para proteger la balanza de pagos, medidas *antidumping*, derechos compensatorios, ni normas especiales para las necesidades particulares de los países en desarrollo, entre otras.

Más aún, de no mediar tales normas de excepción, las obligaciones del GATT restringirían considerablemente la soberanía de los miembros e implicarían un enfoque excesivamente centrado en la economía global. Dicho de

otro modo, limitarían la esfera de acción de los miembros para implementar comprensivos objetivos políticos de naturaleza no económica, como la seguridad nacional, la protección de la salud, de la vida, de las especies vegetales y animales, del medioambiente, del patrimonio cultural, etc.

Por ser disposiciones de excepción, tienden a operar en un contexto de tensión entre la consecución de intereses nacionales legítimos de los miembros, como mantener el orden público y las medidas proteccionistas encubiertas que socavan las obligaciones contraídas en el GATT¹⁵⁵. Además, precisamente el ámbito más polémico en la percepción pública de la OMC son los límites de las obligaciones adquiridas cuando se trata de cuestiones fundamentales, como la defensa de los derechos humanos¹⁵⁶, de la vida, de la salud, de la protección del medioambiente¹⁵⁷, de la seguridad alimentaria, de las políticas de desarrollo¹⁵⁸, entre las más notorias.

2. FORMA DE ANÁLISIS

Estas disposiciones de excepción justifican una infracción de cualquier disposición del GATT¹⁵⁹. En consecuencia, cuando se examina si una medida está conforme con el GATT, primero se debe establecer si existe una infracción de alguna de sus disposiciones. Recién en un segundo paso se examina si esta infracción se justifica por la aplicación de una excepción. Si no existe ninguna infracción a una disposición del GATT, no se requiere recurrir a una excepción.

3. EXCEPCIONES GENERALES, ARTÍCULO XX GATT

3. I. GENERALIDADES

El artículo XX GATT es la disposición general de excepción para alcanzar objetivos no económicos. Estos objetivos de protección están enumerados en los literales a) a j) del artículo XX GATT y comprenden, por ejemplo, la

155 BENDER, en: HILF y OETER (ed.), *WTO-Recht*, 2ª ed., 2010, p. 253.

156 Ver Capítulo 29.

157 Ver Capítulo § 28.

158 Ver Capítulo § 27.

159 BENDER, en: HILF y OETER (ed.), *WTO-Recht*, 2ª ed., 2010, p. 253.

protección del medioambiente o de la salud y la vida de seres humanos y animales. Si las medidas cumplen los requisitos indicados por el artículo XX GATT, entonces son admisibles aunque vulneren cualquier otra disposición del GATT, habitualmente el principio de la Nación Más Favorecida o del trato nacional. En la disposición del artículo XX GATT se refleja el derecho de los miembros a velar por los intereses individuales de cada Estado. Es la expresión del principio de soberanía de los miembros¹⁶⁰.

El artículo XX GATT se aplica solo una vez que se ha constatado una infracción a una regulación del GATT. Esta infracción puede ser justificada al aplicar el artículo XX GATT. De ello resulta el orden de la carga de la prueba, conforme a la cual el miembro demandante que invoca una infracción primero debe alegarla y, si corresponde, probarla. En tal circunstancia, el miembro demandado puede defenderse sobre la base del artículo XX GATT, debiendo probar sus justificaciones¹⁶¹.

3.2. ESTRUCTURA DE LA NORMA Y SECUENCIA DE REVISIÓN

ARTÍCULO XX GATT “EXCEPCIONES GENERALES”	REVISIÓN
A reserva de que no se apliquen las medidas enumeradas a continuación en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional,	Nivel 2 Preámbulo
Ninguna disposición (del GATT) será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas:	
a) necesarias para proteger la moral pública;	Nivel 1 Objetivos de protección
b) necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales (...);	
e) relativas a los Artículos fabricados en las prisiones;	
f) impuestas para proteger los tesoros nacionales de valor artístico, histórico o arqueológico;	
g) relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales;	
h) (...).	

¹⁶⁰ BERRISCH, en: PRIEB y BERRISCH (ed.), *WTO-Handbuch*, 2003, p. 138.

¹⁶¹ *Estados Unidos – Gasolina*, OA, WT/DS2/AB/R, párt. IV; BERRISCH, en: PRIEB y BERRISCH (ed.), *WTO-Handbuch*, 2003, p. 138.

El artículo XX GATT está estructurado en dos niveles. La disposición contiene primero un preámbulo, el llamado *Chapeau*, al que se asigna una importancia propia como medida correctora. En la segunda parte se norma cada uno de los objetivos de protección o circunstancias justificadoras en los apartados a) hasta j).

Una vez que se ha constatado una infracción a una disposición del GATT, la revisión del artículo XX GATT se realiza en dos pasos¹⁶². En el primero se examina si la medida califica a algunos de los objetivos de protección definidos en los apartados a) a j) y si cumple con los requisitos normados allí. En un segundo paso se debe examinar si se verifican las condiciones del preámbulo, que restringe el ámbito de aplicación de los apartados a) a j). Esta secuencia de revisión es obligatoria. No es posible establecer *a priori* si se ha respetado el preámbulo y debe hacerse caso a caso en relación con el respectivo objetivo de protección¹⁶³.

3.3. PRIMER NIVEL - OBJETIVOS DE PROTECCIÓN ADMITIDOS

a. OBJETIVOS DE PROTECCIÓN

Los literales del artículo XX enumeran los objetivos de protección que un miembro debe perseguir para justificar una infracción a las restantes normas del GATT.

Literal a)

El objetivo de protección es la moral pública. Con esta excepción se concede a los miembros la posibilidad de prohibir productos mediáticos que representen un peligro para la moral pública (p.ej., productos que ensalcen la violencia o de contenido pornográfico)¹⁶⁴.

Literal b)

Este literal permite establecer medidas para proteger la vida y la salud de los seres humanos, y las especies animales y vegetales. Por razones históricas

162 *Estados Unidos – Gasolina*, OA, WT/DS2/AB/R, párr. IV.

163 Cp. *Estados Unidos – Gasolina*, OA, WT/DS2/AB/R, párr. IV.

164 MCGOVERN, *International Trade Regulation*, 2ª ed., 1986, párr. § 13.12.

no se menciona explícitamente la protección del medioambiente, pero es la opinión generalizada de que aquel está comprendido en la letra b)¹⁶⁵. Las medidas de protección del medioambiente también pueden estar cubiertas por el literal g)¹⁶⁶.

Literal c)

Se refiere a medidas sobre importaciones y exportaciones de oro y plata. La excepción se limita, en todo caso, al oro y la plata como medios de pago (monedas, barras de reservas monetarias)¹⁶⁷.

Literal d)

Esta excepción posibilita a los miembros adoptar medidas para aplicar leyes y otras disposiciones que no representan en sí mismas una infracción al GATT. Es decir, solo la medida para aplicar la ley es incompatible con el GATT, no así la ley misma. La excepción se refiere especialmente a disposiciones relativas a aranceles, carteles y monopolios, así como a medidas necesarias para la protección de la propiedad intelectual.

Literales e) y f)

Los apartados permiten adoptar medidas relacionadas con las mercancías fabricadas en las cárceles y con la protección del patrimonio nacional.

Literal g)

Este apartado permite adoptar medidas para proteger los recursos naturales agotables, a condición de que estas se vinculen con la producción o el consumo nacional. La excepción no se limita a recursos naturales no vivos, sino que comprende también recursos naturales vivos¹⁶⁸ y por tanto incluye la diversidad biológica y la protección de especies animales y vegetales amenazadas¹⁶⁹. El literal g) se aplica junto con el apartado b), de forma que

165 BERRISCH, en: PRIEBß y BERRISCH (ed.), *WTO-Handbuch*, 2003, p. 141.

166 Sobre el tema OMC y medioambiente ver en Capítulo 28.

167 Cp. *Canada – Gold Coins*, GE, L/5863 (no adoptado); Senti, *WTO, System und Funktionsweise der Welthandelsordnung*, 2000, párr. 955.

168 *Estados Unidos – Camarones*, OA, WT/DS58/AB/R, párr. 131.

169 BERRISCH, en: PRIEBß y BERRISCH (ed.), *WTO-Handbuch*, 2003, p. 148.

las medidas de protección del medioambiente que restringen el comercio se pueden justificar bajo uno o ambos literales¹⁷⁰.

Literales h), i) y k)

Los apartados h) e i) permiten, bajo ciertas circunstancias, las medidas para celebrar acuerdos internacionales sobre productos básicos y para limitar las exportaciones de materias primas. En cambio, el apartado k), bajo estrictas condiciones, permite a los miembros adoptar medidas para superar situaciones generales o locales de escasez.

b. NECESARIO

En consecuencia, se debe examinar si la medida concuerda básicamente con alguno de estos objetivos de protección. Los apartados prevén, además, elementos adicionales que también deben estar presentes.

El elemento más importante para ello es la noción de “necesarias”¹⁷¹, que aparece mencionada en los literales a), b), d). Para la interpretación de esta característica se desarrollaron varios criterios que no han sido completamente resueltos por el Órgano de Apelación. En esencia, de la jurisprudencia de la OMC se puede desprender una revisión de tres niveles¹⁷².

(1) Se debe examinar si existe una necesidad para la medida. Esta necesidad no existe cuando el bien protegido no está amenazado. En todo caso, las exigencias planteadas son bajas. Basta con que una amenaza parezca potencialmente posible según parámetros científicos¹⁷³.

(2) La medida debe ser básicamente apropiada para aminorar o combatir la amenaza del bien protegido.

170 Sobre el tema OMC y medioambiente ver Capítulo 28.

171 En otros párrafos es importante la noción “*relativas a*”. Si bien una interpretación natural sugeriría “*relativas a*”, es más fácil de cumplir que “*necesarias*”, es forzoso lograr una convergencia en la interpretación respecto de lo apartados b) y g), pues no es claro por qué la protección de la salud debería ser menos importante que la protección de recursos naturales; ver BENDER, en: HILF y OETER (ed.), *WTO-Recht*, 2ª ed., 2010, p. 255 con otras referencias.

172 BERRISCH, en: PRIEB y BERRISCH (ed.), *WTO-Handbuch*, 2003, p. 140.

173 BERRISCH, en: PRIEB y BERRISCH (ed.), *WTO-Handbuch*, 2003, p. 140 con otras referencias. Cp. *CE – Amianto*, GE, WT/DS135/R, párr. 8.194.

(3) . Por último, se examinará si la medida es proporcional en el sentido de la ponderación de intereses¹⁷⁴.

La operación de sopesar y confrontar debe efectuarse en forma íntegra, reuniendo todas las variables de la ecuación y evaluándolas unas en relación con otras después de examinarlas individualmente, para llegar a un juicio global¹⁷⁵.

Esto se realiza a través de la prueba de la medida menos restrictiva del comercio¹⁷⁶. En efecto, si se puede lograr el mismo objetivo con una medida alternativa buenamente realizable, sin que aquella sea incompatible con el GATT, no existe ninguna necesidad de la medida sometida a examen, pues no habrá disputa. Por el contrario, si no se dispone de ninguna medida alternativa de tal tipo (compatible), la medida solo será necesaria cuando se haya elegido medida que tenga el menor grado de incompatibilidad con las obligaciones del GATT.

(...) una parte contratante no puede justificar en tanto que “necesaria” en el sentido del apartado d) del Artículo XX una medida incompatible con otra disposición del Acuerdo General si tiene razonablemente a su alcance otra medida que no sea incompatible. Análogamente, en los casos en que una parte contratante no tiene razonablemente a su alcance una medida compatible con otras disposiciones del Acuerdo General, esa parte contratante debe utilizar, de las medidas que tenga razonablemente a su alcance, aquella que suponga el menor grado de incompatibilidad con las otras disposiciones del Acuerdo General¹⁷⁷.

Sin embargo, en este contexto, lo decisivo es que cada Estado miembro tiene el derecho a determinar por sí solo el nivel de protección¹⁷⁸. En consecuencia, no es posible examinar si ese nivel de protección es necesario¹⁷⁹.

174 Discutido, como aquí, Bender, en: HILF y OETER (ed.), *WTO-Recht*, 2ª ed., 2010, p. 257; BERRISCH, en: PRIEBß y BERRISCH (ed.), *WTO-Handbuch*, 2003, p. 140; Tietje, *Normative Grundstrukturen der Behandlung nichttarifärer Handelshemmnisse in der WTO/GATT-Rechtsordnung*, 1998, p. 315.

175 *Brasil – Neumáticos recauchutados*, OA, WT/DS332/AB/R, párr. 182.

176 *Estados Unidos – Artículo 337*, GE, L/6439-36S/402, párr. 5.26; *CE – Amianto*, AB, WT/DS135/AB/R, párr. 172.

177 *Estados Unidos – Artículo 337*, GE, L/6439-36S/402, párr. 5.26.

178 *CE – Amianto*, AB, WT/DS135/AB/R, párr. 168; *República Dominicana – Importación y venta de cigarrillos*, OA, WT/DS302/AB/R, párr. 70; *Corea – Carne vacuna*, OA, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, párr. 176.

179 Sin embargo, el Preámbulo establece un límite; ver más abajo.

Solo se puede examinar si la medida es necesaria para alcanzar el nivel de protección¹⁸⁰.

El Grupo Especial desea dejar bien sentado que ello no significa que se pueda pedir a una parte contratante que modifique su legislación sustantiva sobre patentes, o el nivel de observancia de esa legislación que desee conseguir, siempre que tales legislación y nivel de observancia sean los mismos para los productos importados que para los nacionales. Sin embargo, sí significa que si una parte contratante puede conseguir de manera razonable ese nivel de observancia por un medio que no sea incompatible con las otras disposiciones del Acuerdo General, así debe hacerlo¹⁸¹.

3.4. SEGUNDO NIVEL - PREÁMBULO

Para que una medida justifique una infracción debe cumplir con los requisitos de los objetivos de protección y las condiciones del Preámbulo, también llamado *Chapeau*. Este tiene una función correctora, pues busca resguardar del abuso proteccionista a los objetivos de protección y, al mismo tiempo, generar un equilibrio entre las obligaciones contraídas en el GATT y la soberanía de los miembros¹⁸². Es necesario considerar que el Preámbulo restringe el ámbito de aplicación del artículo XX GATT y de ninguna forma lo amplía.

El Preámbulo puede dividirse en dos grupos¹⁸³:

a. Una medida no puede ser aplicada de forma que produzca una discriminación arbitraria o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones.

b. Una medida que coincida con los objetivos de protección no puede llevar a una restricción encubierta del comercio internacional.

A pesar de esta diferenciación prescrita por el texto, no se produce ninguna separación estricta de ambos elementos alternativos. Además, sería

180 BERRISCH, en: PRIEBß y BERRISCH (ed.), *WTO-Handbuch*, 2003, pp. 140 ss.

181 *Estados Unidos – Artículo 337*, GE, L/6439-36S/402, párr. 5.26; *CE – Amianto*, AB, WT/DS135/AB/R, párr. 168.

182 *Estados Unidos – Gasolina*, OA, WT/DS2/AB/R, párr. IV; BENDER, en: HILF y OETER (ed.), *WTO-Recht*, 2ª ed., 2010, p. 257.

183 BENDER, en: HILF y OETER (ed.), *WTO-Recht*, 2ª ed., 2010, p. 257; se diferencia en parte entre tres elementos típicos alternativos, *Estados Unidos – Gasolina*, OA, WT/DS2/AB/R, párr. IV (“a. discriminación arbitraria” (entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones); b) “discriminación injustificable” (en esas mismas circunstancias); o c) “restricción encubierta” al comercio internacional).

muy difícil tal diferenciación, pues una discriminación arbitraria también representa, al mismo tiempo, una restricción encubierta del comercio¹⁸⁴.

(...) “discriminación arbitraria“, “discriminación injustificable” y “restricción encubierta” al comercio internacional pueden interpretarse en aposición; se dan sentido recíprocamente. Para nosotros es claro que “restricción encubierta” incluye discriminación encubierta en el comercio internacional.

Por último, ambos elementos alternativos tienen el mismo propósito, cual es el impedir el abuso de una disposición de excepción, y ambos se basan en el principio general de la buena fe¹⁸⁵.

El preámbulo del Artículo xx en realidad no es sino una expresión del principio de buena fe. Este principio, que es a la vez un principio general del derecho y un principio general del derecho internacional, regula el ejercicio de los derechos por los Estados. Una aplicación de este principio general, aplicación que se conoce corrientemente como la doctrina del abuso de derecho, prohíbe el ejercicio abusivo de los derechos de un Estado y requiere que siempre que la afirmación de un derecho interfiera con la esfera abarcada por una obligación dimanante de un tratado, ese derecho debe ser ejercido de buena fe, es decir, en forma razonable¹⁸⁶.

En numerosas decisiones del Órgano de Apelación¹⁸⁷ se intentó perfeccionar los criterios¹⁸⁸, sin desarrollar finalmente pautas concretas que pudieran generalizarse¹⁸⁹. La interpretación debe hacerse más bien a partir de cada caso, examinando la forma concreta de la medida en cuestión ante el fin normativo del Preámbulo. Por último, debe tener lugar una ponderación de intereses entre el principio de soberanía y los principios de no discriminación y apertura de los mercados.

La tarea de interpretar y aplicar el preámbulo equivale esencialmente, por lo tanto, a la delicada tarea de ubicar y trazar una línea de equilibrio entre el derecho de un

184 BERRISCH, en: PRIEBß y BERRISCH (ed.), *WTO-Handbuch*, 2003, p. 151.

185 *Estados Unidos – Camarones*, OA, WT/DS58/AB/R, párrs. 156 ss.

186 *Estados Unidos – Camarones*, OA, WT/DS58/AB/R, párr. 158.

187 Las decisiones fundamentales son especialmente *Estados Unidos – Camarones*, OA, WT/DS58/AB/R y *Brasil – Neumáticos recauchutados*, OA, WT/DS332/AB/R.

188 Ver para una visión de conjunto VAN DEN BOSSCHE y ZDOUC, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, 3ª ed., 2013, p. 572.

189 BERRISCH, en: PRIEBß y BERRISCH (ed.), *WTO-Handbuch*, 2003, p. 151.

Miembro de invocar una excepción al amparo del Artículo XX y los derechos de los demás Miembros en virtud de diversas disposiciones sustantivas (por ejemplo, el Artículo XI) del GATT de 1994, de modo que ninguno de los derechos en conflicto suprimirá el otro y de esa forma distorsionará, anulará o menoscabará el equilibrio de derechos y obligaciones que los Miembros mismos han establecido en ese Acuerdo. La ubicación de la línea de equilibrio conforme se expresa en el preámbulo, no es fija ni inalterable; la línea se mueve según varían el tipo y la configuración de las medidas involucradas y se diferencien los hechos que constituyen los casos concretos¹⁹⁰.

Con ello, debe realizarse un examen de proporcionalidad, en todo caso, y por lo menos, en el sentido de un “examen de efectos menos restrictivos al comercio”¹⁹¹⁻¹⁹².

4. EXCEPCIONES RELATIVAS A LA SEGURIDAD (ARTÍCULO XXI GATT)

En el artículo XXI GATT encontramos otro motivo de justificación muy amplio para las medidas que contravienen el GATT. Esta excepción comprende dos ámbitos, a saber, la seguridad nacional de los miembros (literales a) y b)) y medidas que contribuyen a implementar las decisiones del Consejo de Seguridad de la ONU (literal c)).

Conforme al apartado a), los miembros tienen el derecho a mantener en secreto aquellas informaciones para proteger sus intereses esenciales de seguridad. La disposición representa una excepción al mandato de transparencia.

Por su parte, el literal b) autoriza a los Miembros a adoptar todas las medidas (incluidas las prohibiciones de importaciones y exportaciones) que consideren necesarias para proteger los intereses fundamentales de la seguridad nacional. Las medidas deben tener lugar además en relación con materias fisionables o aquellas que sirvan para su fabricación, con respecto a armas, municiones, material de guerra u otras mercancías y materiales destinados directa o indirectamente al abastecimiento de las fuerzas armadas.

190 *Estados Unidos – Camarones*, OA, WT/DS58/AB/R, párr. 159.

191 “Least trade effect test”.

192 BERRISCH, en: PRIEB y BERRISCH (ed.), *WTO-Handbuch*, 2003, pp. 152 ss con otras referencias, también sobre concepciones divergentes.

La excepción es muy amplia. No solo concede a los Miembros la posibilidad de definir por sí mismos el alcance de la excepción (“todas las medidas que estime necesarias”), sino que además comprende fundamentalmente (casi) todas las mercancías y medidas. Así, por ejemplo, bajo la medida de excepción se podrían justificar medidas proteccionistas para proteger la fabricación nacional de zapatos, pues estos se cuentan en el equipamiento de los militares y en caso de guerra es necesario contar con los respectivos centros de producción en interés de la seguridad nacional para equipar al ejército. A pesar de la amplitud de la disposición de excepción, esta ha tenido hasta ahora una importancia relativamente escasa en la práctica¹⁹³.

El apartado c) permite la ejecución de

(...) medidas en cumplimiento de las obligaciones por ella contraídas en virtud de la Carta de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales.

El artículo 25 de la Carta de la ONU establece que los miembros deben implementar las decisiones del Consejo de Seguridad. Dado que estas decisiones pueden contener también sanciones económicas, el artículo XXI literal c) GATT exime a sus miembros de sus obligaciones con el GATT para que puedan cumplir sus compromisos establecidos en el artículo 25 de la Carta de la ONU. Desde un punto de vista de la interpretación jurídica, la existencia del artículo XXI literal c) GATT significa que las regulaciones de la Carta de la ONU tienen preeminencia respecto de las del GATT en casos de conflictos.

5. CLÁUSULA DE RENUNCIA (WAIVER)

Otra disposición de excepción se encuentra en el artículo XXIII GATT vinculada con el artículo IX:3 OMC¹⁹⁴. Estas disposiciones permiten que, por decisión de la Conferencia Ministerial, se exonere a los miembros (*waiver*) de los compromisos asumidos en el GATT (u otras disposiciones) cuando

193 BENDER, en: HILF y OETER (ed.), *WTO-Recht*, 2ª ed., 2010, p. 259; VAN DEN BOSSCHE y ZDOUC, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, 3ª ed., 2013, p. 595 con otras referencias.

194 En relación con Entendimiento Relativo a las Exenciones de Obligaciones Dimanantes del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994.

existan condiciones extraordinarias y no previsibles¹⁹⁵. Esta disposición es ilimitada respecto de su contenido, es decir, puede tener lugar una exención de cualquier obligación del GATT. La exención debe ser limitada en el tiempo, pero puede ser prolongada y, por ello, algunas exenciones están en vigor desde hace muchos años.

Las exenciones tienen gran importancia en la práctica. Por ejemplo, la Comunidad Europea consiguió una exención del artículo I:1 GATT respecto de sus relaciones históricas con los países ACP, especialmente para imponer su régimen de bananas (desde 2001 a 2007). La Cláusula de Habilitación también es una exención.

Para la exención se precisa una mayoría de tres cuartos de los Miembros (artículo IX:3 OMC). En todo caso, la Conferencia Ministerial acordó que, también en el caso de las exenciones del GATT, se debe intentar primero llegar a una decisión de consenso y solo cuando esta no sea posible se tomará una decisión de mayoría. En la práctica, las exenciones se deciden por consenso.

6. OTRAS EXCEPCIONES

Otras disposiciones de excepción que se describen detalladamente en otras partes del libro conciernen a las regulaciones especiales para los países en desarrollo (especialmente la llamada “Cláusula de Habilitación”)¹⁹⁶, disposiciones excepcionales para las uniones aduaneras y zonas de libre comercio (artículo XXIV GATT y el Entendimiento relativo a la interpretación del artículo XXIV GATT)¹⁹⁷, salvaguardias (artículo XIX GATT y el Acuerdo sobre salvaguardias)¹⁹⁸ y restricciones por motivos de la Balanza de Pagos (artículos XII y XIII:B GATT y el Entendimiento relativo a las disposiciones del GATT de 1994 en materia de Balanza de Pagos)¹⁹⁹. En especial las disposiciones excepcionales para las zonas de libre comercio y uniones aduaneras y la cláusula de habilitación tienen una considerable importancia práctica.

195 Además existe la posibilidad conforme al artículo XVI:4 OMC; ver VAN DEN BOSSCHE y ZDOUC, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, 3ª ed., 2013, pp. 115 ss. y 140.

196 “Cláusula de Habilitación”, ver Capítulo 27.

197 Ver Capítulo 30.

198 Ver Capítulo 17.

199 Ver al respecto en detalle, WOLFRUM, STOLL y HESTERMAYER (ed.), *Max Planck Commentaries on World Trade Law Vol. 5: WTO-Trade in Goods*, 2011.

CAPÍTULO 8

La regulación multilateral de la agricultura

SEBASTIÁN HERREROS

I. INTRODUCCIÓN

El presente capítulo aborda la regulación del comercio agropecuario en el sistema multilateral de comercio, primero en el marco del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) y desde 1995 en el de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Luego de esta introducción, en la sección II se pasa revista al tratamiento que recibió el comercio agrícola en las primeras cinco décadas del sistema multilateral del comercio. En la sección III se aborda la regulación actual de dicho sector, cuyo principal instrumento es el Acuerdo sobre la Agricultura negociado durante la Ronda Uruguay. En la sección IV se analizan las negociaciones agrícolas actualmente en curso en el marco de la Ronda de Doha. En la sección V se examinan brevemente dos de las principales controversias sobre comercio agropecuario que han sido sometidas al mecanismo de solución de controversias de la OMC. Finalmente, en la sección VI se presentan algunas conclusiones.

II. LA AGRICULTURA EN LOS AÑOS DEL GATT: 1948 A 1994

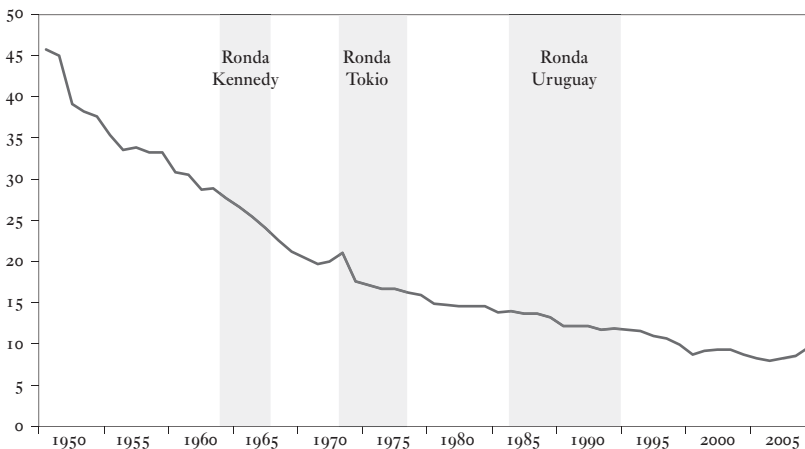
En los inicios del sistema multilateral de comercio, a fines de los años cuarenta, los productos agropecuarios representaban poco menos de la mitad del comercio mundial de mercancías. Sin embargo, dicha participación ha descendido de manera prácticamente ininterrumpida en las últimas seis décadas, y hoy en día no alcanzan el 10% (ver el gráfico 1). Una tendencia similar se observa en la participación de la agricultura en el producto y el empleo, tanto en países en desarrollo como –de manera especialmente marcada– en los industrializados.

El sector agropecuario ha constituido históricamente un caso excepcional en el sistema multilateral de comercio. Durante casi medio siglo, entre la entrada en vigor del GATT en 1948 y la de la OMC en 1995, este sector estuvo en los hechos –si bien no en la teoría– al margen de las normas generales que se aplicaban al comercio de manufacturas¹. Ello fue consecuencia tanto de su exclusión expresa de algunas disciplinas del GATT como de una gradual acumulación de arreglos *ad hoc*. Las principales exclusiones fueron

1 La otra gran excepción histórica con respecto a las normas generales del GATT, y que corresponde netamente a productos manufactureros, es el sector de los textiles y el vestuario.

con respecto a las prohibiciones de aplicar restricciones cuantitativas a la importación (artículo XI GATT) y subvenciones a la exportación (artículo XVI GATT)². Si bien ambos artículos establecen ciertas condiciones que un miembro del GATT debía satisfacer para poder aplicar restricciones cuantitativas a la importación o subvenciones a la exportación de productos agrícolas, en la práctica dichos requerimientos no constituyeron una limitante, ya sea porque no existía claridad sobre su interpretación o simplemente porque los Miembros del GATT decidieron ignorarlos.

GRÁFICO I
PARTICIPACIÓN DEL COMERCIO AGRÍCOLA EN EL VALOR DEL
COMERCIO MUNDIAL DE MERCANCÍAS, 1950-2009
(EN PORCENTAJES)



Fuente: Autor, sobre la base de estadísticas de la Organización Mundial del Comercio.

Nota: La definición de productos agrícolas difiere de la del Acuerdo sobre la Agricultura, ya que incluye productos de pesca.

Por otra parte, los Miembros del GATT estuvieron dispuestos —ya fuera explícita o tácitamente— a permitir a varios países industrializados no cumplir con diversas disciplinas de dicho acuerdo en relación con los productos agrícolas. En este contexto, un hito fundamental fue la derogación (ilimitada tanto en plazos como en cobertura de productos) otorgada en 1955 a la ley agrícola de 1933 de los Estados Unidos. Con ello, este país quedó legalmente habili-

2 Esta última se hizo aplicable desde 1958 a todos los productos no primarios.

tado para aplicar restricciones cuantitativas a las importaciones sin cumplir con las condiciones estipuladas en el artículo XI GATT. Este hecho tuvo un profundo impacto político, ya que la derogación fue otorgada al país que era el principal arquitecto del incipiente sistema multilateral de comercio y que en general abogaba fuertemente por la reducción de las barreras al comercio. Similares arreglos fueron incluidos en los protocolos de adhesión al GATT de Suiza y los países nórdicos³.

El siguiente gran hito en la progresiva marginación de la agricultura de las disciplinas del GATT fue la creación de la Comunidad Económica Europea (CEE), mediante el Tratado de Roma de 1957. Prácticamente desde sus inicios, uno de los pilares de la CEE fue el establecimiento de una Política Agrícola Común (PAC) aplicable a sus seis Miembros originales (Alemania Occidental, Bélgica, Francia, Holanda, Italia y Luxemburgo). La PAC –que con múltiples cambios sigue vigente hasta hoy– tenía como sus objetivos originales garantizar un nivel de vida adecuado para los agricultores comunitarios, estabilizar los mercados agrícolas y garantizar la disponibilidad de alimentos a los consumidores, a precios razonables⁴.

Para cumplir los objetivos de la PAC, se creó un sistema en el que los productores agrícolas comunitarios fueron esencialmente aislados del mercado internacional. Esto se hizo mediante una combinación de herramientas. Se establecieron *precios objetivos* para los distintos productos, los cuales debían reflejar un retorno adecuado para los productores comunitarios, y que eran normalmente más altos que los precios internacionales. También se definieron *precios umbral*, sumándole a los precios objetivo el costo de transportar el producto a la principal región deficitaria al interior de la CEE. Los precios umbral pasaron a constituir los precios mínimos a los cuales los productos importados podían acceder al mercado comunitario. Para ello se crearon aranceles variables, cuya cuantía se modificaba periódicamente para cubrir la diferencia entre el precio umbral y el precio del producto importado puesto en el puerto de destino en Europa. Dado que el nivel artificialmente alto de los precios objetivo incentivaba la sobreproducción, los excedentes eran colocados en el mercado internacional con la ayuda de

3 STANCANELLI, en: LEIVA (ed.), *La Ronda Uruguay*, 1994; HOEKMAN y KOSTECKI, *The Political Economy*, 2ª ed., 2001; KENYON y LEE, *The Struggle for Trade Liberalisation in Agriculture*, 2006.

4 KENYON y LEE, *The Struggle for Trade Liberalisation in Agriculture*, 2006, p. 11.

subsidios a la exportación⁵. Pese a que todos estos instrumentos resultan a lo menos cuestionables frente a las disciplinas del GATT, la CEE ni siquiera necesitó solicitar una derogación para ellos como la concedida a los Estados Unidos en 1955.

El contexto histórico resulta determinante para explicar la virtual exclusión de la agricultura de las disciplinas generales del GATT. En los años cuarenta y cincuenta, todavía estaba muy presente el recuerdo de las hambrunas provocadas por la Gran Depresión y la Segunda Guerra Mundial. Por ello, alcanzar la autosuficiencia alimentaria pasó a ser una alta prioridad para los gobiernos de los países industrializados. Asimismo, en Europa los arquitectos de la CEE, mediante la PAC, buscaron atacar el problema social que implicaba el bajo nivel de ingreso de los agricultores, comparado con el de los trabajadores urbanos. Estas preocupaciones se vieron reforzadas en el contexto de la Guerra Fría. De hecho, el imperativo de mantener a Europa Occidental cohesionada ante la amenaza que representaba la Unión Soviética ha sido mencionado como una de las causas por las cuales Estados Unidos estuvo dispuesto a aceptar la creación de la PAC, aun cuando ello le implicó sufrir perjuicios comerciales en el mercado europeo⁶.

Cabe notar también que en las primeras décadas del GATT los países en desarrollo tuvieron una participación marginal en el sistema, tanto en términos de membresía como sustantivos. Esto se debió a múltiples factores, entre ellos que hasta los años sesenta muchos países en desarrollo (especialmente en África) aún eran colonias europeas, y que la filosofía económica predominante en la época en el mundo en desarrollo era la industrialización por sustitución de importaciones. Esta enfatizaba el rol del mercado interno y de la industria por sobre el del comercio internacional y la agricultura. Como sea, una consecuencia directa fue que las discusiones y negociaciones del GATT en ese período generalmente no reflejaron los intereses de los países en desarrollo, muchos de los cuales tienen claras ventajas comparativas en la exportación de productos agrícolas. Esta situación solo vendría a remediarse con la aparición del Grupo Cairns. Este, creado en 1986 junto con el inicio de la Ronda Uruguay y activo hasta el día de hoy, es una alianza de países desarrollados y en desarrollo liderada por Australia y que aboga por la liberalización del comercio agropecuario.

5 Ídem, p. 15.

6 KENYON y LEE, *The Struggle for Trade Liberalisation in Agriculture*, 2006, p. 14.

Producto de todo lo anterior, la agricultura prácticamente no figuró en la agenda de las primeras cinco rondas del GATT, más allá de algunas negociaciones arancelarias sobre productos específicos (especialmente entre Estados Unidos y la CEE). Esto, pese a que ya en 1958 el informe de un Comité Especial de Expertos creado por los Miembros del GATT (conocido como el Informe Haberler) alertó sobre los perjuicios que las distorsiones agrícolas en los países industrializados ocasionaban a los países en desarrollo. En la sexta ronda del GATT (Kennedy, 1964-67) y en la séptima (Tokio, 1973-79) los Estados Unidos plantearon inicialmente demandas muy ambiciosas de reducción de las distorsiones al comercio agrícola, incluidas las causadas por los subsidios, pero finalmente cedieron en sus aspiraciones ante la cerrada defensa que la CEE hizo de la PAC.

Paralelamente, la CEE pasó de manera gradual desde autoabastecerse a convertirse en un productor excedentario, a causa de las distorsiones creadas por la PAC. Con ello, la producción europea no solo desplazó a las importaciones en su propio mercado, sino que crecientemente desplazó a las exportaciones de otros países en terceros mercados. Esto dio lugar a fricciones, no solo con los Estados Unidos, sino también con otros importantes exportadores agrícolas, como Argentina, Australia y Canadá. Es así como entre 1948 y comienzos de los años ochenta hubo 100 controversias en el GATT relativas a productos agrícolas, un 43% del total⁷.

En la primera mitad de la década de los ochenta el comercio agrícola experimentó su crisis más profunda desde los años treinta. Ella fue producto de múltiples factores, incluyendo la caída de la demanda producto de la recesión mundial en 1982, y también la acumulación de distorsiones en los principales países industrializados. En este contexto, los Estados Unidos y varios otros países exportadores agrícolas (desarrollados y en desarrollo) lograron la inclusión, por primera vez en la historia, de un mandato de negociación amplio en agricultura en el marco de la Ronda Uruguay, iniciada en septiembre de 1986. Ello fue posible en parte gracias a una transacción implícita mediante la cual los países en desarrollo aceptaron negociar temas nuevos, como servicios y propiedad intelectual, de interés para los países desarrollados, a cambio de que también se incluyeran en la agenda la agricultura, los textiles y el vestuario.

7 KENYON y LEE, *The Struggle for Trade Liberalisation in Agriculture*, 2006, p. 18.

Los desacuerdos suscitados en las negociaciones agrícolas, especialmente entre Estados Unidos y la CEE, determinaron que la Ronda Uruguay sufriera repetidos retrasos. Esta solo pudo ser concluida en diciembre de 1993. Los resultados de la Ronda en materia agrícola se plasmaron en un nuevo Acuerdo sobre la Agricultura y en la adopción de diversos compromisos cuantitativos por parte de los Miembros del GATT⁸. En la siguiente sección se examinan en detalle estos resultados.

III. LA AGRICULTURA BAJO LA OMC: EL ACUERDO SOBRE LA AGRICULTURA

I. LOS COMPROMISOS CUANTITATIVOS DE LA RONDA URUGUAY

El Acuerdo sobre la Agricultura (AG) entró en vigor el 1º de enero de 1995, al igual que todos los demás acuerdos negociados en la Ronda Uruguay y la propia Organización Mundial del Comercio, entidad encargada de administrarlos. El AG es el principal instrumento multilateral por el cual se rige el comercio de productos agropecuarios en la actualidad.

Antes de analizar las disciplinas del AG, cabe revisar brevemente los compromisos cuantitativos asumidos por los participantes en la Ronda Uruguay en materia agrícola. Dichos compromisos corresponden a los denominados *tres pilares* de acceso a los mercados, ayuda interna y competencia de las exportaciones. El pilar de acceso a los mercados señala la relación de los aranceles y otras barreras en frontera, con la importación de productos agropecuarios. El pilar de ayuda interna se refiere a los distintos tipos de subvenciones otorgadas por los gobiernos a sus productores agrícolas, pero que no están ligadas directamente al desempeño exportador de estos. Por último, el pilar de competencia de las exportaciones se refiere a los distintos mecanismos de apoyo gubernamental a la exportación de productos agropecuarios, mediante subvenciones directas o indirectas.

Los compromisos cuantitativos acordados en la Ronda Uruguay en cada uno de los tres pilares se sintetizan en el Cuadro 1. Ellos implican la reduc-

8 También producto de la Ronda Uruguay entró en vigencia el nuevo Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF), de directa relevancia para el comercio de productos agrícolas.

ción de aranceles, de la ayuda interna y de las subvenciones a la exportación, con respecto a sus niveles en los respectivos períodos base. Estos compromisos fueron implementados en cuotas anuales iguales. En virtud del Trato Especial y Diferenciado, los países en desarrollo asumieron compromisos de reducción equivalentes a dos tercios de los asumidos por los países desarrollados, y además se les otorgó un plazo mayor para implementarlos (diez años en lugar de seis). Los países menos adelantados quedaron exentos de estos compromisos.

CUADRO I
SÍNTESIS DE LOS RESULTADOS CUANTITATIVOS
DE LA RONDA URUGUAY EN AGRICULTURA

Compromisos asumidos	PAÍSES	PAÍSES EN
	DESARROLLADOS 6 AÑOS (1995-2000)	DESARROLLO 10 AÑOS (1995-2004)
Aranceles		
Reducción media para todos los productos agropecuarios	36%	24%
Reducción mínima por producto	15%	10%
Ayuda interna		
Reducción total de la Medida Global de Ayuda (período de base: 1986-1988)	20%	13%
Subsidios a la exportación		
Reducción en valor	36%	24%
Reducción en volumen (período de base: 1986-1990)	21%	14%

Fuente: OMC.

2. LA ARQUITECTURA DEL ACUERDO SOBRE LA AGRICULTURA

El AG se compone de un preámbulo, 21 artículos (distribuidos en 13 Partes) y 5 anexos. En el preámbulo, se hace referencia a la decisión de los Miembros de la OMC de iniciar un proceso de reforma del comercio de productos agropecuarios, con el objetivo de largo plazo de “establecer un sistema de comercio agropecuario equitativo y orientado al mercado”. Asimismo, se estipula que dicho objetivo se alcanzará mediante negociaciones que conduzcan a “reducciones progresivas sustanciales de la ayuda y la protección a la agricultura”. Dichas negociaciones resultarán en la adopción, por parte de los Miembros de la OMC, de compromisos vinculantes específicos en los

tres pilares de acceso a los mercados, ayuda interna y competencia de las exportaciones.

Por otra parte, en el preámbulo del AG se señalan determinados elementos que deberán ser considerados en el marco del proceso de reforma. Entre los principales se cuentan el trato especial y diferenciado para los países en desarrollo, las preocupaciones no comerciales (tales como la seguridad alimentaria y la protección del medio ambiente) y los posibles efectos negativos del proceso de reforma sobre los países menos adelantados y los países en desarrollo importadores netos de productos agrícolas.

La Parte I se compone de los artículos 1, en que se definen diversos términos empleados en el acuerdo, y 2, en que se indica que los productos a los cuales se aplica el acuerdo –los “productos agropecuarios”– son los contenidos en el Anexo 1.

La Parte II se compone solo del artículo 3, en el que se dispone que los Miembros de la OMC no podrán otorgar ayuda interna ni subvenciones a la exportación por sobre los niveles indicados en sus respectivas listas de compromisos de la Ronda Uruguay. La Parte III, sobre acceso a los mercados, se compone de dos artículos (ver la sección III.3.). La Parte IV, sobre ayuda interna, también se compone de dos artículos (ver la sección III.4.). La Parte V, compuesta de cuatro artículos, instituye la relación con las subvenciones a la exportación, en tanto que la Parte VI establece disposiciones sobre las prohibiciones y restricciones a la exportación. Ambas se analizan en la sección III.5.

La Parte VII se compone del artículo 13 (“Debida moderación”), más comúnmente denominado “Cláusula de Paz” (ver la sección III.4.). La Parte VIII se compone del artículo 14, en el cual se deja constancia del acuerdo alcanzado para poner en aplicación el “Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias”. La Parte IX se compone del artículo 15, por medio del cual se estableció un trato especial y diferenciado a favor de los países en desarrollo. Este consistió en el otorgamiento de un período más extenso (de hasta 10 años) para implementar sus compromisos de reducción de aranceles y subsidios asumidos en la Ronda Uruguay. Asimismo, se estipuló que los países menos adelantados no estarían obligados a asumir compromisos de reducción.

En la Parte X, compuesta del artículo 16, se indica que los Miembros de la OMC que son países desarrollados tomarán determinadas medidas para atenuar los posibles impactos negativos de la reforma del comercio agrícola

sobre los países menos adelantados y los países en desarrollo importadores netos de alimentos. La Parte XI se compone de tres artículos: el artículo 17 dispone el establecimiento de un Comité de Agricultura en la OMC; el 18 establece que dicho Comité examinará los progresos realizados en la aplicación de los compromisos negociados, sobre la base de notificaciones que los Miembros de la OMC deberán presentar periódicamente, las cuales señalan la relación con distintos aspectos del AG, como los niveles de desembolso en ayuda interna y subsidios a la exportación de cada miembro, así como los niveles de uso de sus contingentes arancelarios y de la salvaguardia especial agrícola, entre otros; el artículo 19 dispone que el mecanismo de solución de controversias de la OMC negociado en la Ronda Uruguay, plasmado en el denominado Entendimiento sobre Solución de Diferencias, es aplicable al AG.

Las dos Partes finales del AG, la XII y la XIII, se componen cada una de un artículo. En el artículo 20 se reconoce que “el logro del objetivo a largo plazo de reducciones sustanciales y progresivas de la ayuda y la protección que se traduzcan en una reforma fundamental es un proceso continuo”. Por ello, se establece el compromiso de los Miembros de la OMC de iniciar nuevas negociaciones para profundizar dicho proceso, a más tardar el 1º de enero de 2000.

Por último, en el artículo 21 se establece que las disposiciones del GATT 1994 y de los demás acuerdos multilaterales sobre comercio de mercancías negociados en la Ronda Uruguay son aplicables a los productos agropecuarios, a reserva de lo dispuesto en el propio AG. Esto es, las disposiciones de este último priman por sobre las del GATT y los otros acuerdos de la OMC en aquellas materias en las cuales existan discrepancias.

El Anexo 1 establece cuáles son los productos abarcados por el AG. Estos son aquellos ubicados en los Capítulos 1 al 24 del Sistema Armonizado de Designación y Codificación de Mercancías, menos el pescado y los productos del pescado, más algunos productos no alimentarios de origen animal o vegetal, tales como pieles, cueros, seda, lino, lana y algodón, entre otros. Cabe anotar que el AG regula no solo el comercio de productos agropecuarios básicos (cereales, frutas, hortalizas, carnes y lácteos), sino también el de los que se obtienen a partir de su procesamiento (jugos, mermeladas, aceites, cereales para el desayuno, leche en polvo, bebidas alcohólicas, etc.).

Los anexos 2, 3 y 4 dicen relación con la ayuda interna. El Anexo 2 establece los criterios que deben cumplir las subvenciones agrícolas para estar exentas de compromisos de reducción. Por su parte, los anexos 3 y 4

señalan la relación con las metodologías de cálculo de la ayuda interna sujeta a compromisos de reducción (ver la sección III.4.).

Finalmente, el Anexo 5 contempla la relación con el caso de cuatro países que, tras el término de la Ronda Uruguay, mantuvieron en vigor las restricciones cuantitativas u otras barreras no arancelarias aplicables a algunos productos, debido a la alta sensibilidad de los mismos. Como norma general, dichas restricciones debieron ser convertidas en aranceles equivalentes durante la Ronda Uruguay (ver la sección III.3.). Los países que se acogieron al tratamiento excepcional previsto en el Anexo 5 son Japón, la República de Corea y Filipinas (para el arroz) e Israel (para la carne de ovino, la leche entera en polvo y algunos quesos). Japón e Israel ya han renunciado a ese derecho.

3. EL PILAR DE ACCESO A LOS MERCADOS

En materia de acceso a los mercados para productos agropecuarios, los principales logros de la Ronda Uruguay fueron dos. El primero fue la eliminación de las restricciones cuantitativas y otras barreras no arancelarias que caracterizaban al comercio de dichos productos, especialmente en países industrializados. En dichas categorías se ubican, además de las cuotas de importación, los gravámenes variables a la importación, los precios mínimos de importación y las denominadas restricciones voluntarias a la exportación, entre otros instrumentos. Esto se hizo mediante la *arancelización* de dichas restricciones, esto es, su conversión en aranceles equivalentes, los cuales constituyen una forma de protección más transparente y menos distorsionante del comercio. El segundo logro de la Ronda Uruguay fue la consolidación (es decir, el establecimiento de niveles máximos) de los aranceles para todos los productos agrícolas por parte de todos los Miembros de la OMC.

En el artículo 4 AG se señala que las concesiones sobre acceso a los mercados consignadas por los Miembros de la OMC en sus listas de compromisos de la Ronda Uruguay, se refieren a compromisos de consolidación y reducción de aranceles (en algunos casos también de otro tipo). Asimismo, en este artículo se plasma la prohibición a los Miembros de la OMC de mantener, adoptar o restablecer las restricciones cuantitativas y otras barreras no arancelarias que fueron *arancelizadas* en la Ronda Uruguay.

Lamentablemente, la conversión de las barreras no arancelarias en aranceles equivalentes presentó severas deficiencias que redujeron su valor

real. En efecto, los nuevos aranceles consolidados fueron a menudo fijados a niveles muy superiores a los *equivalentes arancelarios* de las barreras no arancelarias que los precedieron. Se estima que, en el caso de la UE, los nuevos aranceles excedieron en cerca de un 60% el nivel equivalente de las barreras no arancelarias existentes en el período 1986-1988 (fijado como base para la conversión), mientras que en el de los EE.UU., lo habrían excedido en un 45%⁹. Este proceso fue conocido como *arancelización sucia*.

Para compensar el nivel generalmente elevado (en ocasiones prohibitivo) de los nuevos aranceles, se acordó que los Miembros de la OMC debían ofrecer oportunidades de *acceso mínimo* a sus mercados para los exportadores de productos sujetos a arancelización. De este modo, los países importadores debían permitir el ingreso a su mercado, a partir del 1° de enero de 1995, de un volumen de importaciones equivalente al menos al 3% del consumo doméstico del producto sujeto a arancelización, calculado como promedio de su consumo doméstico en el trienio 1986-1988. Este porcentaje debía elevarse en 2004 a un 5% del consumo doméstico, calculado en el mismo período. El instrumento utilizado para este fin fueron las denominadas *cuotas arancelarias*. Estas son contingentes libres de aranceles o sujetos a tipos arancelarios más bajos que el arancel general Nación Más Favorecida¹⁰. En la práctica, problemas vinculados con la administración de las cuotas arancelarias a menudo han implicado que estas no hayan podido ser aprovechadas plenamente por los exportadores.

La reducción promedio de un 36% para los aranceles agrícolas de los países industrializados tampoco tuvo resultados significativos en términos de apertura de sus mercados. En efecto, dichos países frecuentemente aplicaron el corte mínimo requerido de un 15% a sus productos más sensi-

9 HOEKMAN y KOSTECKI, *The Political Economy*, 2ª ed., 2001, p 217.

10 Un ejemplo ficticio puede aclarar este punto. Supongamos que el país x debió *arancelizar* en la Ronda Uruguay sus restricciones cuantitativas a la importación de trigo, con el resultado de que el arancel consolidado para dicho producto fue fijado en 300%. Dado el elevado nivel de dicho arancel, x debió crear también una cuota arancelaria de 100.000 toneladas métricas (equivalentes al 3% de su consumo doméstico promedio de trigo en el trienio 1986-1988) sujetas a un arancel del 50%. De este modo, supuestamente las importaciones hasta las primeras 100.000 toneladas de trigo se beneficiarían de este arancel menor, en tanto que las importaciones por sobre esa cantidad pagarían un 300%. Nótese que si el arancel extra cuota es suficientemente elevado, este se vuelve prohibitivo (es decir, impide cualquier importación fuera de la cuota arancelaria) y entonces, en la práctica, esta es equivalente a una de las antiguas restricciones cuantitativas existentes hasta el fin de la Ronda Uruguay.

bles (y por lo tanto sujetos a mayores aranceles). Ello fue compensado con reducciones superiores al promedio en aquellos productos que ya estaban sujetos a aranceles bajos. El efecto global fue una reducción muy modesta de las principales barreras arancelarias¹¹.

Con el fin de hacer políticamente más aceptable el proceso de arancelización, en la Ronda Uruguay se creó un nuevo instrumento de protección contingente, la salvaguardia especial agrícola (artículo 5 AG). Esta puede ser aplicada solo para aquellos productos que hayan sido sometidos a arancelización, cuando las importaciones del producto en cuestión excedan una cierta cantidad (*nivel de activación*) o ingresen al país importador por debajo de un cierto precio (*precio de activación*), ambos definidos previamente. Cabe notar que, a diferencia de las salvaguardias *estándar* normadas por el Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC, la aplicación de la salvaguardia especial no requiere que previamente se haya conducido una investigación para demostrar que las importaciones están dañando o amenazando dañar a la producción nacional. En efecto, la salvaguardia agrícola se aplica de forma automática una vez alcanzados el nivel o precio de activación, lo cual le otorga un sesgo claramente proteccionista.

En definitiva, la arancelización sucia, la aplicación de cortes arancelarios sobre la base de promedios y la creación de la salvaguardia especial agrícola tuvieron un efecto acumulativo. Todas ellas contribuyeron a reducir sustancialmente el valor de los resultados de la Ronda Uruguay en materia de acceso a los mercados agrícolas, especialmente en los países desarrollados (que mantenían la mayoría de las restricciones cuantitativas y otras barreras no arancelarias).

Por su parte, muchos países en desarrollo que antes de la Ronda Uruguay no habían consolidado sus aranceles agrícolas optaron por hacerlo a niveles considerablemente superiores a los que efectivamente estaban aplicando, recurso conocido en inglés como *ceiling binding*. De este modo, dichos países conservaron la facultad de elevar sus aranceles aplicados hasta los niveles

11 El siguiente ejemplo ilustra este punto. Supongamos que en el país Y (desarrollado) solo existen dos productos agrícolas: trigo y zanahorias, cuyos respectivos aranceles consolidados son 100% y 10%, respectivamente. El país Y, para el cual el trigo es altamente sensible, pudo cumplir con el corte promedio de 36% requerido en la Ronda Uruguay aplicando el corte mínimo de 15% a dicho producto, y compensándolo con un corte de 57% a las zanahorias (no sensibles). En efecto, promediando 15% y 57% se obtiene 36%. De este modo, los aranceles finales son 85% para el trigo y 4,3% para las zanahorias, manteniéndose un alto nivel de protección para el primero.

consolidados sin incumplir sus obligaciones multilaterales. En la práctica, la diferencia entre los niveles consolidados y los aplicados (conocida en la jerga comercial como *agua*) ha ido creciendo en muchos países en desarrollo desde el término de la Ronda Uruguay, a medida que estos han continuado reduciendo sus aranceles aplicados de forma unilateral o mediante la negociación de acuerdos comerciales preferenciales.

Producto de todo lo anterior, la Ronda Uruguay no tuvo un mayor impacto en términos de reducir las barreras en frontera al comercio de productos agrícolas. En efecto, estos siguen estando sujetos a aranceles considerablemente superiores a los que se aplican a los productos no agrícolas, tanto en los países desarrollados como en aquellos en desarrollo. Según el ex Director General de la OMC, Pascal Lamy, mientras el arancel medio mundial (ponderado por comercio) para los productos industriales es del 8%, en el caso de los productos agrícolas alcanza al triple (25%)¹². Asimismo, no es infrecuente que los productos agrícolas más sensibles estén sujetos a aranceles superiores al 100% y que pueden incluso superar el 600%, como el arroz en Japón (ver el Cuadro 2). La mayor contribución de la Ronda Uruguay en este ámbito fue hacer más transparentes los niveles de protección previamente existentes, mediante la arancelización y la consolidación arancelaria. Con ello, además, se sentaron las bases para iniciar, en subsecuentes rondas multilaterales, un verdadero proceso de reducción de barreras al comercio agrícola. Esto es precisamente lo que se está intentando hacer en la actual Ronda de Doha (ver la sección IV).

CUADRO 2
MIEMBROS SELECCIONADOS DE LA OMC: ARANCELES MEDIOS
Y MÁXIMOS NACIÓN MÁS FAVORECIDA (NMF), 2009

	ARANCELES MEDIOS NMF		ARANCELES MÁXIMOS NMF	
	CONSOLIDADO	APLICADO	CONSOLIDADO	APLICADO
A) Productos agrícolas				
Estados Unidos	5,2	4,7	350	350
Japón	22,2	21,0	753	641
Unión Europea	13,5	13,5	198	166
Brasil	35,4	10,2	55	20

12 LAMY, *International Trade - A Vital Component of the Food Security Picture*, 2011.

	ARANCELES MEDIOS NMF		ARANCELES MÁXIMOS NMF	
	CONSOLIDADO	APLICADO	CONSOLIDADO	APLICADO
China	15,6	15,7	65	65
La India	113,1	31,8	300	150
Indonesia	47,1	8,4	210	150
B) Productos no agrícolas				
Estados Unidos	3,3	3,3	60	60
Japón	2,5	2,5	384	384
Unión Europea	3,9	4,0	26	26
Brasil	30,7	14,1	35	35
China	9,2	8,7	50	50
La India	34,4	10,1	150	246
Indonesia	35,5	6,6	60	150

Fuente: OMC, CCI y UNCTAD, *Perfiles arancelarios en el mundo 2010*.

4. EL PILAR DE AYUDA INTERNA

Para efectos del AG, las subvenciones agrícolas se dividen en tres categorías, en función de su impacto distorsivo sobre la producción y el comercio. Dichas categorías son comúnmente asociadas con compartimentos de colores. Las subvenciones consideradas más distorsionantes, y por lo tanto sujetas a compromisos de reducción, son las del denominado *compartimento ámbar*. En el extremo opuesto están aquellas consideradas no (o mínimamente) distorsionantes, y que son conocidas como del *compartimento verde*. Entre ambas categorías se encuentran aquellas subvenciones de carácter distorsionante pero cuyo otorgamiento está condicionado a compromisos de reducción de la producción por parte de los agricultores que las reciben, conocidas como del *compartimento azul*. Existe una presunción de que estas últimas, si bien son, por definición, más distorsionantes que las del compartimento verde, lo son menos que las del compartimento ámbar. Esta taxonomía basada en colores es ampliamente utilizada en la OMC, aunque no figura expresamente en el AG.

El compartimento ámbar incluye, entre otros, los esquemas de sostenimiento de precios, ciertos pagos directos a los agricultores vinculados con el nivel de la producción, y las subvenciones a los insumos agrícolas. En la Ronda Uruguay, los Miembros de la OMC que otorgaban ayuda del compartimento ámbar a su sector agrícola calcularon la magnitud de la misma en el período 1986-1988, definida como “Medida Global de la Ayuda Total” (MGA

Total). Como se mostró en el Cuadro 1, los países desarrollados acordaron reducir su MGA Total en un 20% en seis años, mientras que los países en desarrollo lo hicieron en un 13% en 10 años, en ambos casos a partir de 1995.

En la actualidad, 30 Miembros de la OMC (contando como uno a la UE de 27 Miembros) tienen inscritas listas de compromisos en el compartimento ámbar. Los que tienen mayores *derechos a subsidiar* con ayudas del compartimento ámbar son la UE (98.763 millones de dólares), Japón (39.616 millones de dólares) y los Estados Unidos (19.103 millones de dólares)¹³.

Aquellos Miembros de la OMC –la mayoría– que no negociaron niveles máximos de gasto bajo el compartimento ámbar en la Ronda Uruguay pueden de todos modos otorgar ayuda de ese tipo no referida a productos específicos, en cantidades que no excedan el 5% del valor total de su producción agropecuaria en el caso de los países desarrollados, y el 10% en los países en desarrollo. Asimismo, pueden otorgar ayudas del compartimento ámbar a productos específicos en cantidades que no excedan el 5% del valor total de su producción de dichos productos (en el caso de los países desarrollados) y el 10% (en los países en desarrollo). Estas son las denominadas ayudas *de minimis*.

Los países en desarrollo pueden otorgar también ayuda del compartimento ámbar si esta corresponde a: (i) subvenciones a la inversión de disponibilidad general para la agricultura; (ii) subvenciones a los insumos agrícolas de disponibilidad general para los productores de ingresos bajos o pobres en recursos, o (iii) subvenciones para estimular el abandono de los cultivos a partir de los cuales se obtienen estupefacientes ilícitos. Estas disposiciones son a veces denominadas como el *compartimento del desarrollo*.

Toda ayuda del compartimento ámbar pasa al compartimento azul si requiere también que los agricultores limiten la producción. En la actualidad, no hay límites para los gastos en subvenciones del compartimento azul. Sin embargo, existe un virtual consenso para fijar límites a estas ayudas como resultado de las negociaciones de la Ronda de Doha (ver la sección IV.3).

13 Todos estos valores son anuales y corresponden a 2008. Los valores de las listas de la Unión Europea y Japón están expresados en euros y yenes, respectivamente, y fueron convertidos a dólares por la Secretaría de la OMC. El valor indicado para la UE corresponde a su configuración con 15 Miembros, por lo que deben añadirse los valores inscritos en las listas de aquellos estados Miembros que ingresaron después. Ver la Nota de la Secretaría *Medida global de la ayuda total*, documento TN/AG/S/13/Add.3/Rev.1 del 23.11.2009.

El compartimento verde se define en el Anexo 2 del Acuerdo sobre la Agricultura. Las subvenciones de este compartimento están permitidas sin límite, siempre que cumplan los criterios enunciados en el propio Anexo 2. En primer lugar, no deben distorsionar el comercio o, a lo sumo, hacerlo en grado mínimo. Además, ellas deben estar financiadas con fondos públicos, no mediante el cobro de precios más altos a los consumidores, y no deben implicar un sostenimiento de los precios. Las subvenciones del compartimento verde suelen corresponder a programas que no van destinados a productos concretos, como los orientados a la protección ambiental, el combate a plagas y enfermedades, la investigación y la provisión de servicios de infraestructura, entre otros. Asimismo, se ubican en este compartimento ciertas ayudas directas a los ingresos de los agricultores que están desvinculadas (*desconectadas*) de los niveles de producción o precios actuales.

La Cláusula de Paz (artículo 13 AG) expiró el 31 de diciembre de 2003. Esta disposición en esencia protegía a los países que otorgaban subvenciones agrícolas distorsionantes. Esto, ya que establecía que aquellas subvenciones otorgadas en conformidad con el AG no podían ser cuestionadas bajo otros acuerdos de la OMC (por ejemplo, el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias). La Cláusula de Paz fue uno de los principales resguardos exigidos por la Unión Europea para alcanzar un acuerdo sobre la agricultura en la Ronda Uruguay¹⁴.

5. EL PILAR DE COMPETENCIA DE LAS EXPORTACIONES

El AG prohíbe las subvenciones a la exportación de productos agropecuarios, a menos que estas se especifiquen en las listas de compromisos de los Miembros. Apenas 17 Miembros de la OMC inscribieron tales listas en la Ronda Uruguay, contando como uno solo a la UE de 15 Miembros y a los países que ingresaron a esta a partir de 1995. A estos Miembros el acuerdo les exigió reducir tanto el monto máximo desembolsado en subvenciones a la exportación como el volumen máximo de exportaciones subsidiadas.

Tomando el promedio del período 1986-1990 como nivel de base, los países desarrollados debieron reducir el valor de las subvenciones a la exportación en un 36% en seis años, a partir de 1995. Por su parte, los

14 KENYON y LEE, *ibid.*, p. 258.

países en desarrollo –que prácticamente no otorgan este tipo de subvenciones– debieron hacerlo en un 24% a lo largo de 10 años. En términos de volumen, los países desarrollados debieron reducir las cantidades de exportaciones subvencionadas en un 21% en seis años, mientras que los países en desarrollo lo hicieron en un 14% durante 10 años. Cabe notar que los compromisos de reducción –tanto en cantidad como en volumen– están especificados a nivel de productos, a diferencia de la ayuda interna del compartimento ámbar, para la cual los Miembros de la OMC solo adoptaron compromisos globales.

El principal usuario de las subvenciones a la exportación es la UE. Los productos a los cuales esta ha destinado mayores montos son el trigo, la harina de trigo y otros granos, la carne de bovino, y la manteca y otros lácteos.

Además de las subvenciones a las exportaciones *tradicionales* sujetas a compromisos de reducción (enumeradas en el artículo 9 AG), existen otros instrumentos que pueden tener un efecto análogo al de aquellas. En el marco de las actuales negociaciones agrícolas, estos han sido clasificados en tres categorías: (i) los créditos, garantías de créditos y programas de seguros vinculados a la exportación de productos agropecuarios; (ii) la ayuda alimentaria, y (iii) las operaciones efectuadas por empresas comerciales del Estado exportadoras. En el primer caso, si un país exportador es capaz de ofrecer a sus potenciales compradores créditos en condiciones de financiamiento más favorables que las de mercado, esto le permitirá desplazar a aquellos competidores que no pueden ofrecer términos tan favorables, de manera análoga a una subvención a la exportación tradicional. En el segundo caso, la ayuda alimentaria puede, bajo determinadas circunstancias, ser utilizada por el país que la otorga para deshacerse de sus excedentes de producción y desplazar a competidores comerciales en el país destinatario de la misma. Por último, las empresas comerciales del Estado pueden teóricamente aprovechar su poder en el mercado y sus eventuales privilegios (por ejemplo, acceso privilegiado a financiamiento estatal) para exportar a precios más bajos que lo que sería posible a sus competidores.

El artículo 10 AG (“Prevención de la elusión de los compromisos en materia de subvenciones a la exportación”) hace referencia a dos de los tres instrumentos arriba indicados. En materia de créditos a la exportación, garantías de créditos a la exportación y programas de seguros, se limita a indicar el compromiso de los Miembros de la OMC de “esforzarse en elaborar

disciplinas internacionalmente convenidas”. En cuanto al otorgamiento de ayuda alimentaria, el artículo 10 AG dispone: (i) que no esté directa o indirectamente vinculado a exportaciones comerciales a los países beneficiarios, (ii) que se efectúe de conformidad con los “Principios de la FAO sobre colocación de excedentes y obligaciones de consulta” y (iii) que la ayuda se suministre en la medida de lo posible en forma de donación total. En el artículo 10 AG no se hace referencia a las empresas comerciales del Estado, cuyas operaciones están reguladas en el artículo XVII GATT.

En caso de que un miembro de la OMC aplique una prohibición o restricción a la exportación de productos alimentarios de conformidad en el artículo XI.2 GATT (esto es, para prevenir o remediar una escasez aguda de los productos en cuestión), el artículo 12 AG incorpora algunos requisitos adicionales. En efecto, el miembro que aplique esta medida deberá: (i) tomar adecuadamente en consideración los efectos de ella sobre la seguridad alimentaria de los Miembros importadores, y (ii) notificarla por escrito al Comité de Agricultura antes de ponerla en aplicación, indicando su duración prevista. Asimismo, deberá celebrar consultas, cuando se le solicite, con cualquier miembro que tenga un interés sustancial como importador del producto en cuestión. Sin embargo, estos requerimientos no son aplicables a los países en desarrollo, excepto a aquellos que sean exportadores netos del producto objeto de la prohibición o restricción.

6. BREVE EVALUACIÓN GENERAL DEL ACUERDO SOBRE LA AGRICULTURA

El Acuerdo sobre la Agricultura constituyó un avance importante, en el sentido de acercar el tratamiento de la agricultura al de los demás bienes en el marco del sistema multilateral de comercio. No obstante, se trata de un proceso incompleto. En efecto, la regulación del comercio agropecuario en la OMC presenta importantes deficiencias en sus tres pilares. En acceso a los mercados, y como ya se ha expuesto, el comercio de productos agropecuarios continúa estando sujeto a barreras muy superiores a las que generalmente enfrenta el comercio de productos industriales.

En ayuda interna, las deficiencias son de varios tipos. En primer lugar, los compromisos de reducción de las ayudas del compartimento ámbar están expresados en términos agregados, no por producto. Ello permite a los países que otorgan estas ayudas concentrarlas en determinados productos

de manera discrecional y cambiante en el tiempo. Segundo, no existe una justificación válida para eximir de los compromisos de reducción a las ayudas del compartimento azul, como es el caso actualmente. Tercero, no resulta claro que algunos programas actualmente clasificados en el compartimento verde, y por lo tanto exentos de compromisos de reducción, efectivamente no tengan un impacto distorsionante de la producción y del comercio. Este es el caso, entre otros, de algunos pagos directos.

En materia de competencia de las exportaciones, el próximo paso debiera ser la prohibición de todas las formas de subvenciones a la exportación de productos agropecuarios, tal como se hizo hace más de cinco décadas para los productos industriales. Esto requerirá, además de la eliminación de las subvenciones *tradicionales*, la negociación de disciplinas vinculantes para los créditos a la exportación, garantías de créditos a la exportación y programas de seguros, y el reforzamiento de las disciplinas existentes sobre el otorgamiento de ayuda alimentaria y la actividad exportadora de las empresas comerciales del Estado.

Finalmente, el AG —al igual que el propio GATT— presenta un desbalance entre las obligaciones aplicables con respecto a la importación y a la exportación. En efecto, el artículo XI GATT permite a los Miembros de la OMC aplicar aranceles a sus exportaciones —sin un requerimiento de consolidarlos, como ocurre con los aranceles a la importación— e incluso restringir la cantidad de las mismas, si dichas restricciones son aplicadas de manera temporal para prevenir o remediar una escasez aguda de productos alimentarios u otros esenciales para el país exportador.

Los aranceles y restricciones cuantitativas a la exportación han sido usados de manera creciente en los últimos años, particularmente para los productos alimentarios y otras materias primas, como minerales. En la práctica, estas medidas han sido empleadas no para prevenir o remediar la escasez de determinados productos, sino para mantener sus precios controlados en el país exportador (principalmente en el caso de los alimentos) o garantizar el abastecimiento de las industrias locales que los utilizan como insumos (principalmente en el caso de los minerales). Este tipo de prácticas tienen negativas consecuencias sobre los países importadores de dichos productos, incluida su seguridad alimentaria, en especial dados los recientes episodios de altos precios de los alimentos y otras materias primas. En consecuencia, imponer una mayor disciplina a las restricciones a la exportación es un desafío ineludible para el sistema multilateral de comercio.

IV. LAS NEGOCIACIONES DE LA RONDA DE DOHA

I. ANTECEDENTES Y PRINCIPALES ACTORES

Conforme a lo dispuesto en el artículo 20 AG, en enero de 2000 se dio comienzo a negociaciones para continuar el proceso de reforma iniciado en la Ronda Uruguay. Cuando la Ronda de Doha fue lanzada en noviembre de 2001, dichas negociaciones fueron incorporadas a esta.

Un recuento detallado del desarrollo de las negociaciones agrícolas en los más de 13 años transcurridos desde su inicio sería materia para un libro completo. Nos limitaremos, pues, a consignar que las negociaciones han tenido tres hitos principales. El primero fue la Decisión adoptada por el Consejo General el 1º de agosto de 2004, cuyo Anexo A contiene un “marco para establecer las modalidades relativas a la agricultura”¹⁵. En dicho documento se definieron algunos parámetros conceptuales básicos, como el uso de fórmulas estratificadas para reducir los aranceles y la ayuda interna distorsionante (ver las secciones 4.2 y 4.3). Sin embargo, el Anexo A no especifica la magnitud de dichas reducciones.

El segundo gran hito fue la Declaración Ministerial de Hong Kong, adoptada en diciembre de 2005^[16]. En esta se precisaron algunos de los acuerdos reflejados en la Decisión de agosto de 2004, aunque aún sin incluir cifras. Asimismo, se recogió el compromiso de eliminar todas las formas de subvenciones a la exportación para fines de 2013, lo que no ocurrió. El tercer gran hito fue la presentación en julio de 2008 de un proyecto de *modalidades de negociación*, por parte del entonces Presidente de las negociaciones agrícolas. En dicho documento por primera vez se propusieron cifras para la mayoría de los parámetros numéricos de la negociación, junto con textos detallados en las áreas normativas de la misma (es decir, las nuevas disciplinas).

El proyecto de modalidades de julio de 2008, el cual sufrió pequeñas modificaciones en una nueva versión presentada en diciembre de 2008, no es un texto acordado entre los Miembros de la OMC. Se trata de una estimación por parte del entonces Presidente de las negociaciones de lo que podría

15 Ver el texto en http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dda_s/draft_text_gc_dg_31july04_s.htm (consultado el 21 de marzo de 2014).

16 Ver el texto en http://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/mino5_s/final_text_s.htm (consultado el 21 de marzo de 2014).

constituir un resultado aceptable para todos. De hecho, si bien generalmente se considera que dicho texto refleja los principales elementos de un posible acuerdo, persisten importantes discrepancias en áreas específicas.

Previo a examinar los principales elementos del proyecto de modalidades, resulta pertinente identificar a los actores más relevantes. En un primer nivel de influencia se encuentran los Estados Unidos, la UE, Brasil y la India. Estados Unidos tiene intereses especialmente ofensivos en materia de acceso a los mercados, lo cual refleja el poderío exportador de su agroindustria. Al mismo tiempo, aspira a mantener suficiente espacio para seguir subsidiando a algunos sectores políticamente influyentes, como los de cereales y el algodón. La UE, que históricamente ha mantenido una posición defensiva en materia agrícola, tiene como principal objetivo en las actuales negociaciones asumir compromisos que no excedan las reformas de su Política Agrícola Común, ya decididas internamente.

Brasil tiene una posición ofensiva en prácticamente todas las áreas de negociación en agricultura, lo cual refleja su situación como uno de los países más competitivos internacionalmente en dicho sector. Finalmente, la India, cuya agricultura es en gran medida de subsistencia y por lo tanto de baja productividad, tiene interés en lograr reducciones en los subsidios agrícolas de los países desarrollados, pero también en mantener espacios para subsidiar y proteger a sus propios productores. Cabe notar que Brasil y la India son los líderes del G20, grupo creado en 2003 e integrado exclusivamente por países en desarrollo, y que se ha convertido en la coalición más influyente en las negociaciones agrícolas, desplazando al Grupo Cairns. Cabe notar que China, también miembro del G20, no ha sido particularmente activa en materia agrícola.

En un segundo nivel de influencia se encuentran tres coaliciones. Una es el Grupo Cairns, cuyas posiciones son ofensivas en prácticamente todos los ámbitos de las negociaciones agrícolas. En el extremo opuesto se encuentra el G10, que reúne a países generalmente de altos ingresos, como Noruega, Suiza, Japón y Corea, y cuyas posiciones en agricultura son más defensivas que las de la UE. Entre ambas coaliciones se ubica el G33, alianza de países en desarrollo –liderada por Indonesia y la India–, cuya principal demanda es que se permita a dichos países proteger a su agricultura en nombre de consideraciones tales como la seguridad alimentaria y el desarrollo rural.

En un tercer nivel de influencia se ubican algunas coaliciones de países en desarrollo cuyos intereses son muy específicos. Este es el caso, entre otros, de

los países (principalmente latinoamericanos) que impulsan la liberalización del comercio de *productos tropicales*, de aquellos —principalmente africanos y caribeños— que buscan la preservación de las preferencias arancelarias que históricamente han recibido por parte de los países industrializados, y de un grupo de países africanos cuya principal demanda es la reducción de los subsidios al algodón¹⁷.

En definitiva, la configuración de actores y alianzas en las negociaciones agrícolas es muy compleja, a lo cual contribuye el hecho de que muchos países en desarrollo son Miembros de dos o más coaliciones (por ejemplo, el Grupo Cairns, el G20 y el G33) que no tienen necesariamente posiciones comunes sobre un mismo tema¹⁸. Cabe destacar, en todo caso, que la agricultura es probablemente el área de negociación de la Ronda de Doha en que las posiciones de los distintos países de América Latina presentan una mayor coincidencia. Esta es prácticamente total en ayuda doméstica y competencia de las exportaciones, donde los países de la región tienen un interés común en minimizar los subsidios que otorgan los países industrializados. Por el contrario, existen matices importantes en acceso a los mercados, donde algunos países de la región (por ejemplo, Argentina, Brasil, Chile y Uruguay) tienen posiciones muy ofensivas, en tanto que otros (Bolivia, Ecuador, Venezuela, la mayoría de los países centroamericanos) tienen mayores sensibilidades defensivas.

2. LA SITUACIÓN EN ACCESO A LOS MERCADOS

El principal elemento de las negociaciones en este pilar, y sobre el cual ya existe un acuerdo, es el uso de una fórmula para reducir los aranceles (ver el Cuadro 3). Dicha fórmula tiene tres características principales. En primer lugar, se aplicará producto a producto, no sobre la base de promedios. Segundo, es progresiva, es decir, mientras mayor sea el arancel, mayor será la reducción requerida en términos porcentuales. Para ello, los aranceles son ubicados en tramos, por lo cual a esta fórmula se la conoce también como *estratificada*. En tercer lugar, la fórmula considera un elemento de trato

17 Para un listado completo de los grupos activos en las negociaciones agrícolas, ver http://www.wto.org/spanish/tratop_s/agric_s/negoti_groups_s.htm (consultado el 21 de marzo de 2014).

18 Por ejemplo, en América Latina, Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Guatemala, Paraguay, Perú y Uruguay son Miembros tanto del Grupo Cairns como del G20.

especial y diferenciado para los países en desarrollo, tanto en la definición de los tramos arancelarios como de las reducciones requeridas.

Al igual que en la Ronda Uruguay, no se requerirán reducciones arancelarias por parte de los países menos adelantados. Tampoco tendrían que reducir sus aranceles algunos países cuyo ingreso a la OMC es muy reciente (y que por lo tanto se encuentran aún implementando las reducciones arancelarias derivadas de dicho proceso)¹⁹. Asimismo, se prevé que un número superior a los 40 países en desarrollo autoidentificados como “economías pequeñas y vulnerables” efectúe reducciones arancelarias menores a las que resultarían de la fórmula.

CUADRO 3
LA “FÓRMULA ESTRATIFICADA” DE REDUCCIÓN
DE LOS ARANCELES AGRÍCOLAS

PAÍSES DESARROLLADOS		PAÍSES EN DESARROLLO	
TRAMO ARANCELARIO	REDUCCIÓN (%)	TRAMO ARANCELARIO	REDUCCIÓN (%)
Menos de 20%	50%	Menos de 30%	33,3%
Entre 20% y 49,9%	57%	Entre 30% y 79,9%	38%
Entre 50% y 74,9%	64%	Entre 80% y 129,9%	42,7%
75% o más	70%	Sobre 130%	46,7%
Corte promedio mínimo	54%	Corte promedio máximo	36%
Período de implementación	5 años		10 años

Fuente: OMC, Unofficial Guide to the Revised Draft Modalities – Agriculture (diciembre de 2008).

El acuerdo alcanzado en torno a la fórmula escalonada representa un importante avance con respecto a la Ronda Uruguay. Como ya se indicó, el uso en esa oportunidad de una modalidad de reducciones arancelarias basada en cortes promedio, dio amplio espacio a los países para aplicar reducciones mínimas a sus productos más sensibles y compensarlas con cortes mayores en los aranceles de sus productos no sensibles.

Para hacer políticamente aceptable la fórmula escalonada, debieron preverse excepciones a la misma para productos con un alto grado de sensibilidad. Dichas excepciones se ubican en dos categorías: los productos sensibles y los especiales. Tanto los países desarrollados y los que se

19 Entre estos se encuentran Arabia Saudita, Macedonia, Vietnam, Tonga, Ucrania, Albania, Armenia, Georgia, Kirguistán, Moldavia y Mongolia.

encuentran en desarrollo podrán designar productos sensibles (4% de las líneas arancelarias en el caso de los primeros, 5,3% para los segundos)²⁰. Estos productos podrán beneficiarse de reducciones arancelarias menores a las que les correspondería según la fórmula escalonada. Ello deberá ser compensado con ampliaciones de las cuotas arancelarias ya existentes para dichos productos, las cuales otorgan acceso a las importaciones sujeto a un arancel reducido (o cero). En caso de que productos identificados como sensibles no tengan asociadas actualmente cuotas arancelarias, el proyecto de modalidades prevé la posibilidad de que estas sean creadas.

La categoría de productos especiales solo es accesible para los países en desarrollo. Estos productos son *especiales* debido a su importancia para la seguridad alimentaria, la seguridad de los medios de subsistencia o el desarrollo rural. Esto los diferencia de los productos sensibles, cuya sensibilidad es esencialmente política. Los países en desarrollo podrán designar hasta un 12% de sus líneas arancelarias como especiales, las cuales quedarían sujetas a un corte promedio del 11%.

El proyecto de modalidades prevé la eliminación en siete años de la salvaguardia especial agrícola creada en la Ronda Uruguay, en el entendido de que esta ya cumplió su objetivo (facilitar el proceso de arancelización). Por otra parte, el proyecto prevé la creación de un nuevo mecanismo especial de salvaguardia agrícola, solamente accesible para los países en desarrollo. Esta es una de las principales demandas de aquellos países en desarrollo con una posición predominantemente defensiva en acceso a los mercados. Al igual que la salvaguardia especial agrícola de la Ronda Uruguay, se trataría de un mecanismo que se activaría automáticamente cuando los precios de un determinado producto se sitúen por debajo de un cierto umbral predefinido, o cuando las importaciones del mismo excedan otro umbral, también predefinido.

Si bien la creación de esta nueva salvaguardia ya ha sido aceptada por todos los Miembros de la OMC, persisten grandes desacuerdos en torno a sus parámetros. En particular, aquellos países con fuertes intereses ofensivos en acceso a los mercados temen que este instrumento termine activándose de manera demasiado frecuente, convirtiéndose así en una barrera casi permanente a sus exportaciones a los mercados emergentes. Cabe notar que

20 Estas cifras podrían aumentar a 6% y 8%, respectivamente, en el caso de aquellos países que tengan más del 30% de sus aranceles agrícolas en el tramo superior de la fórmula escalonada.

esta aprensión es compartida por países desarrollados (entre ellos Estados Unidos, Australia y Nueva Zelanda) y en desarrollo (como Argentina, Tailandia y Uruguay).

El problema central actualmente en acceso a los mercados es que Estados Unidos –apoyado por otros exportadores agrícolas netos, como Australia– sostiene que el proyecto de modalidades contiene tantas excepciones a la liberalización que no crea suficientes oportunidades de negocios para su sector exportador. Este sería particularmente el caso en los mercados de los países emergentes, que en la actualidad son los más dinámicos en el mundo y que muy probablemente lo seguirán siendo en las próximas décadas, por su mayor crecimiento económico y demográfico en comparación con los países industrializados. Por su parte, la India, China y otros países en desarrollo que son *mercados objetivo* de Estados Unidos, sostienen no estar en condiciones de abrir sus mercados más que lo que estipula el proyecto de modalidades.

El resultado que se obtenga en acceso a los mercados dependerá fundamentalmente de los acuerdos que se alcancen en torno a la fórmula de reducción arancelaria (sobre la cual ya habría un virtual consenso), los productos sensibles y especiales, y el nuevo mecanismo de salvaguardia para los países en desarrollo. Cabe notar, sin embargo, que existen varios otros elementos bajo negociación y que pueden contribuir a aumentar o disminuir el nivel de ambición del paquete final. Entre ellos se cuentan la posibilidad de fijar un nivel máximo o techo para todos los aranceles agrícolas, de avanzar en la simplificación de dichos aranceles²¹, de abordar el escalonamiento arancelario (es decir, la aplicación de aranceles progresivamente más altos a un producto a medida que aumenta su grado de procesamiento) y de avanzar en la liberalización del comercio de productos tropicales.

21 En el caso de los productos industriales, la gran mayoría de las consolidaciones arancelarias son en términos *ad valorem* (por ejemplo, 25%). Por el contrario, muchos aranceles agrícolas están expresados en términos que no son *ad valorem*. Este es el caso, entre otros, de los aranceles específicos (por ejemplo, 2 euros por kilo), de los compuestos (25% más 2 euros por kilo) y de aquellos vinculados al contenido de un determinado insumo en el producto final (por ejemplo, el azúcar en las galletas). Todas estas formulaciones son menos transparentes que los aranceles *ad valorem*, por lo cual en las actuales negociaciones se busca avanzar hacia una mayor prevalencia de estos últimos. Esto, sin embargo, es resistido por aquellos Miembros de la OMC más proteccionistas en agricultura.

3. LA SITUACIÓN EN AYUDA INTERNA

De acuerdo con el AG, los subsidios distorsionantes pueden otorgarse por tres vías: (i) bajo el compartimento ámbar, hasta los límites negociados por cada miembro de la OMC en la Ronda Uruguay o en posteriores procesos de adhesión a la OMC; (ii) bajo las denominadas *ayudas de minimis*, hasta los límites fijados en el artículo 6.4 AG, y (iii) bajo el compartimento azul, sin limitación. En consecuencia, la reducción de los subsidios por una de estas vías puede ser compensada con aumentos por otra. Para evitar tal resultado, el proyecto de modalidades refleja el acuerdo alcanzado en 2004 en cuanto a que los compromisos de reducción se hagan a partir del denominado “nivel de base global de toda la ayuda interna causante de distorsión del comercio”. Este corresponde a la suma de los “derechos a subsidiar” de cada Miembro de la OMC bajo cada uno de los tres componentes ya mencionados.

La fijación de los compromisos de reducción sobre la base de la ayuda total distorsionante (a diferencia de la Ronda Uruguay, en la que dichos compromisos solo afectaron a las ayudas del compartimento ámbar) es uno de los elementos más valiosos del proyecto de modalidades agrícolas. Esto, ya que con ello se reduciría el margen para que los Miembros de la OMC mantengan elevados niveles de subsidios agrícolas distorsionantes por la vía de reducir los de un tipo y aumentar los de otro. Al igual que en acceso a los mercados, se propone una fórmula estratificada, en la cual aquellos Miembros de la OMC que tienen mayores “derechos a subsidiar” en términos absolutos deberán reducirlos en un mayor porcentaje (ver el Cuadro 4 A)²².

A modo de ilustración, la UE quedaría sujeta a una reducción de 80% en el total anual autorizado de sus ayudas distorsionantes, en sus respectivas monedas, con lo cual este caería desde 110.300 millones de euros (156.400 millones de dólares) a 22.060 millones de euros anuales (31.300 millones de dólares). Por su parte, Estados Unidos quedaría afecto a una reducción

22 Así como en acceso a los mercados los compromisos de reducción se basan en los aranceles consolidados, que no necesariamente coinciden con los efectivamente cobrados, en ayuda interna los compromisos de reducción se basan en los niveles máximos autorizados de gasto, que pueden exceder los montos excesivamente desembolsados. En consecuencia, tal como los compromisos asumidos en acceso a los mercados pueden no implicar una reducción de los aranceles cobrados, aquellos contraídos en ayuda interna pueden no resultar en una reducción de los gastos efectivos en subsidios.

del 70%, con lo cual pasaría de 48.200 millones de dólares anuales a 14.460 millones de dólares.

CUADRO 4
LA “FÓRMULA ESTRATIFICADA” DE REDUCCIÓN DE LA AYUDA
INTERNA DISTORSIONANTE

A. NIVEL DE BASE GLOBAL DE TODA LA AYUDA INTERNA DISTORSIONANTE		B. AYUDAS DEL COMPARTIMENTO ÁMBAR	
Nivel inicial (período base 1995-2000)	Reducción (%)	Nivel inicial (período base 1995-2000)	Reducción (%)
Sobre 60.000 millones de dólares	80%	Sobre 40.000 millones de dólares	70%
Entre 10.000 y 60.000 millones de dólares	70%	Entre 15.000 y 40.000 millones de dólares	60%
Bajo 10.000 millones de dólares	55%	Bajo 15.000 millones de dólares	45%
Período de implementación	5 años (países desarrollados) y 8 años (países en desarrollo)	Período de implementación	5 años (países desarrollados) y 8 años (países en desarrollo)

Fuente: OMC, Unofficial Guide to the Revised Draft Modalities – Agriculture (diciembre de 2008).

Junto con las reducciones propuestas para el total de las ayudas distorsionantes, el proyecto de modalidades también propone reducciones para cada uno de sus componentes: el compartimento ámbar (ver Cuadro 4 B); las ayudas de minimis, desde 10% a 5% del valor de la producción para los países desarrollados y desde 10% a 6,7% para los países en desarrollo. El compartimento azul pasaría de no estar sujeto a límites a un tope máximo de 2,5% del valor de la producción. Por último, también se fijarían niveles máximos (*techos*) por producto a los subsidios de los compartimentos ámbar y azul. Con ello se busca limitar la capacidad de los Miembros de la OMC de concentrar en determinados productos sus subsidios, maximizando el impacto distorsivo de los mismos.

En cuanto a las ayudas del compartimento verde, se incorporarían al mismo algunos tipos de programas característicos de los países en desarrollo, como por ejemplo compras de productos agrícolas por parte de los gobiernos para combatir el hambre y la pobreza rural. Asimismo, se propone hacer más estrictos los criterios que determinados programas deben cumplir para quedar exentos de compromisos de reducción. Esto último responde a la preocupación manifestada por algunos países, especialmente en desarrollo,

en el sentido de que ciertas subvenciones enumeradas en el Anexo 2 (por ejemplo, los pagos directos) pueden causar una distorsión del comercio más que mínima, ya sea por su propia naturaleza o por las grandes cantidades desembolsadas.

En el pilar de ayuda interna, la principal controversia tiene que ver –al igual que en acceso a los mercados– con Estados Unidos. Este sostiene que las reducciones de su ayuda interna que tendría que efectuar en virtud del proyecto de modalidades no se condicen con las escasas oportunidades comerciales que el mismo texto produciría en los mercados de los países emergentes. En términos de economía política, el gobierno de Estados Unidos no podría ofrecer a su Congreso y a su sector privado suficientes oportunidades nuevas de exportación como para compensar los costos económicos y políticos de la reducción requerida en sus subsidios.

4. LA SITUACIÓN EN COMPETENCIA DE LAS EXPORTACIONES

En consonancia con el acuerdo alcanzado en la Conferencia Ministerial de Hong Kong, el proyecto de modalidades propone la eliminación de los subsidios a la exportación a fines de 2013 para los países desarrollados y de 2016 para los en desarrollo. Los créditos a la exportación, garantías de créditos a la exportación y programas de seguros serían sometidos a disciplinas que impidan su uso como subsidios ocultos a la exportación. Entre ellas, se propone limitar a 180 días el período de repago de los créditos a la exportación y requerir que los programas se autofinancien, es decir, que no experimenten pérdidas en un período a definir.

Las actividades de las empresas comerciales del Estado exportadoras serían también sometidas a disciplinas reforzadas, por ejemplo mediante la eliminación de ciertos privilegios, como el acceso al financiamiento gubernamental en términos preferentes. En cuanto a la ayuda alimentaria, esta se dividiría entre aquella de emergencia y el resto. La ayuda alimentaria de emergencia, es decir, la que responde a un llamado de instituciones como el Programa Mundial de Alimentos o la Cruz Roja, quedaría sometida a disciplinas más laxas. En cuanto al resto, quedaría sujeta a disciplinas más estrictas para evitar que desplacen a las importaciones comerciales. Por último, el proyecto de modalidades propone hacer más estrictos los reque-

rimientos para introducir nuevas restricciones a la exportación, incluyendo una mayor transparencia y monitoreo de estas medidas.

El pilar de competencia de las exportaciones en general ha sido menos controvertido que los de acceso a los mercados y ayuda interna, por lo cual hoy no aparece como una piedra de tope para alcanzar un acuerdo. Ello, sin perjuicio de las sensibilidades de ciertos Miembros de la OMC en áreas puntuales, como la UE (en subsidios *tradicionales* a la exportación), Canadá, Australia y Nueva Zelanda (en empresas comerciales del Estado exportadoras) y Estados Unidos (en créditos y garantías de créditos a la exportación y ayuda alimentaria).

V. LAS CONTROVERSIAS SOBRE AGRICULTURA EN LA OMC: BREVE EXAMEN DE DOS CASOS SELECCIONADOS

Desde 1995, más de 30 controversias sobre el AG han sido sometidas al mecanismo de solución de controversias de la OMC. La gran mayoría de ellas en relación con los pilares de ayuda interna y competencia de las exportaciones. Los Miembros más frecuentemente demandados han sido la UE y Estados Unidos, lo cual refleja tanto la importancia de ambos en el comercio agropecuario mundial como el hecho de que se trata de los Miembros –junto con Japón– con mayores “derechos a subsidiar” adquiridos en la Ronda Uruguay. Cabe notar que el número total de controversias sobre subsidios a la agricultura probablemente hubiera sido más alto en ausencia de la Cláusula de Paz, mencionada en la sección 3.4.

Un análisis detallado de las distintas controversias en las que se han invocado disposiciones del AG escapa al alcance de este capítulo. Es por ello que aquí nos limitaremos a pasar revista brevemente a dos controversias de importancia sistémica, porque involucraron pronunciamientos del Órgano de Apelación (OA) de la OMC que clarificaron importantes disposiciones del AG. Estas son: *Estados Unidos – Subvenciones al algodón americano (upland)*²³, y *Chile – Sistema de bandas de precios y medidas de salvaguardia aplicados a determinados productos agrícolas*²⁴.

23 *Estados Unidos – Algodón americano (Upland)*, OA, WT/DS267/AB/R.

24 *Chile – Sistema de bandas de precios*, OA, WT/DS207/AB/R.

I. ESTADOS UNIDOS - SUBVENCIONES
AL ALGODÓN AMERICANO

Es probablemente la controversia agrícola más importante examinada hasta ahora por el Órgano de Solución de Controversias de la OMC. Ella se desarrolló en su primera parte entre 2003 y 2005. Brasil cuestionó varios programas de ayuda interna de los Estados Unidos a favor del algodón, así como también programas de garantías de créditos a la exportación que beneficiaban a este y otros productos. El cuestionamiento se hizo tanto en términos del AG (en esencia, que los Estados Unidos estaban otorgando subsidios a la exportación por sobre sus compromisos de la Ronda Uruguay) como del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias²⁵.

En lo referido al Acuerdo SMC, los principales alegatos de Brasil fueron dos: primero, que algunos de los programas cuestionados constituían subvenciones prohibidas por el artículo 3 de dicho acuerdo, ya sea por estar supeditados al resultado exportador de sus beneficiarios o por estar supeditados al empleo de productos nacionales (algodón cultivado en los Estados Unidos) con preferencia a los importados; segundo, que algunos de los programas cuestionados de ayuda interna, si bien no constituían subvenciones prohibidas por el Acuerdo SCM, resultaban en una subvaloración del precio del algodón cultivado en Estados Unidos en comparación con el del algodón cultivado en Brasil. De este modo, se causaba un “perjuicio grave” a este último país, en los términos definidos en el artículo 6.3 c) SMC.

El informe del grupo especial (panel) constituido para examinar esta controversia, y que fue confirmado en su gran mayoría por el OA, constituyó una resonante victoria para Brasil. Al menos dos elementos de ambos dictámenes son de especial interés. En primer lugar, Brasil tuvo éxito en vincular sus reclamos no solo con el AG sino también con el “régimen general” de la OMC sobre subvenciones, contenido en el Acuerdo SMC. De este modo, logró dejar sin efecto la defensa intentada por Estados Unidos bajo la Cláusula de Paz (que expiró con posterioridad al establecimiento del grupo especial en marzo de 2003 pero antes de que se circulara el informe del mismo en septiembre de 2004). Segundo, Brasil logró demostrar que los programas de garantías de créditos a las exportaciones otorgados por Estados Unidos a

25 Ver Capítulo 17.

favor de sus exportaciones de algodón constituían subsidios a la exportación no reflejados en su lista de compromisos de la Ronda Uruguay y por lo tanto en contravención con los artículos 3.3 y 8 AG (además del artículo 3 SMC).

Para dar cumplimiento a las recomendaciones del OA, Estados Unidos puso en vigencia en agosto de 2006 una ley mediante la cual se puso término al programa “Step 2”, que había sido declarado un subsidio a la exportación prohibido. Sin embargo, Brasil cuestionó los ajustes efectuados a otros programas que también habían sido declarados en contravención con el AG, el Acuerdo SMC, o ambos. Así se inició un segundo procedimiento de solución de controversias, entre septiembre de 2006 y junio de 2008. En síntesis, el OA concluyó que Estados Unidos no había dado cumplimiento cabalmente a las recomendaciones del propio OA en el panel previo. Ello, puesto que mantenía en vigencia tanto subvenciones a la exportación prohibidas (en la forma de programas de garantías de crédito a la exportación) como programas de ayuda interna al algodón que causaban un perjuicio grave a los intereses comerciales de Brasil. A la fecha, Estados Unidos no ha dado cumplimiento cabal a las recomendaciones emanadas de ambos casos, y ha dado señales de que sus actuaciones en esta materia estarán vinculadas a los resultados de las negociaciones agrícolas de la Ronda de Doha. En noviembre de 2009, Brasil fue autorizado a aplicar medidas de retorsión.

2. CHILE - SISTEMA DE BANDAS DE PRECIOS²⁶

Se desarrolló en una primera etapa entre marzo de 2001 y octubre de 2002, y en una segunda entre enero de 2006 y mayo de 2007. En la primera instancia, Argentina cuestionó la legalidad ante el AG del sistema de bandas de precios aplicado por Chile desde los años ochenta a las importaciones de trigo, harina de trigo, aceites vegetales comestibles y azúcar. En términos simples, este sistema consistía en la aplicación de una sobretasa arancelaria a las importaciones que llegaran a un precio inferior a un valor mínimo predefinido (*piso de la banda*), y en la aplicación de un derecho arancelario reducido a aquellas que llegaran a un precio superior a un valor máximo, también predefinido (*techo de la banda*). Las importaciones que llegaran al mercado chileno a precios que se encontraran al interior de la banda definida

26 Chile – Sistema de bandas de precios, OA, WT/DS207/AB/R.

para cada producto solo quedaban sujetas al arancel aplicado Nación Más Favorecida.

El Órgano de Apelación reafirmó la decisión del panel establecido para examinar esta controversia, en el sentido de que el sistema de bandas de precios violaba el artículo 4.2 AG. Esto, ya que constituía una medida similar a ciertos tipos de medidas en frontera (los gravámenes variables a la importación y los precios mínimos de importación) que, según dicho artículo, debieron haber sido convertidas en aranceles durante la Ronda Uruguay. A la luz de las recomendaciones del OA, Chile no derogó el sistema de bandas de precios, sino que introdujo ciertas modificaciones en sus parámetros que no alteraron su operatoria general. Argentina cuestionó dichas modificaciones en un nuevo proceso, al final del cual el OA concluyó que el nuevo sistema de bandas de precios seguía estando en contravención con el artículo 4.2 AG.

La importancia sistémica de *Chile – Sistema de bandas de precios* radica en que en ella el OA explícitamente determinó que la similitud entre el sistema de bandas de precios y ciertos tipos de medidas en frontera prohibidas por el AG, era suficiente como para que el primero fuese declarado en contravención con dicho artículo. Sin bien cada controversia en la OMC se examina en sus propios méritos, las conclusiones del AG en este caso constituyen un antecedente muy importante ante eventuales cuestionamientos futuros a sistemas similares al sistema de bandas de precios existentes en diversos Miembros de la OMC.

VI. CONCLUSIÓN: ¿QUÉ DEBERÍA TRAER EL FUTURO?

Pese a su escasa participación en el comercio mundial, y a su participación declinante en el producto y el empleo en todo el mundo, el sector agropecuario sigue generando las mayores reticencias a la apertura comercial en un gran número de países de todos los niveles de desarrollo. Ello ha quedado una vez más en evidencia en la actual Ronda de Doha. En los países industrializados, los agricultores – al constituir un grupo relativamente pequeño – suelen estar bien organizados para demandar protección a sus gobiernos. Por otra parte, el costo de dicha protección tiende a diluirse entre la gran mayoría de la población no dedicada a la agricultura, haciéndolo políticamente aceptable. Asimismo, en los países de mayores ingresos la población está generalmente más dispuesta a pagar (sea vía impuestos o vía precios) por las *prestaciones*

no comerciales asociadas a la agricultura, como la preservación del paisaje, del medio ambiente y de las tradiciones.

Por su parte, en el caso de muchos países en desarrollo, las sensibilidades frente a la liberalización agrícola se relacionan directamente con el rol que juega la agricultura como principal medio de subsistencia para segmentos importantes de su población. Este es especialmente el caso de países con grandes poblaciones rurales y una agricultura de subsistencia no orientada principalmente a la exportación.

Existen indicios que permiten prever que la agricultura tendrá en las próximas décadas una importancia creciente en los debates sobre comercio internacional. Ello, debido a al menos dos marcadas tendencias que debieran mantenerse o incluso acentuarse en los próximos años. Una es la irrupción de los países en desarrollo como actores fundamentales de la economía mundial, y la otra es la creciente preocupación por el cambio climático.

El marcado dinamismo económico mostrado por gran parte del mundo en desarrollo en años recientes (en el caso de Asia Oriental, desde hace varias décadas) ha resultado en la incorporación de millones de personas a las clases medias cada año. Esto, junto con el aumento de la población mundial debido al crecimiento demográfico en muchos países en desarrollo, ha implicado fuertes incrementos de la demanda mundial de alimentos, como cereales, carnes y lácteos. Son estas fuerzas (y la especulación asociada a ellas) las que han determinado en gran medida los episodios de fuertes alzas de los precios internacionales de los alimentos en el período 2007-2008 y nuevamente a partir de 2010.

Por otra parte, la creciente conciencia mundial sobre los riesgos asociados al cambio climático ya está teniendo importantes repercusiones sobre la agricultura. Una de las manifestaciones más evidentes es el desarrollo de biocombustibles a partir de materias primas agrícolas. Así, por ejemplo, en los Estados Unidos parte importante de la producción de maíz es utilizada como insumo para elaborar etanol, lo que reduce la oferta total disponible para satisfacer las necesidades alimentarias de la población mundial.

Por otra parte, hay una preocupación creciente por el impacto que ciertas actividades agropecuarias tienen sobre el combate al cambio climático. Este es el caso, por ejemplo, de la tala de bosques (que absorben dióxido de carbono) para destinar dichos terrenos a cultivos, como la soya, o al pastoreo (que generan dióxido de carbono). Estas preocupaciones se han plasmado en el concepto de la huella de carbono, esto es, la cantidad

total de emisiones asociadas al ciclo de vida de un producto. En diversos países, especialmente industrializados, vienen debatiéndose varios tipos de medidas comerciales vinculadas con la huella de carbono de los productos importados, incluidos los alimentos. En caso de llegar a implementarse, algunas de estas medidas (como los denominados ajustes de carbono en frontera) podrían generar controversias, dado que su legalidad ante la OMC no es evidente.

Hoy en día, la seguridad alimentaria se ha convertido en una preocupación central para muchos países, en un contexto de creciente *competencia por los alimentos* (parte de una creciente *competencia por los recursos naturales*) y de una alta volatilidad en sus precios. Alimentar a una población mundial que se espera que llegue a los 9.000 millones de personas hacia 2050 es un desafío de enormes proporciones, especialmente si se deberá hacerlo de una manera que no acentúe los problemas asociados al cambio climático²⁷.

En los próximos años (y décadas), las reglas que rigen el comercio agrícola mundial deberán estar a la altura de estos importantes desafíos. La Ronda de Doha puede hacer una importante contribución en este sentido, mediante la eliminación de las subvenciones a la exportación y una reducción sustancial de las ayudas internas distorsionantes y de las barreras al acceso a los mercados. Probablemente ya en una perspectiva post Doha, una mejor regulación multilateral de las prohibiciones y restricciones a la exportación aparece como una tarea de la mayor importancia. Ello, dadas las implicancias negativas que dichas medidas pueden tener sobre la seguridad alimentaria de los países importadores agrícolas netos, en especial aquellos de menor desarrollo relativo. También en una agenda de trabajo post Doha deberían tener una importancia creciente temas como la trazabilidad de los productos agropecuarios, la huella de carbono de los mismos, la aplicación de la biotecnología a la agricultura, y los aspectos de propiedad intelectual asociados a la obtención de nuevas variedades vegetales, entre otros.

En suma, en los próximos años es esperable ver una creciente sofisticación de la agenda comercial multilateral en lo relativo a la agricultura. En dicha

27 Para un buen análisis de las complicaciones asociadas a este desafío, y de posibles alternativas para enfrentarlo, ver *The Economist*, "The 9 billion-people question. A special report on feeding the world", 26.02.2011.

agenda irían gradualmente perdiendo importancia relativa los instrumentos tradicionales, como aranceles, cuotas y subsidios, mientras que adquirirían una mayor relevancia diversos instrumentos regulatorios que pueden actuar como barreras no arancelarias al comercio. De esta manera, el comercio agrícola seguiría un camino similar al que ha ido tomando el comercio de manufacturas en las últimas décadas.

CAPÍTULO 9

Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF)

DANIELA ALFARO

I. ANTECEDENTES

El comercio internacional de productos agropecuarios es de larga data. Desde sus orígenes, los países han intercambiado alimentos y otros productos agropecuarios, como madera y fibras. El comercio de estos productos aporta beneficios económicos para muchos países, especialmente para los países en desarrollo.

A la importancia del comercio agrícola se ha unido más recientemente la preocupación de alimentos más saludables. Si bien estos requerimientos se encontraban en países con rentas altas, hoy en día es una preocupación global que ha llevado a profundizar el vínculo entre nutrición, salud, agricultura y comercio.

Es requisito fundamental que los productos agropecuarios sean inocuos y no planteen riesgos para la salud de las personas, los animales y las plantas. Con este objetivo en mente los países imponen reglamentos para proteger la salud humana y de animales, conocida como *medidas sanitarias*, y la sanidad de las plantas a través de lo que se conoce como *medidas fitosanitarias*.

En el GATT 1947 ya se reconocía la necesidad de introducir restricciones comerciales para proteger la salud. Concretamente en el artículo XX, literal (b) GATT, se permitieron excepciones a las normas del GATT en relación con las medidas necesarias para proteger la vida o la salud humana, animal y vegetal. Los Miembros del GATT tenían derecho a adoptar estas medidas siempre que no se aplicasen de manera que constituyeran un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países o una restricción encubierta al comercio internacional.

En la década de 1970 surgió la idea de que era necesario un acuerdo específico sobre los obstáculos técnicos al comercio, por lo que se negoció un Acuerdo plurilateral sobre Obstáculos Técnicos al Comercio o “Código de Normas” en la Ronda de Tokio. Aunque el objetivo primordial de su elaboración no era reglamentar las medidas sanitarias y fitosanitarias, el Acuerdo abarcaba las prescripciones técnicas y, entre ellas, las resultantes de las medidas relativas a la inocuidad de los alimentos y la salud de las personas y los animales, y la preservación de los vegetales, incluidos los límites de residuos de plaguicidas y las prescripciones en materia de inspección y de etiquetado.

Mediante rondas sucesivas de negociaciones, se redujeron los aranceles y aumentó el incentivo de utilizar obstáculos no arancelarios, entre los que se

encontraban las medidas sanitarias y fitosanitarias. Así pues, cada vez había más necesidad de especificar las excepciones del artículo XX GATT.

La Ronda Uruguay abordó estas preocupaciones y para ello los países firmantes del GATT negociaron un Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF) en el marco de un Grupo de Trabajo dependiente del Comité de Agricultura. Culminada las negociaciones de la Ronda Uruguay, y con la firma del Acuerdo de Marrakech, los Miembros suscriben el MSF, el cual constituye uno de los doce acuerdos multilaterales sobre el comercio internacional de mercancías de la nueva OMC.

El “Código de Normas”, que era un acuerdo plurilateral con 46 países signatarios en 1994, con un mecanismo de solución de diferencias específicos que abarcaba los obstáculos técnicos al comercio y algunas medidas sanitarias y fitosanitarias, y se aplicaba a todos los productos. El MSF, en cambio, es un acuerdo multilateral, obligatorio para todos los Miembros de la OMC y con un mecanismo de solución de diferencias en el marco del Entendimiento de Solución de Diferencias (ESD), que se aplica tanto a los productos como a los procesos y métodos de producción conexos.

Dentro de acuerdos multilaterales de la OMC, existen dos acuerdos relacionados con el MSF. El primero es el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC)¹, que comprende la reglamentación técnica no incluida en el MSF², y por ende el ámbito de aplicación conjunto es similar al abordado por del “Código de Normas”. El ámbito de aplicación del MSF es entonces más reducido que el OTC, además de que no se establece diferencias entre los tipos de medidas obligatorias o voluntarias, como sí lo hace el Acuerdo OTC.

El segundo acuerdo relacionado intrínsecamente con el MSF es el de la Agricultura³. El MSF complementa al AG aportando una mayor disciplina en el área de acceso a mercado al procurar que los gobiernos no se extralimiten en el logro de sus objetivos sanitarios y fitosanitarios. Así, en el AG se dispone⁴ que los Miembros acuerdan poner en vigor el MSF, significando que los dos acuerdos se pueden aplicar simultáneamente ya que no se excluyen entre sí. La diferencia entre ambos es en el ámbito de aplicación. El MSF se refiere

1 Ver Capítulo 10.

2 El MSF y el OTC se excluyen entre sí a través del párrafo 5 del Art. 1 OTC.

3 Ver Capítulo 8.

4 En la parte VIII, art. 14 del Acuerdo de Agricultura.

a todas las medidas de esta área derivadas de las mercancías comerciadas internacionalmente, mientras que el Acuerdo Agrícola se refiere a los productos agropecuarios definidos en su Anexo 1 y no se aplica a los productos forestales y de la pesca.

Asimismo, el MSF profundiza y desarrolla el apartado (b) del artículo XX GATT. Según se dispone en el párrafo 4 del artículo 2 MSF, se considerará que las MSF dispuestas en el MSF están en conformidad con el GATT 1994, y en particular con el apartado mencionado. No obstante, en caso de conflicto entre ambos, prevalecerán las disposiciones del MSF.

La aplicación del MSF está supervisada por el Comité de MSF, cuya creación y funcionamiento está regulada por el artículo 12 del Acuerdo.

II. EL ACUERDO SOBRE MEDIDAS SANITARIAS Y FITOSANITARIAS

El MSF disciplina todas las MSF que afectan al comercio y consta de un Preámbulo, 14 artículos y tres anexos.

El Preámbulo del acuerdo establece los objetivos del convenio, y en el Anexo A, las definiciones que son importantes para la comprensión del Acuerdo, en particular al ámbito de aplicación. El Anexo establece que las MSF comprenden todas las leyes, decretos, reglamentos, prescripciones y procedimientos pertinentes, con inclusión, entre otras cosas, de: criterios relativos al producto final; procesos y métodos de producción (PMP)⁵; procedimientos de prueba, inspección, certificación y aprobación; regímenes de cuarentena, incluidas las prescripciones pertinentes asociadas al transporte de animales o vegetales, o a los materiales necesarios para su subsistencia en el curso de tal transporte; disposiciones relativas a los métodos estadísticos, procedimientos de muestreo y métodos de evaluación del riesgo pertinentes, y prescripciones en materia de embalaje y etiquetado directamente relacionadas con la inocuidad de los alimentos.

5 Con el objetivo de garantizar la inocuidad de alimentos, también existen el Sistema de Análisis del Riesgo y de puntos Críticos o HACCP (por su sigla en inglés Hazard Analysis Critical Control Point), *aplicados por los países en desarrollo cuyo objetivo es la prevención más que la realización de pruebas sobre el producto final*. El Comité del CODEX se basa en los principios del HACCP para asegurar la inocuidad de los alimentos.

Las MSF conforme a las disposiciones del Acuerdo pueden ser clasificadas en tres categorías: (i) las medidas destinadas a garantizar la inocuidad de alimentos; (ii) las medidas destinadas a proteger de plagas y enfermedades, la vida o salud de las personas, y la vida o salud de los animales o los vegetales, y (iii) las medidas destinadas a prevenir la entrada, radicación o propagación de plagas y enfermedades.

El alcance institucional del MSF es amplio, debiéndose aplicar no solo a instituciones del gobierno central, sino también a instituciones públicas incluidas provincias y Estados Federales. En lo que se refiere a entidades no gubernamentales o instituciones regionales, si bien las obligaciones son menores, se les pide a los países Miembros de la OMC que tomen las medidas razonables para asegurarse de que se cumplan las disposiciones del Acuerdo.

El MSF se aplica a las medidas que se encuentren en vigor, independientemente de que hayan sido adoptadas por un país antes de la fecha de su entrada en vigor (1º de enero de 1995). Cabe destacar que existe una disposición transitoria en el Acuerdo para los países menos adelantados (PMA) y países en desarrollo. El artículo 14 proveyó a los PMA un plazo adicional de 5 años (hasta el 2000) y de dos años para los países en desarrollo para el cumplimiento del Acuerdo, con dos excepciones para estos últimos en cuanto al cumplimiento desde la fecha de entrada en vigor del Acuerdo respecto al párrafo 8 del artículo 5, referido al suministro de explicaciones atendiendo las peticiones, y al artículo 7 sobre transparencia.

Es importante destacar que el Acuerdo no establece compromisos en cantidades o plazos de liberalización, como el Acuerdo Agrícola, sino que se refiere a la aplicación de siete principios centrales, que se describen a continuación.

1. PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN (ARTÍCULO 2 MSF)

El artículo 2 MSF subraya que los Miembros tienen derecho a adoptar MSF para lograr el nivel de protección adecuado siempre que solo se apliquen en cuanto sean necesarias para proteger la vida y la salud, estén basadas en principios científicos y no se mantengan sin testimonios científicos suficientes, y no discriminen de manera injustificable entre el origen nacional y extranjero o entre fuentes externas de suministros en que prevalezcan condiciones idénticas o similares.

Los países Miembros tienen dos opciones para demostrar que sus medidas se basan en principios científicos: pueden basarse en normas internacionales ya existentes o fundamentarse en una evaluación científica de riesgo.

Si bien el MSF no contiene una definición de los procedimientos de muestreo, prueba y certificación para verificar y asegurar el cumplimiento de las MSF, el artículo 8 y el Anexo C del Acuerdo establecen las disciplinas relativas a los procedimientos de control, inspección y aprobación que los gobiernos observarán como guía para el cumplimiento de las MSF en lo que se refiere a plazos, transparencias, información que debe presentarse, no discriminación y evitación de obstáculos innecesarios para el comercio⁶.

2. PRINCIPIO DE ARMONIZACIÓN (ARTÍCULO 3 MSF)

La armonización se puede describir como el establecimiento, reconocimiento y aplicación de medidas comunes por diferentes países cuando en el pasado cada uno de ellos podía tener su propio conjunto de prescripciones. En el contexto de las MSF, la labor de armonización tiene lugar cuando los Miembros de la OMC establecen sus medidas en conformidad con normas, directrices o recomendaciones internacionales pertinentes.

Los beneficios de la armonización son importantes porque, además de perseguir los objetivos del propio acuerdo, facilitan el comercio internacional al homogeneizar las normas, permiten difundir la tecnología incorporada en los productos y procesos, fomentan la eficiencia y permite la economía de escala dado que los productores no tienen que crear procesos diferentes, reducen los costos del consumidor al poder comparar entre productos, ayudan a los gobiernos a elaborar MSF, entre otros beneficios.

En el MSF, se reconocen de manera explícita tres instituciones de normalización: la Comisión del Codex Alimentarius FAO/OMS, dedicada a la inocuidad de los alimentos; la Oficina Internacional de Epizootias – OIE (actualmente conocida como la Organización Mundial de Sanidad Animal), que se ocupa de la salud animal, y la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria – CIPF, que se encarga de las medidas de protección de los vegetales. La OMC no fija normas internacionales ni es encargada de la normalización, pero el Comité de MSF tiene el mandato de vigilar el proceso de armonización y

6 Ver los apartados (a) a (i) del párrafo 1 del Anexo C MSF.

coordinar las iniciativas con las organizaciones competentes. El Comité de MSF puede identificar otras organizaciones de normalización competentes pero aún no lo ha hecho.

Las características comunes de estas tres instituciones es que participan expertos de numerosos países que utilizan un procedimiento complejo para adopción de normas, que incluye como mínimo tres etapas: la redacción, la deliberación y la adopción de las normas; las decisiones se toman por consenso, unanimidad o en su defecto por votación. En las tres instituciones se han establecido fondos fiduciarios para aumentar la participación de los países en desarrollo en reuniones y actividades de normalización, programas de formación y consultas técnicas regionales sobre las normas y su aplicación.

En 2004, además de listarse las normas internacionales de cada una de las tres organizaciones internacionales centrales, una decisión⁷ del Comité de MSF de la OMC elaboró un procedimiento de vigilancia del proceso de armonización internacional de las normas en consonancia con el párrafo 5 del artículo 3 y párrafo 4 del artículo 12. El procedimiento consiste en determinar cuándo la no utilización de normas, directrices o recomendaciones internacionales tiene una repercusión importante en el comercio y cuáles son los motivos de la no utilización. También tiene por objeto identificar los casos en que una norma es necesaria o no es adecuada a su finalidad y uso. Del mismo modo, en el segundo examen de vigilancia y aplicación del Acuerdo de 2005, el Comité indicó que se debía vigilar la utilización de las normas internacionales en cada una de las reuniones ordinarias.

Más allá de que los países pueden utilizar normas que estén en conformidad con las normas internacionales pertinentes, los Miembros pueden mantener o introducir medidas que se traduzcan en normas más rigurosas si hay una justificación científica o como consecuencia de decisiones coherentes en materia de riesgo sobre la base de una adecuada evaluación de los riesgos. En el Acuerdo se establecen los procedimientos y criterios para la evaluación de los riesgos y la determinación de los niveles apropiados de protección sanitaria o fitosanitaria.

7 Ver documento G/SPS/11 Rev.1.

3. PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA (ARTÍCULO 4 MSF)

El MSF reconoce que puede haber varias formas de garantizar la inocuidad de los productos alimenticios, la protección de la salud de los animales y la preservación de los vegetales, por lo que dispone que los Miembros de la OMC deberán aceptar como equivalentes los procedimientos de los demás siempre que logren el mismo nivel de protección sanitaria o fitosanitaria.

Ello significa que pueden negociarse acuerdos bilaterales y multilaterales en los que se reconozca la equivalencia de las medidas de protección sanitaria aplicadas por diferentes medios, por ejemplo cuando no existen normas internacionales. Al negociar esos acuerdos de equivalencia, el país exportador tiene la obligación de demostrar que sus tratamientos sanitarios o fitosanitarios alcanzan el nivel apropiado de protección fijado por el país importador, lo que se denomina carga de la prueba. Al hacerlo, el exportador debe facilitar la información pertinente que necesite el importador para hacerse un juicio, con inclusión del acceso a sus organismos, instalaciones, equipo y procedimientos en la esfera sanitaria. Si se llega a la conclusión de que las medidas del exportador ofrecen el mismo nivel de protección sanitaria, deberán ser aceptadas como equivalentes por sus interlocutores comerciales. Las consultas bilaterales y el intercambio de información son factores esenciales para la negociación satisfactoria de acuerdos de equivalencia. En el 2004, el Comité del MSF de la OMC, dictó una decisión⁸ para mejorar la aplicación de equivalencia; en particular se animó a los Miembros a notificar todos los acuerdos concluidos sobre el reconocimiento de equivalencia.

4. PRINCIPIO DE EVALUACIÓN DEL RIESGO (ARTÍCULO 5 MSF)

Según el MSF, cuando no existe una norma internacional o un país Miembro quiere adoptar una medida SFS más restrictiva que una norma internacional, dicha medida debe basarse en una evaluación de los riesgos reales existentes.

Los factores considerados en las evaluaciones de los riesgos, además de los procedimientos utilizados y las decisiones adoptadas al evaluar los riesgos de un producto alimentario o una amenaza para la salud de los animales o la

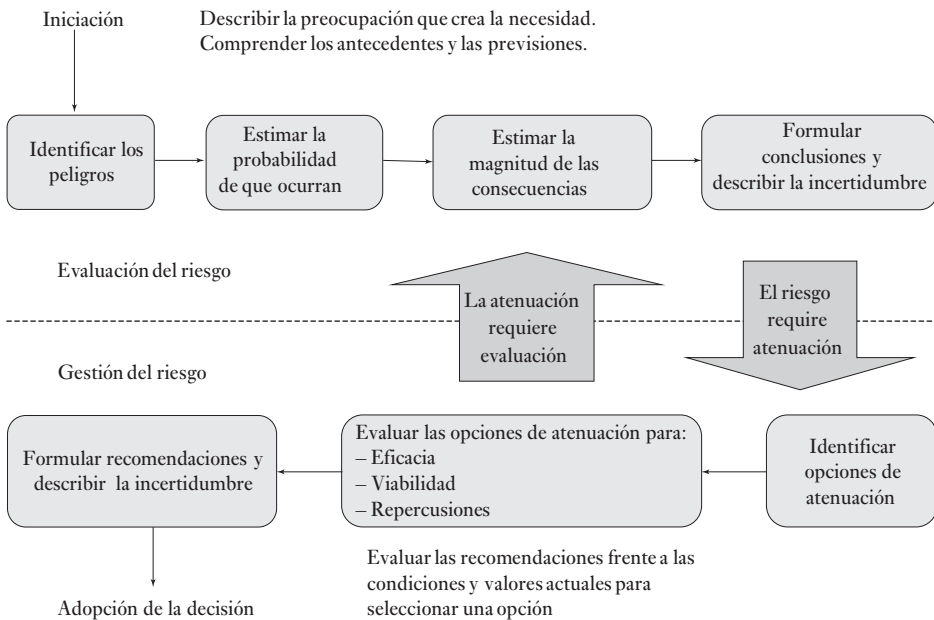
⁸ Ver documento G/SPS/19/Rev.2.

preservación de los vegetales, deben darse a conocer a los demás Miembros, si estos así lo solicitan.

La evaluación del riesgo puede ser un proceso costoso que requiera conocimientos especializados y una infraestructura sanitaria adecuada, lo que no siempre está al alcance de países con recursos escasos. La adopción de las normas internacionales ya existentes, entonces, tiene grandes ventajas.

Un país tiene derecho a decidir su nivel adecuado de protección, pero ese nivel debe ser reflejo de la protección sanitaria, no un medio de proteger a los productores nacionales de la competencia. El análisis del riesgo no proporciona una decisión, sino que da lugar a una recomendación en la cual se puede basar una decisión o posición, con frecuencia relacionada con intereses políticos.

CUADRO I
PROCESO DEL ANÁLISIS DE RIESGO



Fuente: Informe G/SPS/GEN/209, OMC.

De acuerdo con el Cuadro I, el proceso de análisis del riesgo puede comenzar por una solicitud de importación, tras la cual sigue una identificación del peligro. En la fase de evaluación del riesgo se examinan la probabilidad, las consecuencias y la incertidumbre. En la gestión del riesgo, se identifican y

evalúan las opciones para atenuarlo (eficacia) y se examinan la viabilidad y las repercusiones de la utilización de una opción de gestión u otra, para luego formular la recomendación.

Existen dos tipos de evaluación del riesgo de acuerdo con el párrafo 4 del Anexo A del MSF. La evaluación de probabilidad de entrada, radicación o propagación de plagas o enfermedades en el territorio del importador según las MSF que pudieran aplicarse, así como las consecuencias biológicas y económicas, o la evaluación de los posibles efectos perjudiciales para la salud de las personas y de los animales si hubiera presencia de aditivos, contaminantes, toxinas u organismos patógenos en los productos alimentarios, las bebidas o los piensos.

5. PRINCIPIO DE REGIONALIZACIÓN (ARTÍCULO 6 MSF)

Se entiende por regionalización a la obligación de los países de reconocer zonas libres plagas o enfermedades que pueden no corresponder a fronteras políticas, es decir, zonas que abarquen solo una parte de un país. La regionalización es una respuesta a una cuestión principalmente de los países grandes o en aquellos con varias zonas geoclimáticas, donde se logra erradicar enfermedades o plagas en forma desigual.

En una reunión extraordinaria al Comité de MSF, diferentes países, entre ellos 7 latinoamericanos (Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México y Perú) elevaron preocupaciones respecto al cumplimiento de este artículo⁹. En el caso de Perú, a pesar del reconocimiento de la OIE de la mitad de su territorio libre de aftosa sin vacunación, Estados Unidos (EE.UU.) no le reconocía dicho status al 2005, luego de haber invertido más de 12 millones de dólares para su erradicación durante 10 años.

En el 2008, el Comité de MSF adoptó directrices sobre la aplicación del artículo 6 MSF, para facilitar el reconocimiento de zonas libres de plagas o enfermedades o zonas de escasa prevalencia de plagas o enfermedades¹⁰.

Tanto la CIPF como la OIE han impartido orientaciones a los países que tratan de adquirir la condición de zonas libres de plagas o enfermedades o de que se les reconozca dicha condición. La CIPF tiene en la actualidad dos normas a ese respecto: una Norma Internacional sobre Medidas Fitosanitarias

9 Ver documento G/SPS/R/38 y Corr.1.

10 Ver documento G/SPS/48.

(NIMF 4) de los requisitos para el establecimiento de zonas libres de plagas y otra (NIMF 10) para el establecimiento de lugares y sitios de producción libres de plagas. Además, la CIPF tiene una serie de normas auxiliares, con inclusión de directrices sobre vigilancia, y una norma en curso de elaboración sobre escasa prevalencia de plagas. En marzo de 2007, la CIPF adoptó la (NIMF) 29: “Reconocimiento de áreas libres de plagas y de áreas de baja prevalencia de plagas”.

6. PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA (ARTÍCULO 7 MSF)

El principio de transparencia se aplica en todos los Acuerdos de la OMC. El objetivo es lograr una mayor claridad, previsibilidad e intercambio de información de las políticas, normas y reglamentaciones comerciales de los Miembros. Las notificaciones son el principal instrumento para hacer efectiva la transparencia.

El párrafo 8 del artículo 5, el artículo 7 y el Anexo B del MSF contienen las obligaciones en materia de transparencia que comprenden, además de los procedimientos de notificaciones, la publicación de reglamentos y el establecimiento de servicios nacionales de información.

Existen procedimientos regulares y de carácter urgente de notificación con un modelo de notificación detallado en el documento del Comité de MSF con la signatura G/SPS/7/Rev.3 del 2008 con nuevos agregados a la Revisión 2 del 2002. El procedimiento contiene además plazos de envíos no inferiores a 60 días de entrada en vigencia de la reglamentación, con el fin de dar a los países la oportunidad de enviar sus observaciones al país que haya introducido la reglamentación.

En la notificación deben indicarse además las autoridades competentes y el organismo encargado de promulgar la reglamentación, los productos abarcados, y facilitarse el título oficial de la reglamentación, junto con un breve resumen de la misma e indicación del idioma en que puede obtenerse el documento. Asimismo, se deben indicar si existe una norma internacional, si la medida está basada en esa norma y, en caso contrario, en qué se desvía de ella. Además, deben facilitarse todos los datos relativos a la publicación en que aparecerá el aviso correspondiente, así como el organismo encargado de examinar las observaciones.

Diversas medidas se han tomado para mejorar la aplicación del principio de transparencia. La Secretaría de la OMC creó un Sistema de gestión de la

información¹¹ relativa a las MSF, en el que se incluyen las informaciones más recientes sobre las notificaciones de MSF, así como documentos del Comité y preocupaciones comerciales más específicas. No obstante, la gestión de información sobre transparencia sigue planteando dificultades a muchos países en desarrollo. Varios de ellos han expresado necesidad de asistencia y apoyo para sortear dificultades en materia de transparencia como es el referido al proceso de envío de notificaciones a la OMC. La Secretaría ha dispuesto agregar reuniones especiales además de las establecidas cada tres años.

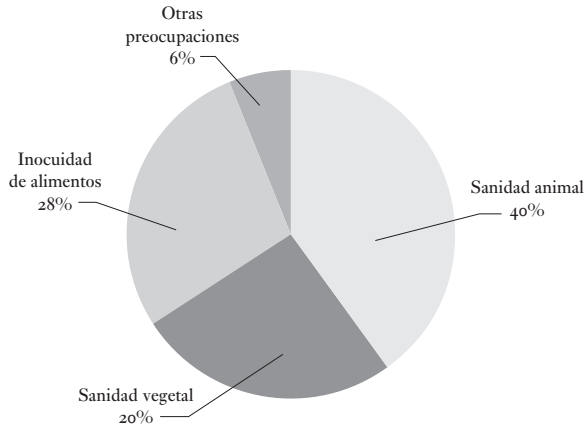
Según el último Examen de Funcionamiento y aplicación del MSF de 2010, al 31 diciembre de 2009 se habían presentado 7.315 notificaciones ordinarias y 1.163 con carácter urgente. Más de la mitad (66%) de los 153 países Miembros de la OMC ha presentado al menos una notificación. En cambio, solo se habían presentado 2 notificaciones de acuerdos de equivalencias entre países¹² y 14 notificaciones complementarias. La distribución de notificaciones entre países desarrollados y en desarrollo es relativamente similar, correspondiendo al 53% a los primeros y 47%, a los segundos. Los PMA han realizado pocas notificaciones. En cuanto a las regiones geográficas, los países de América del Norte, seguidos de Asia y luego América del Sur, Central y del Caribe son las zonas geográficas que realizan mayores notificaciones.

En lo que se refiere a preocupaciones comerciales específicas, los Miembros han planteado un total de 290 preocupaciones comerciales específicas en el periodo 1995-2009. El Comité anima a los países a identificar preocupaciones comerciales y a tratar de hallar soluciones mutuamente satisfactorias. Al respecto, ha habido 79 preocupaciones resueltas, 18 con solución parcial y el resto (193), no ha recibido aún notificaciones de solución. Los países en desarrollo son muy activos en el planteo de nuevas cuestiones comerciales y su participación está en aumento. La sanidad animal y las zoonosis ha sido la principal preocupación comercial, representando el 40% del total de preocupaciones tal como lo indica el Gráfico 1.

11 <http://spsims.wto.org/>.

12 Los Miembros notificantes son República Dominicana y Panamá ante EE.UU. Ver Notificaciones G/SPS/N/EQV/DOM/1 y G/SPS/N/EQV/PAN/1.

GRÁFICO I
PREOCUPACIONES COMERCIALES POR ASUNTO



Fuente: Secretaría OMC, G/SPS/53.

III. EL TRATAMIENTO DE LAS MSF EN LOS ACUERDOS REGIONALES

En los acuerdos regionales de comercio, algunos países han ido más allá de la aplicación de los principios centrales del MSF de la OMC. En estos casos, los acuerdos han calificado como *OMC PLUS*, en la medida que incluyen compromisos adicionales o establecen procedimientos para operacionalizar los principios del MSF con etapas específicas y dentro de ciertos plazos. El PLUS no significa que sean más rigurosos en cuanto a exigencias que puedan restringir el comercio, sino que el alcance y la precisión de los requerimientos son más detallados. De hecho, si fuesen más estrictos podrían generar un reclamo de violación a Nación Más Favorecida.

Para analizar el tratamiento de las MSF en los acuerdos regionales y su comparación con el MSF de la OMC se presenta el caso de Costa Rica, que es un país que ha firmado acuerdos comerciales con varios países.

En un análisis comparado detallado en el Cuadro 2 se identifica que los acuerdos firmados con Chile y Panamá fueron más allá de la aplicación de los principios centrales del MSF de la OMC.

En el Cuadro 2, solo el acuerdo con Panamá agrega al MSF de la OMC el compromiso de establecer sistemas armonizados en el ámbito sanitario y fitosanitario para los métodos de muestreo, diagnóstico, inspección y certi-

ficación, mientras que los otros acuerdos solo se remiten al cumplimiento de lo estipulado en la OMC.

CUADRO 2
ALCANCE Y PROFUNDIDAD DEL CAPÍTULO DE MSF:
EL CASO DE COSTA RICA

FIRMADO POR COSTA RICA CON:	PRINCIPIOS DEL MSF DE LA OMC					COMPROMISOS ADICIONALES		RESULTADO
	Armonización	Equivalencia	Regionalización	Evaluación del riesgo y protección	Transparencia	Cooperación Técnica	Reconocimiento Mutuo	OMC Plus
CAFTA-RD	√	√	√	√	√	Inst	No	No
México	√	√	√	√	√	Inst	No	No
Chile	√	√	√	√	√	Inst	No	Si
Panamá	√ +	√	√	√	√	Inst	No	SI
CARICOM	√	√	√	√	√	√	No	No
Canadá	√	√	√	√	√	Inst	No	No

Fuente: Elaboración propia basada en los textos, anexos, memorándum de entendimientos (MOU) y Acuerdos *ad hoc* entre los países involucrados.

En los seis tratados comerciales analizados no se han negociado acuerdos de equivalencia, a diferencia de otros países que sí lo han hecho. Chile tiene un acuerdo de equivalencia veterinaria (AEV) con la Unión Europea (UE), anexo al Acuerdo de Asociación que tiene este país con el bloque. Normalmente, la UE negocia estos acuerdos de equivalencia como acuerdos independientes.

Chile incluye algunos componentes que no se encuentran en otros AEV, tales como normas de bienestar animal. El acuerdo con la UE está explícitamente vinculado al MSF de la OMC y, por ende, menciona, de manera más formal que el resto de los tratados, la diferencia con las disposiciones de dicho acuerdo. Asimismo, en contraposición a los demás acuerdos, no identifica los productos específicos comerciados entre las partes contratantes ni el estado de las evaluaciones de equivalencia para esos productos, sino que solo incluye una orientación para el proceso de determinación de equivalencia.

Según nota del Comité de MSF¹³, algunos Miembros de la OMC manifestaron que existen acuerdos de equivalencia, pero estos no son notificados para evitar que otros exportadores se beneficien de sus disposiciones. Por otra parte, en muchos casos se ha aplicado la noción de equivalencia sin reconocerla formalmente como tal o sin dar el nombre de acuerdos *de equivalencia* a los correspondientes acuerdos bilaterales.

Los seis acuerdos comerciales prevén el uso de la metodología de “evaluación de riesgo y la determinación del nivel apropiado de protección” establecido por las tres organizaciones de normalización pertinentes (CODEX, OIE y OIPF). En otros acuerdos comerciales de la región se usan en primera instancia las metodologías propuestas por organismos internacionales regionales, como el Organismo Internacional Regional de Sanidad Agropecuaria (OIRSA) para temas de Sanidad de Plantas y Animales, y la Organización Panamericana de la Salud (OPS) para temas de Seguridad Alimentaria.

Por su parte, ninguno de los acuerdos comerciales firmados por Costa Rica tiene un componente adicional con respecto al acuerdo de la OMC en el área de *regionalización*.

En general, es en los aspectos de *transparencia* donde los acuerdos comerciales bilaterales de la región latinoamericana han realizado mayores compromisos proveyendo un mayor grado de detalle, y estableciendo procedimientos y plazos de notificación que van más allá de los establecidos en el MSF de la OMC.

Si bien en el acuerdo firmado entre Costa Rica y México se detalla el componente de transparencia, los efectos son similares al Acuerdo de la OMC en cuanto a los procedimientos y plazos descritos. En cambio, en el acuerdo con Chile se avanzó en el tema de notificación, principalmente en la definición de los casos de urgencia y los plazos para la notificación de procedimientos de esta naturaleza. Se establece que se deberá notificar los cambios que ocurran en el campo de la salud animal, como: (i) la aparición de enfermedades exóticas y de la Lista A de la OIE, dentro de las 24 horas siguientes a la detección del problema; (ii) los cambios que se presenten en el campo fitosanitario, tales como la aparición de plagas cuarentenarias o diseminación de plagas bajo control oficial dentro de las 72 horas siguientes a su verificación; (iii) los hallazgos de importancia epidemiológica y cambios

13 Ver Nota G/SPS/GEN/887.

significativos en relación con enfermedades y plagas que puedan afectar el intercambio comercial entre las Partes, en un plazo máximo de 10 días; (iv) los brotes de enfermedades en los que se compruebe científicamente como causal el consumo de productos alimentarios importados, naturales o procesados, y (v) las causas o razones por las que una mercancía de la Parte exportadora es rechazada.

En el MSF de la OMC se menciona la prestación de asistencia técnica especialmente a los países en desarrollo que podrá realizarse, por ejemplo, en las esferas de tecnologías de elaboración, investigación e infraestructuras, o bajo la forma de asesoramiento técnico, conocimientos especializados, asistencia financiera o suministro del equipo adecuado. Los tres organismos internacionales de normalización SFS también prestan asistencia técnica bajo diferentes modalidades.

En los acuerdos regionales, la cooperación técnica se manifiesta principalmente a través de la creación de comités o grupos especiales para tratar los temas SFS; es por ello que en el Cuadro 2 se denomina a la asistencia “Cooperación Institucional”, y se la caracteriza como un compromiso adicional a la OMC. La creación de comités es útil además para promover la transparencia y armonización entre los países.

En el CAFTA se establece la creación de un Comité sobre Asuntos SFS, diferente al Comité Agrícola. En el Anexo 6.3 del CAFTA se definen los representantes titulares de los organismos y/o ministerios de cada Parte que formarán el Comité. Se estipula que debe reunirse por lo menos una vez al año a menos que las Partes dispongan lo contrario. Entre otras funciones, los respectivos Comités actúan como medio a través del cual las Partes realizan consultas sobre diferentes tópicos, posiciones y agendas para reuniones internacionales y regionales sobre seguridad de alimentos, salud humana, animal y vegetal.

La naturaleza plurilateral del CAFTA se resalta en particular en la promoción de las comunicaciones entre las entidades de las Partes, promoviendo que sin demora se dé respuesta a las solicitudes por escrito que requieren información. El Comité en el CAFTA también está específicamente constituido como un foro de discusión de temas bilaterales y plurilaterales sobre MSF. Los temas relacionados con las recomendaciones se hacen al Comité Administrador del tratado para la creación de capacidades relacionadas con el Comercio y se toman disposiciones para el establecimiento *ad hoc* de grupos de trabajo según los términos de referencia del Comité.

El acuerdo no especifica formas concretas de asistencia técnica, como intercambio de profesionales especializados, programas y tratamientos específicos SFS o definiciones de métodos de cuarentena para facilitar el comercio. Solo en el caso de los Acuerdos con Chile y Panamá se estipula la conformación de un registro de especialistas calificados (grupos de expertos) en las áreas de inocuidad de los alimentos, sanidad vegetal y salud animal.

El reconocimiento mutuo relacionado con procedimientos de control, inspección y certificación no ha sido aplicado en los acuerdos, a pesar de ser un instrumento de importancia para la facilitación de comercio. La diferencia entre reconocimiento mutuo y equivalencia subyace en que el primero implica reciprocidad y el segundo, no.

Existen acuerdos entre países latinoamericanos que incluyen este aspecto, pero solo establecen que las partes tendrán que hacer el esfuerzo para identificar las áreas que permitan el reconocimiento mutuo de los procedimientos de control, inspección y certificación. México y Chile son básicamente los países que han negociado en sus acuerdos este aspecto con países de la región (pero no con Costa Rica). Chile también lo ha hecho con países desarrollados, como con la UE y EE.UU. En este último se logró el reconocimiento mutuo del programa de normalización para la comercialización de la carne vacuna (Anexo 3.17 del Acuerdo Chile-EE.UU.) y con la UE se logró el reconocimiento mutuo de procedimientos de certificación.

En términos generales, los acuerdos establecen capítulos referidos a la solución de diferencias que puedan surgir entre los países firmantes ó estipulan la posibilidad de opción entre la creación de un foro en el propio acuerdo ó llevar la controversia al Órgano de Solución de Diferencias de la OMC, a elección de la parte reclamante. Una vez iniciado el procedimiento, el foro seleccionado será excluyente del otro.

Dentro de los acuerdos firmados por Costa Rica se identifica una particularidad en el capítulo de MSF del CAFTA:

Ninguna Parte recurrirá al mecanismo de solución de controversias establecido en este Tratado para ningún asunto que surja según lo dispuesto en este Capítulo (artículo 6.2 literal 2).

El objetivo de este artículo es obligar a que se recurra a la OMC en caso de cualquier conflicto sobre MSF. La razón fundamental es porque el tema SFS es altamente complejo y técnico, y con frecuencia involucra a expertos cien-

tíficos, tal como lo dispone el artículo 11 del MSF de la OMC. De esta manera, se permite que la OMC sea la encargada de estos temas que, además de constar con especialista y experiencia, tiene el beneficio del Órgano de Apelación.

IV. LAS NORMAS VOLUNTARIAS PRIVADAS

La cuestión de las normas voluntarias del sector privado (*normas privadas*) en la seguridad alimentaria y la sanidad animal es una de las principales áreas de controversia en temas de MSF. Varios países en desarrollo han mostrado preocupación por el incremento de las normas privadas y su repercusión sobre el acceso a mercado, argumentando que estas podrían socavar el MSF.

Otros Miembros de la OMC, en cambio, han señalado que las normas privadas y sus prescripciones sobre la certificación tienen una función importante, de garantía de las exigencias de los compradores y las expectativas de los consumidores en la esfera de la calidad de los alimentos, y también en cuanto a prescripciones laborales y medioambientales. Algunos Miembros consideran que no es apropiado interferir con estas iniciativas de las entidades privadas, excepto en los casos de prácticas que pudieran inducir a error y distorsionar la competencia.

Este debate se inició en el seno de la OMC en 2005, cuando San Vicente y las Granadinas manifestaron su preocupación en la reunión del Comité MSF¹⁴ por la aplicación del Sistema de la Asociación Global para una Agricultura Segura y Sostenible (EurepGAP) al comercio de bananos con supermercados del Reino Unido.

El MSF, como los otros acuerdos de la OMC, se refiere principalmente a las medidas tomadas por los gobiernos. Sin embargo, en el Acuerdo se les pide a los países Miembros de la OMC que tomen las medidas razonables para asegurarse de que los organismos no gubernamentales cumplan las disposiciones del Acuerdo, sin dar más información sobre la forma precisa de cómo hacerlo.

A pesar de la controversia y para estructurar el debate, el Comité MSF decidió llevar a cabo un estudio en tres fases dirigido por un grupo de trabajo *ad hoc*¹⁵. La Secretaría comenzó con la distribución de un cuestionario sobre

¹⁴ G/SPS/R/37/Rev.1, párrafos 16 a 20.

¹⁵ G/SPS/R/53, párrafo 132.

las normas privadas relacionadas con cuestiones sanitarias y fitosanitarias¹⁶ en diciembre de 2005, solicitando a los Miembros información sobre los productos y mercados que suscitaban preocupación, las normas privadas e internacionales pertinentes, los efectos sobre el comercio, los costos del cumplimiento y otros elementos relacionados.

La segunda fase consistió en distribuir una recopilación que resumía las 40 respuestas recibidas de 22 Miembros¹⁷. La tercera fase conllevó un proceso de elaboración de documentos y de reuniones del Comité y el Grupo *ad hoc* que culminó en la elaboración de un documento de la Secretaría con la signatura G/SPS/W/247/Rev.3.

El documento se centra en las medidas que podrían adoptar el Comité MSF y/o los Miembros para determinar los beneficios de las normas privadas relacionadas con cuestiones sanitarias y fitosanitarias, y contrarrestar sus efectos negativos en lo referente al acceso a los mercados, en especial para los productores y los exportadores de los países en desarrollo. Concretamente, el grupo de trabajo *ad hoc* presentó doce medidas, la última de las cuales recomienda que el Comité MSF debería solicitar que se aclare si el MSF se aplica a las normas privadas relacionadas con cuestiones sanitarias y fitosanitarias. El documento propone varias formas de dilucidar esta cuestión. Una alternativa sería que el Comité MSF siga trabajando en esclarecer la relación entre las normas privadas y el MSF, labor que podría basarse en comunicaciones específicas presentadas por escrito por los Miembros, que reflejen sus propias opiniones jurídicas u opiniones de entidades jurídicas¹⁸. Otra opción sería que el Comité instruyera a la Secretaría para que recabe de una entidad jurídica calificada una opinión técnica sobre esta cuestión, a fin de que sea examinada por el Comité.

Si hay consenso entre los Miembros, sobre una decisión, por ejemplo que aclare el alcance del artículo 13 MSF, esta podría someterse al Consejo del Comercio de Mercancías y finalmente al Consejo General y/o la Conferencia Ministerial para su adopción formal.

Además de las posibles iniciativas del Comité MSF, el grado de aplicabilidad del MSF a las normas privadas relacionadas con cuestiones sanitarias y fitosanitarias también podría ser objeto de deliberaciones por parte de un

¹⁶ G/SPS/W/232.

¹⁷ G/SPS/GEN/932.

¹⁸ Véase el documento G/SPS/GEN/802.

grupo de solución de diferencias establecido en virtud del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC. Los participantes en el grupo de trabajo han expresado opiniones divergentes en relación con esta medida propuesta. Las normas privadas siguen sin ser parte del MSF.

V. EL CASO DE HORMONAS EN LA UNIÓN EUROPEA

Uno de las disputas comerciales que ha recibido mayor atención en el área de MSF ha sido el caso de las hormonas no solo por los actores que involucra, sino también porque fue el primer caso que se presentó en el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC relativo al tema sanitario y fitosanitario.

El origen de esta diferencia se remonta a los años setenta, cuando entre los consumidores europeos se despertó una preocupación cada vez mayor por el uso de hormonas estimulantes del crecimiento en el ganado vacuno. Tras la sospecha de que algunos casos de irregularidades hormonales en adolescentes se debían a la carne de ternera tratada con hormonas ilegales, las organizaciones de consumidores europeas exigieron la prohibición de este tipo de carne.

En 1980, el Consejo de Ministros de la Comunidad Europea¹⁹ decidió prohibir el uso de estrógenos y ratificó una mayor armonización entre sus Estados Miembros de la legislación en materia de medicamentos veterinarios, así como un mayor control de la producción animal. En 1988, la CE prohibió el uso de seis hormonas como estimulantes del crecimiento, así como también las importaciones de carne y productos cárnicos, a menos que el exportador pudiera demostrar que los animales no habían recibido tratamiento con las hormonas prohibidas. Se autorizaba, sin embargo, el uso de las tres hormonas naturales con fines terapéuticos y para la gestión de rebaños.

En el marco del GATT, los EE.UU. plantearon, en marzo de 1987, la cuestión de la prohibición de la CE en el Comité del Código de Normas. La diferencia no pudo solucionarse mediante las consultas bilaterales celebradas. Aduciendo que la prohibición de la CE no estaba justificada por la información científica, los EE.UU. pidieron el establecimiento de un grupo de expertos técnicos para que examinase la cuestión. Esta petición fue denegada, tras la respuesta de la CE de que el uso de estimulantes del crecimiento constituía

19 A partir del Tratado de Maastricht (1992), se denominó Unión Europea.

un proceso y un método de producción y como tal no quedaba incluido en el Código de Normas.

En enero de 1989, los EE.UU. introdujeron medidas de retorsión consistentes en derechos *ad valorem* del 100% sobre una lista de productos de las Comunidades Europeas. Por tal motivo, las Comunidades Europeas solicitaron el establecimiento de un grupo especial, que fue bloqueado por los EE.UU. En el mismo año, la CE decidió importar una cierta cantidad de carne de los Estados Unidos con el certificado de que se había producido sin hormonas y los EE.UU. retiraron algunos productos de su lista de *retorsión*.

Una vez creada la OMC, los EE.UU. y Canadá pidieron el establecimiento de un grupo especial en el marco de la OMC a través de la reclamación (WT/DS26) de EE.UU. y (WT/DS48) de Canadá. La medida en litigio era entonces la mencionada prohibición impuesta por la UE a las importaciones de carne de bovino procedente de animales tratados con hormonas²⁰ para estimular el crecimiento. La UE afirmaba que la prohibición era necesaria para asegurar la inocuidad de los alimentos; los EE.UU. y Canadá declararon que no había pruebas de que ese tratamiento fuera perjudicial. Australia, Noruega y Nueva Zelanda se sumaron como terceros países en este caso.

Los argumentos jurídicos de las partes reclamantes fueron, entre otras cosas, que la medida era incompatible con los artículos 2, 3 y 5 MSF. Por su relevancia, se analiza las implicancias de los párrafos 1 y 3 del artículo 3, y párrafos 1, 2 y 7 del artículo 5 MSF sobre la disputa.

I. ARMONIZACIÓN - PÁRRAFOS 1 Y 3 DEL ARTÍCULO 3 MSF

El informe del Grupo Especial constató que la prohibición por la UE de las importaciones de carne y productos cárnicos era incompatible con los párrafos 1 y 3 del artículo 3 MSF, y con los párrafos 1 y 5 del artículo 5 MSF, al sostener que la Comisión del Codex Alimentarius había establecido normas para cinco de las seis hormonas en cuestión. Que, en el caso de las tres hormonas naturales, no era necesario limitar los niveles de ingesta. Además, había establecido límites de inocuidad para los residuos de dos de

²⁰ Estradiol - 17 β , progesterona y testosterona, acetato de trembolona (TBA), zeranol y acetato de melengestrol.

las tres hormonas sintéticas, basados en niveles que se consideraba que no entrañaban ningún riesgo para la salud humana.

Por su parte, el Órgano de Apelación confirmó la constatación del Grupo Especial de que la prohibición por parte de la UE de las importaciones era incompatible con el párrafo 3 del artículo 3 MSF y con el párrafo 1 del artículo 5 MSF, pero revocó la decisión de que la prohibición de las importaciones por parte de la UE era incompatible con el párrafo 1 del artículo 3 MSF y con el párrafo 5 del artículo 5 MSF.

El Órgano de Apelación afirmó que el significado corriente de la expresión “basadas en” es muy diferente del alcance normal o natural de la expresión “estén en conformidad con”, que se utiliza en el párrafo 2 del artículo 3 del Acuerdo. Decidió que “basada en” significaba que una medida podía adoptar parte de una norma internacional, pero no necesariamente todos sus elementos. Observó que un Miembro que impone dicha medida no se beneficia de la presunción de coherencia establecida en el párrafo 2 del artículo 3 MSF para las medidas que “estén en conformidad con” normas internacionales.

En virtud del párrafo 3 del artículo 3 MSF, un Miembro puede establecer medidas que representen un nivel de protección más elevado que el reflejado en la norma internacional si existe una justificación científica o si ello es consecuencia del nivel adecuado de protección del Miembro. En cualquier caso, dicha medida debe ser compatible con las otras condiciones del MSF, especialmente en cuanto a la evaluación científica de los riesgos que supone para la salud. Así pues, una medida solo será compatible con el párrafo 3 del artículo 3 MSF, si cumple, entre otras cosas, las prescripciones del artículo 5 MSF relativas a la evaluación del riesgo.

2. EVALUACIÓN DEL RIESGO - PÁRRAFOS 1 Y 2 DEL ARTÍCULO 5 MSF

Los Miembros tienen la obligación de basar sus medidas sanitarias y fitosanitarias en una evaluación adecuada del riesgo, aunque la medida haya sido promulgada antes de la entrada en vigor del MSF, según el Informe del Grupo Especial. No deben aplicarse MSF sin testimonios científicos suficientes, lo que significa que si se lo solicita, un Miembro debe proporcionar una evaluación de riesgo para MSF que esté en vigor y no se base en una norma internacional.

De acuerdo con la definición del Anexo A del Acuerdo, en el caso de la inocuidad de los alimentos, una evaluación del riesgo es una valoración de los posibles efectos perjudiciales para la salud humana. La UE se había basado en varios informes científicos sobre cinco de las hormonas y el Grupo Especial había aceptado que algunos de ellos podían considerarse evaluaciones del riesgo. Sin embargo, ninguno de esos estudios respaldaba una prohibición de la carne tratada con hormonas y el Grupo Especial llegó a la conclusión de que la medida de la UE no se basaba en los testimonios científicos presentados.

El Órgano de Apelación confirmó la decisión y aclaró que se necesitaba una relación racional entre la medida y la evaluación del riesgo.

3. ACERCA DE LA PRECAUCIÓN - PÁRRAFO 7 DEL ARTÍCULO 5 MSF

El párrafo 7 del artículo 5 MSF permite la adopción de medidas provisionales en casos en los cuales los testimonios científicos pertinentes sean insuficientes para evaluar los riesgos sanitarios. No obstante, el Miembro que las adopte debe tener en cuenta la información disponible pertinente, y debe tratar de obtener la información adicional necesaria para realizar una evaluación más objetiva del riesgo y revisar la medida en un plazo razonable.

Por su parte, el “principio de precaución” ha sido incorporado en diversos acuerdos internacionales sobre el medio ambiente y algunos especialistas afirman que está reconocido como un principio general ambiental internacional.

La UE no invocó el párrafo 7 del artículo 5 MSF, y declaró explícitamente que la prohibición de las importaciones no era una medida provisional. La UE se amparó en el “principio de precaución” como norma consuetudinaria del Derecho Internacional o, como principio general del Derecho, y alegó que los párrafos 1 y 2 del artículo 5 MSF sobre evaluación del riesgo no impedían a los Miembros ser cautos a la hora de establecer normas sanitarias ante pruebas científicas contradictorias y la existencia de incertidumbre.

El Órgano de Apelación no adoptó una posición sobre la situación del “principio de precaución” en el Derecho Internacional, pero señaló que estaba reflejado, entre otros²¹, en el párrafo 7 del artículo 5 MSF. Este ór-

²¹ Además del párrafo 7 del artículo 5, el Órgano de Apelaciones menciona el párrafo 6 del Preámbulo y el párrafo 3 del artículo 3. En el párrafo 6 del Preámbulo incluye la precaución al alentar a la armonización de las MSF nacionales con las normas internacionales sin exigir que los Miembros

gano, además, estuvo de acuerdo con la conclusión del Grupo Especial de que el “principio de precaución” en la medida en que no está explícitamente incorporado en el párrafo 7 del artículo 5 MSF no anula las disposiciones de los párrafos 1 y 2 del artículo 5 MSF.

4. EL APORTE DEL CASO

El informe del Órgano de Apelación y el informe del Grupo Especial fueron adoptados por el OSD de la OMC el 13 de febrero de 1998. La parte reclamada (UE) no cumplió con el plazo establecido por el OSD para aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD, con la consiguiente aplicación de sanciones (retorsiones) por parte de las partes reclamantes.

En general, los casos presentados en el marco del ESD de la OMC reflejan, por una parte, los mayores problemas de comerciales, pero a la vez permiten detectar algunas áreas sensibles de acceso a los mercados. En ese sentido, los casos que se refieren a medidas sanitarias y fitosanitarias pueden permitir un mayor acceso a los mercados, o ser una señal de la necesidad de mejorar las disciplinas o regulaciones en la controversia en cuestión. En este caso, cabe tener presente la reclamación planteada por los EE.UU. y Canadá a la UE a la restricción de importación de carne vacuna tratada con hormonas de crecimiento. En virtud del origen de la reclamación por parte de la opinión pública, consumidores europeos y la resolución del OSD de que la restricción impuesta por la UE no se basaba en evidencias científicas o en una evaluación del riesgo o en normas internacionales pertinentes. El caso deja al descubierto el perjuicio de que los países impongan MSF de acuerdo a criterios no basados en sustentos científicos.

La biotecnología es el medio para permitir el aumento de la producción de alimentos y otros productos agropecuarios ante una demanda poblacional creciente y nuevos desafíos en el contexto agroalimentario. El pronunciamiento del sistema multilateral del comercio a través del OSD a favor de la ciencia y la tecnología permite contrarrestar los efectos de la proliferación de reclamos que atenten contra el beneficio de productores y también consumidores mundiales.

cambien sus niveles de protección sanitarios determinados soberanamente. El párrafo 3 del artículo 3 conlleva un enfoque de precaución al permitir explícitamente que los Miembros adopten MSF más estrictas que las medidas internacionales pertinentes.

VI. REFLEXIONES FINALES

La integración de las economías es un proceso mundial al que los países se han integrado de manera dinámica. La apertura de los mercados regulada por disciplinas comerciales es el eje principal de la globalización. El MSF de la OMC constituye el marco jurídico de las relaciones multilaterales agrícolas en el área SFS para el desarrollo del mercado agroalimentario, pesquero y forestal.

Dada la cobertura y dinamismo de los temas que involucra el Acuerdo, el reto no es el concepto, es decir el qué hacer, sino la aplicación del Acuerdo, esto es, el cómo hacerlo.

El contexto internacional es dinámico y desafiante, donde los acuerdos comerciales regionales adquieren importancia cada vez mayor, dado su carácter permanente en las relaciones económicas internacionales. Al respecto y teniendo en cuenta que la OMC no excluye este tipo de acuerdos, el reto de los que formulan la política comercial es garantizar que estos acuerdos contribuyan al buen funcionamiento del sistema multilateral del comercio. Sería deseable asegurar que los acuerdos comerciales regionales no sustituyan al sistema multilateral de comercio sino que funcionen como un complemento que amplifique sus beneficios en lugar de disminuirlos.

Un segundo reto de esta área son las normas privadas. En la medida que no se ha decidido oficialmente si las normas privadas están comprendidas en el ámbito del MSF, y evaluando el grado de debate que existe en la comunidad internacional sobre este tema, sería necesario analizar si es loable que el Comité MSF sea el foro pertinente para la discusión y toma de decisiones respecto al impacto de las normas privadas sobre el comercio internacional.

Las MSF, por su naturaleza, pueden dar lugar a restricciones al comercio. Una medida no justificada es un instrumento proteccionista muy eficaz. Una MSF, por su complejidad técnica, es un obstáculo falaz y difícil de impugnar. Con la eliminación gradual de los aranceles, las MSF serán los principales instrumentos de control que prevalecerán para regular el comercio agrícola. En consecuencia, el fortalecimiento y acatamiento de las reglas en esta área es un interés de todos.

CAPÍTULO 10

Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC)

MICHAEL KÖBELE

I. HISTORIA Y ANTECEDENTES

En la vida cotidiana, los consumidores confían fuertemente en el uso de normas comunes establecidas por las industrias, tales como el *bluetooth*, *Wi-Fi*, los teléfonos celulares, para nombrar solo algunos. El ejemplo más obvio es el teléfono celular que solo sería útil si permite la comunicación con celulares de otros productores. En el otro extremo del espectro también es claro que el uso de diferentes normas aumentaría los costos para los consumidores. Es también el caso de los tomacorrientes para aparatos electrónicos alrededor del mundo. Esta diversidad obliga al viajero a comprar o arrendar el adaptador local para fines de recargar los dispositivos electrónicos que han llevado con ellos, tales como una computadora portátil.

En los años setenta hubo consenso de que el GATT de 1947 no era adecuado para abordar el fenómeno de las normas técnicas como un obstáculo al comercio internacional¹. Aunque desde el punto de vista legal no era estrictamente necesario, para tener éxito en un caso de violación al GATT la “intención discriminatoria” tenía que ser evidente por la parte contratante del GATT. La complejidad inherente del progreso técnico hacían muy difícil, en la práctica, presentar un caso como una clara violación al principio de trato nacional.

Como consecuencia de ello, en la Ronda de Tokio² se negoció un acuerdo plurilateral sobre obstáculos técnicos. El Acuerdo de OTC fue firmado por un número limitado de Miembros y entró en vigor el 1º de enero de 1980. Establecía una serie de reglas para la preparación, adopción y aplicación de reglamentos técnicos, normas y procedimientos de evaluación de la conformidad. En el momento en que concluyeron las negociaciones de la Ronda Uruguay, 46 partes contratantes del GATT habían aceptado el Acuerdo OTC de la Ronda Tokio. Este Acuerdo fue comúnmente percibido como *altamente exitoso*, pues muchas partes del GATT adhirieron a este. El Acuerdo de OTC de la Ronda Tokio se aplicaba a las reglamentaciones técnicas, normas y procedimientos de evaluación de la conformidad en general, incluyendo medidas dirigidas a la seguridad alimentaria y humana, protección de la vida o la salud animal y vegetal, de contaminantes, plagas y enfermedades.

1 APPLETON, en: MACRORY, APPLETON y PLUMMER, *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, volumen 1, 2005, p. 375.

2 BISD 26S/8 (1980).

Estos temas actualmente se encuentran bajo la disciplina del Acuerdo sobre la aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF)³.

El sucesor del Acuerdo Plurilateral de la Ronda de Tokio es el OTC de la OMC⁴. Fue negociado durante la Ronda Uruguay y es uno de los 12 acuerdos comerciales multilaterales sobre el comercio internacional de mercancías, contenidos bajo el GATT. El Acuerdo OTC de la OMC ha fortalecido y aclarado las disposiciones del OTC de la Ronda de Tokio. Muchas de las disposiciones de este último se han mantenido, pero hay diferencias significativas, en la forma y el contenido⁵.

II. EL ACUERDO DE OBSTÁCULOS TÉCNICOS AL COMERCIO

I. OBJETIVOS

El Preámbulo del Acuerdo de OTC pone de relieve la necesidad de un equilibrio entre los diversos objetivos⁶. El principal es asegurar que los reglamentos técnicos, normas y procedimientos de evaluación de la conformidad no creen obstáculos innecesarios al comercio internacional, no se apliquen de una manera que constituya un medio de

“(...) discriminación arbitraria e injustificada entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones” o una “restricción encubierta del comercio internacional”⁷.

Al mismo tiempo, el Preámbulo reconoce que no se impedirá a ningún país Miembro tomar las medidas necesarias para garantizar la calidad de sus exportaciones; la protección del ser humano, de la salud y vida de los animales o vegetales, la protección del medio ambiente, la prevención de prácticas engañosas, a niveles que considere apropiadas, y la protección de sus intereses esenciales de seguridad. La lista que se indica en el Preámbulo no es exhaustiva. Los Miembros pueden proteger otros objetivos legítimos

3 Ver Capítulo 9.

4 HERRMANN, en: HERRMANN, WEIß y OHLER (ed.), *Welthandelsrecht*, 2ª ed., 2007, p. 250.

5 Ver JACKSON, *The World Trading System*, 2ª ed., 1999, pp. 223-224.

6 Ver generalmente en el preámbulo de KOEBELE, en: WOLFRUM, STOLL y SEIBERT-FOHR (ed.), *WTO – Technical Barriers and SPS Measures*, 2007, Preámbulo OTC, párrs. 1-16.

7 Esta redacción fue tomada del preámbulo del artículo XX GATT.

mientras utilicen las medidas prescritas en el OTC. Sin embargo, las medidas regulatorias emprendidas con la finalidad de proteger objetivos legítimos de los Miembros no deberán entorpecer ni los derechos de otros Miembros ni lo que se ha logrado a través de la liberalización del acceso de mercado, es decir, a través de impuestos y aranceles de importación inferiores.

2. ESTRUCTURA

Similar a otros acuerdos de la OMC, el de los OTC consta de un Preámbulo, que establece los objetivos generales del Acuerdo, con 15 artículos y 3 anexos. El primer conjunto de disposiciones se refiere a la preparación, adopción y aplicación de normas técnicas (artículos 2-3). El segundo conjunto se ocupa de la preparación, adopción y aplicación de las normas (artículo 4) y del Código de Buenas Prácticas para la Preparación, Adopción y Aplicación de las Normas (Anexo 3). El tercer conjunto de disposiciones se refiere a los procedimientos de evaluación de la conformidad (artículos 5-9). El resto del Acuerdo (artículos 10-14) trata sobre la transparencia, asistencia técnica, trato especial y diferenciado, solución de controversias y la labor del Comité de OTC.

En adición, el Anexo 1 contiene las definiciones de los términos utilizados en el Acuerdo y el Anexo 2 establece las disposiciones referentes a los grupos de expertos técnicos. El Anexo 3 se ocupa de la preparación, adopción y aplicación de las normas por los organismos de normalización.

3. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El Acuerdo de OTC se aplica a tres tipos de medidas: reglamentos técnicos, normas y procedimientos de evaluación de la conformidad, todos en el Anexo.

Es importante tener en cuenta que la opinión mayoritaria es que el actual Acuerdo de OTC regula las normas y reglamentos técnicos centrados en procesos y métodos de producción (PMP), cuando están relacionados con las características de los productos cubiertos por dicho Acuerdo⁸. No estarían regulados por el OTC los PMP no relacionados con las características, es decir, los PMP que no son detectables en el producto final, que no dejan huellas o, en jerga de comercio, PMP no relacionados con el producto. Sin embargo,

8 Ver para un resumen de la discusión, KOEBELE, en: WOLFRUM, STOLL y SEIBERT-FOHR (ed.), *WTO – Technical Barriers and SPS Measures*, 2007, Preámbulo OTC, párrs. 30-40.

la cobertura del PMP no relacionado con el producto ha desencadenado un complejo debate tanto en el Comité del OTC y, en el contexto del debate sobre el etiquetado, en el Comité de Comercio y Medio Ambiente (CCMA). El PMP no relacionado con el producto puede, por ejemplo, constituir un instrumento de política importante para garantizar la seguridad de los empleados o para proteger el medio ambiente.

En el caso reciente de *Estados Unidos – Atún II*⁹, EE.UU. no apeló el rechazo del Grupo Especial al argumentar que

(...) las disposiciones de etiquetado de Dolphin-safe de atún no establecen las características del producto para productos de atún¹⁰,

Ignorando completamente que los requisitos de etiquetado tienen que ver con la forma como fue capturado el atún sin dejar rastros en el atún como un producto (PMP no relacionado con el producto), el Grupo Especial sostuvo que los requisitos de etiquetado establecidos en las disposiciones de etiquetado de los EE.UU. *Dolphin-safe* se aplican a un producto, es decir, productos de atún, y concluyeron que estaba dentro del alcance del Acuerdo de OTC¹¹.

Basado en lo anterior, se puede concluir –de manera pragmática– que en última instancia lo que importa es si una etiqueta o un reglamento *se aplican* o no a un *producto*. En este caso, la etiqueta de EE.UU. *se aplica al* atún como un producto. El aceptar PMPs no relacionados con las características finales del bien, implicaría expandir el alcance del OTC y abriría la puerta para, por ejemplo, regular la huella de carbono generada en el proceso de producción vía reglamentos técnicos, aun cuando no sean detectables en las características finales del producto de que se trata. En la actual fase de desarrollo del alcance del OTC, la razón o propósito de la etiqueta o reglamento no debe ser parte de la discusión ni del análisis del Grupo Especial.

4. ASUNTOS EXCLUIDOS DEL ACUERDO DE OTC

El artículo 1.5 OTC excluye medidas sanitarias y fitosanitarias de su ámbito de aplicación, lo que es confirmado por el artículo 1.4 MSF. Es así como el

9 *Estados Unidos – Atún II*, OA, WT/DS381/R.

10 Ídem, párr. 7.66. (Argumento EE.UU.), párrs. 7.71–7.79.

11 Ídem, párr. 7.78.

Acuerdo de OTC abarca todos los reglamentos técnicos, normas y procedimientos de evaluación de la conformidad, excepto cuando estos se refieran a medidas sanitarias o fitosanitarias, caso en el que se aplica el MSF. Dicho de otro modo, los Acuerdos MSF y OTC son mutuamente excluyentes.

Sin embargo, exclusividad mutua no significa que todos los hechos de un asunto se traten solamente en cualquiera de los Acuerdos. En muchos casos, un reglamento puede tener más de un objetivo y, por lo tanto, podría ser cubierto por ambos Acuerdos, el MSF y el OTC. Algunas partes de la regulación podrían caer dentro del ámbito del MSF, mientras otras caerían dentro del OTC. Como ya se mencionó, antes de 1994 no existía Acuerdo separado de MSF y OTC de la Ronda Tokio también cubría requisitos técnicos resultantes de medidas de seguridad alimentaria y de salud animal y vegetal, incluyendo límites de residuos de plaguicidas, requisitos de inspección y etiquetado.

El artículo 1.4 OTC excluye de su cobertura especificaciones de adquisiciones del gobierno¹². Afirma que

(...) comprar especificaciones preparados por organismos gubernamentales para la producción o consumo de organismos gubernamentales no está sujeto a las disposiciones de este Acuerdo,

pero se aborda en el Acuerdo sobre Contratación Pública, según su cobertura. Estas especificaciones se encuentran sujetas a las disposiciones pertinentes en el Acuerdo Plurilateral sobre Contratación Pública (ACP) que se aplican únicamente a las partes del ACP. El ACP se aplica a

(...) cualquier ley, reglamento, procedimiento o práctica sobre cualquier contratación por las entidades contempladas en este Acuerdo.

como se especifica en una lista positiva de entidades anexas al Acuerdo por cada Parte y a la contratación más allá de los niveles del umbral definido para cada Parte

(...) por cualquier medio contractual, incluyendo a través de métodos, tales como, compra o como el arrendamiento, alquiler o compra de alquiler con o sin opción

¹² KOEBELE, en: WOLFRUM, STOLL y SEIBERT-FOHR (ed.), *WTO – Technical Barriers and SPS Measures*, 2007, Artículo 1 y Anexo 1 OTC, párr. 8.

de compra, incluyendo cualquier combinación de productos y servicios” (ACP, artículos I:1 y I:2).

El OTC se aplica independientemente de si el miembro de la OMC en cuestión se adhirió a dicho acuerdo o no.

Por último, las medidas técnicas relativas a los servicios se abordan bajo el artículo VI:4 del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) y no bajo el OTC.

5. TÉRMINOS CLAVE Y DEFINICIONES

Como ya se ha mencionado, el Anexo 1 OTC define los principales términos utilizados en el OTC:

En virtud del artículo 1.1 OTC, los términos para la normalización y procedimientos de evaluación de la conformidad no específicamente definidos en el Anexo 1, tendrán el significado que se adoptó dentro del sistema de las Naciones Unidas y los organismos internacionales de normalización. Las definiciones contenidas en la Guía ISO/IEC 2:1991 –sexta edición–, que corresponde al período cuando se redactó el OTC, se utilizan para fines de normalización. Define normas como un

(...) documento establecido por consenso y aprobado por un organismo reconocido, que proporciona, para uso común y repetido, reglas, directrices o características para actividades o sus resultados, encaminadas al logro del grado óptimo de orden en un contexto determinado. NOTA: las normas deben estar basadas en los resultados consolidados de la ciencia, la tecnología y la experiencia y encaminadas a la promoción de beneficios óptimos de la comunidad.

Sin embargo, hay tres diferencias en términos de cobertura y definición de normas entre el Acuerdo de OTC y la Guía ISO/IEC 2:1991. En primer lugar, la Guía IEC 2:1991 cubre servicios, mientras que el OTC, no; en virtud de la Guía ISO, una norma puede ser obligatoria o voluntaria mientras que a los efectos del OTC, las normas son voluntarias, y en la Guía, las normas están basadas en el consenso, mientras que el OTC abarca también las normas que no están basadas en el consenso. La definición y la cobertura de las normas previstas en el Acuerdo de OTC prevalecen sobre las que se presentan en la Guía ISO/IEC 2:1991, para fines de la interpretación y aplicación de los derechos y obligaciones del Acuerdo.

6. COBERTURA INSTITUCIONAL

El Acuerdo de OTC (párrafos del 4 al 8 del Anexo 1) distingue entre gobierno central, gobiernos locales y regionales, organismos internacionales y organismos no gubernamentales. Este enfoque refleja la realidad de que las normas y reglamentos técnicos a menudo son emitidas por los gobiernos locales u organizaciones nacionales (privadas). Numerosos órganos regionales realizan trabajos sobre temas del OTC, y existe un creciente uso de normas comerciales o privadas desarrolladas por organismos no gubernamentales que se ocupan de las especificaciones o del rendimiento de los productos. Además, para el mismo producto, puede haber un *mosaico* de requisitos, que incluyen las regulaciones locales y centrales, así como las normas no gubernamentales, adoptadas tras la demanda de las industrias e intereses de grupos de consumidores.

Legalmente, esto significa que los Miembros de OMC son responsables de la aplicación del Acuerdo de OTC, pero su obligación de garantizar el cumplimiento de las normas es diferente en distintos niveles de organismos gubernamentales, entidades no gubernamentales y organismos regionales¹³. Es así como los Miembros (i) son plenamente responsables de garantizar que los órganos del gobierno central cumplan con las obligaciones en materia de normas técnicas y procedimientos de evaluación de la conformidad, y velarán también porque los organismos de normalización del gobierno central acepten y cumplan con el Código de Buenas Prácticas para la Preparación, Adopción y Aplicación de Normas (Código de Buenas Prácticas); (ii) son responsables y tomarán las medidas razonables para asegurar el cumplimiento de los organismos públicos locales con las disposiciones del Acuerdo sobre normas técnicas y procedimientos de evaluación de la conformidad, así como velar porque esos órganos acepten y cumplan con el Código de Buenas Prácticas; (iii) deberán tomar las medidas razonables para asegurarse de que organismos internacionales cumplan con los artículos 5 y 6 sobre la evaluación de la conformidad, y solo se basarán en los procedimientos de evaluación de conformidad de dichos organismos, si estos cumplen con estas dos disposiciones, y (iv) deberán tomar las medidas razonables para asegurar

¹³ En el caso de la Unión Europea Miembro de la OMC, las disposiciones que rigen las instituciones del gobierno central son aplicables. Instituciones regionales o sistema de evaluación de la conformidad pueden establecerse dentro de la Unión Europea, y en esos casos estarían sujetos a las disposiciones sobre las instituciones regionales o de sistemas de evaluación de la conformidad.

que las entidades no gubernamentales acepten y cumplan con el Código de Buenas Prácticas y las disposiciones relevantes del Acuerdo, en especial los artículos 5 y 6 en la evaluación de la conformidad. Solo se basarán en los procedimientos de evaluación de conformidad de dichos organismos, si cumplen con estas dos disposiciones.

Como garantía adicional, el OTC obliga explícitamente a los Miembros de OMC a abstenerse de medidas que requieren o alienen alguno de los órganos de normalización citados, a actuar de manera inconsistente con el Acuerdo, su Código de Buenas Prácticas o ambos. Las obligaciones de los Miembros respecto al cumplimiento de los órganos de normalización con las disposiciones del Código de Buenas Prácticas se aplican independientemente de si un organismo de normalización ha aceptado o no el Código.

7. ÁMBITO TEMPORAL DE APLICACIÓN

El artículo XVI: 4 OMC proporciona el ámbito temporal de aplicación del Acuerdo de la OMC, incluido el de OTC. Afirmar que cada Miembro de la OMC deberá garantizar la conformidad de sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos con sus obligaciones previstas en los Acuerdos anexos. Sobre el OTC, en el caso *CE – Sardinias*, el Órgano de Apelación confirmó el fallo del Grupo Especial que establece que el artículo 2:4 OTC se aplica no solo a la “elaboración y aprobación” de reglamentos técnicos, sino también a la “aplicación” de medidas existentes antes del 1º de enero de 1995¹⁴. El Grupo Especial y el Órgano de Apelación en el caso *CE – Sardinias* no encontraron ninguna limitación temporal en el lenguaje del Acuerdo. Por consiguiente, el Acuerdo de OTC se aplica a las medidas en vigor, independientemente de la fecha en que fueron promulgadas por el Miembro de la OMC.

III. MEDIDAS TÉCNICAS CUBIERTAS

I. REGLAMENTO TÉCNICO

Reglamento técnico se define, en el párrafo 1, Anexo 1 OTC, como un documento

¹⁴ *CE – Sardinias*, OA, WT/D231/AB/R, párr. 212.

(...) que establece las características de un producto o los procesos y métodos de producción con ella relacionados, con inclusión de las disposiciones administrativas aplicables, y cuya observancia es obligatoria. También puede incluir prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado aplicables a un producto, proceso o método de producción, o tratar exclusivamente de ellas.

En virtud de ello, puede incluirse en un reglamento técnico la siguiente gama de requerimientos: (i) requisitos de terminología, (ii) requisitos de símbolo, (iii) requisitos de embalaje, (iv) requisitos de marcado y (v) requisitos de etiquetado. El ejemplo paradigmático de reglamento técnico es una ley que impone el requisito de cinturón de seguridad para todos los asientos en los automóviles y otros vehículos de pasajeros. Pero la definición es suficientemente amplia para abarcar otros elementos estratégicos, como etiquetas de energía sobre bienes de consumo o las etiquetas de información nutricional en los alimentos.

Para efectos de comprobar si una medida o un documento es un reglamento técnico, el Órgano de Apelación estableció tres criterios en el caso más importante sobre OTC, el de *CE – Amianto*, confirmado más tarde en el caso *CE – Sardinias*. En el caso del amianto (asbesto), Francia impuso una prohibición sobre la sustancia, así como sobre los productos que contienen amianto y fibras de amianto¹⁵. Previamente, Francia había sido un gran importador de grandes cantidades de amianto crisotilo. El Órgano de Apelación estableció los siguientes tres criterios para determinar si la medida en cuestión era o no un reglamento técnico: (i) El documento debe aplicarse a un producto identificable o grupo de productos. El producto no tiene que ser necesariamente mencionado explícitamente en un documento para que sea considerado como un producto identificable. De acuerdo con el Órgano de Apelación, “identificable” no significa “expresamente identificado”¹⁶. (ii) El documento debe establecer una o más características del producto. El Órgano de Apelación señaló el párrafo 1 del Anexo 1, y dio algunos ejemplos de “características del producto” que puede ser prescrito o impuesto en una forma negativa o positiva, y que incluyen no solo características y cualidades intrínsecas del producto en sí, sino también relacionados con “características”, como los medios de identificación, la presentación y la

15 *CE – Amianto*, OA, WT/DS135, párrs. 1-2.

16 *Ídem*, párr. 70.

apariencia de un producto¹⁷. (iii) Que el cumplimiento de las características del producto debe ser mandatorio. Un reglamento técnico debe regular las “características” de productos de manera vinculante y obligatoria¹⁸.

De ello se deduce que un *reglamento técnico* tiene el efecto de la imposición de una o más *características*. En el caso que nos ocupa, dado que el Decreto de la UE aplicaba a un producto identificable –amianto–, establecía las características de amianto y de manera obligatoria, el Órgano de Apelación determinó que se trataba de un reglamento técnico y no una mera prohibición de importación¹⁹.

En el caso *Estados Unidos – Atún II*, México desafió a la etiqueta de *Dolphin-safe* de EE.UU. para productos de atún, como incompatible con el OTC. EE.UU. tomó la posición que las normas relevantes de EE.UU. no equivalen a un reglamento técnico porque hubieran sido *obligatorias* solo si el uso de la etiqueta también hubiera sido un requisito para colocar el producto en venta en el mercado²⁰. Sin embargo, el Órgano de Apelación y el Grupo Especial coincidieron en que la medida de EE.UU. constituía un *reglamento técnico*, pues formaba parte de la legislación de EE.UU. e imponía condiciones jurídicamente vinculantes que debían cumplirse para tener acceso a la etiqueta de *Dolphin-safe*²¹.

2. NORMAS

Norma se define, en el párrafo 2 del Anexo 1, como un

(...) documento aprobado por una institución reconocida, que prevé para uso común y repetido, reglas, directrices o características para los productos o los procesos y métodos de producción conexos, y cuya observancia no es obligatoria.

La segunda frase aclara que la definición de la norma abarca también terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado. Buenos ejemplos de normas son tomas de enchufe para aparatos eléctricos, normas de comunicación de telefonía móvil o las normas sobre los tamaños de papel.

17 Ídem, párr. 67.

18 Ídem, párr. 68.

19 *CE – Amianto*, OA, WT/DS135, párrs. 75-76.

20 *Estados Unidos – Atún II*, OA, WT/DS381/AB/R, párr. 196.

21 Ídem, párr. 199.

El término “institución reconocida” no es definido ni por el OTC ni por la Guía ISO/IEC 2:1991. Sin embargo, el Anexo 1 (párrafos 4 al 8) se refiere a los diferentes tipos de instituciones cuyos documentos están cubiertos por OTC: institución o sistema internacional, institución o sistema regional, institución del gobierno central, institución pública local e institución no gubernamental.

Obligaciones para las normas del OTC se encuentran en el artículo 4 OTC sobre la preparación, adopción y aplicación de normas y el Anexo sobre el Código de Buenas Prácticas. El artículo 4 OTC establece el Código de Buenas Prácticas. Su texto figura en el Anexo 3 (Código de Buenas Prácticas). El Anexo 3.B establece que el Código está abierto a la aceptación por parte de cualquier institución de normalización dentro del territorio de un Miembro de la OMC, ya sea una institución del gobierno central, una institución pública local, una institución no gubernamental, cualquier institución regional de normalización, sea gubernamental o no, de las cuales un Miembro (o institución dentro de su territorio) forme parte.

La diferencia clave de los reglamentos técnicos es que las normas no son obligatorias, aunque constituyan la gran mayoría de los requisitos a los que están sujetos los productores y exportadores. En otras palabras, las fuerzas del mercado pueden hacer que el cumplimiento de una norma sea tan necesario como el cumplimiento de un reglamento técnico con la fuerza vinculante de la ley. Es por eso que, en la práctica, la aceptación generalizada del Código de Buenas Prácticas por instituciones de normalización es fundamental para permitir el comercio internacional.

3. PROCEDIMIENTO PARA LA EVALUACIÓN DE LA CONFORMIDAD

El Procedimiento para la evaluación de la conformidad se define, en el párrafo 3 del Anexo 1 del Acuerdo de OTC, como

[t]odo procedimiento utilizado, directa o indirectamente, para determinar que se cumplen las prescripciones pertinentes de los reglamentos técnicos o normas.

Por ejemplo, las pruebas podrán formar parte de la inspección y los resultados de las pruebas han de utilizarse para apoyar la certificación.

Cinco de 15 artículos del OTC están dedicados exclusivamente a los procedimientos para la evaluación de la conformidad. Los artículos 5 y 6 OTC

establecen las reglas básicas respecto a las instituciones del gobierno central. Luego, los artículos 7 al 9 OTC hacen aplicables estas reglas básicas a (i) las instituciones públicas locales, (ii) las instituciones no gubernamentales y (iii) los sistemas internacionales y regionales.

Bajo el OTC, los Miembros están obligados a conceder un acceso no menos favorable a los procedimientos para la evaluación de la conformidad para los proveedores de productos similares, nacionales y extranjeros, y hacer un procedimiento para la evaluación de la conformidad no más estricto de lo que es necesario para fines de garantizar la conformidad de los productos con los reglamentos técnicos y las normas.

El Acuerdo de OTC no proporciona las definiciones de los tipos de procedimientos utilizados para la evaluación de la conformidad. De ahí que se utilice la Guía ISO/IEC 2:1991, que define pruebas, procedimientos de inspección y certificación. Por su parte, la definición de la *metrología* es la adoptada por la Oficina Internacional de Pesos y Medidas (BIPM, por sus siglas en francés). En la práctica, la evaluación de la conformidad tiene una variedad de formas: hay procedimientos realizados en relación con la evaluación de la conformidad de los productos (pruebas, inspección y certificación) y hay procedimientos realizados en relación con la actividad de evaluación de la conformidad (metrología y calibración, y acreditación).

IV. NO DISCRIMINACIÓN

El OTC incorpora los dos elementos de la no discriminación: el principio de la Nación Más Favorecida (NMF) (artículo I GATT) y el principio de trato nacional (artículo III GATT).²² En efecto, el artículo 2:1 OTC prevé que

(...) los Miembros se asegurarán de que, con respecto a los reglamentos técnicos, se dé a los productos importados del territorio de cualquiera de los Miembros un trato no menos favorable que el otorgado a productos similares de origen nacional y a productos similares originarios de cualquier otro país.

Asimismo, el Anexo 3.D del Código de Buenas Prácticas dispone que

22 VAN DEN BOSSCHE, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, 2^a-ed., 2008, pp. 322 ss. y 344 ss.

(...) en relación con las normas, la institución con actividades de normalización otorgará a los productos originarios del territorio de cualquier otro Miembro de la OMC un trato no menos favorable que el otorgado a los productos similares de origen nacional y a los productos similares originarios de cualquier otro país.

Respecto de los procedimientos para la evaluación de la conformidad, el artículo 5.1.1 OTC establece que los proveedores de productos de Miembros de OMC concederán acceso (derecho a una evaluación de la conformidad) en condiciones no menos favorables que las que se otorga a los proveedores de productos similares de origen nacional o extranjero, en una situación comparable.

En el caso *Estados Unidos – Cigarrillos Clavo de Olor*, Indonesia cuestionó una medida de EE.UU. que prohíbe cigarrillos y componentes que contienen un sabor, hierbas o especias que le dan un sabor característico al producto, a excepción de mentol y tabaco. Mientras mentol y los cigarrillos *regulares* están exentos de la prohibición, los cigarrillos de clavo de olor se encuentran cubiertos por ella. Al analizar la prohibición de los EE.UU. bajo el artículo 2.1 OTC, el Órgano de Apelación reconoció las diferencias entre la obligación de trato nacional del artículo III:4 GATT y el OTC, pues este último no tiene excepciones generales del tipo encontrado en el artículo XX GATT²³. No obstante ello, el Órgano de Apelación concluyó que

(...) el equilibrio que establece el preámbulo del OTC entre... la promoción de la liberalización del comercio y... el derecho a reglamentar de los Miembros, no es, en principio, distinto del equilibrio que existe entre la obligación de trato nacional del artículo III GATT y las excepciones generales previstas en el artículo XX GATT²⁴.

En este contexto, no es sorprendente que el Órgano de Apelación rechazara la consideración del Grupo Especial, sobre la evaluación de similitud bajo el artículo 2.1 OTC²⁵. Ello, a la luz del hecho de que el Órgano de Apelación ha rechazado durante mucho tiempo la llamada prueba de *objetivo y efecto* en el marco del GATT²⁶. En su lugar, el Órgano de Apelación sugirió que las preocupaciones reglamentarias que subyacen en una medida (tales como

23 *Estados Unidos – Cigarrillos Clavos de Olor*, OA, WT/D406/AB/R, párrs. 101, 180.

24 Ídem, párr. 109.

25 Ídem, párr. 112.

26 *CE – Banano III*, OA, WT/DS27/AB/R, párrs. 216, 241.

los riesgos de salud asociados a un producto determinado), son pertinentes para determinar si los productos son *similares*, solo en la medida en que estos problemas afecten los criterios tradicionales como *características físicas* o *preferencias de los consumidores* o si “tienen un impacto en las relaciones de competencia entre (...) los productos”²⁷.

El Órgano de Apelación igualmente estableció que el requisito de “un trato no menos favorable” en el artículo 2.1 OTC prohíbe tanto discriminación *de jure* como *de facto* contra los productos importados, pero permitió el impacto negativo en la competitividad de las importaciones si ello proviene exclusivamente de distinciones reglamentarias legítimas²⁸. Significativamente, el Órgano de Apelación declaró que la discriminación en violación del artículo 2.1 OTC no surge solo porque a un producto importado se le otorgue un trato menos favorable que a un producto doméstico similar; por el contrario, la obligación de trato nacional en el artículo 2.1 OTC requiere que los Miembros acuerden al grupo de productos importados, un tratamiento no menos favorable que el concedido al grupo de productos nacionales similares²⁹. Así, el informe del Órgano de Apelación puede entenderse como un reconocimiento de que un impacto dispar en las importaciones es un elemento necesario pero no suficiente de una violación del trato nacional bajo el artículo 2.1 OTC³⁰.

Al aplicar este criterio al caso mencionado, el Órgano de Apelación enunció que “el diseño, la arquitectura, la estructura reveladora, operación y aplicación” de la medida impugnada sugieren que el impacto negativo en las oportunidades de competencia de los cigarrillos de clavo de olor reflejaba la discriminación contra el grupo de los productos similares importados de Indonesia, porque los productos que estaban prohibidos eran principalmente cigarrillos de clavo de olor importados de Indonesia, mientras que los productos similares que autorizados por la medida eran principalmente cigarrillos mentolados producidos nacionalmente³¹.

Asimismo, en caso *Estados Unidos – Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO)*³², el Órgano de

27 *Estados Unidos – Cigarrillos Clavos de Olor*, OA, WT/D406/AB/R, párrs. 117, 119.

28 *Ídem*, párr. 175.

29 *Estados Unidos – Cigarrillos Clavos de Olor*, OA, WT/D406/AB/R, párrs 180, 193.

30 *Ídem*, párr. 166.

31 *Ídem*, párr. 224.

32 Conocido como *COOL Case*.

Apelación reafirmó que el artículo III.4 GATT ofrece «orientación relevante» para interpretar el compromiso de trato nacional en el artículo 2.1 OTC³³. El Órgano de Apelación estuvo de acuerdo con el Grupo Especial en que la medida EPO modifica las condiciones de competencia en el mercado en detrimento del ganado importado de México y Canadá. Con el fin de que los minoristas tengan la información para poder cumplir con la medida EPO y colocar una etiqueta adecuada, los productores abastecedores de carne segregan el ganado según su origen para permitir el mantenimiento de registros al respecto. Debido a que el ganado importado constituye un pequeño porcentaje del total del mercado de EE.UU., la forma menos costosa de cumplir con la medida de EPO era evitar la segregación, dependiendo exclusivamente del ganado de EE.UU.³⁴. Y mientras que la medida EPO no requería segregación de los productores de carne, sí creó incentivos para los actores privados para que sistemáticamente tomen decisiones en formas que beneficien a los productos nacionales en detrimento de los productos similares importados, lo cual constituye un trato menos favorable en infracción del artículo 2.1 OTC³⁵.

Del mismo modo, en el mencionado caso *Estados Unidos – Atún II* sobre el etiquetado *Dolphin-safe* para los productos de atún, el Órgano de Apelación concluyó que los EE.UU. no había demostrado que la medida era “imparcial” y que “el impacto perjudicial de la medida de EE.UU. en los productos de atún mexicanos se deriva exclusivamente de una legítima distinción reglamentaria”, es decir, la distinción entre el atún capturado que perjudica los delfines en la región del Pacífico Oriental Tropical y el atún capturado con diferentes métodos de pesca fuera de la región del Pacífico Oriental Tropical³⁶. El Órgano de Apelación revocó, por lo tanto, el fallo de primera instancia para los EE.UU., de conformidad con el artículo 2.1 OTC y encontró, en cambio, que el sistema de etiquetado otorga un trato menos favorable a los productos de atún mexicanos contrarios al artículo 2.1 OTC³⁷.

33 *Estados Unidos – EPO*, OA, WT/DS386/AB/R, párr. 269.

34 *Estados Unidos – EPO*, OA, WT/DS386/AB/R, párrs. 288-289.

35 Ídem, párr. 288.

36 *Estados Unidos – Atún II*, OA, WT/DS381/AB/R, párrs. 284, 297.

37 Ídem, párrs 297-299.

V. NECESIDAD

De conformidad con el artículo 2.2 OTC, un reglamento técnico sería un obstáculo “innecesario” si una medida que ha sido considerada es “más restrictiva del comercio de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo”, teniendo en cuenta los riesgos de incumplimiento que crearía. La primera frase del artículo 2.2 OTC, establece que

[l]os Miembros se asegurarán de que los reglamentos técnicos no se elaboren, adopten o apliquen con el fin o efecto de crear obstáculos innecesarios al comercio internacional.

Los reglamentos técnicos no deben crear obstáculos innecesarios al comercio internacional no solo mientras se está preparando (mediante un examen previo de los efectos y de la finalidad del reglamento), sino también cuando se aplica (mediante un examen continuo de los efectos de la regulación sobre el comercio internacional, una vez vigente). Es decir, un Miembro de la OMC tiene la obligación de evaluar si un reglamento que ya existe —o que se aprobó antes de la entrada en vigor del OTC— crea esos obstáculos innecesarios.

Con el fin de determinar qué es un “obstáculo innecesario”, se tendría que investigar qué sería un “obstáculo necesario”. Ha habido una interpretación evolutiva de la necesidad en el contexto del GATT, particularmente en el contexto de artículo XX GATT, en sus párrafos (b) y (d).

El artículo XX GATT es una excepción a las obligaciones establecidas en el Acuerdo GATT. Es decir, un Miembro que viole una obligación del GATT (por ejemplo, el artículo I, III y XI GATT, entre otros) puede alegar que su medida está justificada al amparo del artículo XX GATT porque cumple uno de los objetivos establecidos en los párrafos de este artículo (al mismo tiempo que cumple con los requisitos del preámbulo del artículo). Sin embargo, hay situaciones en las que, incluso si cumple uno de los objetivos protegidos por el artículo XX GATT, la medida de un Miembro no se encuentra en violación de otras obligaciones del GATT, y por lo tanto el artículo XX GATT no es aplicable al caso.

En el contexto del artículo 2 OTC, la cuestión de la necesidad no tiene que ver con una excepción, sino más bien con los derechos y obligaciones básicos de los Miembros: un reglamento técnico no debe crear obstáculos innecesarios al comercio y no debe restringir el comercio más de lo necesario

para alcanzar un objetivo legítimo, sobre los riesgos que un incumplimiento crearía.

En la jurisprudencia de la OMC, los grupos especiales y el Órgano de Apelación sostuvieron que el alcance de la palabra “necesario” no se limita a lo que es “indispensable”, y que “una medida necesaria es, en este continuo, situada significativamente más cerca del polo de lo indispensable que del polo opuesto de lo que simplemente “contribuye a”³⁸. En el asunto *Corea – Diversas Medidas que afectan a la Carne Vacuna*, el Órgano de Apelación resolvió que la determinación de si una medida que no es “indispensable” puede no obstante ser “necesaria”, entraña en cada caso un proceso de sopesar y confrontar una serie de factores entre los que figuran la contribución de la medida de cumplimiento de la aplicación de la ley o reglamento en cuestión, la importancia de los intereses o valores comunes protegidos por esa ley o reglamento y la repercusión concomitante de la ley o reglamento en las importaciones o las exportaciones³⁹.

Este “proceso de sopesar y confrontar” se ha aclarado en el asunto *CE – Amianto*, donde el Órgano de Apelación constató que cuanto más vitales o importantes sean esos intereses o valores comunes, más fácil será de aceptar como “necesarias”, las medidas encaminadas a lograr esos fines⁴⁰. El Órgano de Apelación señaló que en el caso del amianto, el objetivo perseguido por la medida era la preservación de la vida humana y la salud, tanto un valor “vital” e “importante en el más alto grado”⁴¹.

Este enfoque de “sopesar y confrontar” parece especialmente relevante en el contexto OTC. El artículo 2.2 OTC implica el logro de un equilibrio entre, por un lado, los objetivos legítimos perseguidos y los riesgos que el incumplimiento crearía, y la necesidad de la medida por el otro⁴². Un Miembro de la OMC, cuando se enfrenta a una situación en la que cree que una medida crea un obstáculo innecesario al comercio, puede seguir una serie de pasos, entre ellos plantear una preocupación comercial específica al Comité OTC⁴³.

38 *Corea – Carne Vacuna*, OA, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, párr. 161.

39 Ídem, párr. 164.

40 *CE – Amianto*, OA, WT/DS135, párr. 172.

41 Ídem.

42 TAMIOTTI, en: WOLFRUM, STOLL y SEIBERT-FOHR (ed.), *WTO – Technical Barriers and SPS Measures*, 2007, artículo 2 OTC, párr. 20.

43 Ver Sección XV sobre el rol y función del OTC.

En el caso *Estados Unidos – Atún II*, el Órgano de Apelación revocó la decisión del Grupo Especial en el sentido de que la medida de EE.UU. era más restrictiva del comercio de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo. De acuerdo con el caso de Estados Unidos Juegos de Azar⁴⁴, el Órgano de Apelación analizó cuidadosamente el peso y equilibrio necesario en la evaluación de la necesidad de la medida. Un Grupo Especial debe equilibrar factores como la restricción del comercio de la medida y su contribución a un objetivo legítimo, y los riesgos de no cumplir con este objetivo⁴⁵. La responsabilidad recae sobre el demandante para demostrar que un reglamento crea un obstáculo innecesario al comercio. El demandado debe refutar la presunción *prima facie* del demandante con prueba en contrario, por ejemplo, demostrando que la alternativa propuesta por el reclamante no está razonablemente disponible, no es menos restrictiva del comercio o no hace una contribución equivalente al objetivo legítimo⁴⁶.

A raíz de una disputa a principios del GATT, EE.UU. y México firmaron el Acuerdo de 1999 sobre el Programa Internacional de Conservación de los Delfines (APICD, en inglés), que prevé un sistema de etiquetado menos estricto centrándose en la mortalidad y lesiones de los delfines. El Grupo Especial concluyó que el régimen de EE.UU. sería menos restrictivo para el comercio si se utilizaba junto con el sistema APICD. El Órgano de Apelación no estuvo de acuerdo con el Grupo Especial en que esto representaba una alternativa pertinente y revocó la constatación del Grupo Especial de que la medida de EE.UU. es más restrictiva del comercio, contraria al artículo 2.2 OTC⁴⁷.

VI. OBJETIVOS LEGÍTIMOS

La segunda frase del artículo 2.2 OTC menciona los requisitos nacionales de seguridad de la prevención de prácticas que puedan inducir a error; protección de la salud o seguridad humana, de la vida o la salud animal o para preservar los vegetales o el medio ambiente como ejemplo de los objetivos legítimos de los reglamentos técnicos. Además de los objetivos mencionados,

44 *Estados Unidos – Juegos de Azar*, OA, WT/DS285/AB/R, párr. 307.

45 *Estados Unidos – Atún II*, OA, WT/DS381/AB/R, párrs. 318, 322.

46 Ídem, párrs. 322-323.

47 Ídem, párrs. 328-331.

otros han sido citados por los Miembros en las comunicaciones efectuadas al Comité OTC (al preparar nuevas regulaciones). Entre estas figuran la información de los consumidores y el etiquetado, requisitos de calidad, armonización, reducción o supresión de los obstáculos comerciales y la facilitación al comercio.

No obstante, otros objetivos pueden ser propuestos y eventualmente aceptados. Así por ejemplo, en el caso *CE – Sardinias*, la UE argumentó que la medida en cuestión tenía tres objetivos, que fueron reconocidos por el denunciante como legítimo: (i) la protección de los consumidores, (ii) la transparencia del mercado y (iii) la competencia leal⁴⁸.

En el caso *EPO*, el Órgano de Apelación confirmó la constatación del Grupo Especial de que el objetivo de la medida de *EPO* era ofrecer a los consumidores información sobre el origen. A continuación, el Órgano de Apelación tenía que decidir si la medida *EPO* cumplía el objetivo legítimo de los EE.UU. El Órgano de Apelación confirmó su enfoque en el caso *Estados Unidos – Atún II* de que esta pregunta se refiere al grado en que la medida contribuye a la realización del objetivo legítimo, y que una medida no tiene por qué llegar a un umbral mínimo para alcanzar un objetivo legítimo⁴⁹. Además, el Órgano de Apelación reiteró la opinión de que esta determinación se basa en el diseño, la estructura, el funcionamiento y la aplicación de la medida⁵⁰. El Órgano de Apelación observó que el Grupo Especial había constatado que incluso cuando dos etiquetas pueden ser percibidas como menos claras proporcionando alguna información en cuanto al origen y la información, en adición a la disponible anteriormente. Sobre esta base, el Órgano de Apelación revocó la constatación del Grupo Especial de que la medida *EPO* no cumple el objetivo legítimo de proporcionar información con respecto al origen⁵¹.

VII. RIESGO DE INCUMPLIMIENTO

De acuerdo con el artículo 2.2 OTC, mientras se evalúa la necesidad de una medida para alcanzar un objetivo legítimo, los Miembros de OMC deberán

48 *CE – Sardinias*, OA, WT/D231/AB/R, párr. 191.

49 *Estados Unidos – EPO*, OA, WT/DS384/AB/R, WT/DS386/AB/R, párr. 461.

50 Ídem, párr. 461.

51 Ídem, párr. 468.

tener en cuenta los riesgos que crearía el incumplimiento de ese objetivo legítimo. Esto representa un requisito final de la determinación de la necesidad. La última frase del artículo 2.2 OTC presenta elementos relevantes para la consideración de los riesgos de no cumplimiento, es decir, los riesgos de que la no promulgación de un reglamento crearía, al afirmar que deben ser considerados la información científica y técnica disponible, la tecnología de elaboración conexa o los usos finales a los que se destinen los productos. Estos se ofrecen como meros ejemplos. Los Miembros de OMC pueden recurrir a otros elementos relevantes para la evaluación del riesgo, tales como los informes de las instituciones de los consumidores. Esto puede ser visto como un reconocimiento de que, en el ámbito de los reglamentos técnicos, la tecnología implica la evolución continua de sus procesos y productos, y por lo tanto los métodos de evaluación de riesgos deberán actualizarse de vez en cuando.

VIII. MEDIOS MENOS RESTRICTIVOS DEL COMERCIO

El concepto de *medios menos restrictivos del comercio* no es un caso aislado. Está estrechamente relacionado con el de *necesidad*, y con el objetivo que se pretende proteger. Sin embargo, el concepto permanece abierto e indeterminado. Algunas de las herramientas mencionadas en el artículo 2 OTC pueden conducir a la adopción de un medio menos restrictivo del comercio para alcanzar un objetivo legítimo.

El artículo 2.4 OTC establece que los Miembros deberán utilizar las normas internacionales pertinentes, o partes de ellas, como base de sus reglamentos técnicos, salvo que sean un medio ineficaz o inapropiado para alcanzar un objetivo legítimo. Si los Miembros adoptan un reglamento técnico con uno de los fines indicados en el artículo 2.2 OTC y dicho reglamento se ajusta a una norma internacional (es decir, incorpora la norma internacional en el país), se presumirá que no crea un obstáculo innecesario al comercio (artículo 2.5 OTC). La armonización es un medio importante para facilitar el comercio, como se verá más adelante. En este sentido, el uso de normas internacionales también puede ser visto como un elemento de buenas prácticas de reglamentación.

El artículo 2.7 OTC establece que los Miembros considerarán favorablemente la posibilidad de aceptar como equivalentes, reglamentos técnicos de otros Miembros aun cuando difieran de los suyos, y siempre que se considere

que esos reglamentos cumplan adecuadamente los objetivos de sus propios reglamentos. Como una forma de facilitar el comercio, algunos Miembros han indicado que han aceptado como equivalentes, reglamentos técnicos de otros Miembros aun cuando los requisitos allí difieran de los suyos. En este sentido, la equivalencia puede ser vista como un elemento de buenas prácticas de reglamentación.

Un elemento importante en la elaboración, adopción y aplicación de reglamentos técnicos está contenido en el artículo 2.8 OTC, que establece una preferencia para las normas basadas en el rendimiento más que en el diseño. Esta declarada preferencia por los reglamentos técnicos basados en el rendimiento también puede ser vista como un medio menos restrictivo del comercio para alcanzar un objetivo legítimo. De hecho, la idea de esta disposición es permitir a los productores, encontrar la manera más costo–efectiva de cumplir las disposiciones de un reglamento técnico. Lo que cuenta es el resultado, es decir, el rendimiento de un producto, en lugar de la forma como se consigue este resultado. Sin embargo, no todos los productos pueden ser regulados mediante reglamentos técnicos basados en el rendimiento. Por ejemplo, un reglamento técnico sobre puertas de resistencia al fuego, bien podría exigir que, para ser resistente al fuego, la puerta debiera ser de dos centímetros de espesor, o debería tener una resistencia temporal a perforación por quemaduras de 30 minutos. Un reglamento técnico sobre puertas resistentes al fuego debe exigir que la puerta pase con éxito todas las pruebas de resistencia al fuego. Por lo tanto, podría especificar que

(...) la puerta debe ser resistente al fuego con una resistencia temporal a perforación por quemaduras de 30 minutos”, en lugar de especificar cómo se debe hacer el producto; en el ejemplo, la puerta debe “ser de dos centímetros de espesor”.

El artículo 2.3 OTC establece que los Miembros no deberán mantener en vigor un reglamento técnico si las circunstancias u objetivos que dieron lugar a su adopción han dejado de existir, y estas circunstancias u objetivos modificados pueden atenderse de una manera menos restrictiva del comercio. En el caso *CE – Sardinias*, el Grupo Especial resaltó que

(...) el lenguaje del artículo 2.3 indica que los Miembros han de eliminar los reglamentos técnicos que ya no sirven a su propósito o modificarlos si las circunstancias

u objetivos modificados pueden atenderse de una manera menos restrictiva del comercio⁵².

Por lo tanto, podríamos decir que los Miembros deberían reevaluar periódicamente sus reglamentos técnicos, teniendo en cuenta nueva información científica, social, cultural o cualquier otra información pertinente.

IX. ARMONIZACIÓN

I. BENEFICIOS

La armonización puede generar muchos beneficios y comúnmente lo hace⁵³. En primer lugar, puede facilitar el comercio internacional, ya que los productos que se ajustan a las mismas normas son susceptibles de ser aceptados más ampliamente y los productores no necesitarán saber de antemano los últimos mercados para sus productos, lo que resulta en menores restricciones al comercio. En segundo lugar, puede ayudar a difundir los conocimientos y la tecnología incorporada en los productos y procesos. En tercer lugar, la armonización por lo general promueve la eficiencia y permite las economías de escala, ya que los productores no tendrán que crear diferentes procesos o diseñar y fabricar un producto en muchas variaciones para satisfacer diversas y diferentes normas. En cuarto lugar, la armonización puede resultar en costos más bajos para los consumidores que pueden comparar y elegir entre un mayor número de proveedores, y puede ayudar a los gobiernos a formular sanas medidas OTC sin la necesidad de realizar evaluaciones científicas y políticas por su cuenta. A este efecto, bien se pueden utilizar las conclusiones a las que haya llegado una institución internacional de normalización o incluso otro Miembro. En última instancia, la armonización puede facilitar la producción y las condiciones de comercio para los productores, importadores y exportadores, especial-

52 *Estados Unidos – Acero al Carbono*, OA,WT/DS213/AB/R, párr. 7.81.

53 Para las ventajas y desventajas de las normas internacionales, ver KOEBELE, en: WOLFRUM, STOLL y SEIBERT-FOHR (ed.), *WTO – Technical Barriers and SPS Measures*, 2007, Preámbulo OTC, párrs. 5-6. Para el tema de la Armonización y el OTC, ver ZUNIGA SCHRODER, *Harmonization, Equivalence and Mutual Recognition*, 2011.

mente de los países en desarrollo, reduciendo así al mínimo los obstáculos al comercio internacional.

Los negociadores de la Ronda Uruguay se abstuvieron de incluir una definición de la armonización en el Acuerdo de OTC. No obstante, está consagrada en el Acuerdo y se reconoce en el Preámbulo. De hecho, el esfuerzo de armonización se lleva a cabo cuando los Miembros de OMC basan sus reglamentos, normas o procedimientos para la evaluación de la conformidad en las normas, guías o recomendaciones internacionales relevantes, o cuando los Miembros reconocen mutuamente sus medidas como equivalentes.

2. INSTITUCIONES INTERNACIONALES DE NORMALIZACIÓN EN EL ACUERDO DE OTC

Varias disposiciones del OTC requieren que los Miembros de OMC y las instituciones de normalización utilicen las normas, guías y recomendaciones internacionales, o partes de las mismas, como fundamento para sus medidas. En efecto, los artículos 2.4 y 2.6 OTC para los reglamentos técnicos, los artículos 5.4 y 5.5 OTC para los procedimientos para evaluación de la conformidad y los apartados F y G del Código de Buenas Prácticas para las normas. En resumen, cuando un Miembro de la OMC decide crear una nueva medida del OTC o modificar una vigente, debe verificar si existe alguna norma internacional para el producto y/o la medida en cuestión. Si existe, el Miembro de la OMC tiene la obligación de fundamentar su medida en dicha norma, a menos que la norma internacional pertinente sea un medio ineficaz o inadecuado para lograr un objetivo legítimo.

Las normas internacionales (guías y recomendaciones) son las elaboradas por las organizaciones internacionales de normalización (OIN). El OTC, sin embargo, no ofrece una definición precisa de la OIN. El párrafo 4 del Anexo 1 define “institución o sistema internacional” como la “institución o sistema abierto a las instituciones competentes de por lo menos todos los Miembros”. Asimismo, la Guía ISO/IEC 2: 1996 indica que una organización internacional de normalización es un “organismo de normalización cuya membresía está abierta al órgano nacional competente de cada país”.

A pesar de no existir una lista de organismos internacionales de normalización a los efectos del OTC, se puede encontrar una orientación sobre la labor de estos órganos en una decisión adoptada en el 2000 por el Comité OTC, en el Segundo Examen Trienal del OTC:

Principios para la elaboración de normas, guías y recomendaciones internacionales en relación con los artículos 2, 5 y el Anexo 3 del Acuerdo⁵⁴.

El Comité señaló que para que las normas internacionales tengan el máximo impacto en alcanzar el objetivo de facilitar el comercio consagrado en el OTC, es importante que todos los Miembros de OMC hayan tenido la oportunidad de participar en la elaboración y adopción de normas internacionales.

Los organismos que operan con procedimientos abiertos, imparciales y transparentes, que brindan la oportunidad de lograr un consenso entre todas las partes interesadas en el territorio de al menos todos los Miembros de OMC, fueron vistos como más propensos a desarrollar normas que fueran efectivas y relevantes a nivel mundial y por lo tanto contribuirían al objetivo del Acuerdo para evitar obstáculos innecesarios al comercio.

Por lo tanto, el Comité decidió un conjunto de principios y procedimientos que deben observarse cuando se elaboran las normas, guías y recomendaciones internacionales. Su divulgación alentaría a los organismos internacionales a aclarar y fortalecer sus reglas y procedimientos en el desarrollo de normas, contribuyendo así a la promoción de los objetivos del OTC. Los principios y procedimientos desarrollados por el Comité OTC se ordenan en seis categorías: transparencia, apertura, imparcialidad y consenso, eficacia y pertinencia, coherencia, y dimensión de desarrollo.

3. NORMAS INTERNACIONALES COMO FUNDAMENTO DE REGLAMENTOS TÉCNICOS

El artículo 2.4 OTC contiene una obligación importante para los Miembros de OMC y establece la relación con que se utilizarán las normas internacionales como base de los reglamentos técnicos, a menos que sean un medio ineficaz o inapropiado para el logro de un objetivo legítimo. Esta obligación también conlleva el derecho que los Miembros de OMC de desviarse de las normas internacionales (o de partes de ellas) si estas no son eficaces o apropiadas para el logro del objetivo legítimo perseguido.

En el caso *CE – Sardinias*, el Órgano de Apelación sugirió que una norma internacional para ser relevante necesita “referirse, o ser relativa o pertinente

⁵⁴ Comité OTC – *Segundo Examen Trienal del Funcionamiento y Aplicación del OTC*, OTC-Doc. G/TBT/9 del 13.II.2000, p. 24.

al Reglamento”⁵⁵. El concepto de *uso como base* fue interpretado en el mismo caso, como el componente principal o principio fundamental del propósito de la promulgación del reglamento técnico. Es decir que debe existir una relación muy fuerte y no contradictoria entre la norma internacional y el reglamento técnico nacional. En cuanto a los “medios inadecuados o ineficaces”, en el mismo caso se interpretó que un medio es inapropiado cuando no produce los resultados deseados, es decir, el cumplimiento del objetivo legítimo. En el caso *Estados Unidos – Atún II*, el Órgano de Apelación estableció, en concordancia con la decisión del Comité OTC, que el organismo internacional propuesto no era abierto porque tenía pocos Miembros, cuya membresía estaba condicionada a una invitación a participar⁵⁶.

Al igual que en el caso de los reglamentos técnicos y las normas, el OTC establece que las guías o recomendaciones relevantes emitidas por instituciones internacionales con actividades de normalización, deberán ser utilizadas por los Miembros de OMC como base para la elaboración de los procedimientos para la evaluación de la conformidad, y proporciona excepciones sobre la base de la inadecuación (artículo 5.4 OTC).

4. LA PRESUNCIÓN DE NECESIDAD APLICABLE A LOS REGLAMENTOS TÉCNICOS

El artículo 2.5 OTC establece una presunción refutable de que un reglamento técnico no crea un obstáculo innecesario al comercio internacional si está conforme con las normas internacionales pertinentes. La presunción refutable de la necesidad se da bajo dos condiciones: (i) que el reglamento técnico fue elaborado, adoptado o aplicado para alcanzar uno de los objetivos legítimos mencionados expresamente en el artículo 2.2 OTC, es decir, requisitos de seguridad nacional, la prevención de prácticas que puedan inducir a error, protección de la salud o la seguridad humana, salud animal o vegetal o el medio ambiente, y (ii) que el reglamento técnico se encuentra acorde con las normas internacionales relevantes. Existe una diferencia de redacción: mientras el artículo 2.4 OTC establece que los Miembros de OMC “deben” utilizar normas internacionales “como base” de sus reglamentos técnicos, el artículo 2.5 OTC abarca los casos en que un reglamento técnico está “en

55 *CE – Sardinas*, OA, WT/DS231/AB/R, párr. 229-230.

56 *Estados Unidos – Atún II*, OA, WT/DS381/AB/R, párr. 398-399.

conformidad con” las normas internacionales relevantes. La presunción refutable solo cabe para esta última.

En efecto, el artículo 2.5 OTC dispone que un reglamento técnico que se ajuste a una norma internacional relevante se considerará necesario para alcanzar un objetivo legítimo. Esta medida cuenta con el beneficio de la presunción (aunque sea refutable), que es compatible con el artículo 2.2 OTC.

La expresión de estar “en conformidad con” aún no ha sido interpretada por ningún Grupo Especial u Órgano de Apelación en diferencias de OTC en la OMC.

Las normas internacionales son a veces descritas como de un *puerto seguro* para los gobiernos. Es evidente, sin embargo, que los Miembros de OMC tienen el derecho a impugnar los reglamentos técnicos, sobre todo si ellos creen, por ejemplo, que es infundada la afirmación de que la medida está conforme con la norma internacional.

Por último, los Miembros de OMC tienen la obligación de explicar, previa solicitud, la justificación de su regulación. Si su regulación no se basa en una norma internacional, otro Miembro puede solicitar una explicación de por qué la norma internacional relevante no se utilizó para la elaboración del reglamento técnico (artículo 2.5 OTC). El artículo 2.6 OTC establece que los Miembros de OMC deben participar plenamente en la elaboración de normas, guías y recomendaciones internacionales por organismos internacionales de normalización apropiados, con el fin de armonizar sus reglamentos técnicos. El único límite previsto para esta participación son los recursos de los Miembros. La obligación de la participación se extiende a los productos que son regulados por medio de los reglamentos técnicos, aprobados o a la espera de que sean adoptados.

En la Conferencia Ministerial de Doha en el 2001, los Miembros de OMC instaron al Director-General de la OMC a continuar sus esfuerzos de cooperación con las organizaciones internacionales de normalización y otras instituciones, que daban prioridad a la participación efectiva de los países menos desarrollados de la OMC y la facilitación de la prestación de asistencia técnica y financiera para este fin (WT/MIN(01)/17, párrafo 5.3). Un informe que resume estas acciones se puede encontrar en el documento G/TBT/W/172.

La participación activa en la labor de los organismos internacionales de normalización puede ser especialmente difícil para los países en desarrollo. Varios de los cuales han señalado que no han podido participar eficazmente

en la labor de los organismos de normalización, y, en particular, en el desarrollo de las normas internacionales. Por ejemplo, en una encuesta realizada por el Comité OTC para la identificación de necesidades de asistencia técnica y prioridades en el ámbito del Acuerdo de OTC, el 30% de las respuestas indicaron la necesidad de facilitar la participación de los países en desarrollo Miembros de OMC en la labor de las organismos de normalización (ver G/TBT/W/193). Estos estaban preocupados de que las normas no reflejaran necesariamente sus necesidades e intereses.

En este contexto, varias organizaciones de normalización han adoptado medidas para mejorar la participación de los países en desarrollo de la OMC en su trabajo, y el Comité OTC las invitó a proporcionar información adicional sobre las medidas adoptadas para garantizar su participación efectiva.

Una disposición similar existe para los procedimientos que se utilicen para la evaluación de la conformidad. El artículo 5.5 OTC obliga a los Miembros de OMC, dentro de los límites de sus recursos, a participar plenamente en la elaboración, por las instituciones internacionales de normalización, de guías o recomendaciones para los procedimientos para la evaluación de la conformidad. La segunda frase del párrafo G del Anexo 3 contiene una obligación adicional que solo se aplica a las instituciones de normalización dentro del territorio de un Miembro de la OMC, añadiendo un elemento de coordinación entre los diferentes niveles de los órganos nacionales de normalización (central, local y no gubernamental). Señala que en una actividad internacional de normalización, siempre que sea posible, solo una delegación representará a todos los organismos de normalización en el territorio, de aquellos involucrados con el tema que está siendo normalizado.

X. DISPOSICIONES DE EQUIVALENCIA EN EL ACUERDO DE OTC

El artículo 2.7 OTC establece la equivalencia, es decir, la situación en la que un Miembro de la OMC acepta un reglamento técnico de otro Miembro de OMC como equivalente, incluso si difiere de los propios, siempre que se cumpla adecuadamente el objetivo de su propia regulación⁵⁷. No se requiere que las medidas deban ser idénticas. La equivalencia es ampliamente utilizada

⁵⁷ Ver sobre el tema de la equivalencia y el OTC, ZÚÑIGA SCHRODER, *Harmonization, Equivalence and Mutual Recognition*, 2011.

por la OMC en la aceptación de los resultados de los procedimientos para la evaluación de la conformidad, como una forma de facilitar el comercio internacional.

Asimismo, el artículo 6.1 OTC establece que los Miembros se asegurarán, siempre que sea posible, de que los resultados de los procedimientos para la evaluación de la conformidad de los demás Miembros sean aceptados, aun cuando esos procedimientos difieran de los suyos, siempre que consideren que esos procedimientos ofrecen un grado de conformidad con los reglamentos técnicos o normas aplicables equivalentes a los de sus propios procedimientos.

La carga de demostrar la equivalencia por lo general recae en el país exportador, dado que el país de importación podrá admitir otra medida o procedimiento como equivalente, siempre y cuando esté convencido de que el reglamento o procedimiento cumpla adecuadamente sus objetivos legítimos, incluso si los reglamentos o procedimientos difieren de los propios.

En el caso particular de la equivalencia de los procedimientos para la evaluación de la conformidad, cabe mencionar que el artículo 6.1 OTC se ocupa exclusivamente del reconocimiento de la evaluación de la conformidad por instituciones del gobierno central y que contiene el reconocimiento de que son necesarias consultas previas a fin de aplicar el principio de equivalencia. Ello garantiza la competencia técnica y continuada de los organismos de evaluación de la conformidad en el Miembro exportador, fomenta la confianza en los resultados de la evaluación de la conformidad y verifica el cumplimiento.

XI. OBLIGACIÓN DE NOTIFICAR

La obligación de notificar es la clave para lograr la transparencia en el marco jurídico del Acuerdo de OTC.

El Acuerdo contiene tres conjuntos de obligaciones de notificación. En primer lugar, los Miembros de OMC están obligados a informar los proyectos de reglamentos técnicos y procedimientos para la evaluación de la conformidad, y los ya adoptados por razones de urgencia (artículos 2.9 y 2.10 OTC, los artículos 5.6 y 5.7 OTC). En segundo lugar, están obligados a notificar los acuerdos (bilaterales o regionales) que hayan suscrito en cuestiones y medidas dentro del ámbito del OTC (artículo 10.7 OTC). En tercer lugar, los organismos de normalización deben notificar la adhesión o retiro del Código de Buenas Prácticas, y la existencia de un programa de trabajo (Anexo 3, párrafo c y

J OTC). Mientras que las dos primeras son las obligaciones contraídas por los Miembros de OMC (de sus gobiernos centrales), el tercero cae bajo la responsabilidad del organismo de normalización en sí.

De acuerdo con los artículos 3.2 OTC (reglamentos técnicos) y 7.2 OTC (procedimientos de evaluación de la conformidad), los Miembros de OMC deben cumplir las obligaciones de notificación establecidas en los artículos 2 y 5 OTC, para las medidas de los gobiernos locales, en el nivel inmediatamente inferior al de los gobiernos centrales de los Miembros. Sin embargo, la notificación no es necesaria cuando un reglamento técnico o un procedimiento para la evaluación de la conformidad es “sustancialmente la misma” que una medida ya notificada por la autoridad del gobierno central.

De acuerdo con los artículos 10.10 y 10.11 OTC, los Miembros de OMC están obligados a designar un solo organismo del gobierno central encargado de la aplicación a nivel nacional de las disposiciones relativas a los procedimientos de notificación, excepto los incluidos en el Anexo 3 (Código de Buena Conducta para la Elaboración, Adopción y Aplicación de Normas Prácticas). En muchos países, esta autoridad recae en el Ministerio de Comercio. La autoridad de notificación debe ser parte del gobierno central, por lo que esta función no se puede llevar a cabo a nivel subnacional (por un Estado, agencia provincial o regional). Si la responsabilidad se divide entre dos o más autoridades, información completa y precisa sobre la esfera de competencia de cada autoridad deberá ser proporcionada por el Miembro de OMC.

Una vez que una notificación OTC ha llegado al Registro Central de Notificaciones (RCN) de la OMC, se pone en un archivo de registro, se le da un número de registro y se remite a la División de Comercio y Medio Ambiente de la Secretaría de la OMC, donde se formatea y es analizada su integridad y exactitud. La notificación se transfiere al Sistema de Gestión de Documentos (SGD) para su distribución a los Miembros de OMC. Luego es publicada en el sitio *web* de la OMC y traducida a los otros idiomas de trabajo de la OMC.

XII. OBLIGACIÓN DE PUBLICAR

Aun los mejores reglamentos técnicos, normas y procedimientos de evaluación de la conformidad no permiten el comercio internacional si no se han dado a conocer a las empresas y las industrias. Por esta razón, la publicación de los reglamentos técnicos, normas y procedimientos para la evaluación de la conformidad es un componente fundamental de la transparencia en el OTC.

De acuerdo con los artículos 2.11 y 5.8 OTC, lo mismo que los artículos 2.12 y 5.9 OTC, los Miembros de OMC están obligados a publicar sin demora todos los reglamentos técnicos y procedimientos para la evaluación de la conformidad (artículos 2.11 y 5.8 OTC), y preverán un plazo prudencial entre la publicación del reglamento técnico o procedimiento para la evaluación de la conformidad y su entrada en vigor, salvo en caso de urgencia (artículos 2.12 y 5.9 OTC). La Decisión Ministerial de 2001 Relativas a las Cuestiones y Preocupaciones Relativas a la Aplicación, estableció que un “plazo prudencial” entre la publicación de una medida OTC y su entrada en vigor normalmente debería significar un período no inferior a seis meses, salvo que ello resulte ineficaz para cumplir con el objetivo legítimo perseguido⁵⁸. Los Miembros de OMC deben llevar a cabo las obligaciones de publicación, tanto antes de la adopción de un reglamento técnico o un procedimiento para la evaluación de la conformidad, como posteriormente.

XIII. SERVICIOS DE INFORMACIÓN

Los servicios de información son otra herramienta para maximizar los beneficios de la transparencia. Los servicios de información permiten a los Miembros de OMC obtener con mayor facilidad información sobre las cuestiones relacionadas con el OTC, sin tener que identificar y contactar directamente a la agencia responsable de cualquier función dada en otro país⁵⁹. El servicio de información es el punto de contacto para cualquier información relevante que se desee solicitar. Tiene la responsabilidad de obtener las respuestas de los organismos nacionales pertinentes y transmitir las al Miembro que solicita la información.

Existen dos disposiciones que ordenan a los Miembros de OMC a crear servicios de información. En efecto, de acuerdo con el artículo 10.1 OTC, los Miembros de OMC tienen que asegurarse de que exista un servicio de información y que sea capaz de responder a las preguntas relativas, entre otras cosas, a los reglamentos técnicos, procedimientos de evaluación de la conformidad y las normas emitidas por instituciones del gobierno central y local, y de organismos no gubernamentales que tienen el encargo legal de

58 *Conferencia Ministerial Doha*, Cuarta Sesión, OMC-Doc. WT/MIN(01)/17 del 20.11.2001.

59 Ver para la función y rol de los Servicios de Información, KOEBELE, en: WOLFRUM, STOLL y SEIBERT-FOHR (ed.), *WTO – Technical Barriers and SPS Measures*, 2007, artículo 10 OTC, párrs. 2-6.

hacer respetar un reglamento técnico. De acuerdo con el artículo 10.3 OTC, los Miembros de OMC deben tomar las medidas razonables que estén a su alcance para asegurar que exista un servicio de información para atender las consultas sobre las normas y procedimientos de evaluación de la conformidad emitidos por otros organismos no gubernamentales y organismos regionales de los Miembros de OMC.

XIV. ASISTENCIA TÉCNICA

El artículo 11 OTC establece que los Miembros de OMC tienen, si les es solicitado, la obligación de asesorar a países en desarrollo Miembros y proporcionarles asistencia técnica en términos y condiciones mutuamente acordados en relación con: (i) la creación de organismos nacionales de normalización y la participación en organismos internacionales de normalización (artículo 11.2 OTC); (ii) la creación de organismos de evaluación de la conformidad con las normas adoptadas en el territorio del Miembro petionario (artículo 11.4 OTC); (iii) las medidas que deben ser adoptadas por los productores de los países en desarrollo si desean tener acceso a los sistemas de evaluación de la conformidad aplicados por instituciones gubernamentales o no gubernamentales, en el territorio del Miembro al que se dirige la solicitud (artículo 11.5 OTC), y (iv) el establecimiento de las instituciones y el marco legal que permitiría a países en desarrollo Miembros, cumplir con las obligaciones de la condición de miembro o de participación en los sistemas internacionales o regionales de evaluación de la conformidad (artículo 11.6 OTC).

Los Miembros de OMC están igualmente obligados a asesorar a los demás Miembros de OMC, en especial a países en desarrollo Miembros, sobre la elaboración de reglamentos técnicos (artículo 11.1 OTC). Al prestar asesoramiento y asistencia técnica a otros Miembros de OMC, se dará prioridad a las necesidades de los Miembros que son países menos adelantados (artículo 11.8 OTC). Además, los artículos 11.3 y 11.7 OTC imponen obligaciones a cargo de los organismos reguladores de los Miembros para asesorar y prestar asistencia técnica a otros Miembros de OMC en relación con el establecimiento, por estos, de los órganos reguladores y las instituciones que les permitan cumplir con sus obligaciones en virtud del Acuerdo de OTC.

En la práctica, muchas organizaciones son responsables de proveer asistencia técnica sobre los asuntos dentro del ámbito del OTC, incluidos los Miembros de OMC, las organizaciones regionales, organizaciones interna-

cionales —como las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI) y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y el Desarrollo (UNCTAD)—, organismos internacionales de normalización —por ejemplo, la Organización Internacional de Normalización (ISO), la Comisión Electrotécnica Internacional (CEI), y la Secretaría de la OMC. Esta última proporciona asistencia impulsada por la demanda a los países en desarrollo y menos adelantados, en la aplicación del Acuerdo de OTC, a menudo con la participación de otras organizaciones internacionales. Mucha asistencia técnica también se proporciona de forma bilateral, así como de otras organizaciones regionales e internacionales.

Los objetivos de las actividades de asistencia técnica de la Secretaría de la OMC son principalmente para aumentar la conciencia sobre el OTC, para ayudar a los países beneficiarios en la comprensión de las principales disciplinas y normas del OTC, así como para actualizar a los funcionarios basados en capital sobre las cuestiones planteadas en el Comité OTC. La asistencia técnica organizada por la Secretaría de la OMC por lo general toma la forma de seminarios regionales, subregionales y nacionales, así como eventos basados en Ginebra, incluyendo talleres sobre temas específicos y cursos de política comercial.

XV. TRATO ESPECIAL Y DIFERENCIADO

Al igual que en otras áreas, en las negociaciones de la Ronda Uruguay, había preocupación entre las partes negociadoras respecto de que determinadas obligaciones serían difíciles para implementar para los países en desarrollo y los menos desarrollados. Por lo tanto, muchos acuerdos de la OMC, incluido el OTC, establecen provisiones para el trato especial y diferenciado para los países en desarrollo y los menos adelantados (artículo 12 OTC). Hay un mandato en virtud de las negociaciones del Programa de Doha para el Desarrollo para examinar todas las disposiciones sobre trato especial y diferenciado contenidas en los acuerdos de la OMC, incluidas las disposiciones del OTC. Esto se hace con el objetivo de fortalecerlos, y hacerlos más precisos, eficaces y operativos.

En adición al artículo 12 OTC, hay varias otras disposiciones del OTC que incluyen referencias al trato especial y diferenciado: en primer lugar, el Preámbulo, que reconoce que los países en desarrollo pueden encontrar dificultades especiales en la elaboración y aplicación de reglamentos técnicos,

normas y procedimientos de evaluación de la conformidad, y expresa el deseo de ayudarles en sus esfuerzos en este sentido; segundo, el artículo 2.12 OTC en el plazo prudencial entre la publicación de los reglamentos técnicos y su entrada en vigor; tercero, el artículo 5.9 OTC en el plazo prudencial entre la publicación de las prescripciones relativas a los procedimientos de evaluación de la conformidad y su entrada en vigor; en cuarto lugar, el artículo 10.5 OTC, en la disposición para los países desarrollados Miembros de traducciones de los documentos correspondientes a una notificación específica, y en quinto lugar, el artículo 10.6 OTC en el papel de la Secretaría de la OMC de señalar la atención de países en desarrollo Miembros sobre cualquier notificación relativa a productos de especial interés para ellos.

En la Declaración de Doha se acordó que todas las disposiciones especiales y diferenciales, incluidos en el OTC, deben ser revisadas con miras a reforzarlas y hacerlas más precisas, eficaces y operativas⁶⁰.

XVI. COMITÉ OTC

El artículo 13.1 OTC establece, dentro de la OMC, al Comité OTC como el organismo clave encargado de todas las cuestiones relacionadas con el Acuerdo de OTC⁶¹. El Comité OTC permite a los Miembros de OMC celebrar consultas sobre cualquier cuestión relacionada con el funcionamiento del OTC, y la consecución de sus objetivos en un foro institucionalizado. El Comité OTC también lleva a cabo las responsabilidades asignadas en virtud del OTC o por los Miembros de OMC. El Comité OTC reporta al Consejo de Comercio de Mercancías (CCM), y a través de este, al Consejo General. Todos los Miembros de OMC y los gobiernos observadores son automáticamente Miembros u observadores del Comité OTC, lo mismo que un elevado número de organizaciones intergubernamentales.

El OTC asigna un número de funciones clave al Comité OTC. Este último concede, previa solicitud, excepciones especificadas y limitadas en el tiempo, total o parciales al cumplimiento de sus obligaciones en virtud del OTC, con el fin de garantizar que países en desarrollo que sean Miembros puedan cumplir

60 *Conferencia Ministerial Doha*, Cuarta Sesión, OMC-Doc. WT/MIN(01)/DEC/1 del 20.11.2001, párr. 44.

61 Ver sobre la función y rol del Comité OTC, BARTELS en: WOLFRUM, STOLL y SEIBERT-FOHR (ed.), *WTO – Technical Barriers and SPS Measures*, 2007, pp. 336-346.

con el Acuerdo (artículo 12.8 OTC). Asimismo, examina periódicamente el trato especial y diferenciado otorgado a los países Miembros en desarrollo en el plano nacional e internacional (artículo 12.10 OTC) y establece grupos de trabajo u otros órganos apropiados, para cumplir responsabilidades especiales (artículo 13.2 OTC). De conformidad con el artículo 15.3 OTC, el Comité OTC examinará anualmente la aplicación y funcionamiento del OTC, teniendo en cuenta los objetivos del mismo. El examen anual se realiza sobre la base de un documento preparado por la Secretaría de la OMC en el cual se compila información sobre diversos elementos que se produjeron durante el año que se examina⁶².

62 Ver Comité OTC, *Decimoséptimo examen anual de la aplicación y el funcionamiento del OTC*, Nota de la Secretaría, OTC-Doc. G/TBT/31 del 02.03.2012.

CAPÍTULO I I

Medidas de inversiones relacionadas con el comercio (MIC)

OLGA LUCÍA LOZANO

I. INTRODUCCIÓN

En este capítulo se aborda, en primer lugar, la historia de la negociación del Acuerdo de Medidas de Inversiones Relacionadas con el Comercio (MIC), desde la Carta de la Habana hasta la Ronda Uruguay; luego, el alcance del Acuerdo; posteriormente, los esfuerzos realizados en otros foros para regular el tema de la inversión. En una cuarta sección, se analiza la implementación del Acuerdo MIC. En quinto lugar, se presenta un análisis de los informes de los Grupos Especiales y del Órgano de Apelación en controversias sobre medidas de inversión relacionadas con el comercio. Para finalizar, se analizan las MIC en el contexto de las políticas públicas de los países.

II. ¿ES LA INVERSIÓN UNA PREOCUPACIÓN DEL SISTEMA MULTILATERAL?

Para entender el entorno en el que surge el Acuerdo MIC, es importante determinar el tratamiento de los flujos de capitales en el Sistema Multilateral de Comercio. La inversión extranjera en la época de la posguerra fue considerada como un importante componente en la reconstrucción de los países desarrollados y de los productores de petróleo. La forma como se aborda el tema de la inversión en la Carta de La Habana dentro del párrafo primero del artículo 12 del capítulo III, además de reconocer dicho papel, evidencia que se albergaba el temor de la eventual interferencia que pudieran tener los inversionistas extranjeros en los asuntos internos¹.

Entre 1945 y 1960, a raíz de los problemas de liquidez –entre los cuales no se identificaba específicamente el tema de inversión– y de los ajustes económicos que exigió la posguerra, en el GATT fueron presentadas algunas solicitudes de *waivers* o excenciones de cumplimiento de diversas disciplinas, particularmente las contenidas en los artículos III GATT (trato nacional) y XI GATT (eliminación de las restricciones cuantitativas)², relacionadas con casos de inversión extranjera.

Hacia 1980, en el ámbito del GATT, se amplió el enfoque en materia de comercio e inversión, con la creación del Grupo de Trabajo sobre Ajuste

1 STEWART (ed.), *The GATT Uruguay Round*, 1993, p. 2054; DAM, *The Rules of the Global Game*, 2001, p. 167.

2 STEWART (ed.), *The GATT Uruguay Round*, 1993, p. 2052.

Estructural. Basándose en estudios realizados por el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional, EE.UU. definió que las medidas de inversión relacionadas al comercio caben dentro del concepto de la reducción de barreras gubernamentales al libre comercio³.

En una controversia en la que EE.UU. cuestionó los acuerdos de Canadá con inversionistas extranjeros que apuntaban a que estos prefirieran en sus compras los productos canadienses y en los que se solicitaba el cumplimiento de ciertos requisitos de exportación, el Grupo Especial consideró que ciertamente estos requisitos de inversión resultaban contrarios al artículo III GATT⁴ pero negó los argumentos esbozados por EE.UU. frente al artículo XI GATT⁵⁻⁶.

Para abordar las restricciones a las inversiones en el Sistema Multilateral de Comercio se tomaron varios caminos: el primero, el GATS; el segundo, la inversión como un tema nuevo, y el tercero, el Acuerdo de las MIC⁷.

En el contexto de la Ronda Uruguay, específicamente en la Declaración Ministerial de Punta del Este del 20 de septiembre de 1986, se abordó la negociación de las Medidas de Inversión relacionadas con el Comercio en el literal D al mencionar dentro los Temas de Negociación:

Medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio

A continuación de un examen del funcionamiento de los artículos del Acuerdo General relativos a los efectos de restricciones y distorsiones del comercio resultantes de las medidas en materia de inversiones, a través de negociaciones deberán elaborarse, según proceda, las disposiciones adicionales que pudieran ser necesarias para evitar tales efectos negativos sobre el comercio⁸.

Las negociaciones dentro del marco de la mencionada Ronda⁹ se desarrollaron entre 1987 y 1990 en 22 reuniones formales y contaron con 27 propuestas.

3 Ídem, p. 2062.

4 Trato nacional en materia de tributación y de reglamentación interiores; Ver Capítulo 7.

5 Eliminación general de las restricciones cuantitativas.

6 STEWART (ed.), *The GATT Uruguay Round*, 1993, p. 2064-2065; DAM, *The Rules of the Global Game*, 2001, p. 167.

7 DAM, *The Rules of the Global Game*, 2001, p. 173.

8 OEA, Sistema de Información sobre Comercio Exterior OEA, SEDI, DDECT, http://www.sice.oas.org/trade/gatt/Punta_s.asp.

9 CROOME, *Reshaping the World Trading System: A History of the Uruguay Round*, 1995, p. 138.

EE.UU., al liderar la inclusión de este tema en la agenda de negociaciones comerciales, se identificó como el *demandeur* de este Acuerdo¹⁰.

Para algunos países desarrollados, las MIC eran incompatibles con determinados artículos del GATT¹¹, mientras que un grupo de países en desarrollo afirmaba que las MIC podrían abordarse con la figura de anulación y menoscabo, sin que fuera necesario establecer prohibiciones explícitas¹².

En el examen de mitad de período de la Ronda Uruguay, que tuvo lugar en Montreal en diciembre de 1988, se formularon como objetivos de la negociación de MIC la identificación de:

- Efectos distorsionantes en el comercio de las medidas de inversión que estarían cubiertas por el GATT, señalando los artículos específicos.

- Otros efectos distorsionantes en el comercio que no estarían cubiertas adecuadamente por el GATT.

- Aspectos de desarrollo que deberían considerarse.

- La forma como se podrían evitar los efectos adversos de las MIC, incluyendo nuevas disciplinas que se deberían incluir en el evento en que las disciplinas del GATT no cubrieran adecuadamente estos temas.

- Otros temas, como las modalidades y la implementación.

Con posterioridad a la revisión de mitad de período, se presentaron varias propuestas de negociación. EE.UU. sugirió la aplicación de los principios de no discriminación, transparencia y solución de controversias en el contexto de las MIC¹³. Por su parte, los países en desarrollo rechazaban que las disciplinas de MIC tuvieran amplia cobertura y solicitaron tratamiento especial y diferenciado¹⁴.

Japón y Suiza propusieron una graduación de MIC teniendo en cuenta los diferentes niveles de distorsiones en el comercio. El rango de esta propuesta iba desde la prohibición de aquellas medidas más restrictivas, hasta la aplicación transparente y no discriminatoria de las menos distorsionantes. EE.UU., por su parte, propuso dos categorías de disciplinas, una prohibición para aquellas MIC que causaban efectos adversos en comercio en todas las

10 STEWART (ed.), *The GATT Uruguay Round*, 1993, p. 2073; CHRISTY, *Michigan Journal of International Law*, 1991, volumen 12, núm. 4, p. 743-798.

11 GATT, *GATT Activities* 1990, 1991, p. 46.

12 GATT, *GATT Activities* 1987, 1988, p. 43; GATT, *GATT Activities* 1989, 1990, p. 66.

13 GATT, *GATT Activities* 1988, 1989, p. 52.

14 GATT, *GATT Focus* 61, 1989, pp. 8-9; GATT, *GATT Activities* 1989, 1990, p. 67; UNCTAD, *The Outcome of the Uruguay Round*, 1994, p. 141; STEWART (ed.), *The GATT Uruguay Round*, 1993, p. 2091.

circunstancias y otras que solamente causaban dichos efectos en ciertos eventos¹⁵.

En 1990, el Grupo de Negociación abordó los aspectos de desarrollo de las MIC. Un grupo de países en desarrollo (Bangladesh, Brasil, Colombia, Cuba, Egipto, India, Kenia, Nigeria, Pakistán, Perú, Tanzania, Zimbabue) enfatizó la necesidad de que se evaluaran los efectos distorsionantes de las MIC en el comercio, considerando al mismo tiempo que estas medidas eran instrumentos legítimos utilizados por los países para la promoción de objetivos de desarrollo¹⁶.

En 1991, el Presidente del Grupo de Negociación de MIC elaboró un texto como resultado de sus consultas, el que fue central para el borrador de acta final elaborado por el Secretario General, Arthur Dunkel¹⁷. Este texto contemplaba una prohibición de aplicación de MIC inconsistentes con el GATT y la inclusión de una lista ilustrativa de medidas anexa al Acuerdo¹⁸. Se consagraba la obligación de notificar todas las MIC no compatibles con el GATT y su eliminación en 2 años para los países desarrollados, en 5 años para los países en desarrollo y en 7 años para los países menos adelantados. Contemplaba también la creación de un comité encargado de monitorear la implementación del Acuerdo¹⁹.

El argumento Dunkel en materia de MIC es un texto de transacción entre materias no resueltas en la negociación. Mientras establece claramente una prohibición de ciertas políticas, al mismo tiempo otorga un período de transición para el desmonte por parte de los diferentes países de acuerdo al nivel de desarrollo. Sin duda alguna, la revisión del Acuerdo también era un elemento que introducía cierto balance entre las dos posiciones opuestas, pues al momento de consagrar la posibilidad de revisar las disciplinas abría la puerta a que existieran futuras obligaciones en esta materia. Simultáneamente, les permitía a los que no compartían esta posición oponerse a un eventual incremento de disciplinas a partir de la experiencia de la implementación del Acuerdo de las MIC.

15 GATT, *GATT Focus* 64, 1989, p. 3.

16 GATT, *GATT Focus* 73, 1990, p. 10.

17 GATT, *GATT Activities* 1991, 1992, p. 31.

18 Ídem, p. 31.

19 Ídem, pp. 31-32.

III. MIC, ¿AVANCE O SIMPLE ACLARACIÓN DE COMPROMISOS YA ADQUIRIDOS?

El Acuerdo de MIC está desarrollado en nueve artículos:

I. ARTÍCULO 1 MIC

Señala que su cobertura está limitada a las medidas de inversión relacionadas con el comercio de mercancías, y por lo tanto es claro que en este Acuerdo no se adquieren compromisos en otros aspectos en materia de inversión²⁰.

ART	OPERACIÓN	TIPOS DE BIENES	OPERACIÓN RELACIONADA
III	Compra o utilización	Productos de origen nacional o de fuentes nacionales.	Proporción del volumen o del valor de la producción local.
III	Compra o utilización	Productos de importación.	Volumen o valor de los productos locales exportados.
XI	Importación	Productos utilizados en su producción local o relacionados con esta.	Volumen o valor de la producción local que la empresa exporte.
XI	Importación	Productos utilizados en su producción local o relacionados con esta, limitando el acceso de las empresas a las divisas.	Volumen o valor de los productos importados a la entrada de divisas atribuibles a esa empresa.
XI	Exportación o la venta para la exportación	Productos por una empresa.	Volumen o valor de los productos o como proporción del volumen o valor de la producción local.

2. ARTÍCULO 2 MIC

Establece una clara prohibición para los Miembros de aplicar MIC incompatibles con los artículos III y XI GATT, y se menciona la lista ilustrativa que se anexa al Acuerdo (abajo). Dicha lista ilustrativa está estructurada en cuatro columnas. En la primera se citan las medidas incompatibles con el párrafo 4 del artículo III GATT y aquellas contrarias al párrafo 1 del artículo XI GATT. En la segunda, se señala la operación que se debe analizar, es decir, si se trata de una compra, utilización, importación o exportación. La tercera columna identifica los productos sobre los cuales se debería realizar esa operación. La última describe la operación que se podría denominar referente, es decir, la

²⁰ En la lista de compromisos del Acuerdo de Servicios se pueden encontrar las concesiones realizadas por los países en materia de inversión bajo el modo de presencia comercial.

que utilizarían los gobiernos para establecer una relación de proporcionalidad con la operación que está definida como prohibida.

3. ARTÍCULOS 3 Y 4 MIC

Establecen la aplicabilidad de ciertas disciplinas del GATT. Específicamente se refieren a las excepciones y a la denominada salvaguardia por balanza de pagos y para el desarrollo de una industria naciente del artículo XVIII GATT.

En efecto, el artículo tercero aclara que es posible aplicar las excepciones consagradas en el artículo XX GATT²¹ a medidas cubiertas por el Acuerdo MIC. Esta claridad jurídica permitiría entonces que se justificara el mantenimiento de una MIC, por ejemplo, por razones de protección a la moral pública o al medio ambiente.

Por su parte, el artículo cuarto permite apartarse temporalmente del cumplimiento de los compromisos en el contexto del GATT, cuando se presenta una crisis de balanza de pagos o para fomentar el desarrollo de una industria naciente.

4. ARTÍCULO 5 MIC

Consagra una obligación a todos los Miembros de notificar las MIC al Consejo de Bienes y el compromiso de su eliminación en diferentes períodos. Mientras que a los países desarrollados se les concedieron 2 años, a los en desarrollo les fueron otorgados 5 y a los menos adelantados, 7 años, contados todos estos plazos a partir de la entrada en vigor del Acuerdo de la OMC.

Adicionalmente, este artículo quinto establece una obligación de no incrementar el grado de inconsistencia de las MIC notificadas durante el período de transición e incluso elimina la posibilidad de aplicar el período de transición a aquellas medidas adoptadas dentro de los 180 días anteriores a la entrada en vigencia del Acuerdo de la OMC.

21 Excepciones generales.

5. ARTÍCULO 6 MIC

El artículo sexto regula la obligación de transparencia en la aplicación de las MIC. También establece el ámbito de aplicación de la obligación de notificación, incluyendo dentro de las medidas a notificar aquellas adoptadas por entidades regionales o locales. Igualmente, establece la obligación de suministrar información en respuesta a las preguntas que surjan por los países respecto a las MIC, pero reitera las garantías del artículo X GATT²² en el sentido de que no se obliga a los países a revelar información que pueda perjudicar los intereses de empresas particulares públicas o privadas.

6. ARTÍCULOS 7, 8 Y 9 MIC

Regulan el aspecto institucional del Acuerdo. Se otorga al Consejo de Mercancías la revisión del mismo dentro de los 5 años siguientes a su adopción, se establece el Comité que administra el Acuerdo y se reitera que tanto las disciplinas sobre consultas de los artículos XXII y XXIII GATT²³ como el Entendimiento para la Solución de Diferencias son aplicables a estas materias.

IV. ¿OTROS FOROS PARA ABORDAR LA INVERSIÓN?

La negociación de las MIC, en el contexto de la Ronda Uruguay, se adelanta al lanzamiento de negociaciones en materia de inversión en el ámbito de la OCDE. En efecto, en 1990 tuvo lugar el lanzamiento de las negociaciones de inversión en el marco de la OCDE, pues en 1992 inició sus labores un Comité encargado del tema y las negociaciones se desarrollaron entre septiembre de 1995 y el otoño de 1998. Hacia finales de 1998, se dieron por fracasadas las negociaciones por la presión ejercida por más de 600 Organismos No Gubernamentales de 70 países²⁴. La supuesta influencia que se podría ejercer en ciertos sectores por parte de los inversionistas en los países en desarrollo, unida a los temores a que se generaran crisis económicas derivadas del retiro de capitales de manera abrupta de países receptores de inversión,

22 Publicación y aplicación de los reglamentos comerciales.

23 Consultas y Anulación o Menoscabo.

24 DAM, *The Rules of the Global Game*, 2001, p. 175.

fueron las principales razones que produjeron esta masiva oposición a las negociaciones²⁵.

Con estos antecedentes, en el contexto de la OMC, desde el año 1996 se inició el análisis de lo que se conoce como temas de Singapur (la inversión, el comercio y la política de competencia, la facilitación del comercio y la transparencia de la adquisición pública de bienes y servicios). Finalmente, en el año 2001 se acordó incluir en la agenda de negociaciones dichos temas de Singapur, y en julio de 2004 se decidió mantener en la agenda de negociaciones solamente el tema de la facilitación del Comercio. La inversión se identifica como el tema más directamente implicado en el fracaso de la Conferencia Ministerial realizada en Cancún en septiembre de 2003^[26].

V. IMPLEMENTACIÓN DE MIC: ¿FRACASO DE UN COMPROMISO AMBICIOSO O RESULTADO PRAGMÁTICO DE UNA NEGOCIACIÓN NORTE SUR?

Una vez adoptados los resultados de la Ronda Uruguay, el Acuerdo MIC fue calificado como un Acuerdo retrógrado que simplemente reiteraba las obligaciones ya existentes en el Acuerdo del GATT, y se afirmaba que su principal resultado era el compromiso de abordar las inquietudes que dentro de su negociación se habían identificado en materia de inversión y competencia²⁷. La diversidad de intereses sectoriales formulada en la negociación por parte de los países desarrollados y el hecho de que se hubiera vinculado el resultado en MIC a mayores progresos en servicios y propiedad intelectual, sin duda alguna explican el modesto resultado de la negociación en esta materia²⁸.

En su reunión de octubre de 1999, el Consejo del Comercio de Mercancías inició el debate sobre el examen del funcionamiento del Acuerdo MIC, de conformidad con lo dispuesto en su artículo noveno. En dicha oportunidad, las Comunidades Europeas, Hong Kong, China, Japón, Canadá y EE.UU. manifestaron el interés de esperar los resultados de la Conferencia Ministerial de Seattle²⁹.

25 MATSUSHITA, SCHOENBAUM y MAVROIDIS, *The World Trade Organization*, 2006.

26 ROSALES y SÁEZ, *Temas controversiales en negociaciones comerciales Norte-Sur*, 2010, p. 48.

27 LOW y SUBRAMANIAN, *World Bank Discussion Papers*, 1995, tomo 307, pp. 413-434.

28 DAM, *The Rules of the Global Game*, 2001, p. 173 y 178.

29 OMC-Doc. G/C/M/41 del 22.II.1999, Acta del Consejo de Mercancías, punto 7.

En la sesión de enero del 2001 del Consejo de Mercancías, mientras EE.UU. manifestó que el examen debía considerarse como una oportunidad para no rebajar las normas indicadas en el Acuerdo sobre las MIC, Pakistán, México, India y Malasia argumentaron que como resultado del examen se podrían disminuir los compromisos derivados del Acuerdo MIC³⁰.

En la reunión en abril del Consejo de Mercancías, Pakistán sugirió privilegiar los aspectos de desarrollo en la evaluación del Acuerdo MIC y solicitar a la UNCTAD la evaluación del mismo a través de un estudio que considerara: (i) eventual utilidad de las Mic para el desarrollo, (ii) repercusiones que tienen en el desarrollo las disciplinas distintas de los requisitos en materia de resultados y (iii) importancia de los requisitos en materia de contenido nacional en las políticas de desarrollo de los países en desarrollo³¹. El tema se siguió abordando en posteriores reuniones del Consejo de Mercancías sin que se llegara a ningún acuerdo sobre cómo adelantar esta revisión³².

Al final, el debate sobre la revisión del Acuerdo MIC se convirtió en parte de una discusión más general sobre los temas de inversión, migró a la polémica sobre los denominados temas de Singapur y terminó siendo abandonado, como resultado de la Conferencia Ministerial de Cancún.

Argentina, Colombia, Malasia, México, Filipinas, Rumania, Pakistán y Tailandia solicitaron extensión del período de transición otorgado para el desmonte de las MIC notificadas por estos países. En el cuadro anexo a este capítulo se encuentran los detalles de dichas extensiones que inicialmente se concedieron hasta el año 2001 y que con posterioridad tuvieron una segunda extensión hasta el año 2003.

VI. LAS MIC EN LOS REPORTE DE GRUPOS ESPECIALES Y DEL ÓRGANO DE APELACIÓN

En materia de controversias, hasta fines de 2013, el Acuerdo MIC se había mencionado en 38 solicitudes de consultas³³. Desde la perspectiva sectorial, cabe destacar la participación del sector automotor en las disputas bajo el Acuerdo MIC vinculadas a China, Canadá, Brasil e Indonesia. Existen con-

30 OMC-Doc. G/C/M/42 del 29.02.2000.

31 OMC-Doc. G/C/M/43 del 13.06.2000.

32 OMC-Doc. G/C/M/44 del 30.10.2000.

33 WTO, Índice de diferencias por Acuerdo, www.wto.org.

troversias en otros sectores: bananos, en Comunidades Europeas; carne de cerdo y aves de corral, en Filipinas; productos agrícolas, en Venezuela; arroz, en Turquía, y energía renovable, en Canadá.

A nivel de los informes de los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación, se abordarán tres temas: la definición de medidas de inversión, alcance del concepto relacionado con el comercio y el orden en el que se debe realizar el análisis jurídico, es decir, si se debe iniciar por el Acuerdo MIC o por el artículo III GATT.

I. DEFINICIÓN DE MEDIDA

El alcance de medida de inversión fue abordado en la controversia sobre el sector automotor de Indonesia. Este país argumentó que medidas relacionadas con impuestos internos o subsidios no podían catalogarse como medidas relacionadas con el comercio, pues de manera indirecta afectaban las decisiones de inversión de quien recibe el subsidio. El panel le dio una connotación amplia al término *medida*, al concluir que una medida interior puede ser catalogada como medida de inversión relacionada con el comercio y que el elemento central para determinar su calificación como tal es si se está frente a prescripciones de contenido local. Específicamente, el panel afirmó:

Tomamos nota de que de la utilización de la expresión amplia “medidas en materia de inversiones” se desprende que el Acuerdo MIC no trata únicamente de las medidas adoptadas específicamente con respecto a las inversiones extranjeras. En contra de lo aducido por la India, constatamos que no hay en el Acuerdo MIC ninguna disposición que indique que la nacionalidad de la propiedad de las empresas sujetas a una medida determinada sea un elemento pertinente para decidir si la medida en cuestión está abarcada por el Acuerdo. Por consiguiente, consideramos que el argumento de que, dado que, el Acuerdo MIC está destinado fundamentalmente a regular las inversiones extranjeras y a proporcionar condiciones iguales de competencia a éstas, no cabe interpretar que medidas relativas a impuestos interiores o subvenciones sean medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio carece de apoyo en el texto del Acuerdo sobre las MIC. Recordamos a este respecto que las ventajas fiscales internas o las subvenciones son sólo algunos de los principales tipos de ventajas que pueden estar vinculadas a una prescripción en materia de contenido nacional, centro principal de atención del Acuerdo sobre las MIC. El Acuerdo MIC no se ocupa de las subvenciones y de los impuestos interiores como tales, sino de las prescripciones en materia de contenido nacional, cuyo cumplimiento puede ser fomentado mediante la oferta de cualquier tipo de ventajas. Tampoco nos parece

que haya ninguna razón por la que una medida interior no pueda regular el trato de las inversiones extranjeras³⁴.

2. ALCANCE DE LA EXPRESIÓN “RELACIONADAS CON EL COMERCIO”

Otro de los aspectos que ha sido objeto de análisis es la calificación de medidas de inversión relacionadas con el comercio. En el panel Indonesia –Automóviles se aclaró este tema al reiterar que las prescripciones en materia de contenido regional son el elemento que cuenta al momento de calificar si se trata de medidas de inversión relacionadas con el comercio.

Hemos de determinar ahora si esas medidas en materia de inversiones son medidas “relacionadas con el comercio”. Consideramos que si las medidas en cuestión son prescripciones en materia de contenido nacional, han de ser necesariamente “medidas relacionadas con el comercio”, por cuanto esas prescripciones, por definición, propician siempre la utilización de productos nacionales con preferencia a los importados, y, por consiguiente, afectan al comercio³⁵.

3. RELACIÓN ENTRE LOS ARTÍCULOS DEL GATT Y EL ACUERDO MIC

Al respecto, es importante analizar el reporte *China – Medidas que afectan a las importaciones de partes de automóviles*³⁶ en el que se menciona el caso *CE – Banano III*. Según el Órgano de Apelación, la disposición del acuerdo que

(...) se ocupa específicamente y de forma detallada de las medidas en litigio debe analizarse en primer lugar³⁷.

Sin embargo, por lo que respecta al orden de análisis entre el GATT 1994 y el Acuerdo sobre las MIC, como ha señalado otro Grupo Especial³⁸, la jurisprudencia de la OMC no es uniforme sobre la cuestión de cuál de esos

34 *Indonesia – Automóviles*, GE, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, párr. 14.73.

35 *Ídem*, párr. 14.82.

36 *China – Partes de automóviles*, GE, WT/DS339/R, WT/DS340/R Y WT/DS342/R, párr. 7.98.

37 *CE – Banano III*, OA, WT/DS27/AB/R, párr. 204.

38 *India – Automóviles*, GE, WT/DS146/R, WT/DS175/R, párr. 7.156.

dos Acuerdos es más específico. En este mismo informe, el Grupo Especial manifiesta, sin embargo, que no considera que resulte obligatorio adoptar una secuencia de análisis particular cuya omisión pudiera dar lugar a un error de Derecho³⁹.

En los siguientes reportes se ha considerado que se debe iniciar el análisis en el marco del GATT:

*Canadá – Automóviles*⁴⁰. El Grupo Especial tuvo en cuenta los siguientes argumentos para abordar primero el GATT: (i) no podía caracterizarse debidamente que el Acuerdo MIC era más específico que el párrafo 4 del artículo III GATT en lo tocante a las alegaciones planteadas en aquel caso y (ii) había desacuerdo entre las partes sobre si podía considerarse que las medidas objeto de examen eran “medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio”, y sobre si estaban expresamente abarcadas por la lista ilustrativa.

*India – Automóviles*⁴¹. El Grupo Especial consideró que el Acuerdo MIC no debía caracterizarse inherentemente como más específico que las disposiciones pertinentes del GATT. Igualmente, el Grupo Especial consideró que con la constatación de que la “prescripción de promoción del contenido autóctono” era contraria, infringía el párrafo 4 del artículo III GATT, no era necesario examinar por separado si también era incompatible con el artículo 2 del Acuerdo sobre las MIC.

Por el contrario, en el siguiente informe se inició el análisis por el Acuerdo MIC:

*Indonesia – Automóviles*⁴². El Grupo Especial encargado del asunto estimó que dicho Acuerdo era más específico que el párrafo 4 del artículo III GATT y argumentando la entidad propia del Acuerdo MIC dentro del sistema de la OMC, al analizar el programa de automóviles de Indonesia, que contemplaba beneficios arancelarios y fiscales supeditados a la satisfacción de determinadas prescripciones de contenido nacional, aplicó el principio de economía procesal con respecto a las alegaciones formuladas por los reclamantes al amparo del artículo III GATT.

39 *Canadá – Exportaciones de trigo e importaciones de grano*, OA, WT/DS276/AB/R, párr. 109.

40 *Canadá – Automóviles*, GE, WT/DS139/R, WT/DS142/R, párrs. 10.63 y 10.91.

41 *India – Automóviles*, GE, WT/DS146/R, WT/DS175/R, párrs. 7.156, 7.157, 7.159-7.161 y 7.324 y nota 377.

42 *Indonesia – Automóviles*, GE, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, párrs. 14.61-14.63 y 14.93.

El tratamiento otorgado por los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación en cuanto al orden del análisis de alguna forma, al privilegiar el análisis de los compromisos adquiridos en el contexto del GATT, le disminuye el peso específico al valor de la lista ilustrativa y rescata la amplitud de los artículos III y XI GATT.

VII. ¿HAY LUGAR PARA LAS MIC EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS?

Para evaluar el papel de las MIC en las políticas públicas de los países, resulta fundamental tener como marco conceptual la política industrial y específicamente el apoyo a determinados sectores, es decir, política de desarrollo productivo vertical. Fue en ese contexto en el que tuvo lugar la aplicación de tales medidas.

Cabe recordar que la justificación teórica de estas políticas tiene su origen remoto en lo que se denominaron externalidades marshalianas, que asociaban el aumento de la productividad y las mejoras en el mercado de trabajo con el tamaño del sector. Vale decir, se estimaba necesario alcanzar una determinada escala para revelar la competitividad de las industrias. En ese contexto, la dimensión del mercado doméstico adquiriría la mayor importancia. Por lo tanto, la utilización del encadenamiento productivo, inducido con requisitos de desempeño, tenía el objetivo de alcanzar las escalas que propiciarán el desarrollo de ciertos sectores.

En la actualidad, se privilegian las exenciones fiscales temporales y los créditos directos al momento de seleccionar instrumentos de política industrial⁴³. De otra parte, en el diseño de los instrumentos de apoyo se valoran especialmente los esfuerzos para afrontar los llamados obstáculos o impedimentos a la acción colectiva beneficiosa, dejando atrás la política tradicional, que contemplaba el apoyo a sectores para mejorar su rentabilidad. Los requisitos de desempeño no se mencionan entre los instrumentos sugeridos para el futuro y se reemplazan por innovación, la mejora de la productividad y la cooperación público-privada⁴⁴. Es claro, entonces, que además de la prohibición de instrumentos asociados a exigir el contenido

43 LIN y MONGA, *Policy Research Working Paper*, 2010, núm. 5336.

44 PAGÉS-SERRA (ed.), *La era de la productividad*, 2010; LIN y MONGA, *Policy Research Working Paper*, 2010, núm. 5336.

local en las disciplinas multilaterales, desde la perspectiva de políticas públicas, existe un replanteamiento de la funcionalidad de dichos instrumentos.

De acuerdo con algunos estudios⁴⁵, a nivel mundial se ha identificado una tendencia de reducción de requisitos de desempeño y un incremento de condicionamientos asociados a ciertos incentivos a la inversión, en especial programas locales. También se identifican las normas de origen como sucesoras de este tipo de condicionamientos.

En el campo teórico, resulta interesante abordar el resultado específico de la aplicación de estas MIC. Algunos estudios reconocen que la aplicación de las MIC contribuyó al desarrollo de la base industrial de algunos países, como México, donde se logró incorporar firmas mexicanas en los canales de producción de las transnacionales. En cuanto a los requisitos de incorporación de bienes nacionales a los farmacéuticos y la electrónica, se considera que en estos sectores jamás alcanzaron en ese país los niveles fijados como óptimos y se tornaron insostenibles: una vez se levantaban los compromisos de incorporación se daban por terminados los contratos. Por el contrario, en la industria automotriz se llegó a niveles considerablemente superiores a las exigencias requeridas por las políticas y se reconoce que los requisitos de balanza comercial tuvieron un papel central en la consolidación de México como plataforma exportadora, especialmente para el mercado de EE.UU.⁴⁶

En el caso de Pakistán, se reconoce que las MIC tuvieron un papel importante en el desarrollo de la industria. Permitieron la transformación del sector automotor y su desmonte le debería permitir ser competitivo no solo a nivel doméstico sino también internacional⁴⁷.

En el contexto de las políticas públicas se puede concluir que el Acuerdo MIC –aunque redundante a lo negociado en el GATT– ha arrojado una mayor claridad sobre la prohibición de los requisitos de desempeño y ha establecido disciplinas que a nivel mundial han sido aplicadas especialmente a la industria automotriz.

A pesar de que hace varios años expiraron los períodos de transición para mantener estas medidas, la existencia de controversias relacionadas con las MIC evidencia que algunos países han insistido en mantener este tipo de polí-

45 UNCTAD, *World Investment Report 2003*, 2003.

46 UNCTAD, *Elimination of TRIMS*, 2007, p. 61.

47 Ídem, p. 83.

ticas más allá de los plazos acordados. Ello refuerza el valor del Acuerdo para desincentivar el diseño y la implementación del requisitos de desempeño.

Parecería que el Acuerdo de MIC está llamado a permanecer como una señal que advierta a los países la inconveniencia de adoptar instrumentos asociados a los requisitos de desempeño que, aunque abandonados desde la perspectiva de la nueva tendencia de política industrial, parecen permanecer como alternativa para el apoyo de ciertos sectores o industrias.

De otra parte, la proliferación de Acuerdos Regionales y la inclusión de disciplinas similares al Acuerdo MIC e incluso con mayor especificidad, constituyen una razón adicional que desalentará el diseño de instrumentos en los que se establezcan requisitos de desempeño.

Dada la incertidumbre existente sobre el futuro de la Ronda Doha de negociación en el momento en que se escribe este capítulo, no es realista pensar que en el futuro próximo se profundizarán los compromisos de la OMC y que se abordará el tema de inversión como se sugería en el artículo noveno del Acuerdo MIC.

Tampoco lo es pensar en que se extenderán las disciplinas del Acuerdo MIC al sector servicios.

ANEXO

TABLA PRÓRROGAS

PAÍS	SECTOR	PRÓRROGA INICIAL	SEGUNDA PRÓRROGA
Tailandia	G/C/W/203 Elaboración de leche y productos lácteos.	31 diciembre 2001 WT/L/410	31 diciembre 2003 G/L/504
Pakistán	G/C/W/173 Ingeniería en general, artículos eléctricos, equipo agrícola y la industria automotriz.	31 diciembre 2001 WT/L/466 G/L/466	31 diciembre 2003 G/L/501
Rumania	G/C/W/175 Industria automotriz e Industria de construcción naval.	31 diciembre 2001 WT/L/465 G/L/465	31 mayo 2003 G/L/503
Filipinas	G/L/325 Industria automotriz.	31 diciembre 2001 G/L/464	30 junio 2003 G/L/502
México	G/C/W/171 Industria automotriz.	31 diciembre 2001 WT/L/463 G/L/463	31 diciembre 2003 G/L/500

PAÍS	SECTOR	PRÓRROGA INICIAL	SEGUNDA PRÓRROGA
Malasia	G/C/W/174	31 diciembre 2001	31 diciembre 2003
	Industria automotriz.	G/L/462	G/L/499
Colombia	G/C/W/169 y Add.	31 diciembre 2001	31 diciembre 2003
	Bienes agropecuarios.	WT/L/410	G/L/498
		G/L/461	
Argentina	G/C/W/176	31 diciembre 2001	31 diciembre 2003
	Industria automotriz.	G/L/460	G/L/497

CAPÍTULO 12

Medidas antidumping

GUILLERMO VALLES

PILAR SILVEIRA

I. INTRODUCCIÓN

Las medidas *antidumping* han sido, y son consideradas, por el sistema multilateral de comercio como “medidas de defensa comercial” contra las denominadas “prácticas desleales de comercio” a las que se puede enfrentar un país al momento de la importación de un bien. En este caso, se trata del denominado *dumping*, definido en el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés) como la práctica por la que se permite la introducción de los productos de un país en el mercado de otro país a un precio inferior a su valor normal¹.

Este capítulo tiene por objeto analizar la normativa multilateral en materia de medidas *antidumping*. El objetivo general es determinar el alcance que han tenido y tienen las mencionadas disposiciones en el caso de configurarse una situación de *dumping*.

II. TRATAMIENTO DE LAS MEDIDAS *ANTIDUMPING* A NIVEL MULTILATERAL CON ANTERIORIDAD A LA CREACIÓN DE LA OMC

I. GATT 1947

En el marco de los objetivos generales de las partes contratantes orientados a la liberalización del comercio internacional, incluía ya regulaciones para la aplicación de medidas de defensa comercial orientadas a combatir el *dumping*. Las mismas se encuentran en su artículo VI GATT titulado Derechos *antidumping* y derechos compensatorios.

Asimismo, dicho acuerdo contiene normas complementarias referidas al artículo VI GATT², en la cual, entre otras disposiciones, se extiende el concepto de *dumping* a aquel practicado entre empresas asociadas ubicadas en el país de exportación y de importación; se reconocen las dificultades de comparar los precios en el caso de importaciones procedentes de un país cuyo comercio es objeto de un monopolio completo o casi completo, y se

1 Artículo VI:1 GATT.

2 Anexo I: Notas y disposiciones complementarias GATT 1947.

acepta la exigencia de una garantía razonable (fianza o depósito en efectivo) por el pago de derechos *antidumping*.

Tal como se verá más adelante, este artículo VI sentó las bases conceptuales del tema y continúa siendo hasta nuestros días la referencia normativa sobre la cual se edificó la normativa moderna que lo regula, tanto a nivel multilateral, regional y nacional.

2. CÓDIGO ANTIDUMPING

Las rondas de negociaciones comerciales fueron las instancias en las cuales se discutieron los temas de la agenda del GATT; se fueron gradualmente reduciendo los altos aranceles heredados de la década de 1930 y se generaron las normas multilaterales de comercio.

Entre 1947 y 1995 (fecha de entrada en vigor de la OMC), se llevaron a cabo ocho rondas y debido a su importancia, el tema de las medidas *antidumping* fue discutido y negociado, a partir de la Ronda Kennedy y en todas las subsiguientes rondas. Como resultado de aquella, en 1967 se aprobó el primer Código *antidumping*, en el cual se interpretaron las disposiciones del artículo VI GATT 1947.

La Ronda Tokio, celebrada entre los años 1973 y 1979, tuvo como resultado, además de una significativa reducción de los niveles arancelarios, la aprobación de seis acuerdos referidos a diversos temas, a los que podían adherir las partes contratantes que así lo desearan. Uno de ellos fue el Acuerdo relativo a la interpretación y aplicación del artículo VI, también conocido como Código *antidumping*, basado en el aprobado en la Ronda Kennedy, al que adhirieron 24 signatarios.

Finger³ considera que entre las ventajas derivadas de este código se encontraba la introducción de un grado considerable de normalización internacional en las prácticas *antidumping* nacionales de los signatarios del mismo, así como la mejora del acceso de parte de los importadores y exportadores involucrados a la información utilizada en cada caso investigado.

El código *antidumping* de la Ronda Tokio creó el Comité de prácticas *antidumping*, que tuvo entre sus principales cometidos el examen de las legislaciones nacionales y de los casos sujetos a investigación.

3 FINGER, en: FINGER y OLKECHOWSKY (ed.), *La Ronda Uruguay*, 1989, p. 145.

III. TRATAMIENTO DE LAS MEDIDAS *ANTIDUMPING* EN EL ACUERDO DE LA OMC

El tema *antidumping* tuvo un protagonismo importante en la Ronda Uruguay, la que culminó con la aprobación del Acuerdo de la OMC en el año 1994.

Las disposiciones sobre medidas *antidumping* se encuentran en dos instrumentos jurídicos anexos al acuerdo de la OMC: el GATT 1994 y el Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VI GATT 1994^[4] (AD).

I. ARTÍCULO VI GATT 1994

Este artículo, sus notas y disposiciones complementarias constituyen la base de la normativa multilateral sobre medidas *antidumping*. Se centra en el concepto de *dumping* y en las demás condiciones que deben cumplirse para que esta práctica desleal sea considerada “condenable”. Deja en manos del gobierno del país que así lo determine, la aplicación de medidas *antidumping* una vez determinada la existencia de esta práctica desleal al momento de la importación de un bien, según las disposiciones del artículo mencionado.

I.1. DEFINICIÓN DE *DUMPING*⁵

Tal como fue mencionado, se configura una situación de *dumping* cuando un producto es importado a un precio inferior a su valor normal.

I.2. CONDICIONES ADICIONALES PARA QUE EL *DUMPING* SEA CONSIDERADO “CONDENABLE”⁶

El *dumping* es

(...) condenable cuando causa o amenaza causar un daño importante a una rama de producción existente de una parte contratante o si retrasa de manera importante la creación de una rama de producción nacional...

4 Anexo I A: Acuerdos multilaterales sobre el comercio de mercancías, Acuerdo de la OMC.

5 Artículo VI:1 GATT 1994.

6 Ídem.

I.3. SITUACIONES EN LAS QUE SE CONFIGURA *DUMPING*

Los casos en que un producto se considera importado a un precio inferior a su valor normal, configurando una situación de *dumping*, se resumen en la Tabla I.

TABLA I
CONDICIONES PARA QUE SE CONFIGURE UN CASO DE *DUMPING*

(1) SITUACIÓN	(2) CONDICIÓN
Si se conoce el precio comparable, en las operaciones comerciales normales, de un producto similar destinado al consumo en el país exportador.	El precio del producto importado debe ser menor que dicho precio.
Si no se conoce el precio comparable, en las operaciones comerciales normales, de un producto similar destinado al consumo en el país exportador, es necesario tener en cuenta el precio del producto exportado, que debe cumplir con algunas de las condiciones establecidas en (i) o (ii).	<p>a. El precio del producto exportado debe ser menor que el precio comparable más alto para la exportación de un producto similar a un tercer país en el curso de operaciones comerciales normales; o</p> <p>b. El precio del producto exportado debe ser menor que el costo de producción de este producto en el país de origen, más un suplemento razonable para cubrir los gastos de venta y en concepto de beneficio.</p>

Fuente: Artículo VI:1 GATT 1994

I.4. ESTABLECIMIENTO DE DERECHOS *ANTIDUMPING*

En el caso de configurarse una situación de *dumping*, el país importador podrá establecer un derecho *antidumping* que no exceda la diferencia entre los precios establecidos en la columna 1 y la columna 2 de la tabla I, para cada una de las condiciones planteadas⁷.

2. ACUERDO RELATIVO A LA APLICACIÓN
DEL ARTÍCULO VI GATT 1994

Basándose en lo dispuesto por el artículo VI GATT, el acuerdo está orientado, tal como lo indica su nombre, a los aspectos operativos de la aplicación de

⁷ Artículo VI:2 GATT 1994.

dichas disposiciones. Al respecto, destaca que solo será posible aplicar medidas *antidumping* en las circunstancias previstas en el mencionado artículo⁸.

Para poder aplicar medidas *antidumping*, deben darse conjuntamente tres condiciones: la existencia de *dumping*, la existencia de daño y la comprobación de que el daño causado por las importaciones se debe a la existencia de *dumping*.

2.1. EXISTENCIA DE DUMPING

El acuerdo profundiza acerca de la forma como deben ser calculados los precios y valores mencionados en la Tabla 1, así como en los procedimientos para proceder en dichos casos⁹.

2.2. EXISTENCIA DE DAÑO

En cuanto a la determinación del daño, uno de los aspectos que ha dado lugar a diferencias entre los países Miembros de la OMC en cuanto a la interpretación de la normativa son las diferentes modalidades de daño contempladas en el AD¹⁰: (i) daño importante a una rama de la industria nacional, (ii) amenaza de daño importante a una rama de la industria nacional o (iii) un retraso importante en la creación de una rama de la industria.

2.3. RELACIÓN CAUSAL

Debe demostrarse que hay un vínculo entre el *dumping* establecido y el perjuicio causado por las importaciones.

2.4. ETAPAS

Una vez configuradas las tres condiciones precedentes, el acuerdo prevé la posibilidad del inicio de una investigación de *dumping*, pasando por las siguientes etapas:

8 Artículo 1 AD.

9 Artículo 2 AD.

10 Artículo 3 AD.

- (i) Establecer el valor normal del producto investigado cuando se vende en el mercado doméstico del país de exportación.
- (ii) Establecer el precio de exportación del producto investigado.
- (iii) Comparar el valor normal con el precio de exportación.
- (iv) Determinar si la rama de producción nacional del país importador está sufriendo daño debido a las importaciones afectadas por el *dumping*.

Estas investigaciones deben ser realizadas, además, siguiendo las reglas del *debido proceso*, es decir, conducidas de manera transparente, objetiva y equitativa, dando a todas las partes interesadas la posibilidad de defender sus intereses.

2.5. DEFINICIONES Y CONCEPTOS UTILIZADOS EN EL AD

a. VALOR NORMAL

Es el precio comparable, en el curso de operaciones comerciales normales, de un producto similar destinado al consumo en el país exportador¹¹.

b. PRODUCTO SIMILAR

Esta definición tiene una gran importancia, debido a que los productos que sean considerados en la investigación condicionarán no solo la determinación de la existencia de *dumping*, sino también el alcance de la rama de la industria nacional afectada, así como qué productos del mercado doméstico del país exportador serán tomados en cuenta para la determinación del valor normal, a efectos de la determinación del daño. Puede ser¹²:

- (i) Un producto idéntico a aquel objeto de investigación.
- (ii) En caso de que el primero no exista, otro producto que tenga características muy parecidas a él.

¹¹ Artículo 2:1 AD.

¹² Artículo 2:6 AD.

C. PARTES INTERESADAS¹³

Son varias las alternativas, a saber:

- (i) Exportadores o productores extranjeros del producto objeto de investigación, su comercio o asociación comercial.
- (ii) Importadores del producto objeto de investigación, su comercio o asociación comercial.
- (iii) Gobierno del miembro importador.
- (iv) Productores de productos similares en el país de importación, su comercio o asociación comercial.

D. INFORMACIÓN CONFIDENCIAL¹⁴

La información que deberá ser tratada como reservada de parte de las autoridades que realizan la investigación es:

- (i) Aquella que por su naturaleza sea confidencial. Por ejemplo, debido a que su divulgación significaría una ventaja significativa para el competidor, o desfavorable para la persona que la proporciona o para un tercero que la reciba.
- (ii) Aquella que fue proporcionada en carácter confidencial por las partes involucradas en la investigación.

2.6. FASES DE LA INVESTIGACIÓN ANTIDUMPING

En la Tabla 2 se detallan los principales momentos y procedimientos establecidos en el acuerdo para el desarrollo de una investigación *antidumping*.

¹³ Artículo 6:11 AD. Existe la posibilidad de que el país Miembro incorpore otras partes domésticas o extranjeras no incorporadas en la lista mencionada, según sus requerimientos.

¹⁴ Artículo 6:5 AD.

TABLA 2
ETAPAS EN LA INVESTIGACIÓN ANTIDUMPING
ESTABLECIDAS EN EL AD

ETAPA	PROCEDIMIENTOS	ARTÍCULO DEL AD
Inicio de la investigación, determinación preliminar	Solicitud escrita de parte de la rama de la producción afectada con la prueba de la existencia de <i>dumping</i> , daño y relación causal entre las importaciones objeto de <i>dumping</i> y el daño.	5:1
	Inicio de oficio de parte de las autoridades del país de importación, siempre que se cumplan las condiciones anteriores.	5:6
	Control de que la solicitud presentada cumpla con las condiciones formales necesarias.	5:2
	Notificación al gobierno del país de exportación, una vez que la solicitud cumplió las condiciones formales necesarias.	5:5
	Examen de la exactitud y pertinencia de las pruebas presentadas en la solicitud a efectos de determinar si existen pruebas suficientes que justifiquen el inicio de una investigación o si la misma debe ser rechazada.	5:8
	Comprobación de que la solicitud tiene el suficiente grado de apoyo de parte de la rama de la producción nacional afectada.	5:4
	Aviso público del inicio de la investigación, identificando el producto objeto de la misma, país de exportación y país de origen, entre otros datos.	12:1
	Envío de cuestionarios al exportador, importador y rama de la producción nacional afectada, de los cuales se determina preliminarmente si existe <i>dumping</i> y daño.	6:1
Posibilidad de establecer medidas preliminares, que podrán adoptar la forma de un derecho provisional o, preferentemente, de una garantía, mediante depósito en efectivo o fianza. Estas medidas no podrán ser aplicadas con anterioridad a los 60 días contados desde la fecha de inicio de la investigación y su período de aplicación no podrá exceder los cuatro meses, que podrá ser de seis meses si la autoridad competente así lo decide a solicitud de exportadores que representen un porcentaje significativo del comercio de que se trate.	7:1, 7:2, 7:3, 7:4	
Determinación final	Posibilidad de revisar la base legal de las medidas preliminares y, si es necesario, solicitar información adicional.	6:2
	Establecimiento de una determinación final de parte de las autoridades respecto a la existencia de <i>dumping</i> y de daño, y que como resultado de ello la rama de la producción nacional está sufriendo un daño. Posibilidad de establecimiento de derechos <i>antidumping</i> . Estos derechos se establecerán con referencia a cada exportador o productor del producto objeto de investigación, según los datos aportados por ellos en los cuestionarios o por escrito. En el caso de que el exportador no colabore en el aporte de información se tomará la determinación sobre hechos de los que se tenga conocimiento.	9:1, 6:10 6:8 Anexo ii

ETAPA	PROCEDIMIENTOS	ARTÍCULO DEL AD
Determinación final	Establecimiento de derechos <i>antidumping</i> definitivos, bajo la forma de aranceles adicionales al arancel de importación. El establecimiento de estos derechos no es obligatorio a pesar de haber sido presentada una solicitud.	9:1, 9:3
	Los derechos <i>antidumping</i> pueden ser establecidos por las autoridades a un nivel igual o inferior al margen de <i>dumping</i> total. Es deseable que dicho monto sea inferior al margen si es suficiente para eliminar el daño a la rama de la producción nacional.	
	Posibilidad de parte de las autoridades de suspender los procedimientos iniciados sin aplicar derechos <i>antidumping</i> , si el exportador asume voluntariamente compromisos de revisar sus precios, o de poner fin a sus exportaciones a precios de <i>dumping</i> .	8:1
	Aviso público de la determinación final, sea esta positiva o negativa, así como de las situaciones planteadas en el artículo 8:1.	12:2
	Protección de la confidencialidad de la información sometida por las partes interesadas durante el contexto de la investigación.	6.5
Duración de la investigación	Un año a partir del inicio de la investigación en caso de que no ocurran circunstancias especiales. En dicha situación, el plazo máximo es de 18 meses.	
Duración derechos AD definitivos	Máximo 5 años. En caso de que se inicie una revisión tanto del <i>dumping</i> como del daño con anterioridad al vencimiento de este plazo, caso en el cual se podrá continuar aplicando derecho <i>antidumping</i> a la espera del resultado del examen.	11:3
Revisiones	La autoridad competente podrá, de oficio o a solicitud fundamentada de las partes interesadas, mantener los derechos <i>antidumping</i> .	11:2

Fuente: Czako, Human y Miranda, *A handbook on Anti-Dumping Investigations*, OMC, 2003, pp. 6-9.

2.7. ASPECTOS INSTITUCIONALES

En el marco del acuerdo se creó el comité de prácticas *antidumping*¹⁵, con el objetivo de cumplir las funciones que le sean asignadas por el acuerdo o por los Miembros y en el marco del cual se celebran las consultas sobre las cuestiones relacionadas con el funcionamiento del acuerdo o la consecución de sus objetivos. Este comité o sus órganos auxiliares podrán consultar y recabar información de cualquier fuente que consideren conveniente.

Los Miembros darán a conocer sin demora a este comité todas las medidas *antidumping* preliminares y definitivas que adopten, y presentarán informes semestrales de todas las medidas que hubieran tomado en los seis meses precedentes. Les informarán, además, a las autoridades competentes

15 Artículo 16 AD.

para llevar a cabo las investigaciones, así como los procedimientos internos referidos al inicio y desarrollo de las mismas.

El comité de prácticas *antidumping* deberá examinar anualmente la aplicación y funcionamiento del acuerdo¹⁶.

En el acuerdo se establece, además, un procedimiento de consultas, la posibilidad de establecimiento de un grupo especial, así como de recurrir a la solución de controversias previsto en el entendimiento sobre solución de diferencias de la OMC.

IV. LAS MEDIDAS ANTIDUMPING EN EL MARCO DE LA RONDA DOHA

En el párrafo 28 del mandato de Doha, en una elaborada y delicada redacción, estableció la necesidad de aclarar y mejorar las normas sobre *antidumping*, al señalar que

(...) a la luz de la experiencia y de la creciente aplicación de estos instrumentos por los Miembros, convenimos en celebrar negociaciones encaminadas a aclarar y mejorar las disciplinas previstas en el acuerdo relativo a la aplicación del artículo VI GATT 1994 y el acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias, preservando al mismo tiempo los conceptos y principios básicos y la eficacia de estos acuerdos, y de sus instrumentos y objetivos, y teniendo en cuenta las necesidades de los países en desarrollo y menos adelantados participantes. En la fase inicial de las negociaciones, los participantes indicarán qué disposiciones, incluidas las disciplinas sobre prácticas que distorsionan el comercio, pretenden aclarar y mejorar en la fase siguiente. En el contexto de estas negociaciones, los participantes también procurarán aclarar y mejorar las disciplinas de la OMC con respecto a las subvenciones a la pesca, habida cuenta de la importancia de este sector para los países en desarrollo. Observamos que también se hace referencia a las subvenciones a la pesca en el párrafo 31.

Asimismo, en el marco de las decisiones adoptadas en Doha¹⁷, se tomaron las siguientes decisiones respecto al acuerdo sobre la interpretación del artículo VI GATT:

¹⁶ Artículo 18:6 AD.

¹⁷ *Decisión Ministerial sobre las cuestiones y preocupaciones relativas a la aplicación*, WTO-Doc. WT/MIN(01)/17 del 20.11.2001.

(i) En los casos en que investigaciones sobre el mismo producto procedentes del mismo miembro hayan dado lugar a una constatación negativa dentro de los 365 días anteriores a la presentación de la solicitud, las autoridades investigadoras las analizarán con especial cuidado y a no ser que constaten un cambio en la circunstancias, no se dará inicio a la investigación.

(ii) Necesidad de aclarar las condiciones en que debe ser aplicado el artículo 15 del acuerdo, en el que se prevé que los países desarrollados Miembros deberán tener particularmente en cuenta la especial situación de los países en desarrollo Miembros, estableciendo un plazo de 12 meses para que el comité de prácticas *antidumping* elabore recomendaciones a efectos de hacer operativa dicha disposición.

(iii) Reconocimiento de que el acuerdo¹⁸ no especifica el plazo a aplicar para determinar el volumen de las importaciones objeto de *dumping*, lo cual crea incertidumbres en la aplicación de dicha disposición, estableciendo un plazo de 12 meses para que el comité de prácticas *antidumping* estudie el tema y elabore recomendaciones, con miras a garantizar la mayor previsibilidad y objetividad posibles en la aplicación de los plazos mencionados.

(iv) Encomienda al comité de prácticas *antidumping* para elaborar directrices para mejorar los exámenes anuales¹⁹, estableciendo un plazo de 12 meses para que eleve sus recomendaciones al consejo general.

V. SITUACIÓN DEL TEMA DE LAS MEDIDAS ANTIDUMPING DURANTE LOS AÑOS SIGUIENTES DE LA RONDA DOHA

La complejidad de las negociaciones y las marcadas diferencias entre los Miembros respecto a los temas de la Ronda de Doha no permitieron el cumplimiento de los compromisos y plazos establecidos. En las subsiguientes conferencias ministeriales de Ginebra (2003 y 2004) y Hong Kong (2005) no se registraron avances respecto al tema de las medidas *antidumping*.

El Presidente del grupo de negociación sobre las normas de la OMC intentó articular un texto en el cual se reflejaran las diferentes posiciones planteadas por los Miembros respecto a los temas de medidas *antidumping*

¹⁸ Artículo 5:8 AD.

¹⁹ Artículo. 18:6 AD.

y subvenciones y derechos compensatorios. En diciembre de 2008, presentó un texto²⁰, en cuya introducción aclara que

(...) no puede sorprender a las delegaciones que estos nuevos textos sólo reflejen ese enfoque de acumulación progresiva y estén redactados en forma jurídica en aquellas esferas en las que parece existir algún grado de convergencia. Con arreglo a ese planteamiento, en relación con varias cuestiones importantes no cuento con una base para proponer soluciones de transacción, y mucho menos una redacción concreta.

Dadas las muy marcadas diferencias entre las posiciones planteadas por los Miembros, en los casos en los que no le fue posible proponer soluciones de transacción ni una redacción concreta, el Presidente identificó estas cuestiones entre corchetes. Estas diferencias se encuentran principalmente en temas tales como:

1. La “reducción a cero” en el análisis comparativo que es necesario realizar a efectos de determinar la existencia de márgenes de *dumping* durante la etapa de la investigación.

2. La “causalidad del daño”, entre otros aspectos, si debería ser obligatorio distinguir los efectos de las importaciones objeto de *dumping* de otros factores, o; en qué medida se debería obligar a las autoridades a ponderar los efectos perjudiciales de las importaciones objeto de *dumping* comparándolos con los de otros factores.

3. El “retraso importante” en la creación de una rama de la industria. Al respecto, algunas delegaciones consideran que una rama de producción podría estar todavía en proceso de creación pese a la existencia de alguna producción nacional, otras consideran que cuando hay *alguna* producción nacional, la rama de producción deja de estar “en proceso de creación” y que, en esos casos, debe hacerse un análisis del daño o amenaza de daño actuales.

4. Exclusión de los productores que están vinculados a los exportadores o a los importadores o que son ellos mismos importadores.

5. Concepto de “producto considerado”.

6. Solicitud de información a las partes afiliadas.

²⁰ *Nuevos proyectos de textos refundidos del Acuerdo Antidumping y el Acuerdo SMC presentados por el Presidente*, WTO-Doc. TN/RL/W/236 del 19.12.2008.

7. Posibilidad del establecimiento de medidas contra la elusión, planteándose la posibilidad del inicio de una nueva investigación o de la necesidad de elaborar normas anti elusión.

8. Posibilidad de supresión automática de las medidas después de un plazo sin posibilidad de prórroga.

9. Aplicación de medidas *antidumping* a favor de un tercer país.

10. Trato especial y diferenciado y asistencia técnica.

VI. LAS MEDIDAS *ANTIDUMPING*: ¿UN INSTRUMENTO DE PROTECCIONISMO SELECTIVO?

Algunos autores consideran que ciertos Miembros de la OMC abusan del alto grado de discrecionalidad permitido por los acuerdos multilaterales, al establecer restricciones no arancelarias encubiertas en la utilización de algunas de sus disposiciones. Además, resaltan que en las negociaciones se prioriza el tema de acceso a los mercados, dejando en un segundo plano las disciplinas —especialmente las de defensa comercial—, las cuales pueden llegar a neutralizar el efecto benéfico de la apertura comercial si se utilizan con fines proteccionistas²¹.

Una de las posibilidades de alcanzar este objetivo es propiciar y concretar una reforma en estos instrumentos jurídicos multilaterales. La Ronda Doha, sin embargo, no parece ser el camino en el cual se puedan obtener resultados en el corto o mediano plazo: como ya se ha mencionado, no fue posible que los Miembros de la OMC alcanzaran acuerdo en este y muchos otros temas y las negociaciones comerciales multilaterales se encuentran estancadas, tanto desde el punto de vista técnico como político.

Pero más allá del negativo contexto negociador en la OMC y la Ronda de Doha, deben tenerse presente los siguientes hechos que podrían estar determinando un menor interés en las negociaciones de las normas de *antidumping* y sobretodo en cualquier ulterior desarrollo normativo, que condicione demasiado el uso del *antidumping*:

1. Como puede observarse en la gráfica siguiente, desde la creación de la OMC en el año 1995 y hasta el año 2001, cuando fueron establecidas las negociaciones de Doha, se venía dando un número creciente de investigaciones

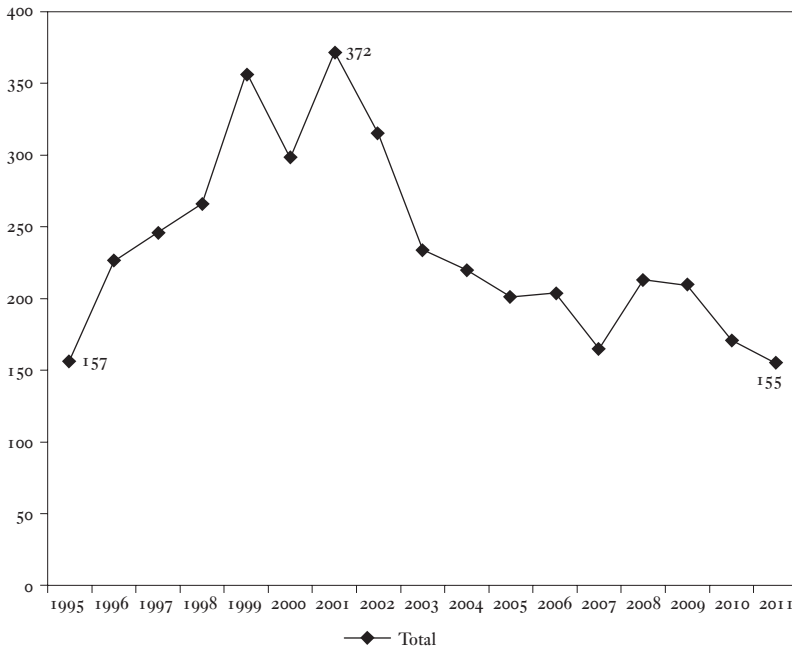
21 Lima-Campos, *Revista Brasileira de Comércio Exterior*, 2006, núm. 86, pp. 27-34.

antidumping. En efecto, esa tendencia y la consecuente preocupación con este tipo de remedios comerciales, fueron dos de los factores que influyeron en la inclusión de las normas *antidumping* en el mandato negociador de la Ronda. Esa trayectoria, sin embargo, se invirtió totalmente a partir del año 2001 y tenemos ahora un número declinante de aperturas de investigaciones *antidumping*, aun a pesar de las crisis e inestabilidad del año 2009 a la fecha.

2. El uso de medidas *antidumping*, si bien ha venido disminuyendo desde el año 2001, se encuentra mucho más extendido en término de países y, sobretodo, ya no se trata de un instrumento usado por el norte, en contra de los intereses de los países en desarrollo. Por el contrario, son estos los que hoy en día hacen un uso mayoritario de estos instrumentos.

3. China se ha convertido en el principal objetivo de las investigaciones y en el blanco número uno de las medidas *antidumping*, tanto de países desarrollados como en desarrollo. Esta es una pauta constante del relacionamiento bilateral y un instrumento de política comercial que todos los países desean preservar, para defender su competitividad frente a China.

INVESTIGACIONES ANTIDUMPING



Fuente: SILVEIRA-VALLES, a partir de las investigaciones notificadas a la OMC.

VII. PERSPECTIVAS PARA EL TRATAMIENTO FUTURO DE ESTA DISCIPLINA

Las investigaciones *antidumping* de algunos países siguen procurando proteger ciertos sectores productivos, como el acero y sus manufacturas. Al profundizarse la globalización, se ha constatado en muchas economías un proceso de reestructura productiva muy importante, pero una prevalencia de activos grupos de presión, medidas proteccionistas y sobrecapacidad industrial, en otros.

Por ello, sin desconocer los derechos y obligaciones emanados del artículo VI GATT 1994 y del acuerdo *antidumping*, parece necesario que los países busquen un equilibrio entre dichos derechos y obligaciones, lo cual puede ser logrado mediante tres vías, que pueden ser implementadas en forma paralela:

1. Establecer disposiciones nacionales reglamentarias transparentes que respalden el desarrollo de investigaciones que propicien la aplicación de medidas *antidumping* con fundamentos alineados con la normativa multilateral en vigor.
2. Profundizar la normativa multilateral en el marco de los acuerdos comerciales multilaterales, consolidando en el contexto bilateral o plurilateral de dichos esquemas de integración regional los avances que sea posible realizar con las contrapartes correspondientes.
3. Profundizar el concepto de integración económica comercial mediante la armonización de las disciplinas sobre defensa comercial, propiciando la convergencia de dichas disposiciones en los casos que se determine su conveniencia y viabilidad.

En cualquier caso, cabría concluir este capítulo recordando que

(...) todas las partes en la agenda de Doha para el desarrollo se beneficiarían si una visión pragmática estuviera presente en la estrategia negociadora de todos los Miembros. El mensaje por lo tanto es: negocien las normas *antidumping* con una mirada puesta en el futuro y no en el pasado. La visión prevalente hasta ahora, ha sido la de negociar recordando que es lo que se obtuvo o lo que no se obtuvo en la Ronda Uruguay. Las circunstancias han cambiado radicalmente y es necesario que se las tome en cuenta. Aquellos que han negociado *antidumping* exclusivamente con la perspectiva del exportador, deberán atender a sus intereses importadores también. Esto es también cierto para aquellos que en la negociación han demos-

trado que solo les interesa preservar incambiadas sus prácticas *antidumping* y sus regulaciones domésticas²².

Por último, desde una perspectiva constructiva, sería también extremadamente útil que se fuera aprovechando este tiempo de *impasse* negociador en la OMC, para acentuar el conocimiento y reforzar la capacidad institucional de muchos países en desarrollo, en el manejo de un instrumento de política comercial. Unas veces ha servido de *válvula de escape* y otras tantas de verdadero instrumento de defensa comercial, pero que requiere la aplicación de una normativa internacional y doméstica muy intrincada y costosa para las administraciones de muchos países. El abuso de las medidas *antidumping* resulta tan dañino para la economía global y las sociedades nacionales, como la eventual ausencia de capacidad para responder a una práctica de precios predatorios, que lamentablemente aún hoy sigue presente, como recurso espurio de algunas empresas para mantener su competitividad internacional.

22 VALLES GALMÉS, en: MEHTA, KAUSHIB, KAUTAB, *Reflections from the Frontline: Developing Country Negotiators in the WTO*, 2011, pp. 92-121.

CAPÍTULO 13

Valoración en aduana

FABIÁN VILLARROEL

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

La valoración en aduanas de las mercancías ha sido uno de los principales asuntos de análisis en las últimas décadas por parte de los países y de organismos internacionales relacionados con el comercio internacional, especialmente la Organización Mundial del Comercio (OMC) y la Organización Mundial de Aduanas (OMA).

Desde muy temprano, el GATT se preocupó de la búsqueda de un sistema mundial de valoración de mercancías que garantizara a los operadores comerciales y a las Administraciones de Aduanas previsibilidad jurídica y económica, imparcialidad y transparencia, tanto en los procesos de importación como de exportación. Es así como uno de los primeros intentos por alcanzar un mecanismo armonizado en la valoración de las mercancías se desarrolló con el GATT 1947, que en su artículo VII estableció los principios generales de valoración aplicables por las Partes Contratantes en la determinación de los derechos aduaneros y otras cargas basadas en el valor de las mercancías. Entre esos principios, prescribió que el valor en aduanas debería basarse en el valor real de la mercancía importada y no en valores arbitrarios o ficticios, ni en valores de mercancías de origen nacional. Asimismo, estableció el principio de publicidad y certidumbre en la aplicación de los criterios y métodos para determinar el valor en aduanas de los productos sujetos a los derechos aduaneros.

Sin embargo, la norma referida resultó insuficiente, en la medida que la aplicación de estos principios variaba de país a país, y porque no se establecieron métodos concretos para determinar el valor. De ahí que algunos países, fundamentalmente europeos, desarrollaran un mecanismo estándar de valoración aduanera, que se concretó en la Convención en Valoración de Bienes para Propósitos Aduaneros, y entró en vigencia el 28 de julio de 1953. Esta Convención estableció lo que se conoce como la Definición de Valor de Bruselas (DVB).

La DVB está basada en los principios del artículo VII GATT 1947. Define el valor en aduanas como “el precio normal”, es decir, el que se obtendría bajo condiciones de mercado abierto entre compradores y vendedores no relacionados, tomando en consideración el contexto de tiempo y lugar. A esta definición del valor se la conoce como la “noción teórica” del valor, dado que no se basa en el valor real, sino que se supone en un escenario libre de distorsiones.

Aunque la DVB fue un avance, no logró generar un consenso mundial, por lo que el tema de valoración aduanera fue incluido en la Ronda de Tokio del GATT en 1979. Esta Ronda tenía dentro de sus objetivos la reducción o eliminación de las medidas no arancelarias e introdujo, por primera vez, el concepto de “precio de transacción”, conocido como la “noción positiva del valor”. Sin embargo, esta definición tampoco alcanzó la unanimidad y solo fue aplicable a los países firmantes del acuerdo plurilateral sobre valoración aduanera acordado.

Fue entonces la siguiente ronda de la OMC, la Ronda Uruguay, donde se terminó de afinar un consenso mundial sobre el concepto de valoración aduanera. En esta se reforzaron los principios generales y los criterios de valoración, vinculantes para todos los Miembros de la OMC. Se adoptó el Acuerdo relativo a la Aplicación del artículo VII GATT 1994, conocido como el Acuerdo sobre Valoración Aduanera (AVA).

II. LA VALORACIÓN DE ADUANAS

I. COMO ELEMENTO ESENCIAL EN LA APLICACIÓN DE LOS DERECHOS ADUANEROS

Las Administraciones de Aduanas tradicionalmente han tenido como tarea fundamental el velar por la correcta aplicación de los tributos con ocasión de la importación, y en algunos casos de la exportación, de las mercancías. Constituidas como entes de control y fiscalización, nacieron y siguen siendo una fuente importante de la recaudación fiscal, particularmente en los países en desarrollo. Dependiendo de los énfasis de la política comercial de cada país, las Aduanas cumplen un rol en la protección de la industria nacional, velando que las mercancías extranjeras no vulneren los principios de libre competencia, ingresando a precios inferiores a los reales y generando de este modo una distorsión en la competencia con las mercancías nacionales.

La aplicación de los derechos aduaneros en la importación/exportación de mercancías considera tres elementos fundamentales, a saber: (i) la clasificación arancelaria, (ii) la valoración de las mercancías y (iii) el origen, preferencial o no preferencial, de las mismas.

Estos tres elementos nos permitirán determinar la base imponible sobre la cual se aplicarán los derechos aduaneros que se apliquen con ocasión de la importación de una mercancía extranjera al territorio nacional, así como

otros tributos o medidas como derechos compensatorios o *antidumping* o el impuesto al valor agregado, entre los más conocidos. Sin lugar a dudas, un elemento *sine qua non* en la aplicación de los derechos aduaneros y demás tributos es la determinación del valor de las mercancías.

Es necesario hacer notar que los derechos aduaneros pueden estar expresados en los llamados “derechos específicos” o bien como derechos *ad valorem*:

1.1. DERECHOS ESPECÍFICOS

Son aquellos cuyo monto se determina mediante la aplicación de una suma de dinero fija por cada unidad de medida (peso, volumen, unidades). Ejemplo: por cada 10 toneladas de azúcar se aplicarán 10 dólares de derechos aduaneros.

1.2. DERECHOS AD VALOREM

Son aquellos cuyo monto se determina mediante la aplicación de un porcentaje (alícuota) sobre el valor de la mercancía. Ejemplo: la tasa del arancel aduanero es de 12% sobre el valor aduanero de la mercancía. En razón de lo anterior, el AVA solo resulta aplicable cuando los derechos aduaneros estén expresados *ad valorem*, sin perjuicio de que podríamos aplicar los principios generales contenidos en el Acuerdo a los derechos específicos.

2. DEFINICIÓN DE VALORACIÓN EN ADUANAS

La valoración en aduanas puede ser definida como el proceso mediante el cual se determina el valor de las mercancías al momento de su importación o exportación, a efectos de aplicar los derechos aduaneros y, consecuentemente, los demás tributos.

Es necesario precisar que las mercancías pueden estar gravadas con derechos aduaneros tanto en su importación como en su exportación, de ahí que la valoración aduanera pueda realizarse en ambos procesos. En efecto, el artículo VII GATT, prescribe en su numeral 1 que

(1)as partes contratantes reconocen la validez de los principios generales de valoración...con respecto a todos los productos sujetos a derechos de aduana o a otras

cargas o restricciones impuestas a la importación y a la exportación basados en el valor...

Sin embargo, el AVA solo se refiere al valor en aduanas de las mercancías importadas. No hace referencia alguna a la valoración de las mercancías exportadas. De allí que se estime que el AVA fija los métodos de valor solo para la importación, y no para la exportación. Aun así, creemos que los principios aplicables a la importación contenidos en el AVA, deberían ser aplicados en la exportación.

III. EL ACUERDO DE VALORACIÓN EN ADUANAS DEL GATT 1994

La Ronda de Tokio permitió llegar a un acuerdo en materia de valoración, pero no dejó satisfechos a los países en desarrollo, que veían que el consenso alcanzado el año 1979 disminuía las posibilidades de las Administraciones de Aduanas de objetar o contradecir el precio declarado, aun cuando tuviesen razones fundadas para dudar de él. Por lo anterior, en las negociaciones de la Ronda Uruguay se volvió a discutir el tema y se incluyó la “Decisión relativa a los casos en que las administraciones de aduanas tengan motivos para dudar de la veracidad o exactitud del valor declarado”, que revisó más adelante, con lo que finalmente se alcanzó un acuerdo multilateral vinculante en esta materia.

El AVA está dividido en cuatro partes y contiene tres anexos. La Parte I está referida a las Normas de Valoración Aduanera y en ella se establecen principalmente los métodos de valoración, así como el tratamiento de la información, definiciones, entre otras materias; la Parte II se refiere a la Administración del Acuerdo, Consultas y Solución de Diferencias; la Parte III considera el principio de Trato Especial y Diferenciado en materia de aplicación del AVA, y la Parte IV contiene las Disposiciones Finales.

A su vez, los anexos se refieren a las Notas Interpretativas (Anexo I), principalmente a la aplicación sucesiva de los métodos de valoración. El Anexo II regula el funcionamiento del Comité Técnico de Valoración en Aduana, cuyo objetivo es asegurar la uniformidad en la interpretación y aplicación del AVA por parte de los Miembros. Por último, el Anexo II considera un periodo de transición para la aplicación del AVA, especialmente para los países en desarrollo.

Además, y formando parte integrante del AVA, existen dos decisiones ministeriales muy relevantes. La primera es la “Decisión relativa a los casos en que las administraciones de aduanas tengan motivos para dudar de la veracidad o exactitud del valor declarado”¹, y la segunda es la “Decisión sobre los textos relativos a los valores mínimos y a las importaciones efectuadas por agentes exclusivos, distribuidores exclusivos y concesionarios exclusivos”².

I. PRINCIPIOS GENERALES EN MATERIA DE VALORACIÓN ADUANERA EN EL AVA

En los considerandos del Acuerdo se establecen los principios que rigen el sistema de valoración de mercancías en el comercio internacional.

I.1. PRINCIPIO DE CERTIDUMBRE Y UNIFORMIDAD

Como vimos en el desarrollo histórico del tema, los sistemas de valoración variaban de país en país, quedando los operadores comerciales sujetos a mecanismos disímiles entre las Administraciones de Aduanas y condicionados más a criterios de política comercial coyuntural, que a criterios técnicos y precisos. Así, uno de los objetivos más importantes del AVA fue el establecimiento de un sistema de valoración uniforme para todas las Partes Contratantes, que otorga certeza jurídica y económica a los operadores comerciales y criterios uniformes para todos, sin abrir espacios a tratos discriminatorios o arbitrarios. De esta forma, se garantizan reglas claras en las operaciones del comercio internacional.

I.2. PRINCIPIO DE PREEMINENCIA DEL VALOR DE TRANSACCIÓN

En la evolución de un sistema estándar de valoración se debatió cuál debía ser el valor que debían tomar en consideración las Administraciones de Aduanas a efectos de aplicar los derechos aduaneros y demás tributos, pasando

1 OMC, Decisión Relativa Administraciones de Aduanas. Disponible en http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/42-dval1_s.htm.

2 OMC, Decisión Valores Mínimos. Disponible en http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/43-dval2_s.htm.

de la noción de valor teórico (DVB) a listas de precios mínimos. En el AVA, finalmente, se estableció que el valor en aduanas a considerar es el valor de transacción, es decir, el precio realmente pagado o por pagar. Lo anterior, implica: (i) que el valor de transacción es el principal método de valoración y que por lo mismo es el que se aplica antes que los demás métodos, denominados secundarios, y (ii) que se debe intentar aplicar el valor de transacción siempre que sea posible. Ello está reconocido en la Introducción General del Acuerdo, cuando establece que

(...) reconociendo que la base para la valoración en aduana de las mercancías debe ser en la mayor medida posible su valor de transacción³.

1.3. PRINCIPIO DE LA PUBLICIDAD

De conformidad con el artículo 12 AVA, el país importador debe publicar todas las leyes, reglamentos, decisiones judiciales y disposiciones administrativas de aplicación general destinados a dar efecto al Acuerdo, norma que está en plena concordancia con el Acuerdo X del GATT sobre Publicación y aplicación de los reglamentos comerciales. Esta obligación fue reforzada en el Acuerdo de Facilitación de Comercio, aprobado en la novena conferencia Ministerial de OMC (2013).

2. LOS MÉTODOS DE VALORACIÓN EN ADUANAS ESTABLECIDOS EN EL AVA

Entre los artículos 1 al 7 AVA, se establece un sistema de valoración en aduanas basado en seis métodos o criterios que se deben aplicar sucesivamente, uno en subsidio de otro. Además, ello debe ser realizado de acuerdo con el orden establecido por el propio Acuerdo, pero siempre teniendo en cuenta que el método principal es el valor de transacción. Solo en el caso en que este método no pueda ser utilizado, se emplearán los demás métodos. A esta forma de administración de los métodos se le conoce como *aplicación en cascada*.

3 Introducción General, número 4, considerando 5.

Esta enumeración y definición de cada método y su forma de aplicación evita que las Administraciones de Aduanas utilicen criterios y procedimientos de determinación arbitrarios y discriminatorios en la importación de una mercancía.

2.1. MÉTODO DE VALOR DE TRANSACCIÓN

Es el primer método de valoración en aduanas. Se encuentra establecido en el artículo 1 AVA, que define al valor de transacción como

(...) el precio realmente pagado o por pagar por las mercancías cuando éstas se venden para su exportación al país de importación, ajustado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8.

Se trata, entonces, del pago total que por las mercancías importadas haya hecho o vaya a hacer el comprador al vendedor o en beneficio de este. El pago puede ser en dinero, cartas de crédito o instrumentos negociables⁴.

Este método se deberá aplicar siempre y cuando se cumplan ciertas condiciones. Por ejemplo, que no existan restricciones a la cesión o utilización de las mercancías por parte del comprador, o que no exista una vinculación entre comprador y vendedor, o existiendo tal vinculación, esta no haya influido sustancialmente en el precio final, en los que se denominan “ventas entre personas o empresas vinculadas”. Es el caso de ventas entre la casa matriz y una filial.

Existen ciertas situaciones particulares asociadas al valor de transacción que es necesario tener presente, a saber:

a. AJUSTES AL VALOR DE TRANSACCIÓN

Consisten en determinados elementos que deben añadirse o excluirse del precio pagado o por pagar. En general son comisiones, costos de envases, gastos de embalaje y otras expensas, como el transporte y el seguro. Se encuentran definidos en el artículo 8 AVA.

4 OMC, *Breve Guía al Acuerdo de la OMC sobre Valoración*, 4ª ed., 2002.

b. EXCLUSIONES AL VALOR DE TRANSACCIÓN

Del valor de transacción deben excluirse ciertos gastos o costos, siempre y cuando se puedan distinguir del precio realmente pagado o por pagar por las mercancías importadas. Entre estos se pueden mencionar los gastos de montaje y asistencia técnica, el costo del transporte ulterior a la importación y los derechos e impuestos aplicables en el país de importación. Todos ellos excluyen la aplicación de los derechos aduaneros.

c. ACEPTABILIDAD O NO ACEPTABILIDAD DEL VALOR DE TRANSACCIÓN

El AVA dispone que tanto los operadores como las Administraciones de Aduanas deben usar en la mayoría de los casos el valor de transacción como método de valoración. Sin embargo, habrá importaciones en que no exista valor de transacción o el valor de transacción no sea aceptable como valor en aduana por tener un precio distorsionado como consecuencia de ciertas condiciones. Por ejemplo, que exista una vinculación entre vendedor y comprador y que tal relación haya efectivamente influido en el precio, que el vendedor haya fijado ciertas restricciones al comprador o que se haya condicionado el precio a que el comprador adquiriera otro tipo mercancías adicionales al vendedor. En estos casos deberán utilizarse los métodos de valoración establecidos desde el artículo 2 al 7 AVA, de manera sucesiva y subsidiaria.

d. EJERCICIO DE LA DUDA RAZONABLE

En los casos mencionados por vía ejemplar y otros análogos, la Administración de Aduanas tendría fundamentos para dudar de la veracidad o exactitud del precio señalado en la declaración de importación y en los documentos que le sirven de base. En tal caso, podrá pedir al importador que proporcione mayor información, como datos y documentos que prueben que el valor declarado de las mercancías es el valor real. Si la información adicional aportada por el importador fuese insuficiente, y la Administración de Aduanas mantuviese dudas razonables (fundadas) acerca de la veracidad o exactitud del valor declarado, podrá aplicar el criterio siguiente, establecido en el artículo 2 AVA, de acuerdo con el orden de prelación de los métodos.

La posibilidad de que las Administraciones Aduaneras puedan rechazar el valor de transacción fue expresamente establecida mediante la adopción de la “Decisión relativa a los casos en que las administraciones de aduanas tengan motivo para dudar de la veracidad o exactitud del valor declarado”⁵. Ello ocurrió en la Ronda Uruguay, con el impulso principalmente por los países en desarrollo que veían en esta norma la posibilidad de combatir la subvaloración o la declaración de un valor menor al real con el objeto de rebajar la base imponible de los derechos aduaneros y demás impuestos.

2.2. MÉTODO DE VALOR DE MERCANCIAS IDÉNTICAS

Si no se ha podido determinar el valor conforme al método de valor de transacción, de acuerdo con el artículo 2 AVA, el valor en aduanas será el valor de transacción de mercancías idénticas vendidas para la exportación al mismo país de importación y exportadas en el mismo momento que las mercancías objeto de valoración, o en un momento aproximado.

Se trata del segundo criterio o método de valoración, y en la utilización del mismo la Administración de Aduanas deberá considerar especialmente el valor de transacción de mercancías idénticas vendidas al mismo nivel comercial y, sustancialmente, en las mismas cantidades que las mercancías objeto de valoración. Por ejemplo, deberá tenerse en cuenta si el vendedor efectúa descuentos por la compra de grandes cantidades.

Lo que intenta el artículo 2 AVA es comparar precios de mercancías idénticas vendidas en las mismas condiciones de mercado.

De acuerdo con el artículo 15.2 (a) AVA, se entiende por “mercancías idénticas” las que sean iguales en todo, incluidas sus características físicas, calidad y prestigio comercial. Las pequeñas diferencias de aspecto no impedirán que se consideren como idénticas las mercancías que en todo lo demás se ajusten a la definición. Tales diferencias pequeñas podrían ser en el color o en el envase.

5 OMC, Decisión Relativa Administraciones de Aduanas. Disponible en http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/42-dval1_s.htm.

2.3. MÉTODO DE VALOR DE MERCANCÍAS SIMILARES

El tercer método se aplicará si no se ha podido determinar el valor en aduanas de acuerdo con los numerales precedentes. En este caso, el valor en aduanas será el valor de transacción de mercancías similares vendidas para la exportación al mismo país de importación y exportadas en el mismo momento que las mercancías objeto de valoración, o en un momento aproximado. Ello, de conformidad al artículo 3 AVA.

Al igual que en el método anterior, la Administración de Aduanas deberá considerar los precios de mercancías similares vendidas en las mismas condiciones de mercado, especialmente nivel comercial y cantidad.

De acuerdo con el artículo 15.2 (b) AVA, “mercancías similares” son las que, aunque no sean iguales en todo, tienen características y composición semejantes, lo que les permite cumplir funciones semejantes y ser comercialmente intercambiables.

2.4. MÉTODO DEDUCTIVO

El “valor deducido” es el precio de venta de las mercancías importadas, o en su defecto, el precio de venta de mercancías idénticas o similares, en el país de importación, basado en el precio unitario a que se vende la mayor cantidad (total) de esas mercancías, entre personas no vinculadas. Vale decir, es el primer nivel comercial siguiente a la importación en la cadena de comercialización, con las deducciones previstas en el artículo 5 AVA, como los derechos de aduana y demás impuestos nacionales pagaderos en el país de importación.

La ventaja sustancial que presenta este método radica en que la Administración de Aduanas está en condiciones de verificar directa y fácilmente el precio de venta mediante un examen de los registros contables del vendedor (importador) y del comprador, dado que están dentro de su propio país⁶.

6 LAZCANO, *Los Derechos de Aduana*, 2008.

2.5. MÉTODO DEL VALOR RECONSTRUIDO

Este método se construye a partir de los costos o del valor de los materiales de fabricación y de los beneficios y gastos generales del productor de las mercancías importadas, tomando en consideración los usualmente utilizados en la venta de esos mismos bienes o de la misma clase por productores en el país de origen, en operaciones de exportación al país de importación (artículo 6 AVA).

Una de las dificultades que puede presentar la aplicación de este método es la disposición del productor, que está ubicado en el país de exportación, a proporcionar información a las autoridades del país de importación, dado que dicha información implica revelar sus costos, por lo que en general la aplicación de este método se efectúa cuando se trata de empresas vinculadas.

2.6. INVERSIÓN DE LOS MÉTODOS DE VALORACIÓN

Los métodos de valoración se aplican de acuerdo con el orden de prelación establecido en el AVA, de manera sucesiva. Sin embargo, el artículo 4 AVA dispone que el importador tiene el derecho a solicitar la aplicación del método del valor reconstruido (artículo 6 AVA) antes de la aplicación del método del valor deducido (artículo 5 AVA). Es un derecho que solo le asiste al importador y no a la Administración de Aduanas.

2.7. MÉTODO DEL ÚLTIMO RECURSO O INSTANCIA

Si el valor en aduanas no hubiese podido determinarse de conformidad a los numerales precedentes, dicho valor se determinará de acuerdo con el artículo 7 AVA que dispone que el valor se determinará aplicando

(...) criterios razonables, compatibles con los principios y las disposiciones generales de este Acuerdo y el artículo VII del GATT de 1994, sobre la base de los datos disponibles en el país de importación.

Se trata del criterio más elástico del AVA, dado que la determinación del valor conlleva aplicar de manera flexible los criterios enunciados precedentemente. Aunque no existe una regulación detallada sobre la determinación, sí se establecen algunas prohibiciones, como que el valor no podrá determinarse

basado en el precio de mercancías en el mercado nacional del país exportador, en valores en aduanas mínimos o valores arbitrarios o ficticios.

En la práctica, algunas Administraciones de Aduanas, una vez descartado el método de valor de transacción, tienen la tendencia a la aplicación de este método de manera directa, dada las flexibilidades que permite, sin pasar necesariamente o sin justificar fundamentamente el descarte de los demás métodos, en abierta contradicción con el principio de *certidumbre*.

3. GARANTÍAS EN EL PROCESO DE DETERMINACIÓN DEL VALOR

Como se habrá observado, el proceso de determinación del valor, por aplicación de los diferentes métodos, puede llegar a ser un proceso bastante largo, y en el cual el importador pueda estar expuesto a entregar información sensible. De ahí que el AVA en diferentes disposiciones establece una serie de garantías a los importadores frente a las Aduanas, como el derecho a la confidencialidad de la información proporcionada en el curso de una investigación (artículo 10 AVA); el derecho a recurrir de las decisiones ante la propia Administración como ante una autoridad judicial (artículo 11 AVA); el derecho a conocer las leyes internas que reglamenten la aplicación del AVA (artículo 12 AVA), y el derecho a retirar las mercancías desde la Aduana, aun cuando esté pendiente la discusión de la determinación del valor definitivo de las mercancías (artículo 13 AVA).

IV. SITUACIÓN ACTUAL DEL AVA

El gran mérito del AVA es haber conseguido establecer un estándar mundial, aplicable por todos los países Miembros de la OMC, regulando de una manera única y definitiva el sensible tema de la valoración en aduanas y determinando principios y normas que guían el accionar de las Administraciones de Aduanas y de los operadores.

Los principios y normas del AVA han venido a dotar de certeza jurídica y económica a los operadores comerciales, garantizándoles un sistema de valoración transparente, uniforme, neutro y de carácter eminentemente técnico.

Por su parte, las Aduanas, con la aplicación del AVA, administran un sistema que regula de manera sencilla y precisa los procedimientos de valoración de mercancías, y en virtud de la “Decisión relativa a los casos

en que las administraciones de aduanas tengan motivos para dudar de la veracidad o exactitud del valor declarado”, conocida como el procedimiento de la duda razonable, han obtenido un mecanismo que les permite impugnar fundadamente la exactitud y veracidad de los valores declarados en la importación.

V. EL MUNDO EN DESARROLLO Y EL AVA

La implementación del AVA ha sido uno de los acuerdos de la OMC que mayores dificultades ha presentado para los países en desarrollo. Ello, debido a la costumbre de utilizar métodos de valoración diferentes y sujetos a elementos circunstanciales. Durante mucho tiempo, los países en desarrollo implementaron sistemas de valoración que no respondían a estándares transparentes y conocidos por los operadores comerciales. La valoración era un proceso sibilino y poco claro. Generalmente se utilizaban listas de precios mínimos o de referencia obligatorios para las mercancías importadas, con el objetivo de combatir la subvaloración, o bien, proteger la industria nacional de la competencia de los productos extranjeros. Es menester volver a recordar en este punto que para los países en desarrollo, la recaudación de impuestos, obtenida vía importaciones, sigue siendo una fuente relevante en los ingresos públicos.

A esto se suma el hecho de que algunas Administraciones de Aduanas carecen, hasta hoy, de las capacidades técnicas y humanas que les permitan desarrollar un sistema de verificación del valor en forma eficiente, que aseguren una acertada determinación de los derechos aduaneros y demás impuestos de los productos importados. La situación del comercio internacional en las últimas décadas ha agregado, además, elementos de mayor complejidad, como la fragmentación de las cadenas productivas y la mayor incorporación de tecnologías y de derechos de propiedad intelectual en la fabricación de las mercancías.

El AVA tomó en consideración estas dificultades y estableció provisiones especiales para los países en desarrollo, contenidas en el artículo 20 AVA y en su Anexo III. Entre estos cabe mencionar el postergar la aplicación del AVA por un máximo de cinco años desde su entrada en vigencia; retardar la aplicación del método de valor reconstruido; continuar utilizando valores oficialmente establecidos para una base limitada de mercancías y por un tiempo determinado y excepciones semejantes.

VI. NECESIDADES FUTURAS

No obstante lo anterior, aún queda mucho por avanzar. El sistema de valoración aduanera debe, a través del Comité Técnico del Valor de la OMC (artículo 18) y del Comité del Valor de la OMA:

- Reforzar la asistencia técnica a los países en desarrollo;
- Ayudar en la construcción de bases de información de valores;
- Establecer los mecanismos de cooperación entre las administraciones de aduanas, que aseguren un intercambio fluido de información; y
- Propender a dar mayor transparencia al sistema a través de instrumentos como las resoluciones anticipadas en valor⁷.

Este tipo de medidas deben ir acompañadas de políticas que modernicen las Administraciones de Aduanas, que son las instituciones encargadas de aplicar el Acuerdo. La determinación correcta del valor no puede ser un proceso largo y complicado que encarezca los costos de importación. De ahí que deben aplicar en sus procesos de fiscalización herramientas como la evaluación y gestión de riesgos⁸ y, de esta manera, contar con mayor información que les permita determinar los posibles riesgos asociados con la veracidad o exactitud del valor en aduanas declarado por los importadores. Estas herramientas son ampliamente recomendadas por la OMA, y se encuentran definidas en la Convención de Kioto Revisada de 1999, sobre simplificación y armonización de procedimientos aduaneros.

Para la OMA⁹, la elaboración y utilización de una base de datos nacional de valoración serviría para construir perfiles de riesgos asociados al valor y

7 De acuerdo con el Convenio Internacional para la Simplificación y Armonización de los Regímenes Aduaneros Revisado del Consejo de Cooperación Aduanera (Organización Mundial de Aduanas), las resoluciones anticipadas son resoluciones obligatorias emitidas por la Administración de Aduanas previa solicitud, basadas en la información proporcionada por el solicitante sobre clasificación arancelaria, valoración en aduanas y origen (Norma 9.9). Ver Capítulo 32.

8 Evaluación de riesgos: “definición sistémica de las prioridades en materia de gestión de riesgos, basada en el grado de riesgo, especialmente en función de las normas y de los niveles de riesgo preestablecido”.

Gestión de riesgos: “la aplicación sistemática de prácticas y procedimientos de gestión que proporciona a la Aduana la información necesaria para manejar los movimientos y/o envíos que presentan un riesgo”.

9 OMA, *Directrices relativas a la elaboración y utilización de una base de datos nacional de valoración que funcione como instrumento de evaluación de riesgos*, 2004.

permitiría evaluar los riesgos potenciales con respecto al valor declarado. Así pues, una diferencia considerablemente anormal entre el valor declarado y el valor almacenado en la base de datos de esa mercancía puede constituir un factor de riesgo potencial, que junto a factores como el historial del importador, pueden determinar exámenes físicos y documentales más detallados. Sin embargo, esta base de datos no debe utilizarse como valores de sustitución o mecanismo para establecer valores mínimos.

La necesidad de perfeccionar el sistema es fundamental para garantizar el desarrollo de un comercio internacional libre de distorsiones (subvaloración o sobrevaloración), que garantice una competencia leal, entre los productores locales y los extranjeros, asegurando, asimismo, la correcta aplicación de los derechos aduaneros y demás impuestos en la importación de mercancías por parte de las Administraciones de Aduanas.

En el proceso de perfeccionamiento, la cooperación entre las Administraciones de Aduanas resulta fundamental, principalmente a través del intercambio de información o métodos de investigación en conjunto. Algunos países desarrollados han reforzado la aplicación del AVA en los tratados de libre comercio que suscriben con países en desarrollo o bien han dispuesto cláusulas de cooperación o asistencia técnica en la implementación del AVA¹⁰. El intercambio de información entre las Administraciones de Aduanas cuenta hoy con una serie de instrumentos multilaterales emitidos por la OMA, que ayudarían con este objetivo, a saber: la Convención de Nairobi, de 1977; el Modelo de Acuerdo Bilateral sobre Acuerdos de Asistencia en Materias Aduaneras, de 2004, y la Convención de Johannesburgo, de 2003.

Asimismo, deben implementarse programas de cooperación entre las Administraciones de Aduanas y el sector privado, con el propósito de intercambiar opiniones y experiencias. Resulta relevante en este punto la asistencia técnica o capacitación que puedan brindar los sectores especializados de la industria a los funcionarios encargados de determinar el valor en aduanas en sectores tan sensibles como los textiles, por ejemplo.

10 El Acuerdo de Asociación Económica Chile-Unión Europea, en su artículo 80 dispone que: “El Acuerdo de la OMC relativo a la aplicación del Art. VII del GATT de 1994, sin las reservas y las opciones establecidas en el Art. 20 y en los párrafos 2, 3 y 4 del Anexo III de dicho Acuerdo, regulará la aplicación del valor en aduana al comercio entre ambas Partes.” Asimismo, el Acuerdo de Promoción Comercial entre Perú y Estados Unidos establece en su artículo 5.5 que: “Las Partes cooperarán para lograr el cumplimiento de sus respectivas legislaciones y regulaciones con respecto a: (b) la implementación y operación del Acuerdo de Valoración Aduanera”.

Muchos de estos aspectos están desarrollados como obligaciones de los Miembros de OMC, y de las Aduanas en particular, en el Acuerdo de Facilitación de Comercio. Si bien tales disposiciones no reemplazan la normativa de la OMA o los convenios bilaterales, tales compromisos son vinculantes y están sujetos al sistema de solución de diferencia de la OMC¹¹.

VII. JURISPRUDENCIA EN TORNO AL AVA¹²

Existen alrededor de 15 disputas en el sistema de la OMC por la aplicación del AVA y en general dicen relación con la fijación de precios mínimos o indicativos por algunas de los Miembros.

A modo de ejemplo, encontramos la Reclamación presentada por Panamá¹³, que alegó que Colombia obligaba a los importadores de determinadas mercancías a pagar derechos de aduana y otros derechos o cargas e impuestos sobre la base de los precios indicativos y no de los métodos de valoración establecidos en el artículo VII GATT y en el Acuerdo sobre Valoración en Aduana. Para Panamá, la imposición de precios indicativos en las circunstancias mencionadas daba origen a incompatibilidades con los artículos 1 a 7 y 13 del Acuerdo sobre Valoración en Aduana, en el cual se establecen los métodos de valoración en aduanas, así como con el artículo VII GATT, entre otros artículos del GATT.

En definitiva, el Grupo Especial aceptó las alegaciones de Panamá de que el inciso e) del párrafo 5 del artículo 128 del Decreto n.º 2685 y el párrafo 7 del artículo 172 de la Resolución n.º 4240 de Colombia, así como las diversas resoluciones en las que se establecen precios indicativos, eran incompatibles “en sí mismos” con la obligación establecida en el Acuerdo sobre Valoración en Aduana de aplicar, en orden secuencial, los métodos de valoración previstos en los artículos 1, 2, 3, 5 y 6 del Acuerdo sobre Valoración en Aduana y con los apartados b) y f) del párrafo 2 del artículo 7 de dicho Acuerdo.

La decisión no fue apelada y el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) aprobó el informe del Grupo Especial. El 2010, y luego de la concesión de

¹¹ Ver Capítulo 24.

¹² OMC, Solución de diferencias: las diferencias. Índice de diferencias por Acuerdo. Disponible en http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_agreements_index_s.htm?id=A27.

¹³ Colombia – Puertos de entrada, *Solicitud de celebración de consultas presentada por Panamá*, OMC-Doc. G/L/824; G/VAL/D/9; WT/DS366/1.

un plazo prudencial para el cumplimiento, Colombia informó que había adoptado las medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD.

Existen dos reclamaciones presentadas contra Tailandia, realizadas por Filipinas¹⁴ y las Comunidades Europeas¹⁵, relativas a una aplicación incompatible de normas de valoración interna con los principios y disposiciones del AVA. Filipinas formuló alegaciones con respecto a diversas medidas de valoración en aduana que afectan las importaciones de cigarrillos que resultarían incompatibles con el AVA, dado que Tailandia no utilizaría el valor de transacción como la primera base para la determinación del valor en aduana y no se ajustaría a la sucesión de métodos de valoración que dispone el Acuerdo, utilizando un método de valoración no establecido en el AVA. El órgano de apelación emitió su informe en junio de 2011 y Tailandia informó que aplica sus recomendaciones. Reclamación similar han efectuado las Comunidades Europeas con respecto a la manera como Tailandia valoraría las bebidas alcohólicas y otros productos y se encuentra aún en etapa de consultas.

También hay un caso en que Guatemala reclama en contra de Perú¹⁶ porque este habría establecido un “derecho adicional” que afecta a la importación de determinados productos agrícolas, como el arroz, el azúcar, el maíz, la leche y algunos productos lácteos. Ello sería incompatible, entre otras disposiciones, con los artículos 1, 2, 3, 5, 6 y 7 del Acuerdo sobre Valoración en Aduana. Está en etapa de constituir el Grupo Especial.

14 *Tailandia – Cigarrillos (Filipinas)*, GE, WT/DS371/R.

15 *Tailandia – Valoración en aduana de determinados productos procedentes de las Comunidades Europeas*, Comunidades Europeas, G/L/846 ; G/VAL/D/10; WT/DS370/1.

16 *Perú – Productos agropecuarios*, WT/DS457.

CAPÍTULO 14

Inspección previa a la expedición (AIPE)

FABIÁN VILLARROEL

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

En la esfera del comercio internacional, especialmente en el contexto de un contrato de compraventa internacional, el vendedor (exportador) y el comprador (importador) se encuentran en diferentes países y, por regla general, el segundo nunca verá lo que está comprando sino hasta que la mercancía llegue al país de destino. De ahí que, a mediados de la década del cincuenta, algunos importadores comenzaron a exigir dentro de las cláusulas del contrato, la necesidad de que empresas especializadas certificaran en origen, antes de su embarque, la cantidad y la calidad de los productos comprados (importados). Ello, como una forma de asegurar el cumplimiento de las condiciones contractuales establecidas entre las partes.

Por otro lado, en décadas pasadas y considerando que la importación de una mercancía es un proceso complejo, en el cual deben determinarse elementos como el valor del bien, su clasificación arancelaria, el tipo de cambio aplicable, la determinación del origen –preferencial y no preferencial–, el uso de cuotas de importación o prohibiciones, algunas Aduanas de países en desarrollo decidieron exigir una certificación previa, por una entidad independiente, de los elementos que servirían de base para la aplicación de los tributos externos y regulación. Lo anterior se debió, fundamentalmente, a que dichos países no contaban con las condiciones técnicas adecuadas, carecían de un marco regulatorio claro, no existía el personal calificado o, simplemente, padecían de situaciones de probidad inmanejables.

La conjunción de estas dos necesidades, entonces, certeza por parte del importador en calidad y cantidad, y por otro lado, la necesidad de las Administraciones de Aduanas de una correcta base tributaria, llevaron al establecimiento de empresas que, antes del embarque o expedición de la mercancía, certifiquen una serie de elementos.

Su desarrollo generó la necesidad de regularlas, de modo que su aplicación no se transformara en una barrera no arancelaria al comercio y se otorgara garantía suficiente a los exportadores para que la exigencia de este examen previo no se realizara de forma discriminatoria. La regulación se concretó entonces en el Acuerdo sobre Inspección Previa a la Expedición o Inspección Preembarque (AIPE), con ocasión de la Ronda Uruguay.

Ya en su Preámbulo, el AIPE reconoce la existencia y la necesidad de los países en desarrollo de recurrir a la inspección preembarque, por lo que su objetivo no es prohibir ni restringir este tipo de actividades, sino regularlas.

En el AIPE se establecen una serie de derechos y obligaciones, tanto de los países importadores como exportadores y de las propias entidades de inspección. Ello, con el fin de asegurar que los principios y obligaciones del GATT se apliquen a los procedimientos de inspección preembarque.

II. EL ACUERDO SOBRE INSPECCIÓN PREVIA A LA EXPEDICIÓN DEL GATT 1994 (AIPE)

I. DEFINICIONES

I.1. INSPECCIÓN PREEMBARQUE Y SU ÁMBITO DE APLICACIÓN

De conformidad con el artículo 1 AIPE, las actividades de inspección previa a la expedición son todas aquellas relacionadas con la verificación de la calidad, la cantidad, el precio –incluidos el tipo de cambio de la moneda correspondiente y las condiciones financieras– y/o la clasificación aduanera de las mercancías que vayan a exportarse al territorio de otro Miembro de la OMC.

De esta definición se desprende que las actividades de preembarque pueden estar referidas a cuestiones centrales en la determinación de la base imponible de los derechos aduaneros y demás impuestos que se aplican con ocasión de una importación, como son la valoración y la clasificación arancelaria.

No queda explícito, sin embargo, si estas actividades también pudiesen referirse a otras materias. Dicho de otro modo, si pueden abarcar cuestiones como el carácter originario de los productos a exportar, sea preferencial o no preferencial, o el cumplimiento de normas sanitarias del país importador. En nuestra opinión, el ámbito de aplicación del Acuerdo podría ser efectivamente más amplio.

I.2. LOS ACTORES DEL PROCESO DE IP

El mismo artículo 1 AIPE define a los actores de este tipo de procedimientos y son tres:

a. MIEMBRO USUARIO

Es aquel Miembro cuyo gobierno o cualquier órgano gubernamental contrate actividades de inspección previa a la expedición o prescriba su uso.

b. ENTIDAD DE INSPECCIÓN PREVIA A LA EXPEDICIÓN

Es toda entidad encargada, bajo contrato o por prescripción de un Miembro, de realizar actividades de inspección previa a la expedición.

c. MIEMBRO EXPORTADOR

Es aquel Miembro en el cual se realizan materialmente las actividades de expedición preembarque (artículo 3 AIPE).

2. PRINCIPIOS DEL ACUERDO DE INSPECCIÓN
PREVIA A LA EXPEDICIÓN

El AIPE establece un conjunto de principios que deben guiar las actividades de inspección preembarque, tanto para los Miembros usuarios como a los Miembros exportadores, así como a las entidades encargadas de realizar dichas actividades.

2.1. PRINCIPIO DE LA NO DISCRIMINACIÓN

Es uno de los principios rectores de la OMC y rige tanto para los Miembros usuarios como para los Miembros exportadores. Es así como se pretende asegurar que los Miembros usuarios apliquen este tipo de procedimientos a todos los exportadores por igual, sobre la base de criterios objetivos. Del mismo modo, las reglamentaciones exigibles para las mercancías objeto de inspección preembarque (extranjeras) no deben ser más gravosas que las aplicables a las mercancías nacionales (trato nacional). En tanto, para los Miembros exportadores, la obligación se operacionaliza de modo que las leyes y reglamentos sobre las actividades de inspección preembarque se apliquen de manera no discriminatoria.

2.2. PRINCIPIO DE LA TRANSPARENCIA

El principio de transparencia, que también cruza todo el Acuerdo, es aplicable tanto a los Miembros usuarios como a los Miembros exportadores, así como a las entidades de inspección y va más allá de la mera publicación pues impone una obligación de hacer, cual es el actuar de manera transparente. Por ello, los Miembros usuarios deben asegurarse de que las entidades de inspección previa a la expedición suministren toda la información necesaria a los exportadores para cumplir con las actividades de inspección, de manera accesible y oportuna.

Del mismo modo, tanto Miembros usuarios como exportadores deben publicar oportunamente todas las leyes y reglamentos relativos a la exigencia de la inspección, con el objeto de que los demás gobiernos y comerciantes en general conozcan la normativa.

Por su parte, las entidades de inspección, a requerimiento de los exportadores, deben hacer públicos los procedimientos y criterios utilizados en la inspección, los lugares y horarios de inspección.

2.3. PROTECCIÓN DE LA INFORMACIÓN CONFIDENCIAL

Toda la información recibida con ocasión de una inspección de preembarque deberá ser tratada como confidencial, tanto por los Miembros usuarios como por las entidades de inspección, debiendo ambos velar por el cumplimiento de este principio. Es menester recordar en este punto que mucha de la información que el exportador debe entregar a la entidad es información con un alto valor económico, dado que deberá declarar el valor de la mercancías, así como el valor de los insumos o materiales utilizados, proveedores, origen de los insumos, etc. Sin embargo, el exportador no está obligado a entregar información tal como: niveles de beneficio o datos de fabricación relativos a procedimientos patentados, artículo 2 núm. 9 AIPE.

Asimismo, los Miembros usuarios deben asegurar que las entidades de inspección no divulguen información confidencial a terceros, sin perjuicio de que la misma pueda ser compartida con los organismos gubernamentales que hayan contratado sus servicios o prescrito su utilización. En este sentido, los Miembros usuarios deben asegurarse de que las entidades de inspección mantengan procedimientos que eviten los conflictos de intereses

entre estas últimas y otros organismos sujetos a inspección o relacionados financieramente con dichos organismos.

2.4. DEMORAS

Las inspecciones de los envíos deben realizarse sin demoras irrazonables, y los Miembros usuarios tienen la obligación de asegurar que las entidades de inspección realicen su trabajo dentro de las fechas y plazos convenidos.

2.5. VERIFICACIÓN DE PRECIOS

En el proceso de valoración de las mercancías que deban realizar las entidades de inspección, como regla general, estas deberán seguir las normas, criterios y métodos establecidos en el Acuerdo de Valoración Aduanera de la OMC. Vale decir, en principio no podrán rechazar el precio convenido entre exportador e importador (precio de transacción), a menos que exista una *duda razonable* acerca del precio declarado.

2.6. PROCEDIMIENTOS DE RECLAMOS

Los Miembros usuarios deben garantizar que las entidades de inspección consideren procedimientos para recibir y examinar quejas o reclamos de los exportadores.

III. EL PROCEDIMIENTO DE INSPECCIÓN PREVIA A LA EXPEDICIÓN EN LA PRÁCTICA

Los Miembros usuarios deben asegurarse de que los exportadores conozcan la exigencia de realizar inspecciones antes del embarque de las mercancías. Por regla general, dicha revisión deberá realizarse en el territorio aduanero del país de exportación y, solo si ello no resulta posible, en el país de fabricación. El exportador deberá comunicarse y coordinarse con las entidades de inspección, con el objeto de acordar una fecha y lugar para realizar la expedición. En el proceso mismo de expedición las entidades podrán exigir documentos al exportador con el objeto de elaborar un informe.

Una vez realizada la inspección, las entidades de inspección podrán emitir un informe de verificación, sin objeciones. En este aprueban la declaración

de cantidad, calidad y precio de la respectiva exportación. En caso contrario, las entidades emitirán un informe escrito en el cual constan las razones detalladas por las cuales no se emite el respectivo informe. Ambos informes serán remitidos al exportador, y este tendrá derecho a exponer por escrito sus descargos, o bien, a formular sus descargos ante las entidades de inspección.

Las diferencias entre las entidades de inspección previa a la expedición y los exportadores, deberían resolverse de mutuo acuerdo. Si ello no fuese posible y las diferencias son pueden ser resueltas bilateralmente, las partes podrán someterla a un examen imparcial. Este examen deberá estar a cargo de una entidad independiente conformada por una organización que represente a las entidades de inspección y una organización que represente a los exportadores. En concreto, la entidad que representa a estas instituciones está constituida por la Federación Internacional de Agencias de Inspección (FIAI), y la que representa a los exportadores, por la Cámara Internacional de Comercio (CCI).

El informe de verificación sin objeciones expedido en definitiva por la entidad de inspección previa a la expedición será remitido al exportador y deberá ser presentado por el importador al momento de concretar la importación. Se presenta ante las autoridades del país de importación (Miembro usuario), cumpliendo de esta manera con las formalidades exigibles para el ingreso de las mercancías. Sin embargo, la determinación del valor imponible corresponde siempre a la Administración de Aduanas del Miembro usuario (país de importación). En ese sentido, el referido informe solo constituye un antecedente más en el proceso de valoración.

IV. SITUACIÓN ACTUAL Y DESAFÍOS FUTUROS DEL AIPE

De acuerdo con el Comité de Inspección Preembarque de la Federación Internacional de Agencias de Inspección, al 2014 existen 19 programas de inspección previa a la expedición con propósitos aduaneros¹, específicamente que tienen la finalidad de proteger la recaudación fiscal o apoyar los servicios aduaneros para la verificación².

1 Federación Internacional de Agencias de Inspección (FIAI), mayo 2014. Disponible en <http://www.ifia-federation.org/content/sector-committees/government-services/>.

2 Los programas son utilizados por países en desarrollo o menos adelantados: Burkina Faso, Ca-

La cantidad de programas en aplicación ha ido reduciéndose progresivamente en los últimos años, en la medida que los países en desarrollo han ido fortaleciendo su institucionalidad para el comercio internacional y sus Administraciones de Aduanas; se han ido construyendo las capacidades técnicas y humanas que permiten realizar las actividades de verificación de calidad, cantidad, precio y clasificación arancelaria, en sus propios territorios. Asimismo, los países han ido liberalizando su comercio y sus sistemas de control de cambios, razón por la cual la tendencia en la sobrevaloración de mercancías también ha tendido a disminuir. Como resultado de ello, de acuerdo con la FIAI, desde el 2004 a la fecha los programas de inspección de preembarque se han venido reduciendo de 41 a 24, y también ha disminuido el número de países que aplican este tipo de inspecciones.

Lo más probable es que la tendencia continúe, en la medida en que los países en desarrollo consigan establecer mecanismos certeros y eficientes para la determinación del valor en aduanas, la calidad y control de divisas. Para ello es menester que las Administraciones de Aduanas cuenten con mecanismos eficientes de control, incluyendo la gestión de riesgo, fortalezcan su institucionalidad y mejoren los niveles de probidad.

La tendencia a disminuir este tipo de controles también se ha reflejado en el ámbito bilateral. Algunos acuerdos de libre comercio han proscrito el uso de este tipo de inspecciones, estimando que constituyen un obstáculo innecesario al comercio, generando mayores costos y tiempos en un proceso de exportación³.

La disminución de este tipo de programas en las últimas décadas responde además a un enfoque tradicional desde el punto de vista del control aduanero que, en la mayoría de los casos, ha estado centrado más en el control y en la recaudación de los derechos aduaneros, en la entrada o en la importación de las mercancías, más que en la salida o exportación de las mercancías.

merún, República de África Central, Chad, Congo, República Democrática del Congo, Guinea, Gana, Haití, Liberia, Irán, Malí, Mozambique, Níger, Senegal, Somalia, Togo y Uzbekistán.

3 Ver Acuerdo de Asociación Político Comercial entre la Unión Europea y México y la Unión Europea y Chile, Sección 3, Aduanas y materias conexas, artículo 79, núm. 3 letra (h): “Las Partes convienen en que sus respectivas disposiciones y procedimientos comerciales y aduaneros deberán basarse en: h) disposiciones en materia de importación que no incluyan condición de inspecciones previas a la expedición definidas en el Acuerdo sobre Inspección Previa a la Expedición de la OMC”.

Sin embargo, esta perspectiva tradicional está cambiando. Como resultado de los atentados terroristas ocurridos en Estados Unidos en 2001, y después en Madrid y Londres, la comunidad del comercio internacional ha comenzado a preocuparse por el tema de la seguridad de la carga y de la cadena logística de manera especial, desarrollándose normas o programas internacionales sobre la materia. Es así como se dictó el Código ISPS de la OMI⁴ y el Marco Normativo para Asegurar y Facilitar el Comercio Global de la OMA⁵. Este último, considera dentro de sus pilares la revisión de la carga de exportación en origen antes de ser enviada a destino mediante el uso de tecnologías no invasivas (escáner de contenedores). Y aunque en la mayoría de los casos estas actividades siguen siendo desarrolladas por entidades gubernamentales, principalmente las Administraciones de Aduanas, no está excluida la posibilidad de puedan ser ejercidas por entidades privadas o incluso por funcionarios del gobierno del país importador en el territorio del país exportador⁶.

Este tipo de programas y normas internacionales tienen claramente un objetivo diferente a los programas tradicionales de inspección preembarque; sin embargo, estimamos que su proliferación, sea por la vía unilateral, bilateral o multilateral, debe ser atendida por la OMC. El objetivo sería minimizar

-
- 4 Código PBIP, Código Internacional para la Protección de los Buques y de las Instalaciones Portuarias, considera una serie de medidas que aseguren el transporte marítimo así como las instalaciones portuarias.
 - 5 El Marco Normativo sobre para Asegurar y Facilitar el Comercio Global de la OMA consta de cuatro pilares básicos, el tercero de los cuales estipula que “ante una petición razonable del país de destino basada en una metodología comparable de detección de riesgos, la Administración de Aduanas del país de despacho llevará a cabo una inspección de los contenedores y de la carga de alto riesgo destinados al exterior, de preferencia utilizando equipos de detección no invasivos tales como máquinas de rayos X de gran potencia y detectores de radiación”. Disponible en www.wcoomd.org.
 - 6 Programa del gobierno de estados Unidos denominada Iniciativa sobre la seguridad de los contenedores (ISC), cuyo objetivo es aumentar la seguridad de carga transportada en contenedores por vía marítima hacia los Estados Unidos desde cualquier parte del mundo. Este programa es propuesto por la Administración de Aduanas de Estados Unidos a un puerto de donde se embarcan contenedores hacia Estados Unidos, y mediante un protocolo bilateral, funcionarios de la Administración de Aduanas de Estados Unidos se instalan en el puerto de origen con el objeto de cooperar en el aseguramiento de los embarques. Actualmente, el programa cubre 58 puertos en el mundo y en Latinoamérica está presente en los puertos de Buenos Aires, Argentina; Santos, Brasil; Panamá, Colón, Manzanillo, en Panamá; Cartagena de Indias, Colombia; Puerto Cortés, Honduras, y Caucedo, República Dominicana. Disponible en http://www.cbp.gov/xp/cgov/trade/cargo_security/csi.

que las normas sobre seguridad de la carga se constituyan en una traba al comercio. De ocurrir, traerá mayores costos y tiempos en los procesos de exportación y los países en desarrollo serán los más afectados por no contar con la tecnología suficiente para enfrentar las nuevas exigencias de los mercados de destino.

CAPÍTULO 15

Reglas de origen (RO)

VERA THORSTENSEN

I. INTRODUCCIÓN

Como instrumento de política comercial, las normas de origen (RO) son uno de los principales elementos del sistema multilateral de comercio. En la determinación del país de origen de un producto, las RO identifican no solo el origen de la mercancía, sino también el objeto de los instrumentos de política comercial. A pesar de ser un instrumento antiguo, solo recientemente las RO han recibido la atención internacional.

Durante la Ronda Uruguay se negociaron principios generales relacionados con la aplicación de las RO. Estas negociaciones también dieron origen a la creación del Comité de Normas de Origen (Comité o CRO), en el marco de la OMC. El Comité se encarga de coordinar el proceso de armonización de las RO en el plano multilateral. El programa de trabajo de armonización se inició en 1995 y representa la enorme tarea de establecer el origen de 5.113 productos, tal como se definen en el Sistema Armonizado, a nivel de 6 dígitos.

La negociación de un sistema uniforme de RO a nivel multilateral es un elemento clave para mantener el comercio internacional libre de fricciones políticas creadas por divergencias entre las normativas nacionales que definen el origen. De esto modo, se garantiza la transparencia y previsibilidad a los comerciantes de todo el mundo. Existe una gran diferencia en el tratamiento de las importaciones dependiendo de su origen.

En el contexto de una unión aduanera se pueden observar al menos tres niveles de tarifas aplicadas a las mercancías importadas: (i) los aranceles consolidados de los Miembros de OMC para los socios de OMC que no están en la unión aduanera; (ii) la exención de aranceles aduaneros para los bienes dentro de la unión aduanera, y (iii) los aranceles para los países que no son Miembros de la OMC¹, si fueren diferentes de los aplicados a los Miembros de aquella.

La armonización de las RO será aún más necesaria en el contexto de la globalización y la fragmentación de la producción, en la cual las partes y componentes de un determinado producto final pueden originarse en múltiples países.

Dado que la OMC es una organización internacional compuesta por diferentes economías y que la lógica de sus instrumentos es regular los

¹ JACKSON, *The World Trading System*, 2^a ed., 1997.

productos exportados e importados, la identificación del origen de cada producto es esencial.

Existen dos tipos de reglas de origen: las preferenciales y las no preferenciales. Ambas tienen importantes implicaciones para los flujos de comercio internacional, los patrones de producción, la subcontratación y las decisiones de inversión.

1. NORMAS PREFERENCIALES

Son las reglas de origen que se negocian entre las partes de un Acuerdo de Comercio Preferencial (ACP) y reflejan sus principales intereses en esa negociación. Mediante ellas se asegura que el trato preferencial beneficie solo a las partes de un ACP. Cabe hacer notar que al aumentar el número de ACP, también se acrecienta el número de sistemas de reglas de origen.

Las RO preferenciales también se emplean como una herramienta para evitar la desviación del comercio en el contexto de los Sistemas Generalizados de Preferencias (SGP), que otorgan ventajas arancelarias no recíprocas y por lo tanto definidas por el país que concede las preferencias.

Las RO preferenciales aún no han sido objeto de negociaciones internacionales y se negocian entre los socios del ACP y solo indirectamente, bajo la responsabilidad del Comité de Acuerdos Comerciales Regionales y el Comité sobre Comercio y Desarrollo. Sin embargo, como las RO preferenciales se están transformando en importantes barreras para el comercio en muchos países, particularmente en desarrollo, también reclaman la armonización de las RO preferenciales.

2. LAS NORMAS NO PREFERENCIALES

Son el foco de la negociación multilateral y el objeto del proceso de armonización. Pueden servir de base para la aplicación de muchos de los instrumentos de política comercial como son, entre otros, los aranceles aduaneros, los contingentes arancelarios, las medidas *antidumping*, los derechos compensatorios, salvaguardias, compras públicas, marcas de origen y estadísticas comerciales.

Antes de la Ronda Uruguay, cada país definía su propio sistema de RO no preferencial. Esto dio lugar a la proliferación de diversos tipos de RO basados en variados criterios. Por ejemplo, EE.UU. aplica distintas RO dependiendo del

sector: textil, acero y tecnología de la información. El uso de una u otra es función de si la RO es utilizada para efectos simplemente aduaneros o para la iniciación de acciones *antidumping*.

Al no estar sujetas a una disciplina internacional, las RO han evolucionado hasta convertirse en un instrumento muy complejo que socava la transparencia de la política comercial y aumenta los costos del comercio para los importadores y exportadores de todo el mundo.

La preocupación por los efectos distorsionadores de las RO condujo a los participantes de la Ronda Uruguay a acordar un Acuerdo sobre Reglas de Origen (ARO), para establecer principios básicos y poner en marcha el programa de armonización de las normas de origen. Este se traduciría en un sistema multilateral de determinaciones de origen de los productos enumerados en el Sistema Armonizado.

El trabajo de armonización se inició en 1995 y debía estar terminado en tres años. Para ese período de negociaciones, el Acuerdo estableció las reglas para la certificación de origen como un modo de contrarrestar el uso de métodos de certificación nacional, utilizada esencialmente como barreras comerciales. Sin embargo, después de 15 años de duro trabajo, el programa de armonización aún no ha concluido. Aunque el Comité ha definido las RO para todos los productos, la complejidad y las sensibilidades políticas de muchos bienes siguen bloqueando la conclusión del programa. El CRO se ha ocupado de los temas conflictivos, enviándolos a la instancia superior y más política de la OMC, que es el Consejo General. No obstante, los representantes no han estado dispuestos a resolver estos problemas, escudándose en que son temas demasiado técnicos. La realidad es que si bien se trata de un lenguaje técnico, se trata de decisiones políticamente muy sensibles.

En efecto, el establecimiento de la regla de origen para un producto determinado no es una tarea fácil. Cada país tiene una posición de negociación en cada producto, dependiendo de si es un productor, importador y/o exportador del mismo. La complejidad de estas cuestiones ha llevado a los países Miembros a realizar amplias consultas con los productores y las distintas entidades gubernamentales que se ocupan de las RO: ministerios de agricultura, industria, comercio exterior, autoridades fiscales, autoridades aduaneras, así como del sector privado agrícola e industrial, a través de sus confederaciones y asociaciones. Varias de estas entidades envían representantes a Ginebra para estar al corriente de los detalles del proceso de armonización y estar presentes en las discusiones de la OMC.

Virtualmente, todos los países están comprometidos en negociaciones de acuerdos de libre comercio, en los cuales las RO son un tema central. De ahí que lo que ocurra en OMC podría impactar la negociación de tales acuerdos de libre comercio. Es por ello que muchos países en desarrollo estaban a la espera de los resultados de la OMC para definir sus propias RO. Sin embargo, como el *impasse* continúa, estos comienzan a crear sus propios sistemas de RO para satisfacer sus necesidades.

Este capítulo pretende dar algunas pistas sobre el porqué ha sido imposible, hasta ahora, concluir esta negociación multilateral y está organizado de la siguiente manera: los temas principales del ARO; los mayores puntos de discordia en el trabajo de armonización; un análisis sobre las consecuencias de un sistema armonizado de normas de origen para los demás acuerdos de la OMC y otros instrumentos de política comercial, y, finalmente, se plantean algunos posibles escenarios de cómo llegar a la conclusión de la negociación.

II. ACUERDO DE LA OMC SOBRE NORMAS DE ORIGEN

El propósito del ARO es asegurar un sistema claro y previsible de RO que facilite el comercio internacional, que no cree obstáculos innecesarios al comercio, y que no anule o menoscabe los derechos de los Miembros. Reconoce la conveniencia de lograr la transparencia en las regulaciones y prácticas en materia de origen, y se asegura de que las RO se elaboren y apliquen de manera imparcial, transparente y previsible.

I. DEFINICIONES Y DISCIPLINAS

El ARO define a las RO como

(...) las leyes, reglamentos y decisiones administrativas de aplicación general aplicados por un Miembro para determinar el país de origen de los productos (artículo I.1 ARO).

No se incluyen los regímenes comerciales que generan preferencias arancelarias.

Las RO abarcan todas las reglas que se utilizan en los instrumentos de política comercial no-preferenciales, como aranceles aduaneros (aplicados bajo

Nación Más Favorecida), trato nacional (productos importados versus nacionales), listas de concesiones arancelarias, eliminación de las restricciones cuantitativas, medidas *antidumping*, derechos compensatorios, salvaguardias, requisitos de marca, restricciones cuantitativas y contingentes arancelarios discriminatorios. La definición de las RO también abarca las RO utilizadas para la contratación pública y las estadísticas comerciales (artículo 1.2 ARO).

El Acuerdo enumera los criterios para determinar las RO: (i) clasificación arancelaria, caso en que deberá especificarse las partidas y sub partidas; (ii) porcentaje *ad valorem*, circunstancia en la cual deberá indicarse el método de cálculo de dicho porcentaje, y (iii) operación de fabricación o procesamiento, evento en que deberá precisarse la operación que confiere el origen.

El ARO establece que durante el período de transición las RO no pueden ser utilizadas directa o indirectamente como instrumentos para alcanzar los objetivos comerciales, ni pueden generar efectos de restricción, distorsión o perturbación del comercio internacional (artículo 2 ARO).

2. DISCIPLINAS DESPUÉS DE LAS NEGOCIACIONES

Una vez que el programa de armonización se haya concluido, el Acuerdo establece criterios mínimos comunes como resultado de tal proceso (artículo 3 ARO):

- Que las RO se apliquen por igual a todos los instrumentos de política comercial mencionados en el ARO;
- Que el país definido como de origen de un producto debe ser el país donde el bien ha sido totalmente obtenido o donde la última transformación sustancial se haya llevado a cabo;
- Las normas de origen que apliquen a las importaciones y a las exportaciones no sean más rigurosas que las que apliquen para determinar si un producto es o no de producción nacional, ni discriminen entre otros Miembros, sea cual fuere la afiliación de los fabricantes del producto afectado.
- Que las RO sean administradas de una manera coherente, uniforme, imparcial y razonable;

- Que se publiquen las leyes, reglamentos, decisiones judiciales y resoluciones administrativas de aplicación general relacionadas con las RO;
- Que el origen de un producto se establezca dentro de un plazo máximo de 150 días y que ello tenga una validez de tres años, siempre que subsistan los hechos y las condiciones sean similares;
- Que no habrá aplicación retroactiva de las modificaciones a las RO;
- Que las medidas administrativas en relación con las RO sean susceptibles de revisión administrativa o judicial; y,
- En general, que se mantendrá la confidencialidad de la información que se haya facilitado bajo ese carácter.

3. DECLARACIÓN SOBRE NORMAS DE ORIGEN PREFERENCIALES

La creciente importancia de las RO preferenciales frente a la proliferación de acuerdos de integración regional llevó a los participantes de la Ronda Uruguay a negociar también una Declaración común acerca de las normas de origen preferenciales.

En el Anexo II del ARO, se definen como RO preferenciales a

(...) las leyes, reglamentos y decisiones administrativas de aplicación general aplicados por un Miembro para determinar si a un producto le corresponde recibir el trato preferencial previsto en virtud de regímenes de comercio contractuales o autónomos conducentes al otorgamiento de preferencias arancelarias.

Por lo tanto, las RO preferenciales se utilizan en circunstancias en que no se aplica el principio de la Nación Más Favorecida.

Los Miembros también acordaron disciplinas similares a las señaladas para las no preferenciales, como la no retroactividad, publicidad, uso de criterios positivos (en lugar de negativos), confidencialidad, etc. Se comprometen, además, a proporcionar a la Secretaría de la OMC con prontitud sus RO preferenciales, incluyendo una lista de acuerdos preferenciales en los cuales se aplican, así como las decisiones judiciales y disposiciones administrativas existentes sobre las RO preferenciales.

4. COMITÉ SOBRE NORMAS DE ORIGEN

El Acuerdo estableció el Comité de Reglas de Origen integrado por representantes de cada uno de los Miembros, para consultar y llevar a cabo las responsabilidades asignadas en virtud de ARO. También se creó el Comité Técnico (CTRO) –con sede en Bruselas–, la Organización Mundial de Aduanas (OMA)² para llevar a cabo los estudios técnicos, y proporcionar datos y asesoramiento sobre cuestiones relacionadas con el Acuerdo.

La principal tarea ante el CRO es el Programa de Armonización de Normas de Origen. El plazo para concluir el trabajo ha sido extendido varias veces, pues la fecha prevista de terminación era en 1998. Además de las RO específicas de los 5.113 productos, el objetivo del CRO es que la armonización general de las RO cubra todos los productos. En un principio, el trabajo de armonización se llevó a cabo conjuntamente por el CRO y el CTRO. Este último completó la parte técnica de la obra, la que consistió en establecer las opciones disponibles para cada producto. Las RO aprobadas por consenso fueron remitidas a Ginebra para análisis del CRO. El trabajo del Comité Técnico concluyó en 1999, pero dejó pendiente cerca de 500 temas, que no pudieron ser resueltos a nivel técnico. El CRO trató de lograr acuerdos en tales cuestiones pendientes, promoviendo una reunión de negociación entre Estados Miembros. Como resultado de ese ejercicio solo quedaron sin resolver 150 tópicos, por ser demasiado políticos y polémicos, los cuales fueron elevados al Consejo General.

III. LAS NEGOCIACIONES SOBRE EL PROGRAMA DE ARMONIZACIÓN

I. OBJETIVOS Y PRINCIPIOS

El Acuerdo también estableció los objetivos y principios para el programa de armonización de las negociaciones de las RO no preferenciales (artículo 9.1 ARO):

a. Todas las normas de origen deberán aplicarse por igual a todos los efectos establecidos en el ARO;

² Artículo 4.2 ARO; OMA. Disponible en <http://www.wcoomd.org/en.aspx>.

b. El país de origen de un bien es aquel donde se ha obtenido enteramente o, cuando ha habido más de un país implicado en la producción, aquél donde se ha realizado la última transformación;

c. Las RO deben ser objetivas, comprensibles y previsibles;

d. No deben ser utilizadas como instrumentos para perseguir directa o indirectamente la consecución de objetivos comerciales y no deben crear efectos de restricción, distorsión o perturbación del comercio internacional. Tampoco deben imponer condiciones indebidamente estrictas ni exigir el cumplimiento de una determinada condición no relacionada con la fabricación o elaboración como requisito previo para la determinación del país de origen;

e. La administración de las RO debe ser realizada de manera coherente, uniforme, imparcial y razonable;

f. Las RO deben ser coherentes, y

g. Las RO deben estar basadas en un criterio positivo. Las normas negativas solo podrán utilizarse para aclarar un criterio positivo.

El Acuerdo también establece que el Programa de Armonización debe llevarse a cabo por sectores de productos, tal como se presenten en los diversos capítulos o secciones de la Nomenclatura del Sistema Armonizado (artículo 9.2 ARO).

Para la tarea de armonización, el Acuerdo impone la necesidad de elaborar definiciones respecto de: (i) los productos totalmente obtenidos y operaciones o proceso mínimos; (ii) de transformación sustancial, con el criterio de cambio de la clasificación arancelaria, y (iii) de transformación sustancial, con criterios complementarios.

Agrega que después de que el trabajo de armonización se haya completado, el Comité deberá examinar los resultados en términos de su coherencia global.

2. LA ESTRUCTURA DEL ACUERDO

Los resultados del programa de armonización se incorporarán en el ARO y debe contener lo siguiente³:

3 *Comité de Normas de Origen*, OMC-Doc. G/RO/W/111 del 15.10.2007.

2.1. REGLAS GENERALES

Las definiciones de términos básicos, los métodos de obtención de bienes, materiales incorporados en un bien, y materiales originarios y no originarios; alcance del acuerdo, la determinación de origen; elementos neutrales, envasado y etiquetado de las piezas y accesorios.

2.2. APÉNDICE I. PRODUCTOS ENTERAMENTE OBTENIDOS

Ámbito de aplicación del acuerdo, aplicación de las RO, la determinación de origen, normas primarias, normas secundarias, materiales intermedios, materiales intercambiables, conjuntos y equipos, colecciones de partes, y norma *de minimis*. Apéndice 2 ARO para productos específicos.

Listas de las RO de productos a nivel de 4 o 6 dígitos de desagregación, con el las RO definidas como: cambio de capítulo (CC) realizado en el nivel de 2 dígitos, cambio de partida arancelaria (CPA) a nivel de 4 dígitos, cambio de subpartida arancelaria (CSPA) a nivel de 6 dígitos, y otros criterios, como el valor agregado u otros requisitos técnicos.

IV. LAS GRANDES INTERROGANTES EN LAS NEGOCIACIONES DE RO

En esta sección se presenta una síntesis de los temas contenciosos pendientes en las negociaciones del proceso de armonización. El escenario de la negociación incluye muchos países con intereses defensivos u ofensivos. A la defensiva están los que usan las RO para proteger sus industrias a través de normas restrictivas. A la inversa, si el país es ofensivo, desea exportar y no quiere que las RO sean utilizadas como una barrera al comercio; por tanto, pretende reglas liberales.

I. LOS PRODUCTOS ALIMENTARIOS

El debate sobre los productos alimentarios se divide entre los principales productores y exportadores agrícolas, y los países que suelen proteger su agricultura, por ser grandes importadores de productos primarios que exportan alimentos procesados. Los primeros sostienen que el procesamiento

por sí solo no es suficiente para conferir origen; los segundos señalan que el procesamiento genera una transformación sustancial que hace que el producto final sea distinto de su materia prima. Un tema importante en el debate son los subsidios a la exportación. Estas subvenciones alientan a los productores a importar materias primas, a procesarlas y volver a exportarlas subsidiadas a los países productores de materias primas. Esta práctica afecta negativamente la participación de mercado de los productores de materias primas.

Los principales temas sectoriales en discordia son los siguientes:

I.1. CRÍA Y ENGORDE DE ANIMALES

Lo que está en juego es si el origen debe concederse al país donde el animal haya nacido o donde se crió. Los países que no necesitan importar los animales defienden la primera opción (Brasil), mientras que los países que crían animales apoyan la segunda opción (UE). El tema de los estándares sanitarios es un tópico importante en la discusión, particularmente para Japón y Corea.

I.2. SACRIFICIO DE GANADO, CARNE FRESCA, REFRIGERADA Y CONGELADA

Acá la pregunta es si el sacrificio se puede considerar una transformación sustancial (EE.UU., Brasil, Argentina), o si se confiere el origen al país que ha criado y engordado al animal (Unión Europea, Japón). La cuestión más amplia, de nuevo, son las normas sanitarias, las vacunas y las hormonas.

I.3. CARNE DE PESCADO, BOVINA O PORCINA SECA O AHUMADA

La disputa es si el secado, la salazón o el ahumado de la carne puede ser considerada una transformación sustancial. Algunos países sostienen que es el proceso el que garantiza la calidad del producto final, como es el caso de los pescados (Noruega), del jamón y las salchichas. Otros, consideran que estas operaciones no tienen el carácter de sustancial.

1.4. LOS PRODUCTOS DE LA PESCA

Hay dos temas en análisis. El primero se refiere al procesamiento: ¿es sustancial la operación de fileteado de pescado? Los países que dependen de las exportaciones de la pesca y mariscos argumentan que el procesamiento de pescado requiere de técnicas especiales que deberían conferir origen (Noruega). La segunda cuestión se refiere a la definición de origen de los productos obtenidos a partir de la zona económica exclusiva (ZEE) en el mar. Todos los países coinciden en que los peces capturados dentro de las 12 millas marinas de la costa de un país tienen el origen de ese país. Lo que se discute es la zona económica exclusiva de 200 millas marinas de la costa. La mayoría de los países en desarrollo están a favor de una RO que confiera el origen al país en cuya zona económica exclusiva fue capturado el pescado (Brasil, Argentina, India, Australia). La UE, por su parte, apoya una RO en la que el origen de los peces capturados en una zona económica exclusiva está determinado por la nacionalidad de la embarcación.

1.5. LOS PRODUCTOS LÁCTEOS

Acá la disputa es si el procesamiento confiere origen. Vale decir, si la leche en polvo importada para su procesamiento (agregando grasa y agua) adquiere o no el origen del país en que se llevó a cabo el procesamiento. El corazón de la discusión es el uso de las cuotas lecheras y las normas sanitarias (EE. UU. y UE).

1.6. CAFÉ MOLIDO Y TOSTADO

Los grandes productores de café sostienen que el origen está dado por el lugar donde los granos de café son cultivados (Brasil, Colombia). Los principales productores de café procesado o de los países consumidores (UE, EE.UU.) sostienen que el origen del grano no es suficiente, ya que el producto final es una mezcla de café tostado de diferentes orígenes, y solo el proceso de mezcla y tueste da el gusto al producto final. Una cuestión distinta es la determinación del origen de las mezclas, es decir, el porcentaje de café procedente de un país determinado en la mezcla final necesario para conferir origen. El mismo debate se plantea respecto del café soluble.

I.7. EL AZÚCAR REFINADO

Los productores de azúcar sostienen que el refinado no es suficiente para conferir origen (Brasil). Varios países importadores de azúcar, interesados en la reexportación de azúcar refinada, a menudo a tasas subsidiadas, sostienen lo contrario.

I.8. ACEITES VEGETALES REFINADOS

Los países productores de semillas y exportadores de aceites vegetales señalan que el mero proceso de refinado de aceites no es suficiente para establecer el origen. Por el contrario, los importadores de aceite crudo defienden que el procesamiento es suficiente para conferir origen.

I.9 PIZZAS

Los países que importan las bases de pizza argumentan que los ingredientes adicionales confieren el origen. Los países exportadores de tales bases sostienen que es esta última la que define el origen.

I.10. LOS JUGOS DE FRUTAS

Hay dos problemas y tres partes interesadas: los países que exportan la fruta, los países que exportan el jugo concentrado y los países que producen jugo a partir del concentrado. La primera cuestión es si la fruta o el jugo confieren origen; la segunda es si los jugos hechos a base de concentrados confieren origen, o si es el concentrado con el que se define el origen del jugo.

I.11. VINOS

Al igual que para el jugo, la pregunta es si el origen de la uva da el origen al vino (CE). Otras cuestiones son si el vino producido a partir de mosto de uva es originario o, por el contrario, si es la mezcla de vinos importados y producidos en el país la que confiere el origen (Japón). Interrogantes similares rodean a las bebidas destiladas: si el proceso de destilación o la mezcla de bebidas destiladas confiere el origen.

2. BIENES INDUSTRIALES PROCESADOS

Los temas más polémicos son los siguientes:

2.1. CEMENTO

Los países que exportan cemento portland donde el *clinker*⁴ representa casi el 90% de la mezcla, argumentan que el origen debe ser definido por el país de origen del *clinker*. Los países que producen cementos especiales donde *clinker* es solo el 40% de la mezcla o menos, plantean que el país que produce el cemento a partir del *clinker* es el que da el origen.

2.2. FARMACIA

Las dos cuestiones clave son determinar el origen de una mezcla con materiales procedentes de dos o más países, y si la mezcla de materiales para producir la medicina puede considerarse transformación sustancial. Los países que producen el producto final afirman que el proceso de mezcla requiere altos niveles de precisión a fin de producir un producto final eficaz y seguro, y por lo tanto debe conferir origen.

2.3. LOS PERFUMES Y PRODUCTOS DE BELLEZA

La cuestión es de nuevo sobre el origen de una mezcla de materiales de diversos países. El debate está relacionado con la cuestión más amplia de marcas y marcas registradas.

2.4. PRODUCTOS DE CUERO

Los debates se centran en la operación o la combinación de operaciones (bronceado, segundo bronceado, refinamiento y acabado), que serían suficientes para proporcionar origen. Aquí están en juego los intereses de los países exportadores de cuero y los países exportadores de productos finales de cuero, como calzado.

4 Material intermedio en la obtención del cemento. *Diccionario Enciclopédico Vox* 1, 2009.

2.5. TEXTILES: HILADOS Y TEJIDOS

La pregunta es qué parte de la producción del hilado confiere origen: tintura, estampado o acabado. La discusión se extiende tanto a los productos naturales como los sintéticos. El gran debate es si el origen debe ser otorgado por el país que hace el tejido o, como sostienen los países con los incentivos para importar productos tejidos, por el país que hace la coloración o la impresión. Un debate similar se refiere al tiene que ver con las telas. Una vez más, ¿es el teñido, el estampado o el acabado sustancial? India, UE, Egipto, dicen que sí; EE.UU. dice que no.

2.6. BORDADO

La pregunta es cuánto del bordado debe llevarse a cabo en un país para reclamar origen. Lo mismo ocurre con la forma de definir el alcance de bordado: el área de bordado, el espacio entre los diseños, el peso del hilo utilizado o el valor añadido por el bordado.

2.7. PRENDAS DE VESTIR O DE PUNTO

La discusión es si el origen puede ser el país donde las piezas de punto o tejidos son ensamblados o el país que produce estas piezas. La India defiende la primera opción; EE.UU. y Brasil, la segunda.

2.8. HIERRO Y ACERO

Hay dos temas principales: uno es si el laminado de acero confiere origen; el segundo es si el revestimiento para evitar la corrosión y así aumentar el valor de la transformación del bien puede considerarse sustancial. Los grandes productores de acero sostienen que ni el laminado ni la galvanización son suficientes para establecer el origen. Lo que hay detrás del debate es que los productores quieren garantías de que no van a ser objeto de medidas *antidumping* o derechos compensatorios por parte de un tercer país, en caso de que su materia prima sea importada por un país y, posteriormente, reexportada a precios más bajos al mercado del tercer país.

3. ENSAMBLE DE MAQUINARIA, EQUIPOS ELÉCTRICOS, VEHÍCULOS, AVIONES Y BARCOS

La cuestión básica en el debate sobre el origen de los bienes industriales ensamblados es el criterio que permite excluir de las RO las operaciones de fabricación simples. Un criterio propuesto es Cambio de Partida Arancelaria (CPA) (EE.UU., Japón). Sin embargo, y considerando que el Sistema Armonizado no fue desarrollado teniendo en cuenta las consideraciones de origen, el criterio de CPA sería demasiado exigente de cumplir. Ello, dado que muchas de las partes y accesorios de una maquinaria caen bajo el mismo título del bien final. Otra propuesta es introducir un criterio del valor agregado (UE, Brasil); sin embargo, a veces es difícil calcular el valor añadido nacional exacto, especialmente teniendo en cuenta que está sujeto a variaciones en los tipos de cambios y puede ser afectado por el sistema de contabilidad de la empresa productora. La globalización y la fragmentación de la producción han venido a complicar aún más la determinación de la procedencia de los bienes intermedios incluidos en un bien final determinado.

V. LAS IMPLICACIONES DE LA DETERMINACIÓN DE ORIGEN

Una de las razones por las cuales las negociaciones son tan complejas y sensibles son las implicaciones de las RO en otros acuerdos de la OMC o en otros frentes internacionales. Algunos de estos temas son los siguientes:

I. TEXTILES

El Acuerdo sobre los Textiles incorporó los productos textiles a las disciplinas de la OMC, a través de la eliminación de las cuotas establecidas en el Acuerdo Multifibras⁵. Sin embargo, las normas de origen para hilados, textiles y prendas de vestir tienen importantes implicaciones para los productos cuyos componentes proceden de diferentes países. Sin duda, se ve afectada la estrategia de muchas empresas de hilar en un país, tejer en otro y agregar el color y estampar en un tercero. Por otra parte, aunque el

5 Extinguido el 1 de enero de 2005, por aplicación del artículo 9 del mismo Acuerdo.

Acuerdo sobre los Textiles se ha vencido, un cambio en las definiciones de origen alteraría la aplicación de otros importantes instrumentos relacionados con las medidas *antidumping*, medidas contra la elusión y los derechos compensatorios, lo mismo que las cuotas existentes. Algunos países sostienen que todo tratamiento debe conferir origen, mientras que otros argumentan que solo la producción integrada es suficiente para alegar origen. Algunos pocos señalan que los procesos del color y la impresión son la clave para conferir origen.

2. MEDIDAS SANITARIAS Y FITOSANITARIAS (MSF) INTERNACIONALES

El Acuerdo MSF establece que las normas sanitarias para los productos alimentarios deberán ser definidas de manera que no se creen nuevos obstáculos al comercio. La pregunta clave es cómo cumplir con esta disposición en un mundo donde un determinado producto alimentario puede contener las aportaciones de diferentes países con niveles de salud disímiles y distintos usos de productos químicos, antibióticos, hormonas y semillas genéticamente modificadas. Aunque los objetivos del Acuerdo MSF y el ARO son diferentes, sus disposiciones deben ser compatibles entre sí.

3. REQUISITOS DE ETIQUETADO PARA PRODUCTOS ALIMENTARIOS

El *Codex Alimentarius* define las normas internacionales para los productos alimentarios. Informa a los consumidores de los ingredientes y los procesos implicados en la producción del producto final y, como tal, básicamente define el origen sobre la base del procesamiento. Las negociaciones de las RO complican los requisitos de etiquetado, ya que han dado lugar a varias propuestas para definir el origen, especialmente para los productos cárnicos. Por ejemplo, se da origen dependiendo del país en el que el animal nace, se cría o es sacrificado, o donde la carne es procesada. Por otra parte, los consumidores se han vuelto más exigentes respecto de la información sobre el origen de la carne y el tipo de procesamiento que puede ser empleado. Ello probablemente tendrá importantes implicaciones tanto para el *Codex*, como par la definición de las RO. De nuevo, son dos conjuntos de reglas diferentes, pero que tienen que ser complementarios.

4. ANTIDUMPING

El ARO contiene disposiciones sobre el uso de las RO en las acciones *antidumping*. Sin embargo, algunos países, como los EE.UU., Japón y Corea sostienen que el cálculo del margen de *dumping*⁶ —la diferencia entre el precio de la mercancía exportada y su valor en el mercado interno— se basa normalmente en el país exportador y no en el país de origen. En ese sentido, la determinación del origen de las investigaciones *antidumping* no sería siempre necesaria. EE.UU. prefiere tener su propia RO para las investigaciones *antidumping*, con el fin de estar en mejores condiciones para defender algunos de sus principales sectores industriales nacionales, como el textil, la electrónica y las industrias de metales, que tienen RO rigurosas.

Muchos países, como China y la ANSA, destacan el problema de la elusión de las medidas *antidumping* como un ejemplo de la necesidad de establecer RO armonizadas. La elusión se produce cuando un exportador, en un intento de evitar las medidas *antidumping* por parte de un importador, exporta los componentes objeto del potencial *dumping* al mercado del país importador y produce el bien final dentro de las fronteras de aquel país. Alternativamente, el exportador envía los bienes bajo el valor normal a un tercer mercado y de allí los exporta al país importador, eludiendo así el *antidumping* impuesto a la empresa exportadora original. La armonización de las normas no preferenciales de origen podría allanar el camino para la resolución de numerosos casos de elusión en el comercio mundial, en particular de los bienes transportados desde Asia a los mercados de los EE.UU. o la UE.

5. SALVAGUARDIAS

Por lo general, las salvaguardias se imponen como los aranceles adicionales o cuotas de importación. La aplicación de salvaguardias es problemática cuando un país exportador, con una cuota de importación, ha llenado su cuota y comienza a exportar desde un tercer país, llevando a cabo algunos procesos de fabricación menores con componentes importados de su propio mercado. En este caso, el país exportador ha eludido las restricciones establecidas por

6 Ver Capítulo 12.

las cuotas. ¿Cómo debería ser definido el origen del producto para que sea compatible con las salvaguardias?

6. MARCAS DE ORIGEN

Marcas de origen fueron establecidas por el país productor de un bien para dar información acerca de la calidad del mismo, protegiendo de este modo a los consumidores de productos falsificados y pirateados. Las RO son claves en la definición de marcas de origen. Sin embargo, nuevamente, por una parte los objetivos de las marcas de origen son distintos de los objetivos perseguidos por las RO y, por la otra, los requisitos de marcas de origen tienden a ser más estrictas que las RO no preferenciales.

7. MARCAS

Las marcas están protegidas como propiedad intelectual por parte del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC). Una cuestión central vinculada a las marcas y a las RO se refiere al café. Colombia está particularmente preocupada por su marca “100% Café de Colombia”. Otros productores de café, tales como grandes consumidores como la UE o los EE.UU. se oponen a la regla del 100% en el café, debido a sus prácticas de mezcla. Esto plantea el desafío de conciliar el trabajo con la armonización con el Acuerdo sobre los ADPIC.

8. LA INDICACIÓN GEOGRÁFICA

También están cubiertos por el ADPIC y afecta particularmente a los vinos y licores. A la UE, sin embargo, le interesa que el consumidor esté informado acerca de la calidad del producto por la vía de identificar (*indicar*) la región donde se llevó a cabo la producción. Al igual que en las marcas, las RO tendrían que ser compatibles con los ADPIC.

En suma, el resultado de las negociaciones de las RO puede tener importantes implicaciones para los otros acuerdos de la OMC. En esas conversaciones, a menudo las RO enfrentan la resistencia de los beneficiarios del *statu quo* en los demás acuerdos. La perfecta conciliación de las RO con todos los acuerdos existentes en comercio internacional probablemente resultará ser un empeño imposible. De ahí que el objetivo del trabajo de armonización

debe ser simplemente facilitar el comercio y que las RO permitan la aplicación práctica de los instrumentos de política contenidos en los demás acuerdos. Una de las claves en la conciliación entre la salud y la propiedad intelectual está en las definiciones de origen.

VI. CONCLUSIONES

Normas de origen de la OMC son una herramienta indispensable para la aplicación de una serie de instrumentos de política comercial. La multiplicación de sistemas de RO distintas aplicadas por los diferentes países es, sin duda, una fuente de obstáculos al comercio. Fue esta preocupación la que llevó a los participantes en la Ronda Uruguay a negociar el Acuerdo sobre Reglas de Origen, estableciendo normas para su aplicación RO y allanando el camino para un ambicioso ejercicio de armonización de RO no preferenciales.

El trabajo de armonización ha sido difícil y ha experimentado múltiples retrasos. En la actualidad, enfrenta un *impasse* mayor debido a los conflictos de intereses entre los Estados Miembros respecto de los patrones de comercio e inversión. Hace algunos años, las principales cuestiones controvertidas fueron remitidas al más alto nivel de las negociaciones, el Consejo General. Sin embargo, no ha habido voluntad política para lograr una solución consensuada.

Pueden imaginarse cuatro posibles escenarios para el futuro de las RO en el marco de OMC.

El primer escenario es aceptar el fracaso y suspender la negociación. A pesar de la importancia y los efectos de las RO en el comercio, no hay interés político para concluir la tarea de armonización. Las consecuencias son claras: la multiplicación de los sistemas nacionales no preferenciales de RO, la manipulación de las RO como barreras para proteger el comercio de importaciones no deseadas, impacto en los instrumentos de defensa comercial y el debilitamiento de todo el sistema de normas de la OMC. En un futuro próximo es posible imaginar el reinicio del ejercicio de armonización para evitar el caos creado por la creación incontrolada de RO.

El segundo escenario es llegar a un acuerdo para una solución a medio plazo y sería la utilización del Texto Único Ordenado. Después de más de una década y media de duro trabajo, el Comité cuenta con un documento que si bien no es el texto final, es el resultado de un enorme compromiso político. La idea sería utilizarlo como una guía, como un escrito indicativo

y no obligatorio. Debido a que el texto plantea varias opciones de RO, cada país podría elegir su propia alternativa y notificarla a la OMC. Después de un período experimental, los Miembros podrían sentarse a discutir qué hacer con las Directrices. Las posibilidades serían: acabar con ellas, mantenerlas como orientación o decidir concluir el proceso de armonización sobre esa base. El texto también puede ser utilizado como un modelo para países que se enfrentan la tarea de crear su propio sistema nacional de las RO.

El tercer escenario es seguir el criterio más conocido de las RO preferenciales, cual es el principio del valor agregado. Es simple y directo, pero tiene una falencia estructural y que se ve afectado por la fluctuación del tipo de cambio. Los Miembros deben negociar un mecanismo para corregir las fluctuaciones de los cálculos de los costos de importación. Un buen comienzo sería el uso de los Derechos Especiales de Giro (DEG) del Fondo Monetario Internacional (FMI), puesto que incluye una canasta de las monedas más importantes.

La cuarta opción y como una solución intermedia sería multilateralizar las RO preferenciales. Con la multiplicación de los Tratados de Libre Comercio y de los Acuerdos comerciales Regionales, los países en desarrollo enfrentan verdaderos obstáculos comerciales creados por las RO de los diferentes acuerdos. La necesidad de simplificar los sistemas de RO ya está en la agenda de estos países.

No hay salida fácil para los Miembros de la OMC. El pretender que no hay problema no lo hace desvanecer. Debe ser enfrentado y resuelto. Debe ser negociado por representantes de alto nivel con mandato para concluir el programa.

CAPÍTULO 16

Trámite de licencias de importación (AL)

ALEJANDRO GAMBOA

I. INTRODUCCIÓN

El Acuerdo de la OMC sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación (AL) tiene como antecesor el acuerdo con el mismo título de la Ronda de Tokio. El objetivo principal es evitar que los trámites y procedimientos administrativos para la obtención de licencias de importación se utilicen en forma contraria a los principios y obligaciones establecidos en el GATT 1994, minimizando así las restricciones al comercio internacional que, *per se*, representan las licencias de importación.

Como su nombre bien lo indica, el Acuerdo trata sobre la forma de administrar, reglamentar y aplicar los procedimientos para la obtención de licencias de importación, pero ni en el AL ni en la OMC se definen las licencias de importación. Estas suelen denominarse de diferentes maneras según los Miembros de la Organización, incluso internamente las administraciones nacionales se refieren indistintamente a estas como licencias previas, licencias de importación, permisos, registros, autorizaciones o certificados de importación, etc.

Para efectos metodológicos y una mejor comprensión del tema, una aproximación doctrinaria a las licencias de importación es que sería

(...) el documento por medio del cual las autoridades administrativas de un territorio o Estado otorgan su autorización para que un agente económico determinado, pueda importar cierta mercancía según las condiciones que fije la licencia, tales como volumen y peso o el cumplimiento de determinadas características del producto, período o plazo de importación, etc.

Si bien el GATT 1994 contiene varias reglas relacionadas con el trámite de licencias de importación o las licencias mismas, el Acuerdo amplía la regulación sobre dichos procedimientos, pues es más preciso y detallado y, a diferencia del Código que le antecedió, es vinculante para todos los Miembros de la OMC y refuerza la transparencia de dichos procedimientos.

II. NORMAS DEL GATT 1994 SOBRE TRÁMITES DE LICENCIAS DE IMPORTACIÓN

Las normas del GATT 1994 relacionadas con trámites de licencias de importación se encuentran contenidas en los artículos VIII, X, XI, XIII, XX, XXI, XXII y XXIII GATT.

El GATT regula un amplio espectro de la temática. Así, por ejemplo, reglamenta no solo las tasas y cargas por la expedición de licencias de importación (artículo VIII:1, 2 y 4 GATT), sino también las sanciones por infracciones leves a los reglamentos o formalidades (artículo VIII:3 GATT). Regula la transparencia de los reglamentos sobre los Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación (PTLI) (artículo X GATT) y las condiciones de aplicación de las restricciones cuantitativas, entre ellas las licencias de importación (artículo XI GATT). Igualmente, consagra el principio de la no discriminación en la administración de las restricciones cuantitativas, en especial la distribución de los contingentes, pues esta ha de hacerse de manera

(...) que se aproxime lo más posible a la que las distintas partes contratantes podrían esperar si no existieran tales restricciones.

Por ello, en el caso de restricciones administradas a través de licencias de importación, debe suministrarse toda la información pertinente a la aplicación y repartición entre países abastecedores (artículo XIII GATT).

En cuanto a los artículos XX, XXI, XXII y XXIII GATT, referentes a las excepciones generales, de seguridad y a la solución de diferencias, en sus artículos I.4, I.10 y 6 el AL indica que dichas normas del GATT le serán aplicables a los PTLI.

III. EL ACUERDO

Es relativamente corto –tan solo ocho artículos– pero complejo en cuanto a su comprensión, particularmente en lo referente a las normas sobre transparencia. Su preámbulo reconoce que los sistemas de trámite de licencias de importación (TLI) pueden tener usos aceptables pero que su utilización inadecuada puede obstaculizar el comercio internacional. Por esta razón, establece disciplinas para la simplificación de dichos procedimientos, incrementar la transparencia y alentar la aplicación y administración simple, justa y equitativa de los mismos. Establece además un mecanismo consultivo para prever diferencias y para su solución rápida, eficaz y equitativa.

I. DEFINICIONES

Como se anotó *supra*, el AL define los trámites de licencia de importación, mas no define las licencias de importación. Así, el TLI es

(...) el procedimiento administrativo utilizado para la aplicación de los regímenes de licencias de importación que requieren la presentación de una solicitud u otra documentación (distinta de la necesaria a efectos aduaneros) al órgano administrativo pertinente, como condición previa para efectuar la importación en el territorio aduanero del Miembro importador (artículo I.1 AL).

Es decir, TLI es todo procedimiento administrativo previo a la importación, que exige la presentación de una solicitud o de cierta documentación a efectos de que se autorice la importación a determinado territorio aduanero de las mercancías sujetas a regímenes de licencia de importación.

Por su parte, la nota de pie del Cuestionario Anual –Anexo a los “Procedimientos de Notificación y Examen en el Marco del Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación”¹ amplía la noción de TLI a “otros procedimientos administrativos semejantes”, al indicar que

[p]or “procedimientos semejantes” se entienden los visados técnicos, sistemas de vigilancia, disposiciones de precios mínimos y otros exámenes administrativos que se efectúen como condición previa para la entrada de las importaciones.

Así las cosas, tenemos por ejemplo ciertas medidas de otros Acuerdos de la OMC, tales como el MSF y OTC², que también pueden estar cobijadas por el AL. Sin embargo, en la mayoría de los casos no son notificadas como tales al Comité de Licencias de Importación (el Comité). Sería el caso de visados exigidos por una autoridad administrativa especializada en relación con algún certificado de conformidad (artículo 5 del Acuerdo OTC) que se deba efectuar previamente a la importación respectiva y que acompañará a los demás documentos normalmente exigidos por las aduanas. Lo mismo ocurre con algunas medidas sanitarias. Es el caso de la inocuidad de alimentos cuando, además del certificado de inocuidad expedido por una autoridad

1 Ver OMC-Doc. G/LIC/3 del 07.II.1995, nota de pie de página 1 al Anexo o Cuestionario Anual, adoptado por el Comité de Licencias de Importación en su reunión del 12 de octubre de 1995.

2 Ver capítulos 9 y 10.

reconocida en el país de origen, se exige el envío al país de importación de muestras para su examen directo, como requisito previo a la importación del alimento, bebida o pienso correspondiente.

2. DISPOSICIONES GENERALES

El artículo 1 AL desarrolla los principios y objetivos que se enuncian en su preámbulo. De una parte, insta a que dichos procedimientos administrativos estén en conformidad con las disposiciones pertinentes del GATT 1994 (párrafo 2) y que las reglas a las cuales se sometan los PTLI sean aplicadas de manera neutral y se administren justa y equitativamente (párrafo 3). Por la misma razón, tanto los formularios como la documentación necesarios para la solicitud y renovación de licencias, así como los procedimientos respectivos para tramitar la solicitud y renovación de licencias de importación, han de ser de la mayor sencillez posible (párrafos 5 y 6).

No se permite el rechazo de las solicitudes cuando se trata de errores leves de documentación que no alteran los datos básicos de las mismas, así como tampoco el rechazo de las importaciones amparadas en licencias por variaciones de poca importancia en el valor, cantidad o peso que puedan ocurrir durante el transporte, en especial en la carga a granel, o que constituyan diferencias menores que sean compatibles con la práctica comercial normal (párrafos 7 y 8).

Este último criterio, sin embargo, deja un margen de subjetividad. En efecto, el mismo AL permite más adelante³ que en el caso de variaciones compatibles con la práctica comercial normal, en la nueva distribución de licencias se hagan ajustes compensatorios cuando se haya rebasado el nivel de las licencias anteriores. Ejemplos de dichas diferencias menores serían las exportaciones cuyo peso puede variar por condiciones atmosféricas en el transcurso del transporte desde la fuente hasta el destino final, o aquellos casos en los cuales ni las empresas ni las aduanas cuenten con sistema de pesas y medidas debidamente calibradas. Obviamente, una variación en cantidades de cientos o de toneladas difícilmente podría catalogarse como error inherente a la práctica comercial normal.

3 Artículo 3, párrafo 5, letra l AL.

Asimismo, los trámites de licencias de importación no deben ser un pretexto para no poner a disposición de los importadores las divisas necesarias para adelantar los pagos en moneda extranjera (párrafo 9) ni para exigir a los importadores que revelen información considerada confidencial como condición para otorgar la respectiva licencia (párrafo 11).

Por último, es importante destacar que el AL hace referencia expresa a la posibilidad de recurrir no solo a las excepciones generales (artículo XX GATT) sino también a las de seguridad nacional (artículo XXI GATT). Ello significa que ciertas mercancías (materiales radioactivos, armamentos y explosivos, precursores químicos, etc.) pueden estar sometidas al trámite de licencias.

3. TIPOS DE TRÁMITE DE LICENCIAS DE IMPORTACIÓN

Hay dos tipos de TLI: los de las licencias automáticas y los de las licencias no automáticas.

3.1. TRÁMITE DE LICENCIAS AUTOMÁTICAS DE IMPORTACIÓN⁴

Las solicitudes de licencia se aprueban en todos los casos, siempre y cuando reúnan los requisitos y se presenten los documentos previamente establecidos.

Los trámites de licencias automáticas no deben administrarse de manera que tengan efectos restrictivos al comercio (artículo 2.2.a AL). Se entiende que no tienen dichos efectos si: (i) todos aquellos que reúnan las condiciones para importar productos sujetos a trámites de licencias automáticas tienen igual derecho a solicitar y obtener licencias de importación, (ii) si las solicitudes pueden ser presentadas en cualquier día hábil y (iii) si las solicitudes se aprueban en cuanto se reciban o dentro de los 10 días hábiles siguientes a su presentación⁵.

El AL reconoce (artículo 2.2.b AL) qué tipo de trámite de licencias automáticas “puede ser necesario” cuando no se disponga de otros procedi-

4 Artículo 2 AL.

5 Es una de las pocas referencias a “días hábiles” en los textos de la OMC, las otras menciones se encuentran en el Acuerdo sobre Inspección Previa (artículos 2.16 y 4) y en el ADPIC (artículos 50 y 56).

mientos adecuados. De hecho, deben mantenerse solo mientras perduren las circunstancias que dieron lugar a su establecimiento y en la medida en que los fines administrativos –su fundamento– no se puedan conseguir de manera más adecuada. Esto podría interpretarse como que la situación ideal sería que no se establecieran trámites de licencias automáticas de importación. Por regla general, se utilizan para recopilar datos estadísticos cuando las administraciones de aduana no disponen de otros medios adecuados para lograr ese fin administrativo. Sobre este último aspecto vale anotar que, a diferencia de las medidas OTC y MSF, en los trámites de licencias automáticas no se hace referencia a objetivos legítimos o de política, sino solo a “fines administrativos”.

3.2. TRÁMITES DE LICENCIAS NO AUTOMÁTICAS DE IMPORTACIÓN⁶

El AL indica que “[s]e entiende por procedimiento de trámite de licencias no automáticas de importación un sistema de licencias de importación no comprendido en la definición” de los trámites de licencia automáticas de importación. En otros términos, los define “por exclusión”, pues considera que un TLI no automático es todo aquel que no cae o no reúne las condiciones para ser considerado dentro de la categoría de los TLI automáticos.

Tanto la aplicación como la administración de los PTLI no automáticos son más estrictos y complejos, pues no basta que simplemente se cumplan los requisitos para presentar solicitudes y optar por una licencia de importación. Se deben cumplir otras circunstancias (artículo 3, párrafos 2 a 5 AL) como puede ser el haber alcanzado una cuota determinada de volumen, que el producto a importar no cumpla determinadas características. Por tal razón, el artículo 3.2 AL indica adicionalmente que los procedimientos de trámite de licencias no automáticas debe guardar relación, en cuanto al alcance y duración, con la medida a cuya aplicación estén destinados y no deben entrañar mayores cargas administrativas que las absolutamente necesarias para administrar la medida.

Un ejemplo de ello es el caso de la importación de equipos de telecomunicaciones sujetos a un trámite no automático. Antes de la importación,

6 Artículo 3 AL.

sus especificaciones técnicas deben demostrar que estos no interferirán las radiofrecuencias utilizadas por las autoridades militares, o bien que con ellos no se podrán emitir señales de televisión si es que el importador y destinatario de dichos equipos solo está autorizado para utilizar bandas y frecuencias sonoras del espacio electromagnético.

El AL exige que la información sobre dichos trámites se publicite adecuadamente para permitir a los operadores del comercio internacional conocer las bases para el otorgamiento y/o la asignación de las licencias, así como de las excepciones o exenciones a determinadas personas, empresas o instituciones (artículo 3.3, 3.4 y en parte el 3.5 AL).

Las condiciones para el trámite de licencias no automáticas de importación se establecen en el artículo 3.5 f) y g) AL, los cuales fijan, respectivamente, el plazo para la tramitación y la duración o validez de las licencias otorgadas:

a. PLAZO PARA EL TRÁMITE

La tramitación de una solicitud de licencia no automática no debe ser superior a 30 días calendario cuando las solicitudes se consideran una a una, es decir en el orden cronológico en el cual se reciban. Es conocido como “principio del primer llegado, primer servido”. Pero si las solicitudes son examinadas simultáneamente, el plazo del trámite se empieza a contar a partir del día siguiente a la fecha en la cual se cierre el período de presentación de solicitudes y no podrá extenderse por más de 60 días calendario contados a partir de esa fecha.

b. DURACIÓN O VALIDEZ DE LA LICENCIA

No se establece en el AL un plazo taxativo de duración o validez de la licencia no automática, pero se habla de un “plazo razonable”. Se entiende por ello un período que no sea tan breve que impida las importaciones, en especial las provenientes de fuentes alejadas o distantes geográficamente, considerando los casos en los cuales las importaciones se requieran para enfrentar necesidades de corto plazo y de carácter imprevisto⁷ (artículo 3.5 g AL).

7 El Artículo 2 AL no hace ninguna referencia en cuanto al período de validez para las licencias de importación sujetas a trámites de licencias automáticas, pero ha de entenderse que dicha validez

3.3. ADMINISTRACIÓN DE CONTINGENTES

Más complejo aún es el caso de los trámites de licencias no automáticas de importación en la administración de restricciones cuantitativas, en las que la transparencia constituye uno de los elementos fundamentales. Es así como, a petición de cualquier Miembro interesado, se debe proveer información acerca de la administración de tales restricciones, de las licencias concedidas en un período reciente, de la repartición de estas entre países proveedores, y de las estadísticas en cuanto a valor y volumen (artículo 3.5 a y k AL).

De igual manera, los Miembros que administran contingentes mediante licencias no automáticas deben publicar el volumen y valor total de los contingentes, fechas de apertura y cierre, y plazos; suministrar información acerca de las partes de contingente que haya sido asignada para el período en curso, de la fecha de apertura de los contingentes, de las personas, empresas o instituciones que reúnan los requisitos para solicitar una licencia. De igual manera, a petición del solicitante de la licencia el Miembro debe explicitar las razones por las cuales le fue denegada y, en todo caso, otorgarle los recursos administrativos o contenciosos para que esta sea revisada (artículo 3.5 b-e AL).

El AL establece que no se deben impedir ni desalentar las importaciones que estén en conformidad con las licencias expedidas; que las cantidades asignadas por licencia expedida sean de volumen y cantidad tales que presenten un interés económico para los operadores del comercio internacional; que al asignar licencias con contingentes se tenga en cuenta el comportamiento de los beneficiarios de dichas licencias a efectos de analizar las importaciones realizadas y constatar si estos utilizaron en su integridad las licencias anteriormente a ellos concedidas, o las razones para no hacerlo, aspectos que también han de considerarse al asignar nuevas licencias. (apartado 5, literales h-l del artículo 3 AL).

De igual manera, se insta a los Miembros a que cuando repartan o distribuyan las licencias que administran contingentes entre países abastecedores, se señale claramente el país o países de donde provengan las mercancías; también se insta a dejar en plena libertad a los operadores del comercio a que elijan las fuentes de importación cuando los contingentes no se repartan entre países abastecedores (artículo 3.5 k AL).

también ha de ser razonable de manera que no impida las importaciones y que tenga en cuenta las importaciones de fuentes lejanas.

Por último y como se mencionó *supra*, el AL establece la posibilidad de que, en el evento en el cual al momento de importar se hayan producido variaciones de poca importancia en cuanto a cantidad, valor o peso frente a lo permitido en la licencia, y que sean propias de las cargas a granel u otras diferencias menores compatibles con la práctica comercial normal, en las nuevas distribuciones de licencias se hagan ajustes compensatorios en caso de que las importaciones hayan rebasado el nivel de las licencias anteriores.

4. LA TRANSPARENCIA

4.1. DISPOSICIONES SOBRE TRANSPARENCIA Y TIPOS DE NOTIFICACIONES

En términos generales, los Miembros están obligados a notificar al Comité las fuentes en las cuales la información sobre los PTLI se va a publicar; la(s) publicación(es) de las reglas y toda la información relativa a los PTLI; la legislación interna relativa a los PTLI, sean leyes, decretos, resoluciones, reglamentos, actos administrativos y similares; el establecimiento o cambios de PTLI, y las respuestas anuales al Cuestionario anexo al documento G/LIC/3.

El AL también regula las “notificaciones inversas”, es decir, las realizadas por un Miembro cuando otro Miembro no ha notificado su sistema de trámite de licencias de importación. Ello no ha ocurrido hasta la fecha pues tan pronto un Miembro expresa en el Comité su preocupación por la falta de notificación de un TLI por parte de otro Miembro, este último procede a notificar.

Conceptualizando dichas obligaciones, se puede deducir la existencia de tres tipos de notificaciones.

4.2. NOTIFICACIONES N/I- LAS FUENTES

Son las notificaciones⁸ que se distribuyen a los demás Miembros bajo la signatura G/LIC/N/I/Código del país/núm. consecutivo. Estas notificaciones incluyen:

8 Artículos 1.4.a y 8.2.b AL.

a. Las fuentes donde se publica la información relativa a los PTLI. Estas pueden ser, entre otros, gacetas, diarios oficiales, boletines oficiales, sitios web de ministerios e instituciones o diarios de amplia circulación nacional (artículo 1.4 a AL).

b. La publicación de las reglas y toda información referente a los procedimientos para la presentación de solicitudes, tales como personas o entidades y empresas que pueden solicitar el trámite; el órgano u órganos encargado(s) del mismo, y listas de productos sujetos al requisito de licencias (artículo 1.4 a AL).

c. Las leyes y modificaciones introducidas a las mismas y a los reglamentos relacionados con los PTLI, es decir, la legislación interna, que pueden ser leyes, resoluciones, decretos, reglamentos, actos administrativos, etc. (artículo 8.2 b AL).

Si las publicaciones o la legislación no están disponibles en ninguno de los tres idiomas oficiales de la OMC, se debe incluir en la notificación un resumen de la publicación o de la norma. En la mayoría de los casos, los Miembros adjuntan una copia de la legislación en el idioma original y, a veces, una traducción informal de las normas a uno de los tres idiomas de la Organización. Dichas copias se pueden consultar en la Secretaría, División de Acceso a los Mercados⁹.

La notificación de las fuentes de publicación debe hacerse tan pronto se adhiera a la OMC o cuando el Miembro cambie dichas fuentes. La publicación de la información debe tener lugar al menos 21 días antes de que se haga efectivo el requisito, es decir el PTLI, pero nunca después de esa fecha (artículo 1.4 a AL). Le debe seguir, de manera inmediata, la notificación de la publicación al Comité.

4.3. NOTIFICACIONES N/2 - LOS PRODUCTOS

Son las notificaciones¹⁰ que se distribuyen bajo la signatura G/LIC/N/2/ Código del país/núm. consecutivo y deben contener la lista de los productos sujetos a los PTLI; el servicio del que pueda obtenerse información sobre las condiciones necesarias para obtener licencias; el órgano u órganos administrativos para la presentación de las solicitudes; la fecha y el nombre

9 OMC-Doc. G/LIC/3 del 07.11.1995.

10 Artículo 5 AL.

de la publicación a que se refiere el artículo 1.4.a); una indicación acerca del tipo de PTLI: automático o no-automático; si es automático, la finalidad administrativa; si es no-automático, se deberá indicar la medida que se aplica mediante el PTLI, y la duración prevista para el trámite si esta es posible de determinar y, en el caso contrario, las razones por las cuales no se puede proporcionar esa información.

Lo anterior es también válido cuando se introduzcan cambios o variaciones a los trámites o regímenes de licencias de importación, bien sea por cambio del órgano responsable, por inclusión o exclusión de productos sujetos a PTLI, de la medida subyacente o de la duración, etc.

Este tipo de notificaciones debe tener lugar dentro de los 60 días siguientes a la publicación a la cual se refiere el artículo 1.4.a), mas no dentro de los 60 días siguientes a la notificación de dicha publicación (la N/1), como a veces de forma incorrecta se cuenta este plazo.

Para facilitar las notificaciones de tipo N/1 y N/2, el Comité adoptó en 2011 el uso voluntario de dos formatos para notificar bajo los artículos 1.4.a) y o 8.2.b) y el artículo 5, los cuales se encuentran anexos al documento G/LIC/22^[11] y están disponibles electrónicamente en el sitio web de los Miembros bajo *OMC Recursos / Acceso a los Mercados – Licencias de Importación / Modelos*.

4.4. NOTIFICACIONES N/3 - LAS RESPUESTAS

Son las notificaciones¹² que se distribuyen bajo la signatura G/LIC/N/3/Código del país/núm. consecutivo. Contienen las respuestas que los Miembros den a las 19 preguntas a las cuales se refiere el “Cuestionario Relativo a los Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación“, más conocido como “Cuestionario Anual”, y que se encuentra anexo al documento G/LIC/3^[13].

Este tipo de notificaciones es el más completo y el más complejo ya que, según el Cuestionario Anual, se debe describir cada sistema de licencias en su conjunto y contestar, con respecto a cada uno de ellos, las preguntas pertinentes, agrupando toda la información relativa a un mismo sistema y haciendo la remisión correspondiente cuando alguno de los elementos descritos se halle también presente en otro sistema. En síntesis, bajo el Cuestionario Anual se

11 OMC-Doc. G/LIC/22 del 02.08.2011.

12 Artículo 7.3 AL.

13 Ver Anexo I: OMC-Doc. G/LIC/3 del 07.11.1995.

debe responder, para cada sistema o régimen de trámite de licencias a cada uno de los siguientes acápite:

- a) Descripción sucinta de los regímenes;
- b) Finalidades y ámbito de aplicación del trámite de licencias;
- c) Procedimientos;
- d) Condiciones que deben reunir los importadores para poder solicitar una licencia;
- e) Documentos y otros requisitos necesarios para solicitar una licencia;
- f) Condiciones de la expedición de licencias, y
- g) Otros requisitos en materia de procedimiento.

Los Miembros deben cumplimentar íntegra y prontamente el Cuestionario Anual, obligación que debe cumplirse antes del 30 de septiembre de cada año.

Esta es una obligación permanente. En caso de que un Miembro no aplique ningún procedimiento para el trámite de licencias, dicho Miembro también deberá notificar esa circunstancia al Comité antes del 30 de septiembre de cada año.

Asimismo, si no se han introducido cambios a los PTLI ya notificados bajo el artículo 7.3 AL, ello también habrá de notificarse al Comité, puesto que el propósito del cuestionario es recabar la información necesaria sobre los procedimientos para el trámite de licencias que aplique (o no aplique) cada Miembro. Este aspecto es de capital importancia, pues la falta de notificación no puede ni debe interpretarse como la ausencia de dichos trámites en uno de los Miembros, ya que sería asumir algo que atentaría contra las obligaciones de transparencia del Acuerdo.

Para facilitar la notificación de las respuestas anuales al Cuestionario cuando no se han introducido cambios, muchos Miembros han optado por presentar pequeñas declaraciones manifestando que la notificación previamente presentada bajo el artículo 7.3 AL no ha sufrido variación, o simplemente indicando cuál o cuáles han sido las variaciones, tales como cambio de organismo o entidad responsable, inclusión o exclusión de determinados bienes del régimen de PTLI, etc.

4.5. SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS

Según el artículo 6 AL, a este le son aplicables los artículos XXII GATT (Consultas) y XXIII GATT (Anulación o menoscabo), así como el Entendimiento sobre Solución de Diferencias.

No obstante, el AL no ha sido hasta ahora objeto directo, único y exclusivo de ninguna diferencia en el marco de la OMC. Varios de sus artículos, sin embargo, han sido mencionados por partes y terceras partes dentro de diversas disputas. En esa medida, tanto los respectivos Grupos Especiales (Paneles) como el Órgano de Apelación han hecho algunos pronunciamientos, más sobre la aplicabilidad del AL en caso particular antes que una interpretación del Acuerdo.

Hasta diciembre de 2013^[14], ha habido 41 casos en los cuales han surgido artículos del AL. Los más importantes han sido los siguientes:

CASOS	SÍMBOLO	ARTÍCULOS DEL AL
CE – Banano III	WT/DS/27	1.2; 1.3; 3.2 Y 3.5
CE – Productos avícolas	WT/DS/69	1.2; 1.3; 1.4; 3.2 Y 3.5
INDIA – Restricciones Cuantitativas	WT/DS/90	3
Canadá – Lácteos	WT/DS/103 y 113	3
Corea – Carne Vacuna	WT/DS/161 y 169	1 y 3
Turquía – Arroz	WT/DS/334	1.2-1.6; 3.2; 3.3; 3.5 (a, b, d, e, h, k) y 5.1-5.4

Entre las conclusiones de los Paneles y del Órgano de Apelación se destacan las siguientes:

- Los contingentes arancelarios caen dentro del ámbito del AL¹⁵.
- El AL también tiende a evitar las distorsiones al comercio que puedan causar los PTLI, bien sea por su establecimiento o aplicación¹⁶.
- El artículo 1.3 AL exige que la aplicación y administración de los PTLI sea neutra, justa y equitativa, mas no requiere que las reglas como tales sean neutras, justas y equitativas¹⁷.
- Los PTLI que no estén en conformidad con los artículos I, III o X GATT 1994, necesariamente son inconsistentes con los requisitos del artículo 1.2 AL.

14 OMC, diferencias por acuerdo. Disponible en http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_agreements_index_s.htm?id=A11.

15 CE – *Banana III*, OA WT/DS27/AB/R.

16 CE – *Productos avícolas*, OA, WT/DS69/AB/R.

17 CE – *Banana III*, OA WT/DS27/AB/R, ratificado en Corea – *Carne Vacuna*, OA, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R.

- El otorgamiento de licencias basado en el comportamiento del exportador es parte de las reglas, no de la aplicación o administración de los PTLI¹⁸.
- La publicación de información relativa a la administración de contingentes arancelarios al Comité de Agricultura no exime de notificar las fuentes de información del artículo 1.4 I AL¹⁹.

5. EL COMITÉ DE LICENCIAS DE IMPORTACIÓN

El artículo 4 AL establece el Comité de Licencias de Importación, compuesto por representantes de cada uno de los Miembros, el cual elige un Presidente y un Vicepresidente para cada año y se reúne con el fin de celebrar consultas sobre cualquier cuestión relacionada con el funcionamiento del AL.

Por regla general, el Comité se reúne dos veces al año, lo cual les permite a los Miembros no solo tomar nota y solicitar aclaraciones acerca de las diferentes notificaciones presentadas por otros Miembros, sino también formular las consultas y preguntas relacionadas con los PTLI que aplican otros Miembros.

Son varios los temas y preocupaciones comerciales que los Miembros llevan al Comité. Desde la solicitud de que se notifiquen con la menor dilación posible determinadas medidas que ellos consideren que caen dentro de la definición de PTLI y que no se han notificado, hasta la forma como se administran y aplican los PTLI. Las cuestiones más frecuentes son las demoras injustificadas en el procesamiento de las solicitudes de licencias de importación, las explicaciones sobre las medidas subyacentes que dan lugar a PTLI, la cobertura de productos sujetos a PTLI, la forma de administrar contingentes, entre otras.

Además, el Comité examina cada año el cumplimiento de las obligaciones de transparencia, y bianualmente la aplicación y funcionamiento del AL respecto de los objetivos, derechos y obligaciones.

Durante los tres últimos años, el Comité ha celebrado varias reuniones informales en las cuales los Miembros han tratado el tema de la transparencia. Como resultado de las mismas, en la reunión de abril de 2011 el Comité acordó que se circulara el documento G/LIC/22, que contiene dos

18 *CE - Productos avícolas*, OA, WT/DS69/AB/R.

19 *Ídem*.

formatos que facilitarán el cumplimiento de la obligación de notificar bajo los artículos 1.4.a y o, 8.2.b AL y el artículo 5 AL. En su primera reunión de 2012, el Presidente de turno invitó a la Secretaría a trabajar sobre un nuevo formato, para someter a discusión informal de los Miembros, para facilitar las notificaciones bajo el artículo 7.3 AL: Respuestas al Cuestionario Anual.

CAPÍTULO 17

Subvenciones y medidas compensatorias (SMC)

RAÚL TORRES

I. INTRODUCCIÓN Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (SMC) es uno de los más complejos acuerdos de la OMC, ya que cubre dos temas distintos que si bien están relacionados, en su normativa persiguen objetivos diferentes. Por un lado, el Acuerdo SMC impone disciplinas en el uso de subvenciones por parte de los Miembros y, por el otro, regula las medidas de remedios comerciales que los países pueden imponer a las subvenciones que causan daño a su industria.

En cuanto a las disciplinas sobre los subsidios, la OMC reconoce que este tipo de instrumentos pueden ser elementos útiles en políticas de desarrollo y para cubrir deficiencias en los mercados de los Miembros. Por ello no los prohíbe del todo, pero su uso está regulado porque pueden tener efectos de distorsión en el comercio. Es así como, por regla general, mientras más distorsionador del comercio sea un subsidio, más estrictas serán las disciplinas aplicadas. Una subvención puede alterar el equilibrio competitivo en el mercado al eliminar las ventajas comparativas de las que puede gozar un bien no subvencionado, lo cual va en contra de los principios que rigen el sistema multilateral de comercio. Además, ciertos tipos de subvenciones, tales como subvenciones a la exportación y para la sustitución de importaciones, están expresamente diseñadas para modificar los flujos de comercio internacional y en este caso si son prohibidas.

El artículo XVI GATT 1947 ya intentaba imponer disciplinas al uso de subvenciones. Estas disciplinas se enfocaban en aquellas subvenciones que tuviesen como efecto aumentar las exportaciones del producto o reducir sus importaciones, obligando a su notificación y en caso de que se determinase que estas causan un perjuicio grave a otra parte contratante, “invitaba” a examinar su reducción. El mismo artículo también establece una prohibición a “subvenciones a la exportación” de cualquier producto no-primario que resultasen en un precio a la exportación menor al precio del producto vendido en el mercado interno. En cuanto a los subsidios a la exportación de productos primarios, estos estaban cubiertos solo por una obligación de mejores esfuerzos por evitarlos y a no aplicarlos de manera que resultaran en un incremento de la participación del comercio mundial que fuese más que equitativa. Uno de los mayores problemas con las normas del artículo XVI GATT era que en las mismas no se definía lo que se considera una subvención ni tampoco cuando exista un perjuicio grave.

En la Ronda de Tokio, se intentó reforzar las disciplinas sobre subsidios al adoptar el Código de Subvenciones¹ que, como los demás códigos adoptados al final de la Ronda de Tokio en 1974, era un acuerdo plurilateral solo vinculante para las partes contratantes que lo subscribiesen. Este Código representó un avance en la regulación de los subsidios al introducir conceptos como la anulación y menoscabo de beneficios derivados del GATT. Además, clarificó que los efectos de la anulación y menoscabo y el perjuicio grave pueden verificarse en el mercado del país importador, del país que otorga la subvención o en un tercer mercado. Sin embargo, solo estableció que los signatarios “buscarán evitar” el causar estos efectos adversos, es decir, la obligación era solo de mejores esfuerzos. En cuanto a los subsidios a la exportación, las reglas fueron más estrictas, quedando prohibidos, con la excepción de aquellos otorgados a productos primarios no minerales. Si bien el Código de Subvenciones no contuvo una definición de lo que es un subsidio, sí incluyó una lista ilustrativa de subsidios a la exportación. Debido al bajo número de ratificaciones (solo 25), y a diferencias no resueltas en conceptos fundamentales como cuáles eran las subvenciones cubiertas, el código fue poco eficaz. Por ello, durante la Ronda Uruguay las disciplinas sobre subvenciones fueron nuevamente objeto de negociaciones.

En cuanto a las medidas compensatorias, se encuentran reguladas de manera inicial en el artículo VI GATT, junto con las medidas *antidumping*, ya que el objetivo perseguido en ambos casos es el mismo. En su tratamiento originario, sin embargo, existió una diferencia mayor entre ambas. El artículo VI GATT establece que para la adopción de una medida *antidumping* es necesario la constatación de un daño a la industria doméstica causado por el *dumping*. Esta llamada prueba del daño no está contemplada en el artículo VI GATT para las medidas compensatorias que entonces podían ser adoptadas solo mediando la constatación de la existencia de importaciones de un producto que haya recibido algún tipo de subvención.

El Código de Subvenciones de la Ronda de Tokio avanza en la regulación de las medidas compensatorias, al introducir la prueba de daño como requisito obligatorio para la imposición de medidas. Sin embargo, como era un acuerdo plurilateral, algunas partes contratantes, notablemente los

1 Oficialmente titulado Acuerdo relativo a la interpretación y aplicación de los artículos VI, XVI y XXIII del Acuerdo General de Aranceles y Comercio.

Estados Unidos, se reservaron el derecho de aplicar la prueba de daño solo para la imposición de medidas a productos provenientes de los países signatarios del Código. También hubo desacuerdos por la falta de definición de “subvención”, diferentes posiciones acerca del cálculo del monto de las subvenciones y discrepancias respecto del uso del concepto de “especificidad” en ciertas jurisdicciones.

II. EL ACUERDO SOBRE SUBSIDIOS Y MEDIDAS COMPENSATORIAS DE LA RONDA URUGUAY

El Acuerdo SCM expande y mejora de manera significativa el Código de Subsidios de la Ronda de Tokio. Contiene una definición de lo que es una subvención y de cuándo es considerada como específica, introduce conceptos como las subvenciones recurribles y no recurribles, se detallan las situaciones en las que se puede considerar que existen efectos adversos y perjuicio grave, y se introducen normas especiales sobre trato especial y diferenciado para los países en desarrollo. Otros aspectos importantes son que el Acuerdo SCM es parte de los Acuerdos de la OMC y por lo tanto se aplica a todos los Miembros. Además, todas las controversias que involucren las normas del Acuerdo SMC se ventilarán bajo el mecanismo de solución de diferencias previsto en el ESD, cuyas decisiones son de cumplimiento obligatorio para los Miembros.

I. COBERTURA Y ESTRUCTURA DEL ACUERDO SCM

El acuerdo SMC regula las subvenciones que un miembro puede conceder y las medidas unilaterales que los países pueden adoptar contra las subvenciones que causen daño a sus industrias.

Las disciplinas sobre subvenciones regulan el tipo de subvenciones que puede otorgar un Miembro según los efectos desfavorables para el comercio que puede causar, y su cumplimiento puede exigirse recurriendo al mecanismo de solución de diferencias de la OMC.

Los derechos compensatorios son una medida unilateral, generalmente en la forma de una sobretasa arancelaria, que los Miembros pueden aplicar a las importaciones de un producto en su territorio, cuando luego de una investigación constatan que las importaciones en cuestión están subvencionadas y causan daño a la rama de producción nacional del miembro importador.

El punto de encuentro entre las dos áreas reguladas en el acuerdo es la definición de subvención y cuándo la misma es específica y por lo tanto cubierta por el Acuerdo SMC.

En efecto, el acuerdo SMC contempla dos vías para que un miembro pueda contrarrestar los efectos negativos de los subsidios: una multilateral, en la cual se impugnan los subsidios en la OMC con vista a su eliminación o la eliminación de sus efectos adversos, y una vía unilateral, en la cual las autoridades administrativas del Miembro adoptan medidas en frontera tendientes a contrarrestar el daño sufrido por una industria doméstica.

Es por esto que es importante echar un vistazo a la estructura del Acuerdo SMC para entender mejor el funcionamiento del mismo. Existen algunas partes del acuerdo que solo cubren el tema de las disciplinas, i.e. Parte II, III y IV, una parte bastante extensa que solo contiene las reglas sobre la imposición de derechos compensatorios, Parte V. Y otras partes de aplicación común, notablemente la Parte I, que contiene la definición de las medidas cubiertas por el acuerdo y la parte VIII, con las normas de trato especial y diferenciado.

El Acuerdo SMC está dividido en 11 partes:

- La Parte I contiene la definición de “subvención” y “especificidad” y aclara que solo las medidas que cumplan con esas características son cubiertas por el acuerdo.
- Las Partes II, III y IV contienen las disciplinas sobre las subvenciones, clasificándolas en 3 categorías: prohibidas, recurribles y no recurribles. Sin embargo, la Parte IV, aplicable a las subvenciones no recurribles, expiró al final de 1999.
- La Parte V establece las prescripciones sustantivas y de procedimiento que deben cumplirse para la aplicación de medidas compensatorias; esta parte abarca el mayor número de artículos en el Acuerdo SCM.
- Las partes VI y VII establecen la estructura institucional y los mecanismos de notificación/vigilancia.
- La Parte VIII contiene normas de trato especial y diferenciado para diversas los países en desarrollo.
- La Parte IX contiene normas de transición para los Miembros desarrollados y a los Miembros en proceso de transformación en una economía de mercado.

- Las partes X y XI contienen disposiciones sobre solución de diferencias y disposiciones finales.

2. DEFINICIÓN DE UNA SUBVENCIÓN

El artículo 1 SMC contiene la definición de subvención que consta de tres elementos y puede ser resumida de la siguiente manera:

Subvención:

1. Contribución financiera o sostenimiento de precios o ingresos;
2. Por parte de un gobierno o cualquier organismo público;
3. Que otorga un beneficio al receptor.

Si la medida en cuestión no cumple con cualquiera de estos elementos no se puede considerar que la misma sea una subvención.

2.1. CONTRIBUCIÓN FINANCIERA

El artículo 1.1. a) 1) SMC especifica que se considera que existe una contribución financiera cuando hay:

- I. Transferencias directas de fondos (donaciones, préstamos, aportes de capital).
- II. Posibles transferencias directas de fondos (garantías de préstamos).
- III. Condonación o no recaudación de ingresos públicos debidos al fisco (créditos fiscales, exenciones impositivas, deducciones fiscales).
- IV. Suministro de bienes o servicios que no sean de infraestructura general (suministro eléctrico o de insumos).
- V. Compra de bienes.
- VI. Pagos a un mecanismo de financiación.

La mera existencia de una contribución financiera no constituye una subvención: solo se refiere a la transferencia de algo con un valor económico.

Para determinar si existe una subvención es imperativo examinar si las condiciones de la transferencia han dado lugar a un beneficio para el receptor, que es el segundo elemento clave de la definición de subsidio. La inclusión del elemento de contribución financiera tiene como objetivo limitar el tipo de medidas o intervenciones gubernamentales que pueden ser consideradas una subvención, en particular excluyendo lo que se conoce como beneficios regulatorios. Por ejemplo, es posible argumentar que una exención a un número limitado de empresas del cumplimiento de ciertas regulaciones laborales, ambientales o sanitarias que acarrearán costos a la industria otorga un beneficio. Sin embargo, este tipo de medidas no están cubiertas por el Acuerdo SMC, ya que no representan una contribución financiera, en la medida en que no hay una transferencia de algo valioso.

El Acuerdo SMC también excluye de la definición de manera expresa, en la nota al pie 1, las exenciones o devoluciones de impuestos indirectos sobre el producto exportado siempre que no excedan de los montos adeudados. Esto permite, por ejemplo, el funcionamiento de programas como el reembolso del Impuesto al Valor Agregado del cual se benefician muchos turistas en sus compras en el extranjero.

Una de las cuestiones que queda abierta en cuanto a la interpretación del acuerdo es exactamente qué significa un sostenimiento de precios o de ingresos. Hasta ahora ningún reporte de grupo especial o del OA ha tratado la cuestión de que constituye un sostenimiento de precios o ingresos. Una de las razones puede ser que este tipo de medidas son usadas por los gobiernos sobre todo en productos agrícolas, en cuyo caso, para que un subsidio pueda ser cuestionado bajo el acuerdo SMC, este debe también infringir las normas específicas sobre subsidios del Acuerdo de Agricultura.

2.2. POR PARTE DE UN GOBIERNO U OTRO ORGANISMO PÚBLICO

El acuerdo SMC va dirigido a regular ciertas intervenciones gubernamentales. Por ello, para que la contribución financiera sea cubierta por la definición de subvención debe ser otorgada por un gobierno u organismo público a cualquier nivel, i.e. federal, nacional, central, estatal, provincial, regional o municipal. Para evitar la elusión de la norma, también se considera contribución financiera aquella realizada por entidad privada pero encomendada u ordenada por el gobierno.

Por su parte, el concepto de “organismo público” ha sido objeto de controversia. En el caso de *Estados Unidos – Derechos antidumping y compensatorios (China)*, el Órgano de Apelación determinó que el hecho de que una empresa sea propiedad del gobierno no es suficiente para darle carácter de organismo público. Para esto es necesario que la entidad en cuestión posea, ejercite o esté investida de autoridad gubernamental². Esta definición ha generado muchos comentarios por parte de algunos Miembros y expertos, ya que la consideran muy estricta y difícil de evidenciar, particularmente en el contexto de aquellos países cuyas economías o industrias estratégicas están dominadas por empresas del Estado.

2.3. OTORGA UN BENEFICIO AL RECEPTOR

Este elemento es particularmente determinante, ya que toca directamente a la cuestión del porqué es necesario tener disciplinas sobre subsidios o realizar imposición de derechos compensatorios. Las subvenciones alteran las condiciones de competencias entre los productos, lo cual tiene un impacto negativo en el comercio. Así, los grupos especiales y el OA han intentado aclarar en qué situaciones existe beneficio. El grupo especial en *Canadá – Aeronaves* determinó que para establecer la existencia de un beneficio

(...) es necesario determinar si la contribución financiera pone al receptor en una posición más ventajosa que la que hubiese tenido si no hubiese recibido la contribución financiera³.

El mismo grupo especial también aclaró que para poder medir si el receptor ha sido puesto en una posición más ventajosa el punto de referencia es el mercado⁴, o los términos o condiciones que hubiese podido obtener el receptor de la contribución financiera si la misma hubiese sido dada por un actor libre en el mercado del receptor. El OA en el mismo caso y en casos posteriores confirmó la interpretación del grupo especial⁵.

2 *Estados Unidos – Derechos antidumping y compensatorios (China)*, OA, WT/DS379/AB/R, párr. 318.

3 *Canadá – Aeronaves civiles*, GE, WT/DS70/R, párr. 9.112.

4 Ídem.

5 *Canadá – Aeronaves civiles*, OA, WT/DS70/AB/R, párrs. 157 y 158. *Canadá – Aeronaves civiles*, OA, WT/DS70/AB/R, párrs. 154 y 157; *Japón – DRAMS (Corea)*, OA, WT/DS336/AB/R, párr. 225; *CE y determinados Estados Miembros – Grandes aeronaves civiles*, OA, WT/DS316/AB/R, párr. 705.

Esta doctrina desarrollada por los grupos especiales y el OA pone fin a la vieja discusión de si es necesario para que una medida se considere un subsidio que la misma tenga un costo para el gobierno que la otorga. La existencia de un beneficio al receptor es una cuestión que no depende de si el gobierno incurre en un costo cuando otorga el subsidio. Esto queda ilustrado en el siguiente ejemplo: veamos el caso de un préstamo a intereses preferenciales. El gobierno le presta a un productor una suma de dinero a una tasa de interés de 5%, cuando un préstamo en condiciones similares obtenido de la banca comercial en el país hubiese incurrido en un interés de 7%. Supongamos también que, para financiar el programa de préstamos, el gobierno emite bonos soberanos, que vende en el mercado internacional de obligaciones y por los cuales paga un interés de 3%, ya que al ser un gobierno su riesgo de incumplimiento es menor. En este caso tenemos que el productor recibe un beneficio equivalente a la diferencia entre la tasa del préstamo dado por el gobierno y la tasa de interés que hubiese pagado por el préstamo si lo hubiese obtenido de la banca privada. Sin embargo, el gobierno no incurrió en ningún costo en la transacción; al contrario, el programa en cuestión incluso produjo ganancias al gobierno.

Otra cuestión que dificulta el análisis de si un programa otorga o no un beneficio es el hecho de que el Acuerdo SMC no contiene muchos detalles de cómo se realiza este análisis, que puede variar significativamente dependiendo del tipo de contribución financiera. La única orientación que contiene el Acuerdo SMC la encontramos en el artículo 14 SMC, correspondiente a las medidas compensatorias, que será analizado más adelante. El artículo 14 SMC ha sido utilizado tanto por los grupos especiales como el OA como contexto relevante para la interpretación del término beneficio utilizado en el artículo 1.1(b) SMC⁶.

Uno de los mayores problemas del concepto de beneficio es cómo medir la existencia del mismo cuando no es posible encontrar en el mercado un punto de referencia para compararlo con las condiciones en que el receptor obtuvo la contribución financiera. Este caso suele darse en situaciones en que la contribución financiera es otorgada a través del suministro de bienes o servicios por el Estado o la empresa estatal, el que tiene el monopolio en la producción o suministro del insumo o servicio en cuestión.

6 *Canadá – Aeronaves civiles*, OA, WT/DS70/AB/R, párrs. 155 y 158.

3. LA ESPECIFICIDAD

Para que una subvención esté sujeta a las normas del Acuerdo SMC, es necesario que la misma sea específica en el sentido del artículo 2 SMC. Este concepto de especificidad fue introducido durante la ronda Uruguay y sigue la práctica desarrollada por EE.UU. en sus investigaciones para la aplicación de medidas compensatorias. El principio que está detrás de este requerimiento es que para que una subvención sea perjudicial a la economía, la misma debe representar una distorsión en la asignación de recursos por parte del gobierno.

El acuerdo contempla 4 tipos de especificidad:

1. Por empresa, limitadas a una empresa o grupo de empresas (artículo 2.1 SMC).
2. Por rama de producción nacional o industria, limitadas a una industria o grupo de industrias (artículo 2.1 SMC).
3. Por regiones geográficas, limitadas a algunas de ellas (artículo 2.2 SMC).
Subvenciones prohibidas, automáticamente específicas (artículo 2.3 SMC).

La especificidad de la subvención puede estar dada en la ley, reglamento o instructivo, en cuyo caso se conoce como una especificidad *de jure*. El OA, en el caso de *EE.UU. – Derechos antidumping y compensatorios (China)*, aclaró que una subvención de jure específica es aquella en que

(...) la ley establece requisitos de elegibilidad que limitan acceso a la contribución financiera o beneficio⁷.

Sin embargo, el acuerdo permite que se fijen ciertos criterios para el acceso a la subvención siempre y cuando estos sean criterios o condiciones objetivos de carácter económico y de aplicación horizontal. Esto permite, por ejemplo, el otorgar subsidios a las PYMES, basándose en criterios como el número de empleados o el capital de la empresa.

Igualmente, el Acuerdo contempla que una subvención puede no estar concebida como específica en el instrumento jurídico que le da origen,

⁷ *Estados Unidos – Derechos antidumping y compensatorios (China)*, OA, WT/DS379/AB/R.

pero dicha especificidad puede configurarse si los hechos, en la práctica, demuestran que el acceso a la subvención está limitado a ciertos receptores. En estos casos, el Acuerdo contempla que para verificar la especificidad se pueden tomar en cuenta los siguientes factores:

- La utilización de un programa de subvenciones por un número limitado de empresas determinadas.
- La utilización predominante por determinadas empresas.
- La concesión de cantidades desproporcionadamente elevadas de subvenciones a determinadas empresas.
- La forma como la autoridad otorgante haya ejercido facultades discrecionales en la decisión de conceder la subvención.

En la aplicación de estos elementos se debe tener en cuenta la diversificación de la economía en el país otorgante y el período durante el cual se haya aplicado el programa de subvenciones. Esto, junto con la evaluación de la discrecionalidad ejercida por la autoridad otorgante, tiene como objetivo evitar situaciones en las que la poca diversificación de la economía puede dar una apariencia de especificidad, aun cuando el acceso a la subvención no está limitado. Asimismo, el acuerdo contempla que la especificidad de la subvención debe ser medida al nivel de la jurisdicción de la autoridad otorgante. Esto permite, por ejemplo, a los gobiernos regionales, provinciales, estatales o municipales otorgar subvenciones de uso general en su jurisdicción sin que sean consideradas como regionalmente específicas. Igualmente, está permitido tener distintas tasas de impuesto en cada nivel de gobierno de un Miembro.

La consecuencia de que una subvención sea específica es que está sujeta a las disciplinas previstas en el Acuerdo y pueden ser cuestionadas bajo el mecanismo de solución de diferencias o pueden ser contrarrestadas por el Miembro que sufra daño a su industria nacional a causa de las mismas. Asimismo, el acuerdo prescribe que toda subvención específica debe ser notificada al Comité SMC de la OMC.

4. CLASIFICACIÓN DE LAS SUBVENCIONES PARA EFECTOS DE SUS DISCIPLINAS

En la clasificación de las subvenciones del Acuerdo se puede utilizar la metáfora del semáforo para ilustrar las disciplinas. Se contemplan tres tipos: las prohibidas o “luz roja” (artículos 3 y 4 SMC), las recurribles o “luz amarilla” (artículos 5, 6 y 7 SMC) y las no recurribles o “luz verde” (artículos 8 y 9 SMC).

Es importante notar que en virtud del artículo 31 SMC, los artículos que contemplaban las subvenciones no recurribles expiraron a finales del año 1999^[8].

4.1. SUBVENCIONES PROHIBIDAS

Existen dos tipos de subvenciones que los Miembros han decidido prohibir dado que están diseñadas para afectar los flujos de comercio internacional. Estas son:

1. Subvenciones supeditadas a los resultados de exportación (subsidios a la exportación).
2. Subvenciones supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados (subsidios a la sustitución de importaciones).

a. SUBSIDIOS A LA EXPORTACIÓN

El acuerdo aclara que esta condicionalidad a los resultados de exportación puede ser dada en el instrumento jurídico que establece el subsidio (subsidio a la exportación *de jure*) o puede ser de hecho (subsidio a la exportación *de facto*). Asimismo, la *condición de exportar* la producción puede ser solo una entre varias condiciones y aun así se considera un subsidio a la exportación. Obviamente que la determinación de la existencia de un subsidio a la exportación *de facto* no es fácil. Es por esto que el OA y los grupos especiales han ofrecido lineamientos al respecto. Uno de los más importantes fue el caso de *Canadá – Aeronaves Civiles*, en el que el grupo especial indicó que la mera orientación exportadora del receptor es un elemento pertinente

8 Esto será discutido en más detalle en la sección 4.3 de este capítulo.

pero no decisivo en la determinación⁹. Por su parte, el OA, en el caso de *UE y ciertos Estados Miembros – Grandes aeronaves civiles*, expande esta noción y aporta otros elementos a analizar:

(...) La existencia de supeditación de facto a la exportación, como se indica supra, “debe inferirse de la configuración total de los hechos que constituyen la concesión de la subvención y la rodean”, que puede incluir los siguientes factores: i) el diseño y la estructura de la medida por la que se concede la subvención; ii) las modalidades de funcionamiento establecidas en esa medida; y iii) las circunstancias fácticas pertinentes que rodeen la concesión de la subvención, que aportan el contexto para comprender el diseño, la estructura y las modalidades de funcionamiento de la medida¹⁰.

El Acuerdo SMC, en su Anexo 1, también contiene una “Lista ilustrativa de subvenciones a la exportación”. Es un remanente histórico del Código de SMC de la Ronda de Tokio en el cual, en defecto de una definición de subsidio, hubo acuerdo en ejemplos de medidas que se consideraban subsidios a la exportación. Esta misma lista fue incorporada al Acuerdo SMC, a pesar de que este sí contiene una definición de subvención y cuando esta es a la exportación. El Acuerdo dispone que cualquier medida de la lista ilustrativa se considerará que cumple con la definición y supeditación a los resultados de exportación. Vale decir, si una medida está en la lista ilustrativa no es necesario probar su condición de contribución financiera por parte del gobierno que otorga un beneficio y que está supeditada a la exportación. De igual manera, la lista contiene ciertas medidas que expresamente prescribe como que no se consideran subsidios a la exportación.

b. SUBSIDIOS PARA LA SUSTITUCIÓN DE IMPORTACIONES

La condición que los convierte en prohibidos es que su otorgamiento esté atado al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados. Al igual que en el caso de los subsidios a la exportación, esta condición puede ser una entre varias y establecida en un instrumento jurídico (*de jure*) o de

9 *Canadá – Aeronaves civiles*, GE, WT/DS70/R, párr. 9.336.

10 *CE y determinados Estados Miembros – Grandes aeronaves civiles*, OA, WT/DS316/AB/R, párr. 1046.

hecho (*de facto*)¹¹. En el caso de los subsidios a la *sustitución* de importaciones, cabe señalar que este tipo de medidas también puede constituir una violación del artículo 2 del Acuerdo de las MIC¹² y del artículo III:4 GATT.

C. ACCIONES Y RETIRO DEL SUBSIDIO

Como ya se señaló, si un Miembro considera que una medida de otro Miembro es un subsidio prohibido, puede activar el mecanismo de solución de diferencias de la OMC para lograr que se retire el subsidio prohibido. Esta controversia será ventilada bajo las reglas en el Entendimiento de Solución de Diferencias (ESD) de la OMC, pero en este caso el artículo 4 SMC contiene una serie de particularidades que se aplican solo en los casos de subsidios prohibidos. Un elemento importante a tener en cuenta en las controversias por subsidios prohibidos es que a la parte demandante solo le es necesario demostrar que la medida en cuestión es un subsidio a la exportación o de sustitución de importaciones para que exista una violación de las normas. No es necesario demostrar ningún tipo de efectos comerciales ni especificidad.

La primera particularidad es que para el inicio de la controversia, el artículo 4.2 SMC provee que las solicitudes de celebración de consultas deberán contener una relación de las pruebas que se disponga respecto de la existencia y naturaleza de la subvención. Otra diferencia con los procedimientos normales de solución de diferencias es que el artículo 4.6 SMC señala que las controversias que versen sobre subsidios prohibidos se regirán por procedimientos acelerados que reducen a la mitad los tiempos normales establecidos en el ESD. Asimismo, durante el procedimiento el panel podrá solicitar la asistencia del Grupo Permanente de Expertos (GPE), que emitirá una opinión vinculante acerca de si la medida en cuestión es una subvención prohibida. Hasta la fecha de hoy, ningún panel ha hecho recurso al GPE. Probablemente la razón es que a diferencia de los grupos de expertos previstos en el artículo 13.2 ESD, cuyas opiniones tienen un carácter meramente consultivo, las opiniones del GPE tienen que ser aceptadas por el panel sin modificación. Por lo tanto, es comprensible que los paneles sean renuentes a externalizar completamente lo que es la cuestión central en la controversia.

¹¹ *Canadá – Automóviles*, OA, WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, párrs. 139-143.

¹² Ver Capítulo 11.

La diferencia más significativa entre las controversias normales del ESD y las de subsidios prohibidos está en las recomendaciones del panel y el OA. En el sistema general, el artículo 19.1 ESD limita la recomendación a que el miembro cuya medida ha sido determinada como incompatible “la ponga en conformidad”. Si bien el panel y el OA pueden hacer sugerencias acerca de cómo lograr este objetivo, lo que es infrecuente, el Miembro tiene plena libertad para determinar cómo poner la medida en conformidad. Este no es el caso en las controversias acerca de subsidios prohibidos. El artículo 4.7 SMC prescribe que si se determina la existencia de un subsidio prohibido, el panel y el OA recomendarán que se “retire la subvención”. Ha surgido la polémica de cuál es el alcance exacto del término “retiro de la subvención”. Se discute si el término comprende solo efectos prospectivos, i.e. cesar el otorgamiento del subsidio, o también comprende efectos retroactivos, como el repago de los subsidios ya otorgados. El panel en *Australia – Cuero para automóviles II DSI25* (artículo 21.5 – EE.UU.) determinó que una interpretación que contemplara solo la posibilidad de acciones prospectivas equivaldría a hacer la recomendación de “retirar la subvención” bajo el artículo 4.7 SMC indistinguible de la recomendación de poner la medida en conformidad del artículo 19.1 ESD, haciendo redundante el artículo 4.7 SMC¹³, algo que no está permitido bajo las normas de interpretación de los tratados. Este fallo no fue bien recibido ni siquiera por los Estados Unidos, que fue el que entabló la controversia al juzgarlo como excesivo y en contra del principio que el mecanismo de solución de diferencias de la OMC no permite remedios retroactivos.

4.2. SUBVENCIONES RECURRIBLES

Como subvenciones recurribles se entienden todas las subvenciones no prohibidas, que causan efectos adversos al comercio de un Miembro. Estos efectos adversos o causales de acción, pueden ser:

1. Daño a la rama de producción nacional de otro Miembro.
2. Anulación o menoscabo de las ventajas resultantes del GATT.
3. Perjuicio grave a los intereses de otro Miembro.

¹³ *Australia – Cuero para automóviles II*, GE, WT/DS126/R.

Algo que es importante tener en cuenta en el análisis de la existencia de una subvención recurrible es el lugar o mercado en donde se causan estos efectos adversos. De ahí se deriva que las disciplinas sobre subvenciones permiten a un Miembro defender su producción tanto en su mercado interno como en el mercado de exportación.

a. EFECTOS ADVERSOS - DAÑO

El primer elemento es el daño a la rama de producción nacional del Miembro que recibe las importaciones subsidiadas. Bajo el artículo 5 SCM se entiende como daño el mismo efecto que da o puede dar lugar a la imposición de medidas compensatorias si se siguiera la vía unilateral para remediar los efectos de la subvención. Siendo que el significado del daño es idéntico al utilizado en el contexto de medidas compensatorias, este se entiende como un daño importante o amenaza de daño importante a la rama de producción nacional causado por un producto que es “similar” al producto subvencionado importado, o al retraso importante en la creación de una rama de producción de ese bien. Es importante notar que en este caso los efectos del subsidio se producen en el mercado del Miembro que recibe las importaciones subsidiadas.

En el caso de medidas compensatorias, el daño y causalidad son determinados por la autoridad investigadora del país que impone la medida. En contraste, en el caso de una subvención recurrible cuestionada a nivel multilateral la determinación es realizada por el grupo especial. En consecuencia, en una alegación de existencia de daño ante un grupo especial de la OMC, el panel tendría que recabar toda la información necesaria sobre los niveles de importaciones subsidiadas, el efecto sobre los precios del producto nacional y el impacto sobre los indicadores económicos de la industria nacional. Hasta ahora el único caso en el que se alegó existencia de daño fue *CE y ciertos Estados Miembros – Grandes aeronaves civiles*, en el que el panel concluyó que no existía daño actual ni amenaza de daño¹⁴.

¹⁴ *CE y determinados Estados Miembros – Grandes aeronaves civiles*, GE, WT/DS316/R, párr. 7.2186.

b. EFECTOS ADVERSOS - ANULACIÓN Y MENOSCABO

El segundo tipo de efecto desfavorable es la anulación o menoscabo de las ventajas resultantes para otros Miembros, directa o indirectamente, del GATT de 1994, en particular de las ventajas de las consolidaciones arancelarias multilaterales. Esta disposición refleja la situación en la que una subvención otorgada en el territorio puede reducir el valor de las concesiones que ese Miembro haya comprometido con sus interlocutores comerciales en la OMC. En este caso, los efectos se producen en el mercado del país que concede la subvención.

Este fue el caso de *CEE - Semillas oleaginosas*¹⁵, que se dio antes de la adopción del Acuerdo SMC de la Ronda Uruguay. Un ejemplo ayudará a comprender la situación: en el contexto de negociaciones de acceso a los mercados, un país reduce su arancel de un nivel de 10% a un nivel de 0% e inscribe esta concesión en sus listas de compromisos bajo el artículo II GATT. Esto genera expectativas de mayores exportaciones en los países exportadores de ese producto. Sin embargo, el país que redujo sus aranceles establece un subsidio por medio del cual se fija un pago de 10% del valor de compra a los procesadores del producto por el uso del producto nacional. Así, el subsidio hace que los procesadores prefieran el producto doméstico y elimina cualquier efecto en la relación competitiva entre el producto importado y el doméstico derivado de la reducción arancelaria. Actualmente, este tipo de apoyos son subsidios a la sustitución de importaciones y, por lo tanto, prohibidos. Es por esto que, al igual que lo que sucede con los casos de solución de diferencias por anulación y menoscabo bajo el artículo XXIII GATT, el hecho de que se haya regulado con normas toda una serie de situaciones que antes no estaban cubiertas hace más difícil encontrar situaciones en las que una medida puede causar efectos comerciales adversos sin constituir una violación.

c. EFECTOS ADVERSOS - PERJUICIO GRAVE

El acuerdo contempla cuatro causales para reclamos por perjuicio grave:

¹⁵ *CEE - Semillas Oleaginosas 1*, GE, BISD 37S/86.

1. Desplazamiento u obstaculización de importaciones en el país que otorga el subsidio (artículo 6.3(a) SMC).
2. Desplazamiento u obstaculización de importaciones en un tercer país (artículo 6.3(b) SMC).
3. Subvaloración, reducción o contención de los precios o pérdidas de ventas (artículo 6.3(c) SMC).
4. Aumento de la participación en el mercado mundial en un producto primario (artículo 6.3(d) SMC).

Es interesante analizar los efectos adversos y su localización en estas cuatro causales. En la primera y segunda causal, se trata de efectos sobre el volumen de ventas, es decir, un desplazamiento u obstaculización de importaciones; este efecto puede ocurrir tanto en el mercado del país que concede la subvención como en el mercado de un tercer país. De ahí que las disciplinas sobre subsidios que causan perjuicio grave permite la defensa de las exportaciones. Un ejemplo de una controversia en la que se demostró el desplazamiento de ventas en el mercado del país que otorgó el subsidio y en terceros países es el de *CE y ciertos Estados Miembros – Grandes aeronaves civiles*¹⁶.

La tercera causal se evidencia en efectos sobre los precios. El acuerdo contempla que en casos en que los subsidios causen una subvaloración, contención, reducción significativa de los precios o pérdidas de ventas del producto similar en un tercer mercado, también se puede recurrir a los subsidios por causar perjuicio grave. Este tipo de efectos es muy similar al requerido en el análisis de efectos sobre los precios en materia de daño. La diferencia principal radica en que, en este caso, los efectos no se limitan a los precios en el mercado de la rama de la industria nacional sino que se extienden a cualquier mercado en el que compitan los productos, incluso en el mercado internacional, como se determinó en el caso *Estados Unidos – Algodón americano (Upland)*¹⁷.

La última causal de perjuicio grave es un aumento de la participación en el mercado mundial de un producto primario, por lo tanto el efecto es sobre el volumen de ventas. Este aumento es calculado en comparación con la

¹⁶ *CE y determinados Estados Miembros – Grandes aeronaves civiles*, GE, WT/DS316/R, párr. 8.2.

¹⁷ *Estados Unidos – Algodón americano (Upland)*, GE, WT/DS267/R, párr. 8.1 g) i).

participación media durante los últimos 3 años y es necesario que exista una tendencia al aumento constante en el período de concesión de la subvención.

d. PRESUNCIÓN DE PERJUICIO GRAVE (ARTÍCULO 6.1 SMC CADUCADO)

El artículo 6.1 SMC establecía que cuatro tipos de subvenciones daban lugar a una presunción de la existencia de perjuicio grave. La consecuencia de esta presunción era una inversión de la carga de la prueba una vez que el demandante probaba que la subvención se encontraba dentro de los supuestos establecidos. Le correspondía a la parte demandada demostrar que no existía perjuicio grave. Las situaciones para que se diese una presunción de perjuicio grave eran:

- Subvención cuyo monto total *ad valorem* fuese superior al 5%.
- Cubrimiento de pérdidas de explotación de la rama de producción.
- Cubrimiento de pérdidas de explotación de una empresa (salvo medidas excepcionales).
- Condonación directa de deuda por parte del gobierno.

Las disposiciones sobre perjuicio grave quedaron sin efecto el 31 de diciembre de 1999, debido a que el artículo 31 SMC preveía una aplicación provisional del artículo 6.1 SMC y otros. Para prolongar la vigencia de este artículo era necesaria una decisión positiva por parte del Comité de SMC, que no se dio¹⁸.

e. ACCIONES MULTILATERALES

Si un Miembro considera que una subvención otorgada por otro Miembro le ocasiona daño, anulación o menoscabo de sus ventajas, o un perjuicio grave, puede someter el asunto al OSD, que dirimirá la controversia utilizando los procedimientos contenidos en el ESD. Además de las reglas normales aplicables a los diferendos del ESD, en la esfera de las subvenciones recurribles, el

18 Ver OMC-Doc. G/SCM/M/22.

Acuerdo SMC contiene determinadas normas especiales y adicionales sobre solución de diferencias. Por ejemplo, en los casos en los cuales se alegue la existencia de un perjuicio grave, la parte demandante puede invocar las disposiciones del Anexo V del Acuerdo SMC, que contempla un procedimiento especial cuyo objetivo es la obtención de información relativa al perjuicio grave, ya sea en el país que otorga la subvención o en un tercer mercado. Este procedimiento es llevado a cabo por un facilitador designado por el OSD, que deberá finalizarlo en un plazo de 60 días a partir del establecimiento del grupo especial. El mismo Anexo V establece que si la parte demandada no coopera en el proceso, el grupo especial podrá contemplar el expediente con base en la mejor información disponible y podrá sacar conclusiones desfavorables a la parte que no coopere. Otra de las particularidades de la solución de diferencias en el caso de subvenciones recurribles es que, al igual que en las subvenciones prohibidas, se establece una recomendación o remedio específico que en este caso es que el Miembro que otorga la subvención debe retirarla o suprimir sus efectos desfavorables.

4.3. SUBVENCIONES NO RECURRIBLES O DE LUZ VERDE (CADUCADO)

Los artículos 8 y 9 SMC también contemplaban la posibilidad de que existiesen subvenciones no recurribles o de luz verde en el sistema del semáforo. Se consideraba que este tipo de subvenciones tienen efectos adversos mínimos sobre el comercio internacional o efectos adversos que son compensados por otros efectos favorables que justificaban su utilización. Los tres tipos de subvenciones que se incluyeron en esta categoría son:

1. Ciertas ayudas para actividades de investigación y desarrollo.
2. Ciertas ayudas para regiones desfavorecidas.
3. Ciertas ayudas para promover la adaptación de instalaciones existentes a nuevas exigencias ambientales.

Al igual que el artículo 6.1 SMC, los artículos 8 y 9 SMC estaban sujetos a la aplicación provisional prevista en el artículo 31 SMC. Este ordenaba que antes de concluir 5 años a partir de la entrada en vigencia del Acuerdo SMC, el Comité SMC realizaría un examen del funcionamiento de estos artículos y determinaría si debían continuar siendo aplicados. Para esta decisión,

como regla general de la OMC, era necesaria la existencia de un consenso. El Comité realizó su examen a finales del año 1999. Este ejercicio coincidió con lo que se llamó el proceso de implementación, en el cual varios países en desarrollo pusieron en cuestión los beneficios de la aplicación de varios compromisos que fueron alcanzados en la Ronda Uruguay y cuyos períodos de transición estaban por vencerse, en particular en los acuerdos sobre las MIC y ADPIC. Durante las discusiones del Comité, algunos países en desarrollo argumentaron que las reglas sobre subsidios no accionables favorecían de manera desbalanceada a los países desarrollados y que, por lo tanto, la extensión de su aplicación solo podría darse en el contexto de una extensión de los períodos de transición a favor de los países en desarrollo en el marco de los acuerdos sobre las MIC y ADPIC. Los países desarrollados, por su parte, no tenían mayor interés en prorrogar la posibilidad de otorgar subsidios en las áreas cubiertas, en particular subsidios ambientales¹⁹ y en favor de regiones desfavorecidas. Tampoco deseaban extender la presunción de perjuicio grave debido a que las normas de trato especial y diferenciado del artículo 27 SMC solo aplicaban a los países en desarrollo. Es así que debido a posiciones de negociación erradas por parte de ciertos países en desarrollo, no se alcanzó el consenso necesario para extender la aplicación de la categoría de subsidios no recurribles y la misma caducó²⁰.

La expiración de las normas sobre subsidios no recurribles fue desafortunada, ya que son los mismos países en desarrollo los que frecuentemente aducen que los Acuerdos de la OMC constriñen su espacio para la aplicación de políticas de desarrollo. De hecho, en la Decisión de Doha sobre Cuestiones y Preocupaciones relativas a la Aplicación, los Ministros tomaron nota:

(...) de la propuesta de considerar subvenciones no recurribles las medidas aplicadas por los países en desarrollo con miras a lograr objetivos legítimos de desarrollo como el crecimiento regional, la financiación de la investigación y el desarrollo tecnológicos, la diversificación de la producción y el desarrollo y la aplicación de métodos de producción que no perjudiquen al medio ambiente.

19 De hecho, la inclusión de la categoría de subsidios no recurribles para promover la adaptación de instalaciones existentes a nuevas exigencias ambientales fue propuesta por México. Al momento de la negociación de la Ronda Uruguay, México implementaba el TLCAN y la serie de nuevos requisitos ambientales impuestos a la industria mexicana podrían requerir de la asistencia financiera por parte del gobierno mexicano.

20 Ver OMC-Doc. G/SCM/M/22.

y mandataron al grupo de negociación sobre las normas a que considerara esta cuestión. Sin embargo, en las negociaciones no se han recibido propuestas concretas acerca de cuáles serían las subvenciones que podrían integrar una revivida categoría de subvenciones no accionables.

5. TRATO ESPECIAL Y DIFERENCIADO EN FAVOR DE LOS PAÍSES EN DESARROLLO

El Acuerdo SMC, como los demás acuerdos de la OMC, reconoce la necesidad de adaptar las normas a las condiciones particulares de los países en desarrollo que no pueden competir al mismo nivel que los países desarrollados. Las normas sobre trato especial y diferenciado (TED) del Acuerdo se encuentran en el artículo 27 SMC y en su mayoría conciernen a las disciplinas sobre los subsidios que pueden otorgar los países en desarrollo²¹, aunque existen también normas de TED en el área de medidas compensatorias cuando afectan las exportaciones de un país en desarrollo. El TED previsto en el Acuerdo SMC es bastante complejo, ya que modifica las obligaciones de acuerdo con la categoría del país en desarrollo y el tipo de subvención de que se trate. En todo caso, se debe tener en cuenta que las disposiciones sobre TED no afectan la posibilidad de que un subsidio pueda ser sujeto de una medida compensatoria por parte de cualquier miembro.

5.1. CATEGORÍAS DE PAÍSES EN DESARROLLO

El Acuerdo SMC divide a los países en desarrollo en dos categorías: los en desarrollo como tal y los llamados países del Anexo VII. En cuanto a la primera categoría, el Acuerdo SMC sigue el mismo criterio que se utiliza la OMC. Es el principio de autodenominación por medio del cual cada Miembro decide si se considera un país en desarrollo o desarrollado. Es decir que no existe ningún criterio numérico acerca de cuál es o no un país en desarrollo en la OMC.

La segunda categoría está integrada por dos tipos de países: los países menos adelantados (PMA) reconocidos por Naciones Unidas, y los llamados

21 El artículo 29 SMC también contemplaba cierto TED para los países en proceso de transformación a una economía de mercado. En todo caso, los períodos de transición contemplados en esa disposición ya han expirado.

países del Anexo VII b)²². En la Decisión Ministerial de Doha, los ministros decidieron que el Anexo VII b) incluye a los Miembros en él enumerados hasta que su PNB por habitante alcance la cifra de 1.000 dólares constantes de 1990 por tres años consecutivos²³. El Comité SMC actualiza anualmente la lista de los países del Anexo VII b)²⁴. Su última versión incluye: Bolivia, Estado Plurinacional de Camerún, Congo, Costa de Marfil, Ghana, Guyana, Honduras, India, Indonesia, Kenia, Nicaragua, Nigeria, Pakistán, Senegal, Sri Lanka y Zimbabwe. También se decidió en Doha que cualquier miembro excluido del Anexo VII b) puede volver a incluirse si su PNB por habitante desciende nuevamente a un nivel inferior a 1.000 dólares.

5.2. TRATO ESPECIAL Y DIFERENCIADO EN LOS SUBSIDIOS PROHIBIDOS

a. SUBSIDIOS A LA EXPORTACIÓN Y PAÍSES EN DESARROLLO

El artículo 27.2 SMC les otorgaba un período de transición de 8 años a partir de la entrada en vigor del Acuerdo de la OMC durante los cuales no se les aplicaba la prohibición de otorgar subsidios a la exportación. Este período venció a finales del año 2002, haciendo la prohibición obligatoria para los países en desarrollo.

Sin embargo, un grupo de estos obtuvo una extensión de este período para ciertas subvenciones autorizadas por el Comité SMC, en aplicación del artículo 27.4 SMC. Los procedimientos para esta extensión fueron adoptados en noviembre del 2001 en una decisión titulada “Procedimiento para la concesión de las prórrogas previstas en el párrafo 4 del artículo 27 a determinados países en desarrollo Miembros”²⁵. Este proceso de vía rápida permitió a ciertos Miembros obtener una extensión de ciertos programas inicialmente hasta finales de 2007; esto ha sido extendido hasta el 2015, sin necesidad de pasar por el proceso de renovaciones anuales y justificación que

22 OMC-Doc. WT/MIN(01)/17, párr. 10.1.

23 La metodología para realizar este cálculo se encuentra en el apéndice 2 del OMC-Doc. G/SCM/38.

24 La actualización puede encontrarse en el OMC-Doc. G/SCM/110 en su más reciente adenda (OMC-Doc. G/SCM/110/Add.10 para la lista del año 2013).

25 OMC-Doc. G/SCM/39.

contempla el artículo 27.4 SMC. Esta prórroga estaba sujeta a varias condiciones. En primer lugar, habría un proceso de aprobación en el Comité SMC en el cual los Miembros solicitantes tenían que proporcionar información acerca de los programas de subsidios cubiertos y justificar su prórroga. En segundo lugar, el procedimiento se limita a los programas de subvenciones a la exportación existentes en forma de exenciones fiscales y arancelarias. En tercer lugar, solo Miembros con una participación en el comercio mundial de bienes no superior a 0,1% y un ingreso nacional bruto igual o inferior a 20 mil millones de dólares en 2000 serían elegibles. En cuarto lugar, los programas extendidos tendrían que ser un objeto de un ejercicio anual de transparencia en el Comité SMC. Y por último, se impuso un compromiso de *statu quo*, por lo que los programas cubiertos por la extensión no pueden hacerse más favorables de lo que eran en 2001. Bajo este programa, 19 Miembros²⁶ obtuvieron extensiones para 43 distintos programas. Esta prórroga renovada en una subsiguiente decisión del Consejo General, tomada en julio 2007, extendió el plazo hasta finales del año 2015^[27]. En esa misma decisión, los países beneficiarios asumieron el compromiso de no volver a solicitar la prórroga.

b. SUBSIDIOS A LA EXPORTACIÓN Y PAÍSES DEL ANEXO VII SMC

Para estos países no aplica la prohibición de otorgar subsidios a la exportación. Sin embargo, no están completamente exentos de disciplinas. El artículo 27.5 SMC se establece que si un país del Anexo VII alcanza competitividad en las exportaciones de un producto debe eliminar los subsidios a la exportación para el mismo. Por competitividad en las exportaciones se entiende haber alcanzado una participación del 3,25% en el comercio mundial de exportación de un producto, durante dos años consecutivos. Esta competitividad puede ser notificada por el mismo Miembro que considera haberla alcanzado o puede ser declarada a solicitud de otro Miembro luego de un cálculo hecho por la Secretaría. Una vez declarada la competitividad en las

26 Antigua y Barbuda; Belice; Barbados; Costa Rica; Dominica; República Dominicana; El Salvador; Fiyi; Granada; Guatemala; Jamaica; Jordania; Mauricio; Panamá; Papúa Nueva Guinea; St. Kitts y Nevis; St. Lucía; St. Vincent y las Granadinas, y Uruguay.

27 OMC-Doc. WT/L/691.

exportaciones, el Miembro debe eliminar gradualmente sus subsidios en un plazo de ocho años.

En su versión española, el Acuerdo especifica que por “producto” se entiende una partida de la Nomenclatura del Sistema Armonizado de Clasificación de Mercancías²⁸. Igualmente, toda subvención a la exportación otorgada por un país del Anexo VII es considerada recurrible, es decir, puede ser atacada por un miembro bajo el MSD que busque su eliminación, pero se debe demostrar que la misma causa efectos adversos.

C. SUBSIDIOS A LA SUSTITUCIÓN DE IMPORTACIONES

El artículo 27.3 SMC establecía un período de transición para la entrada en vigor de la prohibición de otorgar subsidios a la sustitución de importaciones. Para los países en desarrollo, este período era de 5 años a partir de la entrada en vigor del acuerdo y para los países del Anexo VII, este período era de 8 años. Ambos períodos han caducado y por lo tanto la prohibición de subsidios a la sustitución de importaciones rige para todos los Miembros.

5.3. TED EN SUBSIDIOS RECURRIBLES

Para los países en desarrollo se excluye la posibilidad de atacar sus subvenciones recurribles bajo la causal de perjuicio grave. Es decir, el acuerdo solo permite que los subsidios recurribles de un país en desarrollo Miembro

28 En febrero de 2010, Estados Unidos presentó al Comité SMC una solicitud para que la Secretaría de la OMC calculara si India había alcanzado el nivel de competitividad de las exportaciones en una gran cantidad de productos textiles (OMC-Doc. G/SCM/132). La Secretaría realizó los cálculos y publicó sus resultados (OMC-Doc. G/SCM/132/Add.1 y G/SCM/132/Add.1/Rev.1). En reuniones subsiguientes del Comité SMC, Estados Unidos argumentó que dados los resultados, India había alcanzado competitividad en las exportaciones de esos productos y debía desmontar sus subsidios a la importación. India pidió que antes de tomar cualquier acción se acordara cuál es el alcance de la definición de producto en el artículo 27.6 SMC. En el texto en inglés del acuerdo (artículo 27.6 SMC), señala que por “producto” se entenderá un “*section heading*” de la Nomenclatura del Sistema Armonizado. El problema está en que la Nomenclatura del Sistema Armonizado usa el término “*section*” como un grupo de capítulos, es decir, una designación muy amplia (por ejemplo, la Sección XI - Textiles y Artículos de Textiles) y “*heading*” como una designación de productos a nivel de cuatro dígitos. El tema ha sido discutido repetidamente en el Comité y no se ha logrado un acuerdo. Estados Unidos no ha llevado el tema a un procedimiento de solución de diferencias a pesar de argumentar que aunque se interprete un producto como “sección”, India igualmente habría alcanzado competitividad en las importaciones de textiles y artículos de textiles.

sean cuestionados si causan anulación y menoscabo de concesiones o daño a la industria nacional. Igualmente, de forma expresa el artículo 27.13 SMC excluye de las subvenciones recurribles aquellas que han sido otorgadas por un país en desarrollo en el marco de un programa de privatización, a condición de que estas sean limitadas en el tiempo y hayan sido notificadas al Comité SMC.

6. MEDIDAS COMPENSATORIAS

6.1. PRINCIPIOS GENERALES

Como ya se ha visto, el Acuerdo SMC contiene un sistema de dos vías. Una de las maneras en las que un miembro puede reaccionar frente a importaciones subvencionadas, que causan un daño a su industria doméstica, es mediante la imposición de una medida compensatoria. El artículo VI GATT y la nota 36 del Acuerdo SMC definen un derecho compensatorio de la siguiente manera:

Un derecho especial percibido para neutralizar cualquier subvención concedida directa o indirectamente a la fabricación, producción o exportación de cualquier mercancía.

La imposición de una medida compensatoria se considera como una acción unilateral en el sentido de que no es necesario recurrir a la OMC. La medida compensatoria es impuesta por las autoridades nacionales del Miembro luego de haber realizado una investigación en la cual se constate la existencia de importaciones subsidiadas que causan un daño a la industria doméstica. Como en el caso de las medidas *antidumping*, un Miembro no puede imponer una medida compensatoria si no determina la existencia de tres factores:

1. Importaciones subvencionadas.
2. Daño a una rama de producción nacional.
3. Una relación causal entre las importaciones subvencionadas y el daño.

En muchos aspectos, las medidas compensatorias son muy similares a las medidas *antidumping*. Es por esto que las disposiciones del Acuerdo SMC aplicables a las investigaciones en materia de derechos compensatorios, en especial las disposiciones de procedimiento, son muy similares a las que se detallan en el capítulo sobre *antidumping*. Para evitar la repetición, en este

capítulo nos centraremos en los puntos que se refieren específicamente a las medidas compensatorias.

Una de las diferencias conceptuales entre las medidas *antidumping* y compensatorias es que en las primeras se trata de contrarrestar una práctica privada: el *dumping*. Las segundas tienen como objetivo neutralizar una práctica gubernamental: los subsidios. Esta diferencia influye en los procedimientos para imponer la medida.

Las medidas compensatorias son más complejas en su utilización por cuanto no existe una única metodología para el cálculo del monto de la subvención, el que se utiliza para determinar el nivel del derecho compensatorio. La metodología varía de acuerdo al tipo de subsidio. El monto total de subvención *ad valorem* tiende a ser inferior a los niveles *ad valorem* de *dumping* resultando en derechos compensatorios menores a los derechos *antidumping*. De hecho, los efectos de las subvenciones a la exportación se reconocen en el artículo VII:5 GATT que prohíbe la imposición simultánea de medidas *antidumping* y compensatorias para contrarrestar por partida doble el subsidio a la exportación y el efecto del mismo en el precio de exportación que resulte en *dumping*. Quizás por estas razones se observa que la utilización de medidas compensatorias es bastante menor que las medidas *antidumping*.

Para la imposición de medidas compensatorias, las autoridades investigadoras tendrán que recabar información detallada sobre las supuestas subvenciones para determinar si efectivamente estas medidas constituyen una contribución financiera de un gobierno o un organismo público, si confieren un beneficio y si son específicas. Si se cumplen estas condiciones, las autoridades tendrán que determinar hasta qué punto se pueden atribuir las subvenciones al producto particular objeto de la investigación. Para ello tendrán que calcular la cuantía total de la subvención y asignar o repartir esa cuantía a todos los productos a los que otorga un beneficio, de modo que solo la cuantía atribuible al producto investigado sea tomada en cuenta en la investigación.

6.2. CÁLCULO DEL MONTO DE LA SUBVENCIÓN

Una de las cuestiones más sorprendentes acerca del Acuerdo SMC es la falta de detalle acerca de uno de los elementos más importantes y complejos en las medidas compensatorias, como lo es el cálculo del monto de la subvención. El Acuerdo SMC prácticamente deja a cada Miembro la potestad de decidir

la mejor manera de arribar al monto de la subvención. Sin embargo, en el artículo 19.4 SMC se prohíbe la percepción de un derecho compensatorio

(...) que sea superior a la subvención que se haya concluido existe, calculada por unidad del producto subvencionado y exportado.

El cálculo del monto del subsidio a efectos de la imposición de medidas compensatorias es bastante complicado. En gran parte, esta dificultad se debe a que la mayoría de las subvenciones son concedidas a empresas para una variedad de objetivos, no directamente ligados a productos específicos. Muchas o la mayoría de las subvenciones son no recurrentes, esporádicas y discontinuadas. Sin embargo, estos pagos no recurrentes deben ser traducidos en montos de la subvención por unidad o *ad valorem*, para determinadas unidades del producto importado, en un momento determinado del tiempo.

El cálculo del monto total del subsidio debe ser hecho para cada programa o subsidio recibido por la empresa. Igualmente debe examinarse para cada programa si el mismo fue vinculado a un producto o mercado en particular, lo cual afectará el monto a asignar a las ventas totales del producto bajo investigación. Además se debe examinar la posibilidad de que los efectos del subsidio persistan en el tiempo, lo cual incidirá en el monto total del subsidio a calcular para el período de investigación.

A pesar de las dificultades comentadas, los únicos lineamientos que ofrece el Acuerdo SMC para calcular el monto de la subvención se encuentran en el artículo 14 SMC, que además de no ser perfecto, su objetivo original no es delinear un sistema de cálculo de monto de la subvención sino proteger de cuestionamientos a algunas prácticas desarrolladas por Estados Unidos. En efecto, el artículo 14 SMC solo es aplicable en los casos en que un miembro calcule el monto de la subvención “en función del beneficio obtenido por el receptor”. Esta es la metodología que había desarrollado el Departamento de Comercio de Estados Unidos, previo a la negociación del Acuerdo SMC y contrasta con la metodología propugnada por la Unión Europea durante las negociaciones de la Ronda Uruguay, que calculaba el monto en función al costo para el gobierno de otorgar la subvención.

Así, el artículo 14 SMC impone que, en el caso en que el Miembro decida calcular el monto de la subvención sobre la base del beneficio al receptor, debe especificarlo como tal en su normativa, aplicarlo de manera transparente y explicarlo de forma adecuada. El artículo 14 SMC ofrece también

una serie de directrices que si bien son útiles, no son completas, ya que: (i) cubren solo el establecimiento del monto del beneficio para un número limitado de tipos de subsidios y (ii) no dicen nada acerca de cómo se debe asignar este beneficio al producto objeto de investigación para el período de investigación.

El artículo 14 SMC también establece claramente el principio del mercado como punto de comparación para determinar y medir el beneficio. Es así como el artículo 14 SMC aclara dicho punto de referencia para los siguientes tipos de subsidios:

a) Aportación de capital por el gobierno. Comparar con “práctica habitual en materia de inversiones” de los inversores privados. Sólo puede considerarse que existe un beneficio si la inversión por parte del gobierno es incompatible con esta “práctica habitual en materia de inversiones”.

b) Préstamo del gobierno. Cotejar con la cantidad pagada por un préstamo comercial comparable. Sólo existe un beneficio si hay una diferencia entre la cantidad que la empresa paga por el préstamo del gobierno y la cantidad que esa empresa pagaría por un préstamo comercial similar.

c) Garantía crediticia facilitada por el gobierno. Confrontar con la cantidad pagada por un préstamo comercial comparable sin la garantía del gobierno. Sólo existe un beneficio si hay una diferencia entre la cantidad que la empresa paga por un préstamo garantizado por el gobierno y la cantidad que esa empresa pagaría por un préstamo comercial comparable sin la garantía del gobierno.

d) Suministro de bienes o servicios por el gobierno; o compra de bienes. Comparar con los precios de mercado para los bienes/servicios en el país de suministro o de compra. Sólo existe un beneficio si la cantidad pagada por la empresa por el bien o servicio es inferior a la adecuada, o si la cantidad recibida por el bien suministrado es superior a la adecuada.

Como vemos, el acuerdo no contempla directrices sobre el cálculo del beneficio para varios otros tipos de subvenciones, ni siquiera para aquellas de uso común como los seguros a las exportaciones, exenciones de impuestos indirectos o de derechos de importación sobre insumos utilizados en el producto exportado. El acuerdo tampoco dice nada acerca de cómo tratar los subsidios otorgados “aguas arriba”, es decir, aquellos que pueden haber sido dados a empresas productoras de insumos del producto relacionadas con la empresa productora del producto bajo investigación.

Otra cuestión sobre la cual el Acuerdo SCM es completamente mudo es la llamada persistencia de los beneficios de la subvención en el tiempo. La mayoría de las autoridades investigadoras activas en la imposición de medidas compensatorias consideran que los beneficios de ciertas subvenciones –particularmente aquellas que no son recurrentes y por montos importantes– pueden continuar más allá del período en el cual fueron recibidas, particularmente si las subvenciones fueron utilizadas o liberaron fondos para comprar activos fijos y de producción. El problema consiste en cómo asignar dicho beneficio al período de investigación que por lo general es de un año. Una manera de hacer esto es repartir el monto del subsidio sobre la vida útil de los activos de producción de la empresa. De igual manera, en el caso de préstamos a largo plazo, se reparten los beneficios a lo largo de la vida del préstamo. Por el contrario, si una subvención es recurrente, es decir que ocurre con cierta predictibilidad, cada cierto tiempo o cada año, las mismas pueden considerarse como totalmente utilizadas en el año en que fueron recibidas y su beneficio asignado por completo al período de investigación.

Una vez determinado el monto del beneficio obtenido por el receptor asignado al período de investigación, se debe calcular el monto del subsidio *ad valorem* para el producto objeto de investigación, el que formará la base del derecho compensatorio. Para lograr esto, se debe realizar una operación de división en la que el numerador es la cuantía del beneficio asignado al período objeto de investigación y el denominador varía de acuerdo con el tipo de subvención. En el caso de subvenciones internas o a la producción, el denominador es el valor de venta de todos los productos correspondientes al período objeto de investigación. En el caso de subvenciones a la exportación, el denominador es el valor de venta de los productos exportados correspondientes al período objeto de investigación. Por último, en el caso de subvenciones vinculadas a un mercado, productos o productor, el denominador es el valor de venta del mercado, productos o productor correspondiente al período objeto de investigación.

6.3. DAÑO Y CAUSALIDAD

El establecimiento de la existencia de daño a la industria doméstica y de la relación de causalidad entre el daño y las importaciones subsidiadas son los dos otros requisitos necesarios para la imposición de medidas compensatorias. Ambos conceptos ya fueron examinados en detalle en el capítulo

correspondiente al Acuerdo *antidumping*²⁹. Dado que no existen diferencias mayores entre el tratamiento del daño y la causalidad en materia de medidas *antidumping* y en materia de medidas compensatorias, no se examinarán estos conceptos en este capítulo.

6.4. NORMAS DE PROCEDIMIENTO

Como se ha indicado, las normas de procedimiento del Acuerdo SMC concernientes a las investigaciones en materia de derechos compensatorios y la aplicación de medidas son muy similares a las contenidas en el Acuerdo *antidumping*. Ambos acuerdos contienen normas acerca de las etapas y derechos en la investigación, tales como inicio de la investigación (legitimización, iniciación ex officio, pruebas suficientes), notificaciones, cuestionarios, protección de información confidencial, verificación, uso de la mejor información disponible, divulgación de hechos esenciales, publicación de las determinaciones, imposición de las medidas provisionales y definitivas, duración de la medida y revisiones.

Gran parte de las diferencias entre las medidas *antidumping* y las compensatorias se dan debido a la mayor participación del gobierno exportador en cada una de las etapas. Las principales diferencias son las siguientes:

a. CONSULTAS Y OTROS DERECHOS PROCESALES DEL GOBIERNO EXPORTADOR

El Acuerdo SCM establece que una vez admitida una solicitud, lo antes posible y en todo caso antes de la iniciación de una investigación, se debe invitar a los Miembros cuyos productos sean objeto de dicha investigación a celebrar consultas con objeto de dilucidar la situación y llegar a una solución mutuamente convenida. Además, el gobierno exportador debe recibir copia de la solicitud, puede recibir cuestionarios, puede presentar escritos, tiene acceso al expediente, puede solicitar tratamiento confidencial de información y participar en la divulgación de hechos esenciales.

29 Ver Capítulo 12.

b. SUBVENCIONES *AD VALOREM*, VOLÚMENES INSIGNIFICANTES DE LAS IMPORTACIONES

El Acuerdo SMC establece sus propios niveles para las subvenciones *ad valorem* y volúmenes insignificantes de las importaciones. Si aquellos no son alcanzados, se debe poner fin a la investigación sin la imposición de medidas. Subvenciones *ad valorem* son aquellas cuyo monto total es inferior a 1% *ad valorem*. Curiosamente, el Acuerdo SMC no contiene un nivel de aplicación general para las importaciones insignificantes, por lo tanto cada Miembro podrá establecer su propio nivel en su legislación. Para los países en desarrollo se establecen umbrales distintos que examinaremos en la sección sobre TED en medias compensatorias.

c. COMPROMISOS

Además de los compromisos sobre los precios que se pueden acordar con las empresas exportadoras, previstos en el Acuerdo *Antidumping*, bajo el Acuerdo SMC se pueden acordar compromisos con el gobierno exportador en los cuales este se compromete a eliminar o limitar la subvención o adoptar otras medidas respecto de sus efectos.

d. OTROS

El Acuerdo SMC no contiene normas específicas sobre cuestiones como la utilización de muestras de exportadores, sistemas de recaudación de derechos o tipos individuales. A diferencia del Acuerdo *Antidumping*, tampoco contiene un anexo en el que se establezcan normas detalladas sobre la utilización de los hechos de que se tenga conocimiento, si bien esto está permitido en las mismas circunstancias que en el caso de las medidas *antidumping*.

6.5. NORMAS SOBRE TED EN MATERIA DE DERECHOS COMPENSATORIOS

El Acuerdo SMC solo contempla el TED en situaciones en que los países en desarrollo se ven afectados por la imposición de la medida al modificar los niveles de subvención *ad valorem* y volúmenes insignificantes de las exportaciones. Es así como para los países en desarrollo el nivel de subvención

es de 2% *ad valorem* y las importaciones insignificantes se definen como importaciones inferiores al 4% del total de las importaciones o 9% acumulativo para aquellos países por debajo del 4%.

III. EL FUTURO DEL ACUERDO SMC Y LAS NEGOCIACIONES DE LA RONDA DE DOHA

El futuro del Acuerdo SMC dependerá de dos instancias: su interpretación en el marco del mecanismo de solución de diferencias y su posible mejoramiento en el marco de las negociaciones de la Ronda de Doha. En cuanto a la primera instancia, ya hemos visto como varios paneles y el OA han interpretado las normas en los diferendos ventilados en la OMC. El Acuerdo SMC es, junto con el Acuerdo *Antidumping*, uno de los acuerdos que más disputas han generado. En efecto, sus disposiciones han sido invocadas en un 21% de las solicitudes de consultas que se han recibido en la OMC. Las disputas en el área de subsidios han resultado en varias de las reclamaciones más complejas tratadas en la OMC, como los casos del algodón, Airbus y Boeing. Es de esperar que el Acuerdo SMC siga siendo un área muy fértil de disputas en la OMC, y que cada vez más sus normas sean interpretadas y aclaradas por los paneles y el OA.

En cuanto a las negociaciones, el Acuerdo SMC forma parte de uno de los acuerdos de la Ronda Uruguay que han sido reabiertos a negociación en la Ronda de Doha. El mandato para estas negociaciones se encuentra en el párrafo 28 de la Declaración Ministerial de Doha, en el que se establece el objetivo de “aclarar y mejorar” las disciplinas previstas en el Acuerdo SMC, y también en el Acuerdo *Antidumping*. Al mismo tiempo se exhorta a los negociadores a

(...) “preservar los conceptos y principios básicos y la eficacia de estos Acuerdos y sus instrumentos y objetivos” y a tener “en cuenta las necesidades de los participantes en desarrollo y menos adelantados”.

Las negociaciones sobre subsidios y medidas compensatorias se han llevado a cabo en el Grupo de Negociación de Normas, que también lleva los temas de *antidumping*, subsidios a la pesca y acuerdos comerciales regionales. De estas, el tópico subsidios y medidas compensatorias es el que ha recibido menor atención.

Desde el principio de las negociaciones, gran parte de las propuestas que se han hecho reflejan temas que fueron objeto de controversias en las que algunas de las partes no quedó satisfecha con la interpretación hecha de las normas existentes. Es así que, por ejemplo, las propuestas presentadas por Brasil se han enfocado en los programas de financiamiento de las exportaciones y algunas de las propuestas de Canadá en la transferencia del subsidio dado a los insumos. Esto ha hecho que las negociaciones en este tema sean particularmente difíciles y con un enfoque más bien estrecho.

En la actualidad, las negociaciones en el área de normas de la Ronda de Doha se encuentran paralizadas desde principios del 2011. El último documento que recoge el avance hecho en las negociaciones data de diciembre 2008 hay nuevos proyectos de textos refundidos del Acuerdo *Antidumping* y el Acuerdo SMC presentados por el Presidente del Grupo de Negociación³⁰. En el texto correspondiente al Acuerdo SMC se reflejan propuestas en los siguientes puntos: definición del beneficio, especificidad en el suministro de bienes y servicios a precios regulados, alcance de la Lista ilustrativa de Subsidios a la Exportación, cálculo del beneficio en el suministro de bienes y servicios a precios regulados, transferencia de las subvenciones a los insumos, asignación de los beneficios a períodos determinados, y créditos a la exportación. Sin embargo, varios otros temas que fueron objeto de propuestas no han quedado reflejados, por ejemplo dualidad de precios, restablecimiento de la presunción de perjuicio grave, restablecimiento de las subvenciones no recurribles, espacio para políticas de desarrollo e insumos consumidos en la elaboración del producto para efectos de programas de reintegro de aranceles. Asimismo, las propuestas sobre cuestiones de procedimientos en las investigaciones para la imposición de derechos *antidumping* y compensatorios se han hecho en el área de *antidumping* y los Miembros están conscientes de que se deberá en algún momento realizar un ejercicio de trasposición de los cambios que se hagan en los procedimientos *antidumping* al área de compensatorios.

Luego de la Conferencia Ministerial de Bali se lanzó un proceso para la elaboración de un programa de trabajo claramente definido sobre las cuestiones restantes de la Ronda de Doha. En el contexto de este proceso, el Presidente del Grupo de Negociación de Normas ha sostenido consultas

30 OMC-Doc. TN/RL/W/236.

con los Miembros acerca de cómo los temas de normas encajan en el trabajo post-Bali. Estas consultas no han sido concluyentes hasta ahora con los Miembros, que han expresado muy distintos puntos de vista. Para algunos, los temas de normas son una parte esencial a la conclusión de la Ronda de Doha. Otros Miembros señalaron la importancia de enfocarse en las áreas donde es posible alcanzar resultados, considerando que la posibilidad de avances en los temas de normas es limitada. Igualmente, existen opiniones encontradas acerca de si los temas de normas pueden ser divididos y acordados de manera individual o si, por el contrario, forman parte de un todo indivisible. El futuro de las negociaciones en materia de subsidios y medidas compensatorias permanece incierto. Si bien es innegable que el Acuerdo SCM puede ser objeto de mejorías y que el desarrollo de la jurisprudencia bajo el mecanismo de solución de diferencias, y la evolución del tema debido a desarrollos internos e internacionales han suscitado inquietudes en los Miembros de que las normas del Acuerdo no reflejan realidades actuales. Estas inquietudes solo pueden ser despejadas si la función legislativa de la OMC se mantiene al paso de su función judicial, cosa que no ha sucedido hasta ahora. Pero este no es un problema que es exclusivo al Acuerdo SMC.

CAPÍTULO 18

Salvaguardias

ALUISIO DE LIMA-CAMPOS

I. HISTORIA DE LAS SALVAGUARDIAS

La historia de las normas multilaterales sobre salvaguardias se remonta a un acuerdo bilateral: el tratado de comercio recíproco entre EE.UU. y México de 1943, el cual incluyó una cláusula de escape que, bajo ciertas circunstancias, permitía a las industrias domésticas solicitar protección contra determinadas importaciones. Vale decir, era el incremento temporal de los aranceles o derechos de importación para hacer frente al aumento de las importaciones.

Cuatro años después, el presidente de EE.UU. emitió una orden ejecutiva mediante la cual requería que todos los acuerdos comerciales incluyeran una cláusula de escape similar. Esta exigencia de EE.UU. fue uno de los motivos para contener una norma sobre salvaguardias en el GATT 1947. Además, esta norma se consideró adecuada por razones económicas y políticas. Como razón económica se esgrimió que salvaguardias son una válvula de seguridad (por eso se les llama cláusulas de escape)¹ que podría facilitar a las empresas afectadas por el incremento de la competencia extranjera la transición hacia el libre comercio. Sin salvaguardias, es factible que estas empresas, y sus empleados, asuman una proporción importante de los costos requeridos para que los países obtengan los beneficios del comercio internacional. Políticamente, la existencia de un artículo sobre salvaguardias en el GATT 1947 facilitó que las Partes Contratantes aprobaran estas normas multilaterales y evitó, en los años posteriores, un regreso a prácticas proteccionistas.

La norma sobre salvaguardias en el GATT 1947 es el artículo XIX GATT, que permite a las Partes Contratantes suspender temporalmente sus obligaciones o concesiones (subir los aranceles comprometidos en el GATT), cuando se presenta un incremento significativo en las cantidades importadas de un determinado producto generando un daño grave o amenaza del mismo a los productores domésticos del mismo producto o similares.

Si bien el artículo XIX GATT fue un logro importante para su época, esta norma tenía al menos dos problemas; de una parte, el texto legal es excesivamente ambiguo, lo que dificultó la certeza y uniformidad requerida por el comercio internacional; de otro lado, la imposición de salvaguardias no

1 Las salvaguardias no son las únicas cláusulas de escape en el GATT. Otros ejemplos de cláusulas de escape son el artículo XII GATT, que permite controles a las importaciones con ocasión de problemas de balanza de pagos, y el artículo XVIII GATT, que autoriza a los PMA restricciones al comercio internacional bajo ciertas condiciones.

solo implicaba otorgar concesiones económicas a los países perjudicados con tales medidas sino que podía tener efectos nocivos en materia de relaciones internacionales. Con el fin de evitar el pago de estas concesiones económicas, las Partes Contratantes preferían recurrir a las denominadas medidas de área gris, que protegían a las industrias domésticas mediante restricciones al comercio internacional con el consentimiento, implícito o explícito, de los países afectados. Por ejemplo, restricciones voluntarias de exportaciones, por medio de las cuales varios países, simultáneamente, reducían sus ventas al exterior. Si bien estas medidas tenían la ventaja de poder adoptarse selectivamente sin asumir los costos políticos de las salvaguardias, protegían industrias ineficientes e implicaban un retroceso hacia el proteccionismo, con relación a los avances logrados en el GATT 1947.

Las negociaciones durante la Ronda Tokio (1973-1979) intentaron solucionar las falencias del artículo XIX GATT. Sin embargo, algunas desavenencias, principalmente en relación con la selectividad en la aplicación de las salvaguardias², impidieron que este objetivo se lograra. En efecto, las CEE (hoy UE) y EE.UU. consideraban que una aplicación no selectiva del artículo XIX GATT incentivaría el uso de las medidas de área gris. En sentido contrario, algunos países en vías de desarrollo, que se veían como posibles objetivos de futuras salvaguardias selectivas, consideraban preferible una aplicación general, bajo el principio de Nación Más Favorecida³. Ante la imposibilidad de llegar a un compromiso, la Ronda Tokio culminó sin acuerdo alguno tanto en materia de salvaguardias como de medidas de área gris.

Las discrepancias existentes durante la Ronda Tokio se solucionaron durante la Ronda de Uruguay (1986-1994), en la cual se aprobó el Acuerdo sobre Salvaguardias. Este acuerdo fue una solución de transacción por medio de la cual, si bien las salvaguardias se deben adoptar en forma general⁴, conforme al principio de Nación Más Favorecida, se consagran ciertas excepciones⁵. Otro aspecto relevante del Acuerdo sobre Salvaguardias (artículo 8.3) fue la determinación de que el país que impone una salvaguardia no está obligado a otorgar concesiones durante los primeros tres años de su

2 También hubo discrepancias en otros temas, como: (i) las reglas sobre notificaciones, consultas y compensaciones, y (ii) el tratamiento preferencial para países en vías de desarrollo. Ver WOLFRUM, STOLL y KOEBELE, *WTO – Trade Remedies*, 2008, p. 255.

3 Ver WOLFRUM, en: WOLFRUM, STOLL y KOEBELE (ed.), *WTO – Trade Remedies*, 2008, p. 320.

4 Ver artículo 4 (c) SG.

5 Ver artículos 5.2 (b) y 9.1 SG.

vigencia. En los artículos 11.1 y 11.2 SG se dispuso que los Miembros de la OMC debieran eliminar todas las medidas de área gris a más tardar el 31 de diciembre de 1999.

La finalización de la Ronda Uruguay implicó la última reforma, hasta hoy, de las normas multilaterales sobre salvaguardias. Futuras reformas deberán adaptar estas medidas a la realidad actual del comercio internacional, la cual es muy diferente a la existente al término de la Ronda Uruguay. Sin embargo, sorprendentemente, el tema de salvaguardias no fue incluido en la agenda de la Ronda Doha⁶.

II. LAS NORMAS MULTILATERALES SOBRE SALVAGUARDIAS

I. ARTÍCULO XIX GATT - MEDIDAS DE URGENCIA SOBRE LA IMPORTACIÓN DE PRODUCTOS DETERMINADOS

El texto del actual artículo XIX GATT es idéntico al adoptado en 1947. Cerca de 150 salvaguardias⁷ fueron impuestas con base en esta norma entre 1947 y 1994, pero la aplicación de medidas de área gris evidenció la necesidad de complementar el artículo XIX GATT con un acuerdo sobre salvaguardias que permitiese aplicar este tipo de medidas con mayor certeza y claridad. Este acuerdo fue aprobado en la Ronda Uruguay.

2. EL ACUERDO SOBRE SALVAGUARDIAS (SG)

2.1. EL PREÁMBULO

En el preámbulo del SG, los Miembros de la OMC reconocen la necesidad de aclarar y reforzar las disciplinas del GATT 1994, y concretamente las de su artículo XIX GATT, aunque el SG también incluye nuevas reglas, como restablecer el control multilateral sobre las salvaguardias, para lo cual se prohíben las medidas de área gris. Promueve el reajuste estructural para que no limite la competencia, por lo cual se establece que las salvaguardias son medidas

6 Ver Declaración de Doha del 14 de noviembre de 2001.

7 Ver VAN DEN BOSSCHE, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, 2^a. ed., 2008, p. 635.

temporales aplicables solo en el grado necesario para facilitar el ajuste de una determinada rama de producción nacional. Finalmente, establece un acuerdo global sobre salvaguardias, con el fin de evitar los problemas que había generado el denominado *GATT a la carte*.

2.2. DISPOSICIONES GENERALES

El artículo 1 SG establece las normas para la aplicación de las salvaguardias, entendiéndose por estas las medidas previstas en el artículo XIX GATT. El artículo 1 SG hace referencia al artículo XIX GATT para la definición de salvaguardias, pero no para la determinación de sus requisitos. Por lo tanto, surge un interrogante: ¿el SG sustituye al artículo XIX GATT o, por el contrario, se limita a complementar esta norma?

El primer caso en el que se analizó esta interrogante fue *Argentina – Calzado (CE)*. La disputa versó sobre una salvaguardia impuesta por Argentina a la importación de calzados. El principal exportador de este producto era China, país que en el año en que la medida fue impuesta (1997) no era aún miembro de la OMC. Sin embargo, la salvaguardia también afectaba a grandes compañías productoras de calzado con domicilio en países Miembros de la OMC, como EE.UU. y las CE. Estas últimas, como demandantes, alegaron que la salvaguardia no cumplía ni con el SG ni con el artículo XIX GATT. El Órgano de Apelaciones confirmó que la salvaguardia sobre importaciones de zapatos no se ajustaba al SG, pero revocó la conclusión del Grupo Especial según la cual el artículo XIX GATT no se tiene en cuenta al determinar si una salvaguardia cumple con las normas de la OMC. En tal sentido, el Órgano de Apelaciones afirmó que la intención de los negociadores de la Ronda Uruguay no fue reemplazar enteramente el artículo XIX GATT, sino que se aplicaran en forma complementaria⁸.

La relación jurídica entre el artículo XIX GATT y el SG también fue analizada en *Corea – Productos lácteos*. En este caso, la UE sostuvo que una salvaguardia impuesta por Corea del Sur sobre la importación de determinados derivados lácteos estaba en contradicción con los artículo XIX GATT y 2, 4, 5 y 12 SG. El resultado fue que, además de determinarse que la salvaguardia

8 Ver *Argentina – Calzado (CE)*, OA, WT/DS121/AB/R, párr. 89.

violaba las normas de la OMC, el Órgano de Apelaciones recordó que el artículo XIX GATT continúa vigente en su integridad⁹.

Corea del Sur también había argumentado la falta de un interés económico en el proceso y que la UE había solicitado la conformación de un Grupo Especial únicamente para obtener un reporte que sirviera como precedente en materia de salvaguardias. El Grupo Especial desestimó este argumento al recordar que el OSD no exige que las partes tengan un interés económico¹⁰.

En los dos casos mencionados, el Órgano de Apelaciones consideró que el SG no sustituye sino que complementa el artículo XIX GATT debido a los siguientes argumentos¹¹: primero, el artículo XIX GATT es parte del Anexo IA del Acuerdo de la OMC, que fue aprobado simultáneamente con el SG en 1994; segundo, el preámbulo del SG reconoce la necesidad de aclarar y reforzar las disciplinas del artículo XIX GATT; tercero, todos los acuerdos de la OMC constituyen un único texto jurídico cuyas normas no se organizan jerárquicamente. Como consecuencia, cualquier salvaguardia adoptada después de la entrada en vigencia del SG debe cumplir no solo con las condiciones exigidas por este acuerdo sino también con los requisitos establecidos por el artículo XIX GATT¹².

2.3. CONDICIONES

El primer párrafo de esta norma (artículo 2.1 SG) establece tres condiciones para adoptar una salvaguardia, las cuales se explican a continuación junto con un cuarto requisito exigido por el artículo XIX GATT:

- a. Que el producto sea importado en cantidades adicionales (en forma absoluta o en relación con la producción nacional)¹³ a las existentes en el pasado reciente. No basta con cualquier incremento en las importaciones. Se requiere un aumento

9 Ver *Corea – Productos lácteos*, OA, WT/DS98/AB/R, párr. 74.

10 Ver *Corea – Productos lácteos*, GE, WT/DS98/R, párr. 7.13 ss.

11 Ver *Argentina – Calzado (CE)*, OA, WT/DS121/AB/R, párr. 83 ss.

12 Ver *Corea – Productos lácteos*, OA, WT/DS98/AB/R, párr. 77.

13 Por ejemplo, existe un incremento absoluto cuando las importaciones del producto X pasaron de 200 a 900 toneladas en el último mes. A su vez, un incremento relativo se presenta cuando las importaciones del producto X se mantuvieron en 200 toneladas pero su participación el mercado interno creció del diez al veinte por ciento debido a una disminución de la producción doméstica.

significativo, que sea lo suficientemente reciente, repentino, abrupto y significativo, tanto cualitativa como cuantitativamente¹⁴.

b. Que exista un daño grave o por lo menos una amenaza del mismo a la rama de la producción nacional que fabrica bienes similares o directamente competitivos al producto que está siendo importado en cantidades adicionales. El artículo 4 SG define los conceptos de daño grave, de su amenaza, y rama de producción nacional.

c. Que exista una relación de causalidad entre la importación de un producto en cantidades adicionales y la existencia de un daño grave o de su amenaza.

d. De conformidad con el artículo XIX GATT, se requiere que:¹⁵

(i) El país que impone la salvaguardia haya incurrido en obligaciones o concesiones arancelarias consagradas en el GATT 1994.

(ii) Existan circunstancias imprevistas, los cuales son situaciones que ocurren después de que un país ha incurrido en obligaciones o concesiones arancelarias, y que no era razonable esperar que los negociadores de dicho país hubieran tenido en cuenta cuando tales concesiones u obligaciones se otorgaron¹⁶.

(iii) Exista una relación lógica entre las circunstancias imprevistas (causa) y el incremento en las importaciones (consecuencia).

Por su parte, la nota de pie de página del artículo 2.1 SG establece que las Uniones Aduaneras tienen la opción de aplicar una salvaguardia ya sea como unidad (p.ej., la UE) o a nombre de uno de sus países Miembros (p.ej., MERCOSUR a nombre de Uruguay). En el primer caso, los requisitos del artículo 2.1 SG deben cumplirse para toda la Unión Aduanera. En el segundo caso, los requisitos solo deben ser cumplidos por el miembro de una Unión Aduanera que la aplica¹⁷.

De otro lado, el artículo 2.2 SG consagra el principio de no selectividad o de Nación Más Favorecida, al establecer que las salvaguardias se aplican a los productos importados sin importar su fuente. De no existir esta nor-

14 Ver *Argentina – Calzado (CE)*, OA, WT/DS121/AB/R, párr. 131.

15 Ver *Argentina – Calzado (CE)*, OA, WT/DS121/AB/R, párr. 84; *Corea – Productos lácteos*, OA, WT/DS98/AB/R, párr. 91.

16 Ver *Estados Unidos – Fur Felt Hats*, GATT/CP/106, párr. 9.

17 Ver *Argentina – Calzado (CE)*, OA, WT/DS121/AB/R, párr. 108.

ma, las salvaguardias penalizarían a los productores eficientes al poder ser impuestas únicamente contra los países exportadores en los cuales existan tecnologías de punta y significativas economías de escala.

Existen algunas excepciones al principio de no selectividad: en primer lugar, cuando una salvaguardia adopta la forma de cuotas, estas no tienen que ser iguales para todos los países exportadores¹⁸; segundo, las salvaguardias no son aplicables, en algunos casos, a países en desarrollo¹⁹. Finalmente, el artículo XXIV GATT pareciera permitir que el país que adopta una salvaguardia excluya de su aplicación a los países con los cuales ha celebrado un tratado de comercio preferencial.

Sin perjuicio de la posibilidad de que una salvaguardia excluya de su aplicación a los Miembros de una zona de comercio preferencial, téngase en cuenta que el Órgano de Apelaciones, en *Argentina – Calzado (CE)*, consideró contradictorio que el país austral excluyera a los demás Miembros de MERCOSUR de la aplicación de una salvaguardia, a pesar de haber tenido en cuenta las importaciones provenientes de dichos países durante la respectiva investigación²⁰. En *Estados Unidos – Gluten de trigo* la conclusión fue similar, al afirmarse que EE.UU. había violado el artículo 2.1 SG al excluir las importaciones provenientes de Canadá (país que al igual que EE.UU. es miembro del TLCAN), a pesar de que las mismas habían sido consideradas para la determinación de daño grave²¹. Es decir, en virtud del denominado requisito de paralelismo, las fuentes de las importaciones analizadas durante una investigación deben ser idénticas a los países a los cuales se aplica una salvaguardia.

2.4. INVESTIGACIÓN

El artículo 3.1 SG establece que una salvaguardia solo puede ser aplicada luego de que las autoridades competentes del respectivo Miembro de la OMC hayan adelantado una investigación que cumpla con los requisitos de transparencia señalados por el artículo X GATT. Por su parte, y según el ar-

18 Ver artículo 5.2 SG.

19 Ver artículo 9.1 SG.

20 Ver *Argentina – Calzado (CE)*, OA, WT/DS121/AB/R, párr. 114.

21 Ver *Estados Unidos – Gluten de trigo*, OA, WT/DS166/AB/R, párr. 99. En este caso, el Órgano de Apelación declinó analizar la posibilidad de que un miembro de un área de comercio preferencial pueda excluir de la aplicación de una salvaguardia a los demás países de tal área.

título 3.2 SG, la información suministrada durante una investigación sobre salvaguardias puede permanecer confidencial si existe una justificación para ello; por ejemplo, si la información es un secreto industrial. En términos generales, puede afirmarse que el artículo 3 SG, así como las otras normas de este acuerdo, hacen pocas referencias a las protecciones de naturaleza procesal en materia de salvaguardias.

2.5. DETERMINACIÓN DE LA EXISTENCIA DE DAÑO GRAVE O AMENAZA DE DAÑO GRAVE

El artículo 4 define del siguiente modo las nociones de daño grave, amenaza de daño grave, y rama de producción nacional (artículo 4.1SG), y establece los requisitos de las investigaciones (artículo 4.2 SG):

a. DAÑO GRAVE

Es un menoscabo general significativo de la situación de una rama de producción nacional, el cual debe haber sido causado por importaciones recientes. El adjetivo *grave* implica un alto estándar del daño, que se justifica debido a que las salvaguardias son medidas de emergencia que no involucran prácticas desleales de comercio y que, por lo tanto, requieren un nivel más alto que el exigido en el AD²² y en el SMC²³, en los cuales basta que el daño sea importante²⁴.

b. AMENAZA DE DAÑO GRAVE

Es la clara inminencia del mismo, la cual se evalúa con base en hechos y no en alegaciones, conjeturas o posibilidades remotas. Clara inminencia significa

²² Ver Capítulo 12.

²³ Ver Capítulo 17.

²⁴ La versión oficial en español de los acuerdos AD y SMC utiliza el adjetivo *importante* como calificativo del daño causado por las importaciones. Sin embargo, *daño importante* no es un equivalente exacto de la expresión *material injury* utilizada en la versión oficial en inglés de los acuerdos AD y SMC. Se recuerda que inglés, español y francés son los textos legales oficiales de la OMC. En relación con las discrepancias lingüísticas en las diferentes versiones auténticas de los textos legales de la OMC, ver Condon, *Language Discrepancies in WTO Law*, 17 de marzo de 2011. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1789191>.

que el daño grave está a punto de materializarse en el futuro cercano²⁵. En este sentido, la amenaza debe provenir de un incremento real de las importaciones y no simplemente de una posibilidad de alza de las mismas. Esto último sería una conjetura o posibilidad remota²⁶.

C. RAMA DE PRODUCCIÓN NACIONAL

Es la totalidad o una proporción importante de los fabricantes domésticos de bienes similares o directamente competitivos del producto que está siendo importado en cantidades adicionales²⁷. Por la naturaleza excepcional de las salvaguardias, el concepto de producto similar se interpreta restrictivamente.

Por su parte, el artículo 4.2 SG señala los factores objetivos y cuantificables que los Miembros de la OMC deben considerar para determinar si el aumento de las importaciones ha causado o amenaza causar un daño grave a una rama de producción nacional. Ejemplos de tales factores son la participación en el mercado interno del aumento de las importaciones, las ventas internas y los niveles de desempleo en una determinada rama de producción nacional. Como mínimo, todos los factores mencionados en el artículo 4.2 SG deben ser evaluados, sin perjuicio de que otros criterios pueden ser tenidos en cuenta²⁸.

El artículo 4.2 SG también requiere la existencia de una relación de causalidad entre el aumento de las importaciones de un producto determinado y el daño grave o su amenaza para la rama de producción nacional que fabrica bienes similares o directamente competitivos. La relación de causalidad puede estar presente aun cuando existan al mismo tiempo factores adicionales para el alza en las importaciones que está generando un daño grave o su amenaza²⁹. Sin perjuicio de lo anterior, y en virtud del denominado principio

25 Ver *Estados Unidos – Cordero*, WT/DS177/AB/R, WT/DS178/AB/R, párr. 125.

26 Ver *Argentina – Calzado (CE)*, OA, WT/DS121/AB/R, párr. 8.284.

27 En relación con el ya mencionado tema de las discrepancias lingüísticas entre las diferentes versiones auténticas de los textos legales de la OMC, mientras la versión en español del SG permite que una proporción *importante* de la producción nacional del producto sometido a salvaguardias sea considerada como rama de producción nacional, las versiones en inglés y francés parecieran exigir un estándar mayor al utilizar las siguientes palabras, en su orden: “*a major proportion*” y “*une proportion majeure*”. Otras discrepancias lingüísticas existen en los artículos 2.1, 2.2, 5.1, 5.2(a), 7.1, 9.1, 12.1 y 12.4 SG. Ver CONDON, *Language Discrepancies in WTO Law*, 17 de marzo de 2011. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1789191>.

28 Ver *Argentina – Calzado (CE)*, OA, WT/DS121/AB/R, párr. 136.

29 Ver *Estados Unidos – Gluten de trigo*, OA, WT/DS166/AB/R, párr. 67.

de no atribución, el daño a una rama de producción nacional ocasionado por factores diferentes al aumento de las importaciones no puede ser atribuido a esta última causa³⁰. En contraste, una mera coincidencia entre el alza en las importaciones y el deterioro de los factores objetivos que miden el daño grave o su amenaza (por ejemplo, las ventas internas) no es prueba de una relación de causalidad. De otro lado, el lenguaje del artículo 4.2 SG es similar al de las normas del AD y del SMC. Como consecuencia, los reportes del Órgano de Apelaciones relacionados con estos acuerdos podrían ser aplicables, en términos generales, en materia de salvaguardias.

2.6. APLICACIÓN DE MEDIDAS DE SALVAGUARDIA

El artículo 5.1 SG consagra el principio de proporcionalidad, según el cual las salvaguardias solo se aplican, en la forma menos restrictiva posible, para prevenir o reparar el daño causado y facilitar el reajuste de la respectiva rama de producción nacional. De esta manera, la norma pretende minimizar los efectos negativos que las salvaguardias suelen tener en el comercio internacional.

Así, en una situación hipotética, si un país que impone una salvaguardia puede lograr el mismo efecto de protección a una de sus ramas de producción nacional bien sea con un incremento en sus aranceles o con una imposición de cuotas, la primera opción será preferible sobre la última, pues es menos distorsionante. En un sentido similar, si el alza en aranceles no es económicamente viable y se hace necesario imponer cuotas, estas no deben ser inferiores al promedio de los últimos tres años, a menos que se demuestre la necesidad de utilizar un nivel diferente.

Existen dos clases de cuotas: absolutas y tarifarias. Las primeras son las que simplemente limitan la cantidad de importaciones del producto al cual se le aplica una determinada medida de salvaguardia. Las segundas, por el contrario, imponen un arancel adicional a las importaciones que excedan un determinado cupo o límite. Por ejemplo, una cuota absoluta consistiría en 100.000 toneladas del producto X, sin que sea posible importar cantidades adicionales a este límite. Por su parte, sería cuota arancelaria la que impone

30 Ver artículo 4.2(b) SG.

un arancel del 10% a la importación de las primeras 100.000 toneladas del producto x y un arancel del 150% a las cantidades adicionales.

Aunque la redacción del SG parece dar a entender que están permitidas tanto las cuotas absolutas como tarifarias con motivo de la imposición de salvaguardias, debe recordarse que las cuotas absolutas están prohibidas por las normas de la OMC. En este sentido, el artículo XI:1 GATT establece que ningún Miembro de la OMC impondrá ni mantendrá restricciones a la importación de un producto salvo en el caso de los derechos de aduana, impuestos u otras cargas similares. Cabe recordar, además, que las salvaguardias no están incluidas en las excepciones a la prohibición de cuotas absolutas mencionadas por el artículo XI:2 GATT.

Que las cuotas absolutas estén prohibidas, además de ser consistente con la tarificación de las medidas restrictivas al comercio internacional consagrada en la Ronda Uruguay, garantiza la armonía requerida entre los diferentes acuerdos de la OMC. En efecto, no sería lógico que las cuotas absolutas se prohiban en el GATT 1994 y se permitan en el SG. Sin perjuicio de lo anterior, y a pesar de que por lo menos en seis casos la salvaguardia impuesta consistió en cuotas absolutas³¹, hasta ahora ningún Grupo Especial ni el Órgano de Apelaciones han hecho referencia a la prohibición de cuotas absolutas en salvaguardias.

La regla general es que las cuotas se impongan bajo los mismos términos y condiciones a todos los países exportadores. Esta regla puede generar en las empresas de los países afectados por la salvaguardia un incentivo para acelerar sus exportaciones, lo que, a su vez, puede producir efectos económicos negativos para el país que impone la salvaguardia, ya que sus importaciones se concentrarían en unos pocos meses del año. Como alternativa, el país importador podría subastar la cuota, pero ello suele implicar dilatados y costosos trámites administrativos.

Debido a estas desventajas de las cuotas globales, el artículo 5.2 SG permite al país que impone una salvaguardia celebrar un acuerdo de asignación de cuotas con los países exportadores que tienen un interés sustancial³². Si este acuerdo no es posible, el país importador puede asignar unilateralmente

31 Ver RODRÍGUEZ, *Journal of World Trade*, 2007, núm. 1, p. 163.

32 Un país exportador tiene un interés sustancial cuando su participación en el mercado del país importador es superior al diez por ciento. Ver Wolfram en: WOLFRUM, STOLL y KOEBELE (ed.), *WTO – Trade Remedies*, 2008, p. 328.

cuotas basadas en las cifras históricas de importaciones o, en situaciones excepcionales³³, con fundamento en otros parámetros.

Recordando que las cuotas absolutas están prohibidas por el artículo XI GATT y que, por lo tanto, solo son permitidas las cuotas tarifarias, el artículo 5.2 SG permite al país que impone la salvaguardia diferenciar en el monto o cantidad de importaciones (cuota) a partir de las cuales hay un incremento en el arancel o tarifa. Sin embargo, el arancel aplicado por las importaciones que sobrepasen estas cuotas debe ser igual para todos los Miembros de la OMC. A manera de ilustración, un país que ha aplicado un arancel del 10% a un determinado bien, puede imponer una salvaguardia³⁴ de acuerdo con la cual el arancel será del 15% cuando se importen más de 200.000 toneladas provenientes del país A, más de 100.000 toneladas provenientes del país B o más de 80.000 toneladas provenientes del país C. En cambio, no será posible establecer que cuando se sobrepase un umbral de importaciones de 100.000 toneladas por país, el arancel será del 25% para el país A, del 20% para el país B y del 30% para el país C.

2.7. MEDIDAS DE SALVAGUARDIA PROVISIONALES

Se pueden aplicar salvaguardias provisionales si se cumplen dos requisitos: primero, que se presenten circunstancias críticas bajo las cuales cualquier demora por parte de la autoridad competente pueda generar un daño difícilmente reparable; segundo, que exista una determinación preliminar que halle clara evidencia de que el incremento de las importaciones causa un daño grave, o una amenaza del mismo, a una rama de la producción nacional. Por ejemplo, existirían circunstancias críticas cuando el abrupto incremento en importaciones induce a un alto número de compañías domésticas a iniciar despidos masivos, declararse en bancarrota o relocalizarse en otros países.

Las salvaguardias provisionales pueden consistir en aranceles adicionales, estando prohibida la imposición de cuotas de importación. Además,

33 Por ejemplo, si las importaciones procedentes de ciertos países han aumentado en un porcentaje desproporcionado en relación con el incremento total de las importaciones del producto al cual se le aplica la salvaguardia. V. artículo 5.2 (b) SG.

34 Bajo el supuesto de que se cumplen todos los requisitos del artículo XIX GATT y del SG.

la duración de la salvaguardia no puede ser superior a 200 días³⁵ y si en la investigación regular, que es obligatoria, se determina que no había relación de causalidad entre el incremento de importaciones y el daño grave o su amenaza, será necesario reintegrar los aranceles adicionales recaudados.

2.8. DURACIÓN Y EXAMEN DE LAS MEDIDAS DE SALVAGUARDIA

En virtud del principio de proporcionalidad, el artículo 7 SG determina que una salvaguardia solo se debe aplicar durante el período necesario para prevenir o reparar el daño grave (o su amenaza) y facilitar el ajuste de la rama de la producción nacional afectada por el incremento en las importaciones. Sin perjuicio de lo anterior, una salvaguardia no debe durar más de cuatro años, prorrogables por máximo otros cuatro años en el caso de los países desarrollados y seis años adicionales para los países en desarrollo³⁶ siempre y cuando el país importador determine que la salvaguardia sigue siendo necesaria para prevenir o reparar el daño grave, que la respectiva rama de producción nacional haya iniciado un proceso de ajuste y que la medida no se haga más restrictiva (p.ej. mediante una reducción adicional de las cuotas de importación).

Una vez que el período de una salvaguardia ha expirado, un Miembro de la OMC que desee imponer una nueva salvaguardia sobre el mismo producto tiene la obligación de esperar, como mínimo, un período igual a aquel durante el cual la salvaguardia se impuso, sin que en ningún caso dicho término sea inferior a dos años³⁷. Como excepción, un Miembro de la OMC puede autorizar una salvaguardia de duración no superior a 180 días siempre y cuando haya transcurrido por lo menos un año desde la expiración de la última salvaguardia y no se hayan aplicado más de dos salvaguardias sobre el mismo producto en los últimos cinco años.

El artículo 7 SG también ordena que las salvaguardias cuya duración sea mayor a un año se liberalicen a lo largo de su vigencia. Adicionalmente, si la salvaguardia tiene una duración superior a tres años, el país importador

35 En caso de que la medida se imponga en forma definitiva, estos 200 días se computan como parte del plazo máximo de cuatro años al que están sujetas las salvaguardias.

36 Ver artículo 9.2 SG.

37 Estos términos se reducen a la mitad para los países en desarrollo. Ver artículo 9.2 SG.

debe revisar esta medida a la mitad de su término y evaluar si una liberalización adicional es viable. El SG no consagra ritmos mínimos de liberalización (p.ej., una reducción anual del arancel en cierto porcentaje o un incremento mensual de las cuotas de importación en determinadas toneladas).

2.9. NIVEL DE LAS CONCESIONES Y OTRAS OBLIGACIONES

El artículo 8 SG consagra el principio de compensación, según el cual el balance de concesiones y obligaciones entre los Miembros de la OMC no debe ser desestabilizado por los efectos restrictivos de las salvaguardias. Por consiguiente, el país que aplique una salvaguardia está obligado a otorgar a los países exportadores afectados una compensación comercial. Podría, por ejemplo, ofrecer una reducción en aranceles o un incremento en la cuota de importación de un producto diferente al que se le aplica dicha medida.³⁸ Si la salvaguardia fue impuesta con ocasión de un incremento absoluto de las importaciones de un determinado producto, la compensación se otorga a partir del cuarto año de su vigencia. En caso de incremento relativo de las importaciones, la compensación y la adopción de la salvaguardia serán simultáneas.

Si el Miembro que impone la salvaguardia no otorga compensación alguna, los países exportadores afectados pueden suspender concesiones. Podría incrementar el arancel para determinado producto que es importado desde el país que impone la salvaguardia. En contraste con la compensación, la suspensión de concesiones reduce el nivel de liberalización comercial existente. El artículo 8 SG no exige autorización previa del OSD para la suspensión de concesiones, pero este requisito parece ser necesario teniendo en cuenta las normas del Entendimiento sobre Solución de Diferencias³⁹.

Se resaltan dos dificultades en la aplicación del artículo 8 SG. De una parte, es complejo determinar si la compensación comercial mantiene un nivel de concesiones equivalente al existente antes de la imposición de la

38 Pagos en dinero a los países exportadores no afectados son posibles cuando la compensación comercial es inviable. Por ejemplo, un país afectado por la salvaguardia no exporta ningún otro producto. Ver WOLFRAM en: WOLFRUM, STOLL y KOEBELE (ed.), *WTO – Trade Remedies*, 2008, p. 351.

39 Ver Capítulo 24.

salvaguardia debido a que tal equivalencia se suele calcular sobre la base de proyecciones econométricas que dependen de supuestos subjetivos. De otro lado, las medidas compensatorias en favor de los países exportadores afectados por una salvaguardia podrían estar en contra del principio de Nación Más Favorecida al perjudicar a terceros países⁴⁰.

2.10. PAÍSES EN DESARROLLO MIEMBROS

El artículo 9 hace más flexible el régimen de salvaguardas para los países en desarrollo tanto en su aspecto pasivo (afectados por exportaciones por salvaguardias impuestas por otros países) como en su aspecto activo (los países en desarrollo aplican sus propias salvaguardias).

Las normas de la OMC no incluyen una lista de países en desarrollo. Cada uno decide por sí mismo si es país “en desarrollo”.

No se podrán imponer salvaguardias contra un país en desarrollo Miembro de la OMC si su participación en las importaciones realizadas por quien la impone no es superior al 3% y si, adicionalmente, la suma de las importaciones provenientes de todos los países en desarrollo Miembros de la OMC no es superior al 9%. De no existir estos límites, el efecto de muchas salvaguardias no sería el deseado, puesto que tales medidas no podrían aplicarse a empresas de países en vías de desarrollo que están exportando sus productos en cantidades significativas. Asimismo, se observa que los beneficios a favor de los países en desarrollo no están sujetos a límites temporales.

En cuanto al aspecto activo de las salvaguardias, los países en desarrollo pueden prorrogar estas medidas hasta por seis años, en adición al período original máximo de cuatro años. Asimismo, los términos que deben transcurrir entre la expiración de una salvaguardia y una nueva medida de este tipo impuesta sobre el mismo producto se reducen a la mitad para los países en desarrollo siempre y cuando el período entre dos salvaguardias consecutivas no sea inferior a dos años⁴¹.

40 Ver artículo I:1 GATT.

41 Ver artículo 7 SG.

2.11. MEDIDAS YA VIGENTES AL AMPARO DEL ARTÍCULO XIX GATT

El artículo 10 SG es una norma de transición para las salvaguardias que habían sido expedidas con anterioridad al SG, pero que estaban vigentes cuando este acuerdo comenzó a regir. Al 1º de enero de 2000 todas estas salvaguardias habían expirado⁴².

2.12. PROHIBICIÓN Y ELIMINACIÓN DE DETERMINADAS MEDIDAS

Si bien el SG prohibió las denominadas medidas de área gris, su artículo 11 otorgó un plazo hasta el 31 de diciembre de 1999 para la eliminación de las medidas de este tipo que hubiesen estado vigentes al momento en que entró a regir dicho acuerdo. Debe advertirse, además, que esta norma vincula a los Estados pero no a las empresas privadas; por lo que, en principio, estas podrían celebrar acuerdos restringiendo sus ventas internacionales. Sin embargo, es probable que tal conducta fuese violatoria del derecho de la competencia del país en cuestión.

2.13. NOTIFICACIONES Y CONSULTAS

El artículo 12 SG establece la obligación de notificar al Comité de Salvaguardias la iniciación de investigaciones sobre daño grave o amenaza del mismo, el hallazgo de dicho daño o de su amenaza, y la decisión de aplicar o prorrogar salvaguardias. De otro lado, regula las consultas que se celebran entre el país que impone la salvaguardia y los países exportadores con un interés sustancial.

2.14. VIGILANCIA

El artículo 13 SG establece y describe las funciones del Comité de Salvaguardias, bajo la autoridad del Consejo del Comercio de Mercancías. Entre tales funciones, se destacan el control de la aplicación e implementación

42 Ver WOLFRAM en: WOLFRUM, STOLL y KOEBELE (ed.), *WTO – Trade Remedies*, 2008, p. 374.

de las reglas sobre salvaguardias por parte de los Miembros de la OMC, la evaluación de los efectos de las salvaguardas sobre el comercio mundial, y la determinación, a petición de un Miembro de la OMC, acerca de si la compensación comercial otorgada es sustancialmente equivalente a una salvaguardia impuesta.

2.15. SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS

Conforme al artículo 14 SG, a las controversias sobre salvaguardias les serán aplicables no solo los artículos XXII-XXII GATT sino también las disposiciones del Entendimiento sobre solución de Diferencias. Es decir, no existe un procedimiento especial para las disputas sobre salvaguardias.

III. PRESENTE Y FUTURO DE LAS SALVAGUARDIAS EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

Entre 1947 y 1994 se adoptaron cerca de 150 salvaguardias⁴³. Por su parte, entre 1995 y el 2013, y bajo el amparo tanto del artículo XIX GATT como del SG, fueron aplicadas 123 salvaguardias⁴⁴. Como se observa, el número de salvaguardias anuales que se han impuesto durante la vigencia del SG (6,8 por año) ha sido superior a las medidas de este tipo, por año, adoptadas entre 1947 y 1994 (3,1 por año). Número ínfimo en comparación con otras medidas, como los derechos *antidumping* y las medidas compensatorias contra subvenciones. Más aun, con la prohibición de las denominadas medidas de área gris en la Ronda Uruguay era de esperarse que el número de salvaguardias se incrementara. Por lo tanto, ¿es bueno o malo que el número de salvaguardas sea bajo? La respuesta depende de las causas.

Sería positivo que las salvaguardias, como medidas de emergencia, fueran la excepción si ello fuese consecuencia de que la mayoría de las ramas de producción nacional se han adaptado al comercio internacional; que son escasos los incrementos abruptos en importaciones; o estos, al ocurrir, no generan daño grave, o su amenaza, a los productores domésticos. No obstante, tales condiciones parecen estar ausentes en la época actual, cuando

43 Ver Nota 8 *supra*.

44 Ver OMC, Estadísticas sobre salvaguardias. Disponible en http://www.wto.org/spanish/tratop_s/safeg_s/safeg_s.htm#statistics.

las empresas y las economías de muchos países todavía están en proceso de ajuste a las nuevas reglas del comercio internacional, las crisis económicas son frecuentes⁴⁵ y el número de Miembros de la OMC continúa creciendo.

Por el contrario, y como se aprecia en el Cuadro 1, parece que el bajo número de salvaguardias se debe a que los Miembros de la OMC prefieren recurrir a medidas que cuentan con más ventajas y menos condiciones, como son los derechos *antidumping* o, en menor grado, las medidas compensatorias contra subvenciones.

CUADRO 1
MEDIDAS DE SALVAGUARDIA (SG), MEDIDAS ANTIDUMPING (AD)
Y MEDIDAS COMPENSATORIAS CONTRA SUBVENCIONES (SMC)
REPORTADAS ENTRE EL 1 DE ENERO DE 1995
Y EL 31 DE DICIEMBRE DE 2012 OMC⁴⁶.

AÑO	SALVAGUARDIAS ^{a/}	<i>Antidumping</i>	DERECHOS COMPENSATORIOS
1995	0	119	19
1996	1	92	5
1997	3	127	3
1998	5	181	6
1999	5	190	14
2000	7	237	21
2001	9	171	14
2002	14	218	14
2003	15	224	6
2004	6	154	8
2005	6	138	4
2006	7	142	3
2007	5	108	2
2008	6	139	11
2009	10	141	9
2010	4	123	19

45 Por ejemplo, la reciente crisis de finales de 2008, la crisis argentina en 2001, y la crisis asiática de finales de la década de los noventa.

46 OMC, Estadísticas sobre salvaguardias, disponible en http://www.wto.org/spanish/tratop_s/safeg_s/safeg_s.htm#statistics; OMC, Estadísticas sobre medidas compensatorias contra subsidios, disponible en http://www.wto.org/spanish/tratop_s/scm_s/scm_s.htm#statistics; OMC, Estadísticas sobre derechos *antidumping*, disponible en http://www.wto.org/spanish/tratop_s/adp_s/adp_s.htm.

AÑO	SALVAGUARDIAS ¹	<i>Antidumping</i>	DERECHOS COMPENSATORIOS
2011	11	98	9
2012	7	117	10
Total	121	2.719	177

a/ La estadística es del 29 de marzo de 1995 al 31 de marzo de 2012.

Es conveniente recordar que es normal y deseable que haya más medidas *antidumping* y compensatorias que salvaguardias, puesto que estas últimas son disposiciones excepcionales que pueden generar mayores restricciones al comercio internacional que aquellas. Empero, las estadísticas parecen sugerir que la discrepancia entre los requisitos para adoptar salvaguardias, de una parte, y medidas *antidumping* y compensatorias contra subvenciones, de otro lado, es superior a la ideal⁴⁷.

Como puede observarse en el Cuadro 1, las medidas *antidumping* superan por un amplio margen al número de salvaguardias. Por su parte, las cifras sobre medidas compensatorias contra subvenciones son superiores en más de un 45% a las salvaguardias. Las razones para estas tendencias se enuncian a continuación.

I. DAÑO IMPORTANTE Y DAÑO GRAVE

Las medidas que se adopten de conformidad con el AD y el SMC requieren la comprobación de un daño “importante” (o de su amenaza) a una rama de producción nacional. Por su parte, las medidas de salvaguardia exigen que exista un daño “grave” (o su amenaza). El estándar de daño grave es superior al de daño importante. Precisamente por esta diferencia en el estándar de daño, la proporción de investigaciones que finalizan con una medida restrictiva del comercio internacional es menor en salvaguardias, que en *antidumping* o en medidas compensatorias, tal como se muestra en el siguiente cuadro.

47 Algunos autores sugieren que la interpretación que el Órgano de Apelaciones ha hecho, en casos como *Argentina – Calzado (EC)* y *Corea – Productos lácteos*, de los requisitos impuestos por el artículo XIX del GATT y los artículos 2 y 4 SG ha hecho más difícil la adopción de salvaguardias. Ver PROST, en: WOLFRUM, STOLL y KOEBELE (ed.), *WTO – Trade Remedies*, 2008, p. 286 y 317; RODRÍGUEZ, *Journal of World Trade*, 2007, núm. 1, p. 161.

CUADRO 2
 NÚMERO DE INVESTIGACIONES INICIADAS SOBRE
 SALVAGUARDIAS (SG), MEDIDAS *ANTIDUMPING* (AD)
 Y MEDIDAS COMPENSATORIAS CONTRA SUBVENCIONES (SMC)
 REPORTADAS ENTRE EL 1º DE ENERO DE 1995
 Y EL 31 DE DICIEMBRE DE 2012⁽⁴⁸⁾

Medida	SG ^{a/}	AD	SMC
Investigaciones iniciadas (A)	255	423 ⁰	302
Medidas adoptadas (B)	123	2719	177
% de investigaciones que culminan con una medida. C = (B/A) por 100%	48,2%	64,2%	58,6%

a/ Estadísticas desde el 29 de marzo de 1995 al 31 de marzo de 2013.

2. DURACIÓN DE LAS SALVAGUARDIAS

Por su carácter excepcional, las salvaguardias solo pueden ser impuestas por un período máximo de cuatro años, prorrogables por otros cuatro años, en el caso de los países desarrollados, o por otros seis años para los países en desarrollo⁴⁹. En principio, este plazo parece suficientemente amplio para proteger a la rama de producción afectada por el incremento en importaciones; para que implemente un plan de reajuste estructural, o para que se relocalice en otros países en caso de que tal plan de reajuste no sea viable.

Sin embargo, el plazo total de ocho años, o de diez años para los países en desarrollo, es menos atractivo que el plazo contemplado para las medidas *antidumping* o para las medidas compensatorias contra subvenciones. Tanto unas como otras pueden permanecer vigentes, en principio, durante cinco años contados desde la fecha de su imposición. Sin embargo, esta caducidad no ocurre si antes de su vencimiento se determina mediante una revisión de oficio o a solicitud de parte⁵⁰ que la supresión de los derechos *antidumping* o de las medidas compensatorias contra subvenciones daría lugar a la

48 Ver OMC, Estadísticas sobre salvaguardias. Disponible en http://www.wto.org/spanish/tratop_s/safeg_s/safeg_s.htm#statistics; OMC, Estadísticas sobre medidas compensatorias contra subsidios, disponible en http://www.wto.org/spanish/tratop_s/scm_s/scm_s.htm#statistics; OMC, Estadísticas sobre derechos *antidumping*, disponible en http://www.wto.org/spanish/tratop_s/adp_s/adp_s.htm.

49 Ver artículo 9.2 SG.

50 La denominada, en inglés, “*sunset review*”.

continuación o a la repetición del daño⁵¹. Esto conlleva a que este tipo de medidas puedan permanecer vigentes por un período indefinido⁵².

Finalmente, mientras es obligatorio liberalizar las salvaguardias⁵³ durante su vigencia, lo propio no ocurre con las medidas *antidumping* o compensatorias contra subvenciones.

3. SALVAGUARDIAS REQUIEREN PLAN DE REAJUSTE PARA LA RAMA DE PRODUCCIÓN

En virtud del principio de proporcionalidad, una salvaguardia solo se puede aplicar durante el período necesario para prevenir o reparar el daño grave y para facilitar la adaptación de la respectiva rama de producción nacional⁵⁴. Adicionalmente, la prórroga de una salvaguardia exige prueba de que dicho reajuste está en marcha⁵⁵. Estas disposiciones son entendibles teniendo en cuenta que las salvaguardias son medidas excepcionales destinadas a proteger industrias que, a pesar de atravesar por una difícil coyuntura en el corto plazo, son viables en el largo plazo. La exigencia de un plan de reajuste no existe en materia de derechos *antidumping* o de medidas compensatorias contra subvenciones y esta asimetría genera una preferencia por estas últimas medidas en desmedro de las salvaguardias.

4. LAS SALVAGUARDIAS REQUIEREN EL OTORGAMIENTO DE CONCESIONES LUEGO DE SU TERCER AÑO DE VIGENCIA⁵⁶

Todo Miembro de la OMC que aplique una salvaguardia por un término superior a tres años debe otorgar concesiones a los países exportadores perjudicados por esta medida. Las concesiones deben restablecer el equilibrio comercial existente antes de la salvaguardia, lo que en muchos casos será bastante complejo de determinar y podrá dar lugar a controversias

51 Ver artículo 11.1, 11.2 y 11.3 del AD y artículo 21.1, 21.2 y 21.3 del SMC.

52 Ver HORLICK y VERSMILT, *Journal of World Trade*, 2005, núm. 1, p. 69. Cp. DE LIMA-CAMPOS, *Journal of World Trade*, 2005, núm. 2, p. 250.

53 Ver artículo 7.4 SG.

54 Ver artículo 7.1 SG.

55 Ver artículo 7.2 SG.

56 Ver artículo 8 SG y numeral 2.9 de este documento *supra*.

y litigios. De igual manera, aunque las concesiones pueden ser una justa compensación para los países exportadores afectados por una salvaguardia, su otorgamiento también puede afectar a terceros países que no reciben estos beneficios. En síntesis, existe el riesgo de que el otorgamiento de concesiones resulte tan complejo como para disuadir a un país de la imposición de una salvaguardia, aun cuando efectivamente una rama de la producción nacional está atravesando una difícil situación debido al repentino incremento en las importaciones de productos similares o directamente competitivos.

Claro está, las concesiones pueden evitarse si una salvaguardia se adopta por un término igual o inferior a tres años. No obstante, esto puede no ser práctico en términos económicos al no existir el plazo necesario para que una rama de producción nacional se recupere, adopte y ejecute un plan de reajuste que mejore su competitividad en los mercados internacionales.

5. PROVISIONALIDAD

Las salvaguardias provisionales son posibles siempre y cuando, entre otros requisitos, su duración no exceda de 200 días y se demuestre que cualquier demora entrañaría un perjuicio difícilmente reparable⁵⁷. En contraste, el estándar para las provisionales *antidumping* y medidas compensatorias parece menos estricto, ya que, además de algunos requisitos de procedimiento, solo se requiere una determinación preliminar positiva de la existencia de *dumping*, y del consiguiente daño a una rama de producción nacional, y que la autoridad competente juzgue que los derechos *antidumping* son necesarios para impedir que se cause daño durante la investigación⁵⁸. Por lo tanto, no se exige, demostrar que cualquier demora entrañaría un perjuicio expresamente catalogado como difícilmente reparable.

6. NO SELECTIVIDAD

Salvo las excepciones consagradas en los artículos 5.2 y 9.1 del SG, las salvaguardias se aplican *erga omnes* contra todos los Miembros de la OMC. La imposibilidad de excluir determinados países exportadores, a menos

⁵⁷ Ver artículo 6 SG.

⁵⁸ Ver artículo 7.1 AD y 17.1 SCM.

que sean parte de un Tratado de Comercio Preferencial, hace que las salvaguardias tengan un costo político mayor que los derechos *antidumping* o las medidas compensatorias contra subvenciones. Estas se tornan más atractivas al poderse aplicar contra determinados países o, incluso, en el caso de medidas *antidumping*, contra determinadas compañías, de forma quirúrgica.

La imposibilidad de aplicar las salvaguardias selectivamente parece ser uno de los motivos para que los grandes actores del comercio internacional, como los EE.UU., la UE y China, recurran con poca frecuencia a las salvaguardias. Así, mientras estos países han adoptado cerca del 28% de las medidas *antidumping* entre el 1º de enero de 1995 y el 31 de diciembre de 2012^[59], su participación agregada en las medidas de salvaguardia asciende a 13%. El siguiente cuadro suministra una mayor información sobre la distribución de salvaguardias por países, donde se observa claramente el predominio de los países en desarrollo.

CUADRO 3
DISTRIBUCIÓN DE LAS MEDIDAS DE SALVAGUARDIA
POR MIEMBROS DE LA OMC⁶⁰

MIEMBRO DE LA OMC	SALVAGUARDIAS IMPUESTAS
India	15
Indonesia	14
Turquía	13
Chile	8
Jordania	8
Filipinas	7
Estados Unidos	6
República Checa ^{a/}	5
Egipto	5
Argentina	4

59 De un total de 2,433 medidas *antidumping*, EE.UU., la UE y China han adoptado, en su orden, 289, 269 y 147 medidas de este tipo.

60 Ver OMC, Estadísticas sobre salvaguardias, disponible en http://www.wto.org/spanish/tratop_s/safeg_s/safeg_s.htm#statistics; OMC, Estadísticas sobre medidas compensatorias contra subsidios, disponible en http://www.wto.org/spanish/tratop_s/scm_s/scm_s.htm#statistics; OMC, Estadísticas sobre derechos *antidumping*, isponible en http://www.wto.org/spanish/tratop_s/adp_s/adp_s.htm.

MIEMBRO DE LA OMC	SALVAGUARDIAS IMPUESTAS
Polonia	4
Ecuador	4
Hungría	3
UE	3
Otros países ^{b/}	27
Total	123

a/ Las estadísticas de la República Checa, Polonia y Hungría corresponden a las salvaguardias impuestas por estos países antes de su acceso oficial a la UE.

b/ Para el período entre el 29 de marzo de 1995 y el 31 de marzo de 2013, Brasil, Bulgaria, República Dominicana Corea de Sur, Letonia, Marruecos, Eslovaquia y Ucrania han impuesto dos medidas de salvaguardia. China, Croacia, Kirguistán, Lituania, Moldavia, Panamá, Tailandia y Sudáfrica han impuesto una medida de este tipo.

7. RECOMENDACIONES

¿La poca utilización de las salvaguardias significa que tales medidas deben eliminarse? De ninguna manera. La sola presencia de las salvaguardias, como válvula de escape en las normas de la OMC, es un incentivo tanto para la permanencia de los actuales Miembros de esta organización como para el ingreso de otros países. Tanto los unos como los otros saben que las salvaguardias pueden ser muy útiles para mitigar las consecuencias negativas del comercio internacional y para hacer frente a situaciones económicas imprevistas.

Por lo tanto, antes que eliminar el régimen de salvaguardias, se requieren ajustes al SG que hagan más atractivas este tipo de medidas, pero sin que ello implique estimular su uso desmedido. Entre los ajustes recomendados se destacan los siguientes:

- Es necesario incluir el SG en la Ronda de Doha o su sucesora⁶¹.
- Se requiere hacer claridad sobre el hecho de que, aun bajo medidas de salvaguardias, las cuotas absolutas se encuentran prohibidas⁶².
- Conviene precisar los grados de liberalización de las salvaguardias ya que en la actualidad el artículo 7.4 SG no establece ritmos mínimos.

61 Recuérdese que el AD y el SMC sí hacen parte de la Ronda de Doha. Messerlin y Fridh, *Journal of World Trade*, 2006, núm. 4, p. 748.

62 Ver artículo XI GATT.

– Se justifica una mayor amplitud de las excepciones al principio de no selectividad con el fin de que las salvaguardias no afecten a países que no han contribuido significativamente al incremento de las importaciones⁶³.

– Es necesario consagrar excepciones, por lo menos en favor de países en desarrollo o de PMA, a la obligación de otorgar una compensación con motivo de salvaguardias cuya duración sea superior a tres años. Ello podría ocurrir, por ejemplo, en casos en los que sea muy oneroso para el país que impone la medida otorgar tal compensación, o cuando se demuestre adecuadamente que el ajuste estructural de la rama de producción nacional afectada tardará más de tres años.

– También se requieren reformas al AD y al SMC. Entre estas sería recomendable que los derechos *antidumping* y las medidas compensatorias contra subvenciones expiren automáticamente, sin excepciones, a los cinco años de su vigencia⁶⁴. Ello haría más atractivas las salvaguardias.

IV. JURISPRUDENCIA

Hasta el 31 de octubre de 2010, se han solicitado consultas ante el Entendimiento sobre Solución de Diferencias en casos relacionados con medidas de salvaguardias en cuarenta y tres ocasiones⁶⁵. A continuación se resumen los hechos y conclusiones, ya sea del respectivo Grupo Especial o del Órgano de Apelaciones, en algunas de estas disputas.

I. ESTADOS UNIDOS - GLUTEN DE TRIGO (DS 166)

En 1999, las CE solicitaron la conformación de un Grupo Especial con relación con una salvaguardia, en forma de cuotas absolutas, impuesta por EE.UU. sobre importaciones de germen de trigo. El Grupo Especial, en su reporte, determinó que la salvaguardia violaba los artículos 2.1 y 4 SG. Con motivo de una apelación interpuesta por EE.UU., el Órgano de Apelaciones

63 Ver HOWSE y TREBILCOCK, *Regulation of International Trade*, 3a. ed., 2005, p. 311.

64 Sin perjuicio de que después de vencido el término de estas medidas, una rama de producción nacional pueda solicitar nuevamente su imposición, cumpliendo los trámites y requisitos pertinentes.

65 Ver OMC, Diferencias por acuerdo. Disponible en http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_agreements_index_s.htm?id=A18#selected_agreement.

confirmó que la salvaguardia impuesta sobre las importaciones de germen de trigo estaba en contradicción con tales normas.

Con respecto al artículo 2.1 SG, el Órgano de Apelaciones afirmó que las importaciones provenientes de Canadá, país que al igual que EE.UU. hace parte del TLCAN, fueron erróneamente excluidas de la salvaguardia a pesar de haber sido tenidas en cuenta para la determinación de daño grave.

En cuanto al artículo 4 SG, el Órgano de Apelaciones manifestó que para imponer una salvaguardia se debe demostrar una relación auténtica y sustancial de causa y efecto entre el aumento en las importaciones y el daño grave. Para ello, se requiere separar los efectos causados por otros factores de los efectos debidos al alza en las importaciones. Este requisito no fue cumplido por EE.UU. al no determinar si la ampliación en la capacidad de la rama de producción nacional era uno de los factores causantes del daño grave.

Los EE.UU. y las CE acordaron que el período razonable para la implementación de las recomendaciones del Órgano de Apelaciones sería de cuatro meses, comprendido entre el 19 de enero y el 2 de junio de 2001.

2. ESTADOS UNIDOS - CORDERO (DS 177)

Los EE.UU. impusieron una salvaguardia, en forma de cuota tarifaria, sobre la importación de carne fresca, fría o congelada de cordero. En 1999, Nueva Zelanda y Australia, al afirmar que la medida era inconsistente con el SG y con el artículo XIX GATT, solicitaron la conformación de un Grupo Especial. Este Grupo Especial, entre otros hallazgos, sostuvo que la salvaguardia impuesta era inconsistente con el artículo XIX GATT, puesto que EE.UU. no había demostrado la existencia de circunstancias imprevistas.

EE.UU. apeló el reporte del Panel, con motivo de lo cual el Órgano de Apelaciones emitió su reporte el 1º de mayo de 2001, en el que confirmó que la salvaguardia no había cumplido con lo dispuesto por el artículo XIX GATT. Adicionalmente, el Órgano de Apelaciones recordó que cuando varios factores están presentes, la determinación final acerca del daño (o su amenaza) a una rama de producción nacional solo puede hacerse si los diferentes efectos, causados por todos los diferentes factores, son distinguidos y separados. Es decir, se debe explicar la naturaleza y el alcance de los efectos en el daño de los factores diferentes al alza en las importaciones, requisito que no fue cumplido por EE.UU.

EE.UU. informó al ESD que al 14 de noviembre de 2001 había llevado a cabo los trámites legales necesarios para implementar la recomendación del Órgano de Apelaciones.

3. ARGENTINA - CALZADO (CE) (DS 121)

En 1999, las CE solicitaron la conformación de un Grupo Especial en relación con una salvaguardia impuesta por Argentina a las importaciones de calzado. El Grupo Especial sostuvo que la salvaguardia no cumplía con los artículos 2 y 4 SG. El Órgano de Apelaciones confirmó la decisión del Grupo Especial según la cual la salvaguardia a las importaciones de calzado estaba en contravía del SG. Sin perjuicio de lo anterior, se reversaron algunas conclusiones del reporte del Grupo Especial.

El Órgano de Apelaciones afirmó que la decisión de Argentina había violado el artículo 2.1 SG al excluir las importaciones de otros países de MERCOSUR de la salvaguardia impuesta, a pesar de haber tenido en cuenta tales importaciones durante la respectiva investigación.

En su análisis, el Órgano de Apelaciones también sostuvo que toda salvaguardia debe cumplir tanto con el SG como con el artículo XIX GATT. Adicionalmente, el hallazgo de daño grave requiere una demostración de todos los factores mencionados en el artículo 4.2(a) del SG, así como de los demás factores relevantes para cada caso en particular. Argentina no cumplió con este estándar de prueba.

Se estableció también que para un incremento en las importaciones no basta solo una comparación entre las cifras del comienzo y el final del período relevante, sino que debe demostrarse, lo que no hizo Argentina, que el aumento ha sido lo suficientemente reciente, repentino, abrupto y significativo, tanto cualitativa como cuantitativamente.

Por último, el Órgano de Apelaciones confirmó el hallazgo del Grupo Especial según el cual un análisis de causación requiere un análisis de la relación entre los cambios en las importaciones y los factores de daño grave; de si las condiciones de competencia demuestran una relación causal entre importaciones y daño, y de si el daño grave causado por factores diferentes a las importaciones no ha sido atribuido a estas últimas.

En cumplimiento del reporte del Órgano de Apelaciones, el 25 de febrero de 2000 Argentina desmontó la salvaguardia sobre importaciones de calzado.

4. COREA - PRODUCTOS LÁCTEOS (DS 98)

Corea del Sur impuso una salvaguardia sobre importaciones de derivados de productos lácteos. Las CE afirmaron que la medida violaba los artículos 2, 4, 5 y 12 SG, así como el artículo XIX GATT. El Grupo Especial establecido por el ESD en 1998 sostuvo que la salvaguardia era inconsistente con los artículo 4.2(a) y 5 SG.

Con motivo de una apelación por parte de Corea del Sur, el Órgano de Apelaciones confirmó que la salvaguardia impuesta no cumplía con los requisitos del SG. En particular, la determinación de daño grave por parte de Corea del Sur no verificó las condiciones del artículo 4.2 SG, al no haber examinado todos los factores listados en dicha norma.

Además, el Órgano de Apelaciones sostuvo que la frase “como consecuencia de la evolución imprevista de las circunstancias”, incluida en el artículo XIX:1(a) GATT, implica que las circunstancias que llevan a que un producto se importe en tales cantidades y bajo tales condiciones como para causar o amenazar la causación de daño grave a una rama de producción nacional, deben ser inesperadas.

Corea del Sur y las CE llegaron a un acuerdo sobre el período para la implementación de las recomendaciones del Órgano de Apelaciones, el cual culminó el 20 de mayo de 2000 con el levantamiento de la salvaguardia sobre importaciones de derivados de productos lácteos.

V. PREGUNTAS PARA EL DEBATE

A continuación se formulan algunos comentarios finales, a manera de preguntas, que pretenden incentivar el debate sobre la aplicación de las salvaguardias, la jurisprudencia del Órgano de Apelaciones y las futuras reformas al SG.

I. REQUISITOS DE LAS SALVAGUARDIAS

Hasta la fecha, ninguna de las salvaguardias que han sido objeto de análisis por el Órgano de Apelaciones ha cumplido con los requisitos del artículo XIX GATT y del SG⁶⁶. ¿Es posible concluir que las condiciones establecidas por

66 Ver PROST, en: WOLFRUM, STOLL y KOEBELE (ed.), *WTO – Trade Remedies*, 2008, p. 317.

estas normas son demasiado estrictas? ¿Puede afirmarse que la jurisprudencia está haciendo más estrictas tales condiciones? En sentido contrario, ¿puede afirmarse que los casos en los cuales las salvaguardias no han cumplido los requisitos exigidos por las normas de la OMC son pocos comparados con el número de medidas de salvaguardia que no han sido demandadas ante el ESD y que, por lo tanto, se presumen legales?

2. LAS SALVAGUARDIAS COMO CLÁUSULA DE ESCAPE EN EL SIGLO XXI

Las salvaguardias se han concebido como una cláusula de escape que facilitó, en su momento, la aprobación del GATT y, más recientemente, de los acuerdos de la Ronda Uruguay. Además, las salvaguardias facilitan la transición de muchos países de un sistema de economía cerrada al libre comercio. Sin embargo, han pasado 64 años desde la aprobación del GATT y 16 años desde de los acuerdos de la Ronda Uruguay. En tal sentido, ¿se puede presumir que los Miembros de la OMC han tenido un tiempo considerable para adaptarse a las nuevas reglas del comercio internacional y que, por lo tanto, las salvaguardias ya no son tan necesarias o que, por lo menos, sus requisitos deben ser más estrictos y su utilización aún más excepcional?

3. SALVAGUARDIAS APLICADAS A UN PRODUCTO QUE YA HABÍA SIDO PROTEGIDO POR UNA DE ESTAS MEDIDAS

El artículo 7 SG permite que un Miembro de la OMC aplique una salvaguardia sobre un producto que ya había sido beneficiado con este tipo de medida, siempre y cuando transcurra un período mínimo entre la *antigua* y la *nueva* salvaguardia. Sin embargo, debe recordarse que las salvaguardias son medidas de emergencia aplicables únicamente para proteger a una rama de producción nacional durante el tiempo necesario para que esta implemente un plan de ajuste estructural. En tal sentido, si durante la aplicación de una primera salvaguardia, una determinada rama de producción nacional no logró adaptarse a las condiciones de una economía mundial abierta y ser competitiva, ¿es razonable permitir que una nueva salvaguardia pueda ser aplicada? ¿Se justifica, por lo tanto, una reforma al artículo 7 SG? En un sentido similar, ¿luego de la expiración de una salvaguardia, se debería prohibir

la aplicación de un derecho *antidumping* o de una medida compensatoria contra subvenciones con relación al mismo producto?⁶⁷.

4. RECONCILIACIÓN ENTRE LA SELECTIVIDAD Y EL PRINCIPIO DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA

El incremento en las importaciones que puede dar lugar a la adopción de una salvaguardia puede provenir, en muchos casos, de empresas de uno o pocos países. Sin embargo, si la salvaguardia se adopta, esta medida debe aplicarse contra las importaciones de todos los Miembros de la OMC, salvo unas limitadas excepciones, consagradas en los artículo 5.2 y 9.1 SG.

Por esta razón, las salvaguardias están en desventaja con respecto a los derechos *antidumping* o las medidas compensatorias contra subvenciones, que se pueden interponer contra determinados países o, incluso, empresas en el caso de los derechos *antidumping*. No obstante lo anterior, una aplicación selectiva de las salvaguardias podría socavar el principio de Nación Más Favorecida. ¿Cómo solucionar este dilema? ¿Qué es preferible: mantener unas pocas excepciones a la generalidad de las salvaguardias o, por el contrario, permitir su aplicación selectiva en un mayor número de casos?

67 Ver MESSERLIN y FRIDH, *Journal of World Trade*, 2006, núm. 4, pp. 750.

TÍTULO IV

CAPÍTULO 19

Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS)

FELIPE LOPEANDÍA

I. INTRODUCCIÓN

La Ronda Uruguay dio como resultado un conjunto relevante de acuerdos multilaterales de comercio, además de dar paso a la creación de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Entre aquellos acuerdos multilaterales, uno de los más relevantes e influyentes para el desarrollo del Derecho comercial internacional fue el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS o GATS, de acuerdo a su nombre en inglés).

La creación del GATS fue posible, en gran medida, gracias a las transformaciones económicas y jurídicas que experimentaron los servicios, principalmente aquellos de naturaleza estructural, durante la segunda mitad de la década de los años ochenta. El paradigma tradicional, según el cual el Estado debía ser responsable de la prestación de ciertos servicios, fue desapareciendo y, mediante procesos de privatización, los agentes privados comenzaron a prestar dichos servicios. El sector público se fue desligando de un conjunto de actividades económicas con el objetivo de aumentar los niveles de eficiencia y productividad. Además, debe tenerse presente que los servicios se habían constituido en el más dinámico de los sectores del comercio internacional, sobrepasando largamente al comercio de mercancías.

Sin perjuicio de la complejidad que posee este sector, los servicios comenzaron a representar una porción importante del producto interno bruto de los países desarrollados, en muchos casos con una preponderancia mayor a la del comercio de bienes. Así entonces, los prestadores de servicios, provenientes de esta categoría de países, iniciaron un proceso de internacionalización de su comercio, dentro de lo cual enfrentaron barreras gubernamentales que restringían su acceso. El propósito de aquellas era proteger las actividades de los prestadores de servicios de los países importadores. Como una respuesta a este escenario, diversas empresas interesadas en el sector y grupos vinculados a la formulación de políticas públicas comenzaron a manifestar la necesidad de que se establecieran disciplinas internacionales que regularan al comercio de servicios, con un énfasis en el desarrollo de reglas que enfrentaran este proteccionismo.

Bajo este telón de fondo, la voluntad de los países participantes de la Ronda Uruguay se fue abriendo a la posibilidad de establecer un instrumento jurídico internacional, por medio del cual se facilitaría el comercio internacional de servicios. En tal sentido, cabe tener presente que el Preámbulo

del GATS señala que los Miembros de la OMC poseen el deseo de establecer un esquema

(...) multilateral de principios y normas para el comercio de servicios con miras a la expansión de dicho comercio, bajo condiciones de transparencia y de liberalización progresiva.

A través del establecimiento del GATS, el comercio de servicios queda incorporado al sistema multilateral de comercio, enriqueciéndolo con un sector de la economía de los Miembros de gran crecimiento e importancia.

Las principales contribuciones del GATS al comercio de servicios son las siguientes: (i) asegurar el aumento en la transparencia y predictibilidad de las normas y regulaciones relevantes en servicios, y (ii) promover la progresiva liberalización de los servicios, a través de sucesivas rondas de liberalización.

II. CONCEPTOS FUNDAMENTALES

I. MODOS DE PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS¹

Los negociadores de la Ronda Uruguay no lograron concordar en una definición única de la noción de servicios. Lograron el consenso en torno a la forma como tales servicios se pueden realizar y se denominaron modos de prestación. El GATS identificó cuatro maneras de otorgar servicios, dependiendo de la ubicación territorial del prestador o del consumidor de estos al momento de la transacción.

I. I. COMERCIO TRANSFRONTERIZO O MODO I

Es el servicio que se presta desde el territorio de un Miembro al territorio de cualquier otro Miembro. Es el mismo servicio el que cruza una frontera nacional. El tipo por excelencia es el del transporte fronterizo terrestre, marítimo o aéreo de bienes o personas.

¹ Artículo I:2 GATS.

I.2. CONSUMO EN EL EXTRANJERO O MODO 2

Es el servicio que se realiza en el territorio de un Miembro a un consumidor de servicios de cualquier otro Miembro. Es el caso del turista que cruza una frontera para recibir el servicio en un país diferente al de su residencia habitual.

I.3. PRESENCIA COMERCIAL O MODO 3

Es el servicio que presta un determinado proveedor de un Miembro mediante presencia comercial en el territorio de cualquier otro Miembro. Se trata del caso en el que un prestador de servicio se radica en otro país para poder suministrar su labor. Para ello, el prestador debe financiar su establecimiento, lo que implica realizar una inversión en el otro país.

I.4. PRESENCIA DE PERSONAS NATURALES O MODO 4

Se suministra por un proveedor de servicios de un Miembro mediante la presencia de personas físicas de un Miembro en el territorio de cualquier otro Miembro. A diferencia del modo precedente, donde se invierte dinero para prestar el servicio, en este caso se radica personal de la empresa en el otro país para ofrecer el servicio de que se trate.

2. DEFINICIÓN DE “MEDIDA”

El GATS tiende a referirse a “medidas” adoptadas por los Miembros que afectan al comercio de servicios, las que son definidas²

(...) como cualquier medida adoptada por un Miembro, ya sea en forma de ley, reglamento, regla, procedimiento, decisión o disposición administrativa, o en cualquier otra forma.

El artículo I:3 GATS, en tanto, señala que estas medidas son las adoptadas por los gobiernos o autoridades centrales, regionales o locales, o por instituciones

² Artículo XXVIII GATS.

no gubernamentales en ejercicio de facultades delegadas por gobiernos o autoridades centrales, regionales o locales.

Como puede apreciarse, el ámbito de aplicación del GATS es amplio en cuanto al tipo de acciones o actividades de los Miembros que quedan cubiertas por las disposiciones del Acuerdo. La amplitud también es consecuencia de la inclusión no solo de las autoridades públicas, pertenecientes a los diferentes niveles de gobierno, sino a que también abarca las entidades no gubernamentales, que actúan a partir de competencias delegadas por parte de las autoridades públicas. Por último, puede agregarse que la amplitud también descansa en la utilización del término “afecten” al comercio de servicios. El Órgano de Apelación en la diferencia *CE – Bananas III*³ señaló que dicho término implica que cualquier medida que tenga un efecto sobre los servicios queda comprendida dentro del ámbito de aplicación. Ello significa que no existen fundamentos *a priori* para excluir medidas.

No obstante la amplitud descrita, el artículo I excluye de su ámbito de aplicación a los servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales, es decir, aquellos que no se suministran en condiciones comerciales ni en competencia con uno o varios proveedores de servicios. Se suelen citar como ejemplos los sistemas de seguridad social y cualquier otro servicio público, como la salud o la educación, que no se preste en condiciones de mercado.

3. ESTRUCTURA DEL GATS

El Acuerdo está estructurado a fin de imponer a los Estados un conjunto de obligaciones en materia de servicios, a las cuales todos están sujetos por el solo hecho de ser Miembros del GATS. En adición a ello, cada uno de los Miembros debe listar los servicios y modos de prestación que acepta someter a reglas adicionales: son los llamados compromisos específicos. Haciendo un paralelo con el GATT, los compromisos específicos serían los bienes consolidados por cada uno de los Miembros. El GATS está compuesto de seis secciones o partes y cinco anexos, a saber:

3 *CE – Bananas III*, WT/DS27.

3.1. PARTE I

Delinea el ámbito de aplicación, la cobertura sectorial y define al comercio de servicios (artículo I GATS).

3.2. PARTE II

Establece las obligaciones y disciplinas generales, las cuales se aplican ya sea de manera condicional –limitadas a la existencia de compromisos específicos en el sector correspondiente– o de manera incondicional a todos los sectores. Estas obligaciones y disciplinas se aplican de manera automática y directa a todos los Miembros y a todos los sectores de servicios (artículos II al XV GATS).

3.3. PARTE III

Detalla el ámbito de aplicación de los compromisos específicos respecto a las obligaciones de acceso a mercados, trato nacional, y compromisos adicionales, que los Miembros asumen en sus listas de compromisos. Dicho de otro modo, los compromisos específicos están constituidos por las listas de compromisos de cada uno de los Miembros, las cuales pueden variar ampliamente, en consideración a los sectores y obligaciones que cada Miembro asume (artículos XVI al XVIII GATS).

3.4. PARTE IV

Dispone la estructura para las negociaciones futuras de servicios y puntualiza la estructura de las listas de compromisos y los procedimientos relativos a la modificación o retiro de compromisos (artículos XIX al XXI GATS).

3.5. PARTE V

Establece los arreglos institucionales del GATS y los asuntos procesales (artículos XXII al XXVI GATS).

3.6. PARTE VI

Contiene las disposiciones finales y las definiciones (artículos XXVII al XXIX GATS).

3.7. ANEXOS

Se refieren a disposiciones específicas relativas a determinados asuntos sectoriales o de política y son los siguientes:

- a. Anexo al artículo II sobre el trato de la Nación Más Favorecida.
- b. Anexo sobre el movimiento de personas naturales.
- c. Anexo sobre los servicios de transporte aéreo.
- d. Anexo sobre los servicios financieros.
- e. Anexo sobre los servicios de telecomunicaciones.
- f. Anexo sobre las negociaciones relativas a los servicios de transporte marítimo.

III. DERECHOS Y OBLIGACIONES

I. OBLIGACIONES GENERALES INCONDICIONALES

El GATS contiene una serie de obligaciones para los Miembros de la OMC, que se aplican de manera incondicional, es decir, sin la concurrencia de ningún elemento o acción que haga exigible su cumplimiento. Estas son: trato de la Nación Más Favorecida, transparencia, reglamentación nacional, monopolios, prácticas comerciales y subvenciones.

I. I. TRATO DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA (NMF) (ARTÍCULO II GATS)

Tal como sucede en el ámbito del comercio de mercancías, esta obligación constituye la pieza fundamental del sistema multilateral del comercio de servicios. Las ventajas que los Miembros otorguen a cualquier país, sea este Miembro o no de la OMC, deben extenderse, de forma automática e incondicionadamente, al resto de los Miembros. La obligación se encuentra establecida sobre el estándar de la “similitud” de los servicios y de los prestadores de servicios.

Sin perjuicio de la importancia fundamental que reviste esta obligación, el GATS contempló la posibilidad de establecer excepciones, llamadas exenciones, las cuales se encuentran reguladas tanto en el mismo artículo II GATS como en el Anexo del artículo II GATS:

a. MEDIDA INCONSISTENTE

Un Miembro puede mantener una medida inconsistente con NMF, siempre que dicha medida haya sido explicitada por el Miembro en cuestión y cumpla con las condiciones establecidas en el Anexo sobre las exenciones al artículo II GATS. Este regula el establecimiento de las exenciones a la obligación del trato de la Nación Más Favorecida existentes a la fecha de entrada en vigencia del GATS. Respecto de las medidas que entren en vigencia con posterioridad a dicho momento, se aplican las normas contenidas en el párrafo 3 del artículo IX OMC, esto es, las normas de las exenciones o *waiver*.

El Anexo también establece un proceso de revisión de las exenciones, que, en la práctica, se ha llevado a cabo cada cinco años por parte del Consejo del Comercio de Servicios. En dicha revisión se examina si siguen existiendo las condiciones que dieron lugar a la necesidad de establecer la exención.

Por último, el Anexo establece que las exenciones no deberían extenderse por más de diez años y, en cualquier caso, deben estar sujetas a negociación bajo las rondas de liberalización comercial que se desarrollen en el futuro. En el marco de las actuales negociaciones de la Ronda de Doha, la eliminación de las exenciones ha sido parte del proceso de petición y oferta correspondiente.

b. INTEGRACIÓN ECONÓMICA (ARTÍCULO V GATS)

Al igual de lo que sucede en materia del comercio de mercancías con el artículo XXIV GATT, el artículo V GATS exige a los Miembros que participen de esquemas de integración económica de aplicar la obligación de Nación Más Favorecida⁴. Cualquier Miembro puede ser parte de un acuerdo que liberalice el comercio de servicios bajo condición de que el acuerdo tenga una cobertura sectorial substancial y elimine, en lo esencial, toda discriminación entre las partes.

⁴ Ver capítulos 7 y 30.

Un elemento relevante en el análisis del concepto de la cobertura sectorial substancial es la nota al pie, la que señala que esta condición se entiende en términos de número de sectores, volumen de comercio afectado y modos de suministro. Esto último significa que no deberá establecerse la exclusión a priori de ningún modo de suministro en los acuerdos. Al respecto, debe mencionarse que no existe un entendimiento cierto en cuanto a la implementación de estos criterios.

I. 2. TRANSPARENCIA (ARTÍCULO III GATS)

En un área de la economía en la que la regulación juega un papel preponderante, sea como un instrumento de protección comercial o como una herramienta de política doméstica, las obligaciones destinadas a introducir mayor transparencia, tienen una alta relevancia.

En atención a lo anterior, el GATS establece que los Miembros están obligados a publicar, con prontitud, todas las medidas pertinentes de aplicación general que se refieran al presente Acuerdo o afecten a su funcionamiento. Además, deben notificar al Consejo del Comercio de Servicios del establecimiento de nuevas leyes, reglamentos o directrices administrativas que afecten significativamente al comercio de servicios abarcado por sus compromisos específicos o de la introducción de modificaciones en los ya existentes.

I. 3. REGLAMENTACIÓN NACIONAL (ARTÍCULO VI:2 GATS)

Los Miembros deben mantener o instituir mecanismos por medio de los cuales los proveedores de servicios afectados por decisiones administrativas puedan obtener la pronta revisión de ellas y, cuando esté justificado, la aplicación de remedios apropiados.

I. 4. MONOPOLIOS (ARTÍCULO VIII:I GATS)

Cada Miembro debe asegurarse de que sus monopolios o proveedores exclusivos de servicios no actúen de una manera incompatible con la obligación del trato de la Nación Más Favorecida ni con sus compromisos específicos. Al respecto, debe tenerse presente la definición de proveedor monopolista de un servicio, que figura en el artículo XXVIII (h) GATS, el

cual dispone que se trata de cualquier persona pública o privada, que en el mercado correspondiente del territorio de un Miembro esté autorizada o establecida de hecho o de Derecho por ese Miembro como único proveedor de ese servicio.

1.5. PRÁCTICAS COMERCIALES (ARTÍCULO IX GATS)

En el caso de aquellas prácticas comerciales que no constituyan conductas monopólicas y que, sin embargo, restrinjan la competencia y por ende el comercio de servicios. Al respecto, los Miembros están obligados a consultar con los otros Miembros que se consideren afectados por dichas prácticas.

1.6. SUBVENCIONES (ARTÍCULO XV:2 GATS)

Si bien hay negociaciones sobre el establecimiento de subvenciones en servicios en el Grupo de Trabajo sobre las Normas del GATS, esta norma estipula que el Miembro que se considere, adversamente, afectado por una subvención otorgada por otro Miembro, puede solicitar la celebración de consultas con este último. Dicha solicitud será examinada con comprensión (sic).

2. OBLIGACIONES GENERALES CONDICIONALES

Las obligaciones generales condicionales son aquellas que se aplican a los sectores que se encuentran incluidos en las listas de compromisos de cada Miembro.

2.1. REGLAMENTACIÓN NACIONAL (ARTÍCULO VI GATS)

La regulación juega un papel muy importante en el desarrollo y operación del sector de los servicios. Con el objetivo de asegurar el correcto funcionamiento de los mercados y de proteger a los consumidores, los gobiernos adoptan normativas que establecen las reglas por las que se deben regir los proveedores de servicios. Sin embargo, la regulación también puede crear condiciones negativas o barreras para el comercio de servicios. Ello ocurre cuando los Estados adoptan reglas que, a pretexto de alcanzar los objetivos antes mencionados, se erigen en verdaderos obstáculos para los prestadores de servicios.

Un buen ejemplo de esto último suele ocurrir en el sector de los servicios profesionales, el que requiere de regulaciones destinadas a la preservación de objetivos de políticas públicas, como la protección de los consumidores y la preservación de estándares adecuados para la prestación de la profesión correspondiente. Sin embargo, los requisitos y procedimientos para la verificación o reconocimiento de los títulos profesionales pueden constituir obstáculos insalvables para el profesional que intenta ingresar a ese mercado. En esos casos, la regulación se hace innecesaria o más gravosa de lo habitual para la consecución de los objetivos buscados por la autoridad competente.

El artículo VI GATS establece un conjunto de disposiciones destinadas a impedir que se configuren las situaciones mencionadas. Además, establece obligaciones que buscan asegurar que dicha liberalización no se vea menoscabada o eliminada, a través de las regulaciones adoptadas por ellos.

Así, en los sectores en los que se han contraído compromisos específicos, los Miembros se asegurarán de que las medidas de aplicación general que afecten al comercio de servicios sean administradas de manera razonable, objetiva e imparcial (artículo VI:1 GATS). Asimismo, en los casos en que se exija una autorización para la prestación de un servicio respecto del cual se ha asumido un compromiso específico, las autoridades competentes del Miembro en cuestión deben, dentro de un plazo razonable, informar al solicitante de la decisión relativa a la solicitud (artículo VI:3 GATS).

En relación con las regulaciones relativas a licencias, títulos de aptitud y estándares técnicos, el artículo VI:5 GATS obliga a que los Miembros se aseguren de que los requisitos regulatorios se basen en criterios objetivos y transparentes y no sean más gravosos de lo necesario para asegurar la calidad del servicio, de tal modo que no anulen o menoscaben los compromisos específicos que se hayan asumido. Esta obligación se aplica mientras no entren en vigor las disciplinas que se desarrollen de conformidad con las negociaciones, para impedir que la reglamentación nacional constituya una barrera innecesaria al comercio de servicios.

Estas negociaciones se llevan a cabo en el Grupo de Trabajo sobre la Reglamentación Nacional, el cual existe desde el 26 de abril de 1999, cuyo antecesor era el Grupo de Trabajo sobre los Servicios Profesionales. Si bien las negociaciones son parte de la agenda de negociación establecida por el GATS, y por tanto preceden al inicio de las negociaciones de la Ronda Doha, se incorporaron, políticamente, al paquete de negociación de esta. El establecimiento de disciplinas en este ámbito constituye una tarea relevante en

el proceso de liberalización del comercio de los servicios. Como resultado de la progresiva eliminación de las discriminaciones existentes en contra de los prestadores extranjeros, cobra mayor importancia disciplinar la manera como los gobiernos adoptan las regulaciones que norman el comportamiento de los agentes que participan en los diferentes mercados de servicios. La consignación de compromisos en materia de acceso a los mercados y trato nacional tiene un valor relativo si no va acompañada del establecimiento de disciplinas que impidan la adopción de restricciones que de manera innecesaria obstaculicen el comercio de servicios.

La tarea descrita ha sido sumamente difícil y sin perspectivas claras de alcanzar un resultado adecuado para los intereses de todos los Miembros. Asumir obligaciones que impliquen limitar a los reguladores representa un alto costo para muchos Miembros. Un grupo importante de países en desarrollo aduce que no disponen de la capacidad regulatoria apropiada para cumplir con compromisos vinculantes en esta materia. En el caso de otros Miembros, que cuentan con dichas capacidades, el problema reside en someter a sus reguladores a las eventuales decisiones de los órganos jurisdiccionales de la OMC. En tal sentido, la utilización de la denominada “prueba de necesidad”, como parte esencial de las disciplinas, genera, a juicio de estos países, un alto grado de incertidumbre para el actuar de los reguladores, el cual vendría a ser definido por un grupo especial o por el Órgano de Apelación, en caso de una reclamación en contra de una determinada regulación.

La prueba de necesidad es un concepto legal que se utiliza no solo en el ámbito del comercio de servicios, sino también en otras áreas del Derecho de la OMC, como por ejemplo en el artículo XX GATT o en el Acuerdo sobre los Obstáculos Técnicos al Comercio. Esta prueba establece la compatibilidad de una medida con las obligaciones conforme a la OMC, fundada en si la medida es necesaria para alcanzar ciertos objetivos de política. Mediante su aplicación se refleja el balance que en los Acuerdos de la OMC se pretende alcanzar entre dos objetivos relevantes: la preservación de la libertad de los Miembros en determinar y alcanzar los objetivos regulatorios a través de las medidas que consideren adecuadas para dicho fin, y el desincentivo de que los Miembros adopten o mantengan medidas que restrinjan indebidamente al comercio. Este balance se logra mediante la exigencia de que las medidas que restringen en cierto grado el comercio son permisibles solo si son necesarias para alcanzar los objetivos de política de los Miembros. De

esta manera, se confirma, plenamente, el Derecho a regular por parte de los Miembros para alcanzar los objetivos trazados.

Los criterios mencionados se aplican plenamente en el contexto del artículo VI GATS. El Preámbulo de este Acuerdo reconoce el derecho de los Miembros a reglamentar el suministro de servicios en su territorio, y a establecer nuevas reglamentaciones al respecto, con el fin de realizar los objetivos de su política nacional. Esto se completa con lo prescrito en el literal (b) del artículo VI:4 GATS, al establecer que las prescripciones en materia de requisitos y procedimientos en materia de licencias y títulos de aptitud no deben ser más gravosas de lo necesario para asegurar la calidad del servicio.

Por último, el artículo VI:6 GATS exige que los Miembros que hayan contraído compromisos en servicios profesionales, establezcan procedimientos destinados a verificar la competencia de los profesionales de los otros Miembros.

2.2. MONOPOLIOS (ARTÍCULO VIII GATS)

Examinamos ya el párrafo 1 de esta disposición en su carácter de obligación general incondicional. El párrafo 2, a su vez, prescribe que cuando un proveedor monopólico de un Miembro compita, directamente o por medio de una sociedad afiliada, en el suministro de un servicio que no esté comprendido en el ámbito de sus derechos de monopolio y que esté sujeto a los compromisos específicos contraídos por dicho Miembro, este se asegurará de que ese proveedor no abuse de su posición monopolista para actuar en su territorio de manera incompatible con esos compromisos.

2.3. PAGOS Y TRANSFERENCIAS (ARTÍCULO XI GATS)

Con el propósito de garantizar el normal desarrollo de las transacciones del comercio de servicios, el GATS exige que los Miembros permitan los pagos y transferencias internacionales para las transacciones corrientes relativas a los compromisos específicos asumidos. Asimismo, los derechos y obligaciones que corresponden a los Miembros del Fondo Monetario Internacional (FMI) en virtud del Convenio Constitutivo del mismo, no se verán afectados por las disposiciones del GATS. La excepción a esta última disposición consiste en que ningún Miembro impondrá restricciones a las transacciones de capital

de manera incompatible con los compromisos específicos por él contraídos con respecto a esas transacciones, excepto al amparo del artículo XII GATS (Restricciones para proteger la balanza de pagos) o a solicitud del FMI. Al respecto, debe mencionarse que en los casos en que se asumen compromisos de acceso a mercado respecto a los Modos 1 y 3, los Miembros deben permitir las transacciones de capital correspondientes.

IV. COMPROMISOS ESPECÍFICOS

Uno de los objetivos centrales del GATS es favorecer la progresiva liberalización del comercio de servicios. Este objetivo se materializa mediante las obligaciones que los Miembros contraen en sus Listas de Compromisos.

Los compromisos específicos están referidos, principalmente, a las obligaciones sobre Acceso a los mercados, Trato nacional y otros que voluntariamente se comprometa el Miembro. Los dos primeros conceptos son considerados fundamentales para asegurar el libre flujo del comercio de servicios, para los cuatro modos de prestación.

Los Miembros asumen estos compromisos solo respecto de aquellos sectores de servicios para los que se encuentran en condiciones de asumir las obligaciones correspondientes. Es el denominado enfoque de “lista positiva” que consiste, precisamente, en que las obligaciones de acceso a los mercados y de trato nacional se hacen exigibles en relación con los sectores incluidos en las Listas de Compromisos de los Miembros. Los sectores de servicios que no están en dichas listas no tienen más obligaciones que las generales incondicionales.

El contenido de dichas listas depende del resultado de las negociaciones que se desarrollan entre los Miembros, de acuerdo con la modalidad de la petición/oferta. El proceso de negociación se organiza de la siguiente manera: un Miembro interesado en la apertura de un determinado sector o sub-sector de servicios le solicita que asuma compromisos –en trato nacional y/o acceso a mercados– en el sector o subsector en cuestión (*petición*). El Miembro receptor de dicha petición elaborará una lista que contendrá los compromisos que está dispuesto a asumir, respecto de todos los Miembros de la OMC, para lo cual considerará las peticiones recibidas (*oferta*). Así, entonces, el proceso negociador se desarrolla sobre la base de sucesivas series de presentaciones de peticiones y ofertas entre los Miembros, hasta llegar a la lista de compromisos final.

Durante las negociaciones de la Ronda de Doha, este esquema bilateral de petición/oferta, asumió, adicionalmente, una naturaleza plurilateral. Grupos de Miembros con intereses comunes en un determinado sector o sub-sector solicitan a otro grupo de Miembros que asuman compromisos en dicho sector o subsector. Los Miembros receptores de la petición, al momento de elaborar sus respectivas ofertas de compromisos, consideran la petición formulada. Este esquema ha resultado en un aumento de los niveles de transparencia en el proceso de negociación.

Los compromisos específicos contraídos por los Miembros podrán contener los términos, condiciones o limitaciones, mediante los cuales las obligaciones de “acceso a los mercados” o de “trato nacional” se aplican en relación con los servicios y prestadores de servicios de los otros Miembros.

I. ACCESO A LOS MERCADOS (ARTÍCULO XVI GATS)

El artículo XVI GATS contiene una lista exhaustiva de medidas que ningún Miembro puede adoptar o mantener. Ello, con el propósito de asegurar el acceso a su propio mercado de servicios y proveedores de servicios de los otros Miembros. Mayoritariamente, se trata de medidas discriminatorias o no discriminatorias, esto es, que se aplican tanto a nacionales del Miembro que las adopta como a los extranjeros. El GATS considera que cada una de estas medidas, al constituir limitaciones o restricciones para servicios y los proveedores de servicios, son en sí mismas un obstáculo al libre comercio de servicios. No puede haber medidas con limitaciones respecto de lo siguiente:

I. I. NÚMERO DE PROVEEDORES DE SERVICIOS (LITERAL A)

Se determina en forma de contingentes numéricos, monopolios o proveedores exclusivos de servicios o mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas. Ejemplo de ello serían las cuotas anuales que se fijan para la prestación de servicios de medicina por parte de profesionales extranjeros.

I.2. VALOR TOTAL DE LOS ACTIVOS O TRANSACCIONES DE SERVICIOS (LITERAL B)

Se determina en forma de contingentes numéricos o mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas. Es el caso de la restricción que se aplica a la subsidiaria de un banco extranjero respecto al porcentaje total de los activos nacionales de todos los bancos.

I.3. LIMITACIONES AL NÚMERO TOTAL DE OPERACIONES DE SERVICIOS O A LA CUANTÍA TOTAL DE LA PRODUCCIÓN DE SERVICIOS (LITERAL C)

Son expresadas en unidades numéricas designadas, en forma de contingentes o mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas. Un ejemplo sería la limitación del número de camas que debe tener una clínica.

I.4. NÚMERO TOTAL DE PERSONAS FÍSICAS (LITERAL D)

No puede limitarse la cantidad de personas que puedan emplearse en un determinado sector de servicios o que un proveedor de servicios puedan emplear y que sean necesarias para el suministro de un servicio específico y estén directamente relacionadas con él, en forma de contingentes numéricos o mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas. En este caso se pueden mencionar, a título ejemplar, las limitaciones que establecen un número máximo de trabajadores extranjeros que pueden integrar una empresa.

I.5. CALIDAD JURÍDICA (LITERAL E)

No puede haber medidas que restrinjan o prescriban los tipos específicos de persona jurídica o de empresa conjunta por medio de los cuales un proveedor de servicios puede suministrar un servicio. Sería el caso de la exigencia de que una determinada presencia comercial debe establecerse como una sociedad anónima.

I.6. LIMITACIONES A LA PARTICIPACIÓN DE CAPITAL EXTRANJERO (LITERAL F)

Se trata de restricciones expresadas como límite porcentual máximo a la tenencia de acciones por extranjeros o como valor total de las inversiones extranjeras individuales o agregadas. Es un típico caso en el que se establece que el capital social extranjero de una empresa no debe superar un determinado porcentaje de su propiedad.

Los obstáculos listados incluyen cinco restricciones cuantitativas y limitaciones en el tipo de forma jurídica. Debe tenerse en cuenta que cuatro de los cinco tipos de restricciones cuantitativas pueden expresarse numéricamente o a través de criterios especificados en las mismas disposiciones, como por ejemplo las pruebas de necesidad económica.

Cabe precisar que los criterios especificados en las diferentes restricciones no se relacionan, de ninguna manera, con la calidad del servicio que se provee o con la competencia del prestador de servicio. Esta distinción tiene importancia para establecer los límites entre la obligación de acceso a los mercados y las normas relativas a la reglamentación nacional.

En cualquier análisis que se haga sobre el artículo XVI GATS, debe incluirse lo decidido en la diferencia *Estados Unidos – Juegos de Azar*⁵. Este declaró que la conservación de medidas que prohíben el suministro de ciertos servicios constituye, en efecto, una limitación equivalente a cero. En otras palabras, la restricción numérica es de cero prestadores de servicios y de cero operaciones de servicios, en relación con el servicio en cuestión. De esta manera, se constató una limitación en los términos de los literales (a) y (c) del párrafo 2 del artículo XVI GATS.

2. TRATO NACIONAL (ARTÍCULO XVII GATS)

Esta noción tiene tres elementos: el trato nacional propiamente tal y dos conceptos adicionales deben examinarse al momento de determinar el cumplimiento o no de esta obligación, el concepto de *similitud* de los servicios y de los prestadores de servicios y el llamado *trato no menos favorable*.

5 *Estados Unidos – Juegos de Azar*, WT/DS 285.

2.1. TRATO NACIONAL EN EL GATS

Implica que en los sectores declarados en su lista y con las condiciones y salvedades que en ella puedan consignarse, cada Miembro otorgará a los servicios y a los proveedores de servicios de cualquier otro Miembro, un trato no menos favorable que el que dispense a sus propios servicios similares o proveedores de servicios similares, con respecto a todas las medidas que afecten al suministro de servicios.

Esta obligación de trato nacional establecida difiere de la del GATT en cuanto a que esta última tiene una aplicación general a todo el comercio de mercancías. La contenida en el GATS no se aplica, de manera general, a todas las medidas que afectan al comercio de servicios. Como se señaló más arriba, esta obligación solo se aplica en la medida en que los Miembros se comprometieron a otorgar trato nacional respecto a sectores específicos de servicios.

Tal como sucede en el caso de los compromisos en materia de acceso a los mercados, los compromisos respecto a trato nacional se registran en la Lista de Compromisos Específicos de cada Miembro, en la columna de trato nacional, y con respecto a cada uno de los modos de prestación. Asimismo, los compromisos sobre trato nacional, a menudo, se efectúan con sujeción a ciertas condiciones, limitaciones o calificaciones, las que también deben ser indicadas en las Listas.

El análisis del cumplimiento de la obligación de trato nacional recibió un importante aporte en la decisión del grupo especial de diferencias *CE – Banano III*⁶, en la cual se indicó que para establecer una violación de la obligación de trato nacional se deben demostrar tres elementos: (i) si el Miembro en cuestión contrajo un compromiso de trato nacional para el sector y el modo de suministro pertinente, (ii) si la medida en cuestión es una medida de un Miembro que afecta el comercio de servicios y (iii) si la medida otorga a los prestadores de servicios de cualquier otro Miembro un trato menos favorable que el que se otorga a los prestadores de servicios similares de las Comunidades Europeas.

6 *CE – Banano III*, WT/DS27.

2.2. SIMILITUD DE LOS SERVICIOS Y DE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS

Cabe notar que el concepto de *similitud* tiene su origen en los artículos I sobre Trato de la Nación Más Favorecida y III sobre Trato Nacional del GATT. Ambas normas han sido objeto de múltiples interpretaciones por parte de grupos especiales y del Órgano de Apelación, las cuales sirven de guía para determinar la manera de entender este concepto en el campo del comercio de servicios. Se ha señalado que para el análisis de la similitud se deben observar cuatro categorías de “características” que pueden compartir los productos en cuestión: (i) las propiedades físicas de los productos, (ii) la medida en que los productos pueden destinarse a los mismos usos finales o a usos finales similares, (iii) la medida en que los consumidores perciben y tratan a los productos como distintos medios posibles de cumplir determinadas funciones a fin de satisfacer una necesidad o demanda determinada y (iv) la clasificación internacional de los productos a efectos arancelarios⁷.

De lo anterior se colige que en el caso de los servicios, cualquier determinación de similitud debe estar basada, entre otros factores, en las características del servicio o del prestador de servicio; en la clasificación y descripción del servicio en el sistema de Clasificación Central de Productos de las Naciones Unidas (CPC)⁸, y en los hábitos y preferencias de los consumidores respecto al servicio o al proveedor de servicio. Además, debe tenerse en cuenta que una determinación de similitud equivale a una determinación de la naturaleza y dimensión de la relación de competencia entre los servicios o prestadores de servicios en cuestión.

7 *CE – Amianto*, WT/DS135.

8 La CPC es una clasificación detallada de bienes y servicios, formulada en múltiples niveles. Es exhaustiva porque comprende todos los bienes y servicios, y sus categorías son mutuamente excluyentes, por cuanto un bien o un servicio solo puede clasificarse en una categoría de la CPC. La CPC consiste en “secciones” (10), “divisiones” (69), “grupos” (295), “clases” (1.050) y “sub-clases” (1.811). De las 10 “secciones” de la CPC, las cinco primeras corresponden principalmente a *productos*. Las otras cinco “secciones” de la CPC corresponden principalmente a *servicios*.

2.3. TRATO NO MENOS FAVORABLE

Los párrafos 2 y 3 del artículo XVII GATT aclaran los alcances de esta obligación al señalar que, en principio, un trato formalmente idéntico o formalmente diferente, otorgado a los servicios o a los prestadores de servicios nacionales y extranjeros, implica cumplir con la obligación. Sin embargo, la modificación de las condiciones de competencia a favor de un servicio o de un prestador de servicio nacional en comparación con un servicio o prestador de servicio extranjero, como consecuencia de un trato formalmente idéntico o formalmente diferente, será considerado como una violación de la obligación de trato nacional.

3. COMPROMISOS ADICIONALES (ARTÍCULO XVIII GATS)

Los Miembros pueden contraer compromisos que no se encuentren dentro del ámbito de las obligaciones sobre acceso a los mercados o trato nacional. Se trata de los denominados compromisos adicionales, y que pueden revestir la forma de obligaciones que los Miembros asumen en materia de licencias o de los títulos de aptitud (reglamentación nacional) o en materia de subvenciones en servicios, por mencionar dos ejemplos de áreas de servicios en los que es posible que se contraigan esta clase de compromisos.

4. LISTAS DE COMPROMISOS ESPECÍFICOS

Los compromisos específicos asumidos por cada uno de los Miembros se materializan en un documento denominado Lista de Compromisos Específicos. Este documento se construye sobre la base de cuatro columnas en las cuales se indican los sectores en los que estos se asumen: los compromisos asumidos respecto a las obligaciones de acceso a los mercados, trato nacional, y los compromisos adicionales. Los específicos se asumen para los cuatro modos de prestación, con indicación de la situación en cada uno de ellos. Debe tenerse presente, asimismo, que la Lista incluye una sección en donde se incluyen los compromisos específicos de aplicación horizontal, esto es, para todos los sectores de servicios que han sido incluidos por el Miembro en su lista.

LISTA DE COMPROMISOS ESPECÍFICOS⁹

Modos de suministro: (1) suministro transfronterizo; (2) consumo en el extranjero; (3) presencia comercial; (4) presencia de personas físicas.

SECTOR O SUBSECTOR	LIMITACIONES AL ACCE- SO A LOS MERCADOS	LIMITACIONES AL TRA- TO NACIONAL	COMPROMISOS ADICIONALES
I. Compromisos horizontales			
Todos los sectores in- cluidos en esta lista	(1)	(1)	
	(2)	(2)	
	(3)	(3)	
	(4)	(4)	
II. Compromisos específicos o sectoriales			
3.- Servicios de construcción y de ingeniería conexos A. Servicios generales de construcción para la edificación (CPC 712)	(1) Sin consolidar.	(1) Sin consolidar.	
	(2) Ninguna.	(2) Ninguna.	
	(3) La participación de capital extranjero no podrá exceder el 49% del capital social.	(3) Solo las inversio- nes de propiedad de nacionales podrán beneficiarse de sub- venciones.	
	(4) Sin consolidar, sal- vo por lo dispuesto en la sección horizontal.	(4) Sin consolidar.	

La elaboración de las listas se encuentra regulada por el artículo XX GATS. Adicionalmente, y para asistir a los Miembros en la elaboración de sus peticiones y ofertas en la Ronda de Doha, el Consejo del Comercio de Servicios

9 La tabla muestra la lista de compromisos específicos de un Miembro. En la parte superior se indican los cuatro modos de prestación con sus respectivos números, el cual será la referencia al momento de indicarse el compromiso que se asume, sea en la sección de los compromisos horizontales, sea en la sección de los compromisos sectoriales. Las columnas dividen lo relativo a la indicación del sector o subsector respecto del cual se asumen compromisos; la situación respecto a las limitaciones en materia de acceso a los mercados y al trato nacional, y por último los compromisos adicionales que el Miembro decida asumir. En la sección de los compromisos específicos o sectoriales se tomaron como ejemplo compromisos en el subsector de servicios generales de construcción para la edificación, dentro del sector servicios de construcción y de ingeniería conexos. Los compromisos se toman para los modos de prestación 2, 3 y 4 (este último solo para acceso a los mercados). La mención “sin consolidar” para el Modo 1 indica que el Miembro no asume compromisos, pudiendo adoptar las limitaciones o restricciones que considere apropiadas. Respecto al Modo 2, la liberalización es plena, tal como lo indica la mención “ninguna” que se incluye en la lista. Finalmente, para los Modos 3 y 4 se incluyen las limitaciones que afectan a los prestadores de servicios que pretendan ingresar a ese mercado a través de esos modos de prestación. Estas limitaciones quedan consolidadas, esto es, pasan a ser las condiciones permanentes que deben cumplir los prestadores de servicios para suministrar el servicio en cuestión.

adoptó las Directrices para la Consignación de Compromisos Específicos bajo el GATS¹⁰.

A partir de los instrumentos mencionados pueden destacarse los siguientes elementos o principios que deben considerarse al momento de elaborar una lista de compromisos específicos:

4.1. FLEXIBILIDAD

Los Miembros cuentan con un conjunto de flexibilidades para consignar los compromisos respecto de los sectores y los modos de prestación. Los compromisos contraídos pueden dar cuenta de los términos, condiciones, limitaciones o calificaciones que los Miembros pueden aplicar respecto de ellos.

4.2. ENFOQUE DE CARÁCTER POSITIVO

Los compromisos específicos solo se asumen en relación con los sectores o subsectores expresamente incluidos en la columna correspondiente de la lista. Para la consignación de los sectores y subsectores se utiliza, como parámetro básico, la clasificación contenida en el documento W120. Adicionalmente, los Miembros pueden utilizar otros sistemas de clasificación de sectores, siendo el más usado la Clasificación Central de Productos de las Naciones Unidas.

4.3. RELACIÓN DE LOS COMPROMISOS PARA ACCESO A LOS MERCADOS Y PARA TRATO NACIONAL

En el caso de las medidas que sean incompatibles con ambas obligaciones, el Miembro que desee consignarlas deberá hacerlo en la columna correspondiente a la de las limitaciones para acceso a los mercados. En tal caso, dispone el artículo XX GATS, la consignación será considerada como una condición o calificación también para el artículo XVII GATS.

La elaboración de una Lista de Compromisos constituye un proceso de alta complejidad, en el que cualquier error en la forma como se consignan las entradas puede acarrear serios problemas. Las disputas de *Estados Unidos*

10 OMC-Doc. S/L/92 del 28.03.2001.

– *Juegos de Azar y China – Publicaciones y productos audiovisuales*¹¹ son una evidente demostración de que en el mencionado proceso de consignación debe tenerse mucho cuidado con la especificación de los sectores y subsectores, respecto de los cuales se asume el correspondiente compromiso. En ambas diferencias, el Órgano de Apelación le asignó un papel muy relevante al contexto bajo el cual se elaboró la respectiva Lista, y para ello tomó en cuenta la manera como el Miembro consignó no solo los compromisos en el sector y subsector en cuestión, sino también en el sector y subsectores relacionados.

El artículo XXI GATT regula la modificación de la Lista de Compromisos Específicos. Transcurridos tres años desde la entrada en vigencia de un compromiso, los Miembros se encuentran autorizados para retirarlo o modificarlo. Para proceder a hacerlo, el Miembro en cuestión debe notificar su intención al Consejo del Comercio de Servicios con una anticipación de al menos tres meses a la fecha en que pretenda implementar el retiro o modificación.

En el caso de que algún Miembro considere que los beneficios que ha recibido se ven afectados por el retiro o modificación en cuestión, iniciará un proceso de negociación con el Miembro que retira o modifica el compromiso. El objetivo es alcanzar un acuerdo respecto a los ajustes compensatorios que sean necesarios a fin de mantener un nivel general de compromisos mutuamente ventajosos, no menos favorable al comercio que el previsto en las Listas de compromisos específicos con anterioridad a esas negociaciones. Los ajustes compensatorios deben ser efectuados con apego al principio de la Nación Más Favorecida.

Si no ha sido posible alcanzar un acuerdo en estas negociaciones, el Miembro afectado puede llevar el asunto a arbitraje, caso en el cual el Miembro que pretende realizar la modificación de su Lista de compromisos debe atenerse a lo decidido por el árbitro, antes de llevar a efecto dicha modificación. En caso de no respetar lo decidido por el árbitro, el Miembro afectado está autorizado para modificar o retirar beneficios sustancialmente equivalentes, de conformidad con esa decisión. En esta situación, la modificación o retiro de beneficios no se aplican sobre la base del principio de la Nación Más Favorecida.

11 *Estados Unidos – Juegos de Azar*, WT/DS285 y *China – Publicaciones y productos audiovisuales*, WT/DS363.

V. EXCEPCIONES

El GATS contempla cuatro grupos de excepciones a sus obligaciones. Debe tenerse presente que en el caso en que se discuta la justificación en la aplicación de la excepción, será el Miembro que la invoque el que deberá acreditar que han concurrido las condiciones o requisitos que permiten su aplicación.

I. EXCEPCIONES GENERALES (ARTÍCULO XIV GATS)

Tal como sucede en el GATT con el artículo XX, el GATS contiene una disposición relativa a excepciones generales en su artículo XIV GATS. Esta disposición autoriza a los Miembros a apartarse de las obligaciones y los compromisos asumidos en el GATS, siempre que se cumplan ciertas condiciones.

Artículo XIV GATS

Excepciones Generales

A reserva de que las medidas enumeradas a continuación no se apliquen en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre países en que prevalezcan condiciones similares, o una restricción encubierta del comercio de servicios, ninguna disposición del presente Acuerdo se interpretará en el sentido de impedir que un Miembro adopte o aplique medidas:

- a) necesarias para proteger la moral o mantener el orden público;
- b) necesarias para proteger la vida y la salud de las personas y de los animales o para preservar los vegetales;
- c) necesarias para lograr la observancia de las leyes y los reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo, con inclusión de los relativos a:
 - i) la prevención de prácticas que induzcan a error y prácticas fraudulentas o los medios de hacer frente a los efectos del incumplimiento de los contratos de servicios;
 - ii) la prevención de prácticas que induzcan a error y prácticas fraudulentas o los medios de hacer frente a los efectos del incumplimiento de los contratos de servicios;

iii) la protección de la intimidad de los particulares en relación con el tratamiento y la difusión de datos personales y la protección del carácter confidencial de los registros y cuentas individuales;

iv) la seguridad;

v) la protección de la intimidad de los particulares en relación con el tratamiento y la difusión de datos personales y la protección del carácter confidencial de los registros y cuentas individuales;

vi) la seguridad;

d) incompatibles con el artículo XVII, siempre que la diferencia de trato tenga por objeto garantizar la imposición o la recaudación equitativa o efectiva de impuestos directos respecto de los servicios o proveedores de servicios de otros Miembros;

e) incompatibles con el artículo II, siempre que la diferencia de trato resulte de un acuerdo destinado a evitar la doble imposición o de las disposiciones destinadas a evitar la doble imposición contenidas en cualquier otro acuerdo o convenio internacional que sea vinculante para el Miembro.

La estructura y el enfoque del artículo XIV GATS poseen muchas similitudes con los del artículo XX GATT. Tal como lo señaló el Órgano de Apelación en la diferencia *Estados Unidos – Juegos de azar*, ambas disposiciones reafirman el derecho de los Miembros para perseguir los objetivos identificados en el listado de esas disposiciones, incluso si al hacerlo actúan de forma incompatible con las obligaciones establecidas en los respectivos acuerdos, siempre que las condiciones establecidas en ellos se hayan cumplido. Ambas disposiciones utilizan un lenguaje similar, especialmente el término “necesario” y los requisitos contenidos en sus respectivos “*chapeau*”¹², o párrafo introductorio al artículo.

Para determinar si una medida incompatible con las obligaciones y compromisos del GATS se encuentra justificada, debe someterse a un doble examen y en determinada secuencia. En primer lugar, si la medida puede justificarse, provisionalmente, de conformidad con algunas de las excepciones específicas mencionadas en los incisos (a) a (e) del artículo XIV GATS.

¹² *Estados Unidos – Juegos de Azar*, OA, WT/DS285/AB/R, párr. 291.

De satisfacerse este primer examen, debe determinarse si la aplicación de la medida cumple con los requisitos del “*chapeau*” de la misma disposición¹³.

Las excepciones específicas del artículo XIV GATS dan cuenta de los tipos de justificación que autorizan la aplicación de medidas incompatibles con el GATS. Asimismo, se establece el tipo de relación que debe existir entre la medida en cuestión y los objetivos de política que se pretende alcanzar. En el caso de los incisos (a) a (c), la medida debe ser necesaria para lograr dichos objetivos. Respecto a los incisos (d) y (e), tal requisito no se exige.

La jurisprudencia de la OMC solo se ha pronunciado en relación con los incisos (a) y (c), esto es, las excepciones relativas a la protección de la moral pública y del orden público y a la observancia de las leyes y los reglamentos que no sean incompatibles con el GATS.

Respecto al inciso (a), el grupo especial en la diferencia *Estados Unidos – Juegos de azar* se refirió, de manera detallada, al significado de los términos *moral pública y orden público*, respecto a los cuales indicó que los Miembros cuentan con cierto espacio para definir y aplicar para sí mismos dichos conceptos en sus respectivos territorios, de conformidad con su propio sistema y escala de valores¹⁴. La segunda parte del análisis, tanto del grupo especial como del Órgano de Apelación en la misma diferencia, fue dedicado al requisito de *necesidad*, el cual se benefició, a su vez, de la extensa interpretación aplicada para los incisos (b) y (d) del artículo XX GATT. Así, entonces, para analizar si una medida es “necesaria”, deben evaluarse los siguientes factores:

- a. La importancia de los intereses o valores que la medida en cuestión pretende proteger;
- b. El grado en que la medida en cuestión contribuye a la realización de los fines perseguidos por la misma; y,
- c. El impacto comercial de la medida en cuestión. Al respecto, un elemento clave para aplicar este examen de “necesidad”, es si el Miembro que invoca la excepción, ha explorado y agotado todas las alternativas razonables a la medida en cuestión y que asegure el mismo nivel de protección¹⁵.

¹³ *Estados Unidos – Juegos de Azar*, OA, WT/DS285/AB/R, párr. 292.

¹⁴ *Estados Unidos – Juegos de Azar*, GE, WT/DS285/R, párr. 6.463.

¹⁵ *Estados Unidos – Juegos de Azar*, GE, WT/DS285/R, párr. 6.477 y 6.528.

En cuanto al inciso (c), el mismo grupo especial señaló que para justificar, provisionalmente, esta excepción, debe establecerse que la medida fue diseñada para asegurar la observancia de leyes o regulaciones domésticas; que dichas leyes o regulaciones no son incompatibles con el Acuerdo de la OMC, y que la medida es necesaria para asegurar la observancia de esas leyes o regulaciones.

Los restantes incisos del artículo XIV GATS no han recibido interpretaciones de grupos especiales ni del Órgano de Apelación. Sin embargo, en el caso del inciso (b), referido a la protección de la vida y la salud de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, es razonable asumir que las interpretaciones que se han desarrollado en relación con los incisos (b) y (d) del artículo XX GATT, junto con las de los incisos (a) y (c) del artículo XIV GATS, serán pertinentes al momento de interpretar el examen de necesidad en este inciso. En relación con los incisos (d) y (e) del artículo XIV GATS, las respectivas excepciones se aplican solo en relación con las obligaciones de trato nacional y de trato de la Nación Más Favorecida, respectivamente.

Una vez que se ha concluido con el examen de las excepciones específicas, ya habiéndose justificado, provisionalmente, la medida en cuestión, corresponde pasar al segundo examen, esto es, determinarse si la aplicación de la medida cumple con los requisitos del “*chapeau*” de la misma disposición. Este exige que la aplicación de la medida no constituya una discriminación arbitraria o injustificable entre países en los que prevalezcan condiciones similares, o una restricción encubierta del comercio de servicios. La interpretación de los elementos contenidos en esta disposición se ha beneficiado de la jurisprudencia desarrollada para el artículo XX GATT. Así, el grupo especial en la citada diferencia de *Estados Unidos – Juegos de azar* señaló que los principios elaborados a propósito del artículo XX GATT serían también aplicables en relación con el artículo XIV GATS. Para ello, se identifican tres estándares que pueden ser invocados en relación con los mismos hechos: discriminación arbitraria, discriminación injustificable y restricción encubierta al comercio¹⁶.

16 Ídem, párr. 6.581.

2. EXCEPCIONES RELATIVAS A LA SEGURIDAD (ARTÍCULO XIV BIS GATS)

El artículo XIV *bis* GATS¹⁷ permite que los Miembros adopten medidas incompatibles con las obligaciones asumidas de conformidad con el GATS, que persiguen intereses de seguridad nacional e internacional. El lenguaje de esta disposición es idéntico al del artículo XXI GATT y, por tanto, le sería aplicable su jurisprudencia.

3. RESTRICCIONES PARA PROTEGER LA BALANZA DE PAGOS (ARTÍCULO XII GATS)

En caso de que los Miembros enfrenten serias dificultades financieras externas o en su balanza de pagos, o la amenaza de las mismas, ellos podrán adoptar o mantener medidas que restrinjan el comercio de servicios respecto de los que haya contraído compromisos específicos, con inclusión de los pagos o transferencias por concepto de transacciones referentes a tales compromisos.

Las medidas que se adopten en este ámbito deberán respetar los siguientes principios y condiciones: (i) no discriminarán entre los Miembros; (ii) serán compatibles con el Convenio Constitutivo del Fondo Monetario Internacional; (iii) evitarán lesionar innecesariamente los intereses comerciales, económicos y financieros de otros Miembros; (iv) no excederán de lo necesario para hacer frente a las circunstancias que motivaron la adopción o mantención de estas medidas, y (v) serán temporales y se eliminarán progresivamente a medida que mejore la situación.

VI. ANEXOS

El GATS posee cinco anexos, los cuales forman parte integral del mismo. La mayoría regula sectores de servicios que, a juicio de los negociadores de la Ronda Uruguay, requerían de un tratamiento específico o diferenciado.

¹⁷ La inclusión del *bis* responde a la necesidad de no reenumerar las disposiciones del GATS con una disposición que no fue contemplada al inicio de la negociación y que debía ser ubicada a continuación de la disposición sobre excepciones generales. Una situación similar sucede respecto al artículo V *bis* GATS.

Los servicios financieros, el transporte aéreo y las telecomunicaciones, tradicionalmente han sido considerados sectores que poseen una alta sensibilidad, tanto desde el punto de vista de la liberalización como de la regulación. Más aún, si se considera que al momento de adoptarse el GATS, los Miembros no pudieron finalizar las negociaciones sobre los compromisos específicos en estos sectores.

I. ANEXO RELATIVO AL ARTÍCULO II SOBRE EL TRATO DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA

Fue tratado en el acápite III.I.I. de este Capítulo.

2. ANEXO SOBRE EL MOVIMIENTO DE LAS PERSONAS NATURALES

Estamos en presencia de otra área que despierta tensiones al interior del sistema. Uno de los principales escollos que han debido enfrentarse para avanzar en la liberalización del comercio de servicios, y en particular de aquellos que se suministran mediante el Modo 4, es la preservación de las facultades migratorias y de regulación de los mercados de trabajo por parte de cada Miembro. Si se tiene en cuenta que el Modo 4 abarca a la prestación temporal de un servicio, no debería emerger la preocupación antes descrita.

No obstante lo anterior, y con el propósito de aclarar cualquier duda que pudiera surgir al respecto, se acordó este Anexo, el cual, tal como lo señala su párrafo 2, establece que el GATS no se aplica a las medidas que afectan a las personas naturales que buscan acceso a un mercado laboral de un Miembro, ni tampoco a las medidas relativas a la ciudadanía, residencia o empleo sobre bases permanentes. Asimismo, el Anexo dispone que el GATS no impide a los Miembros aplicar medidas destinadas a regular la entrada de personas naturales o su permanencia temporal en su territorio, siempre y cuando ellas no se apliquen de manera tal que anulen o menoscaben los beneficios que resulten de los compromisos específicos asumidos por los Miembros.

Como puede apreciarse, el Anexo delimita claramente lo que son las medidas que operan en el ámbito de la permanencia indefinida de las personas naturales en el territorio de un Miembro, de aquellas que se aplican en relación con el suministro temporal (Modo 4).

3. ANEXO SOBRE EL TRANSPORTE AÉREO

Constituye un ejemplo claro de las dificultades que enfrentaron los negociadores de la Ronda Uruguay para incorporar al sistema multilateral de comercio un sector de alta sensibilidad política. El transporte aéreo se encuentra normado, principalmente, por acuerdos bilaterales o plurilaterales, que se negocian al interior del sistema regulado por la OACI. Modificar este esquema, esto es, trasladar el comercio de servicios de este sector al sistema multilateral de comercio, ha despertado fuertes resistencias tanto de las autoridades aeronáuticas nacionales como de la OACI.

Esta situación dio como resultado que los derechos de tráfico y los servicios directamente relacionados con los derechos de tráfico fueron excluidos del ámbito de aplicación del GATS. Las actividades que se incorporaron fueron los servicios de mantenimiento y reparación de aeronaves, la venta y comercialización de los servicios de transporte aéreo y los servicios de reserva informatizados. Como puede apreciarse, se dejó fuera del Acuerdo a la parte substancial del comercio de este sector, afectando de manera importante su necesaria liberalización.

Desde la perspectiva institucional, el Anexo dispone que, al menos cada cinco años, el Consejo del Comercio de Servicios examinará la evolución del sector del transporte aéreo y el funcionamiento del Anexo, con miras a considerar la posibilidad de una mayor aplicación del Acuerdo en este sector.

4. ANEXO DE SERVICIOS FINANCIEROS Y TELECOMUNICACIONES

En otras secciones de este libro se abordan los anexos sobre servicios financieros (capítulo 20) y telecomunicaciones (capítulo 21).

CAPÍTULO 20

Servicios financieros

SEBASTIÁN SÁEZ

I. INTRODUCCIÓN

Los servicios financieros y de transporte están históricamente relacionados con el desarrollo del comercio internacional. No es extraño entonces que uno de los principales objetivos de los negociadores de la Ronda Uruguay fuera integrar estos servicios a las disciplinas del comercio multilateral. Sin embargo, este sector presenta diversas características técnicas que hacen su tratamiento complejo. Además, su vínculo con la conducción de políticas macroeconómicas, y las consecuencias económicas que resultan en crisis en este sector lo hacen particularmente sensible a las negociaciones internacionales.

Desde el fin de la Segunda Guerra Mundial, los flujos financieros han estado parcialmente regulados por las reglas del Fondo Monetario Internacional (FMI) que se aplican, aun hoy en día, fundamentalmente a las transacciones corrientes de la Balanza de Pagos (BOP), y no a las transacciones de la cuenta de capitales¹. En el caso de estas últimas, los países pueden restringir o liberalizar los flujos sin restricciones producto de reglas internacionales, aunque sí pueden estar restringidos por las reacciones en los mercados internacionales.

Antes de su inclusión en la OMC, tanto los flujos de capital (inversiones extranjeras directa y de cartera) como la protección de estos flujos estaban regulados fundamentalmente para las transacciones entre los países Miembros de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) a través de su Código de Liberalización de los Movimientos de Capital y el

1 El artículo XXX d) del Convenio Constitutivo del FMI define los pagos por transacciones corrientes como aquellos pagos que “no tienen como finalidad efectuar transferencias de capital y comprenden, sin limitación: 1) todos los pagos relacionados con el comercio exterior, con otras transacciones corrientes, incluso servicios, y con los servicios bancarios y crediticios ordinarios a corto plazo; 2) pagos por concepto de intereses de préstamos y de ingresos netos provenientes de otras inversiones; 3) pagos de un monto moderado por concepto de amortización de préstamos o de depreciación de inversiones directas, y 4) remesas moderadas para atender gastos de sostenimiento de la familia” (<http://www.imf.org/external/pubs/ft/aa/spa/aa30.htm>). Por su parte, los movimientos de capitales corresponden a, por ejemplo, la emisión, venta y adquisición de participaciones, bonos y fondos mutuos, las operaciones del mercado monetario, los créditos fronterizos, los préstamos y las herencias, flujos de inversión directa extranjera, entre otros, e incluye tanto movimientos de corto como de largo plazo. Es interesante notar que el AGCS aun cuando incluye estos conceptos no los define (OMC, 2010, p.5). Un análisis de las reglas que regulan el sistema financiero internacional puede ser encontrado en Abdelal, *Capital Rules*, 2007 y Isard, *Globalization and the International Financial System*, 2005.

Código de Liberalización de las Operaciones Corrientes de Invisibles, de la OCDE, así como su Instrumento de Trato Nacional y los Acuerdos Bilaterales de Protección de Inversiones. Por lo tanto, su regulación era muy limitada en término del número de países.

En la Ronda Uruguay se buscó regular el comercio de servicios, tanto respecto de las medidas que lo afectan como a sus proveedores, incluidos los servicios financieros, y vincularlos a nuevas y fortalecidas reglas multilaterales del comercio. Con ello se buscaba impulsar la apertura de la cuenta de capitales a nivel multilateral, y establecer un anclaje sobre los niveles de apertura que los países negociaran de las transacciones de capital, mediante un sistema de solución de controversias. Estos objetivos se alcanzaron parcialmente en la Ronda Uruguay.

Este capítulo está organizado como sigue: en la próxima sección se explica el alcance de las disciplinas del AGCS sobre los servicios financieros. En la segunda sección, se analizan brevemente las características del sector financiero que explican su elevado nivel de regulaciones. En la tercera se explican los ajustes específicos que el Anexo sobre Servicios Financieros introdujo a las disciplinas generales del AGCS. En la cuarta sección, se explica el llamado “Entendimiento relativo a los compromisos en materia de servicios financieros” (ESF). La quinta explica los compromisos de servicios financieros existentes actualmente en la OMC. La sexta sección especula acerca de las implicancias del AGCS en la conducción de las políticas macroeconómicas de los Miembros de la OMC. Finalmente, la última sección plantea algunos temas de proyección al futuro².

II. ALCANCE DE LAS REGLAS

En el AGCS se encuentran las normas y disciplinas aplicables a todos los sectores de servicios, incluidos los financieros³. Las medidas que afectan el comercio son gubernamentales y no de agentes privados. El Anexo sobre Servicios Financieros (ASF) y el “Entendimiento relativo a los compromisos en materia de servicios financieros” (ESF) complementan y/o modifican

2 A diferencia del comercio de bienes, las reglas del comercio de servicios han sido interpretadas en pocas ocasiones por el sistema de solución de controversias de la OMC, y en las ocasiones que han sido interpretadas, no se han referido a los servicios financieros.

3 Ver Capítulo 19.

ciertas disposiciones del AGCS, para contar con normas y disciplinas especiales que tengan en cuenta las características propias de los servicios financieros.

A diferencia de los otros servicios cubiertos por el AGCS, los financieros juegan un papel en la economía que va más allá de la mera prestación de un servicio. Están integrados por los servicios bancarios, los servicios de seguros (vida y generales, incluidos los de salud y pensiones) y los servicios de valores. Además, tienen un estrecho vínculo con la conducción de las políticas monetarias y cambiarias que realizan los gobiernos y los bancos centrales. Finalmente, afectan la operación de todas las actividades económicas y por ende el desarrollo económico de los países. ¿En qué medida se aplica el AGCS a estas políticas gubernamentales y cómo afecta la habilidad de conducir políticas macroeconómicas?

La OMC ha señalado que, en el caso de los servicios financieros, se puede conceptualizar la intervención estatal en cuatro ámbitos. El primero se refiere a las políticas públicas y la “gestión macroeconómica en general”; es decir, aun cuando políticas monetarias y cambiarias pueden afectar el comercio de servicios financieros, estas “quedan *totalmente al margen* del ámbito del AGCS”⁴. Cabe hacer notar que no se definen y especifican los posibles instrumentos utilizados para la conducción de estas políticas y que existen algunos aspectos de la política fiscal que sí quedan sujetos a otras disposiciones de la OMC, como son los impuestos directos e indirectos y las subvenciones.

Un segundo ámbito de políticas públicas son las regulaciones prudenciales o cautelares (no definidas en el acuerdo)⁵. Respecto de esta materia, se señala que

4 KONO, LOW, LUANGA y otros, *Mercados abiertos de servicios financieros*, 1997, p. 3, énfasis agregado.

5 Medidas cautelares usualmente incluyen, pero no se limitan, a prescripciones en materia de coeficientes de suficiencia de capital y márgenes de solvencia, restricciones a la concentración del crédito o la distribución de la cartera de valores, prescripciones encaminadas a preservar la calidad de los activos, coeficientes de liquidez, controles de los riesgos de mercado, controles de gestión y prescripciones en materia de divulgación y presentación de informes. Algunos países también consideran medidas cautelares los límites al tipo de actividades que las instituciones pueden realizar. Por ejemplo, luego de la Gran Depresión, varios países establecieron restricciones a los bancos para realizar actividades de valores o en seguros y viceversa con el fin de limitar la transmisión de riesgos.

(...) no es preciso consignar las medidas cautelares en las Listas de Compromisos específicos de los Miembros, ya que no se consideran limitaciones al acceso a los mercados ni al trato nacional⁶.

En la siguiente sección se explica en mayor detalle la importancia de este aspecto.

Un tercer ámbito se refiere a las medidas, que no son necesariamente cautelares, y que pueden afectar el comercio de servicios financieros. Al respecto, la Secretaría de la OMC señala que estas medidas no están necesariamente sujetas a compromisos. Ello depende de

(...) que se juzgue que constituyen limitaciones al acceso a los mercados o al trato nacional. Si no son discriminatorias ni están encaminadas a restringir el acceso de los proveedores a un mercado, esas medidas normativas internas, que no obedecen a motivos cautelares, están comprendidas en el ámbito de las disciplinas del artículo VI AGCS⁷.

referido a normas sobre reglamentación nacional (autorizaciones, establecimiento de estándares, etcétera).

Finalmente, un cuarto nivel de políticas incluye las que están orientadas a restringir la participación de los proveedores extranjeros en el mercado local, la “reducción y eliminación de esas medidas constituye el núcleo de los esfuerzos de liberación del comercio del AGCS”⁸.

CUADRO I
ALCANCE Y DEFINICIÓN DEL AGCS
Y LOS SERVICIOS FINANCIEROS

GATS	ANEXO DE SERVICIOS FINANCIEROS
Artículo I: Alcance y definición	1. Alcance y definición
3. A los efectos del presente Acuerdo:	a) El presente Anexo se aplica a las medidas que afecten al suministro de servicios financieros.
a) se entenderá por “medidas adoptadas por los Miembros” las medidas adoptadas por:	Cuando en este Anexo se haga referencia al suministro de un servicio financiero ello significará el suministro de un servicio según la definición que figura en el párrafo 2 del artículo I del Acuerdo.
i) gobiernos y autoridades centrales, regionales o locales; y	

6 KONO, LOW, LUANGA y otros, *Mercados abiertos de servicios financieros*, 1997, p. 3, énfasis nuestro.

7 KONO, LOW, LUANGA y otros, *Mercados abiertos de servicios financieros*, 1997.

8 Ídem.

GATS	ANEXO DE SERVICIOS FINANCIEROS
<p>ii) instituciones no gubernamentales en ejercicio de facultades en ellas delegadas por gobiernos o autoridades centrales, regionales o locales.</p> <p>En cumplimiento de sus obligaciones y compromisos en el marco del Acuerdo, cada Miembro tomará las medidas razonables que estén a su alcance para lograr su observancia por los gobiernos y autoridades regionales y locales y por las instituciones no gubernamentales existentes en su territorio;</p> <p>b) el término “servicios” comprende todo servicio de cualquier sector, excepto los servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales;</p> <p>c) un “servicio suministrado en ejercicio de facultades gubernamentales” significa todo servicio que no se suministre en condiciones comerciales ni en competencia con uno o varios proveedores de servicios.</p>	<p>b) A los efectos del apartado b) del párrafo 3 del artículo 1 del Acuerdo, se entenderá por “servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales” las siguientes actividades:</p> <p>i) las actividades realizadas por un banco central o una autoridad monetaria o por cualquier otra entidad pública en prosecución de políticas monetarias o cambiarias;</p> <p>ii) las actividades que formen parte de un sistema legal de seguridad social o de planes de jubilación públicos; y</p> <p>iii) otras actividades realizadas por una entidad pública por cuenta o con garantía del Estado o con utilización de recursos financieros de este.</p> <p>c) A los efectos del apartado b) del párrafo 3 del artículo 1 del Acuerdo, si un Miembro autoriza a sus proveedores de servicios financieros a desarrollar cualesquiera actividades de las mencionadas en los incisos ii) o iii) del apartado b) del presente párrafo en competencia con una entidad pública o con un proveedor de servicios financieros, el término “servicios” comprenderá esas actividades.</p> <p>d) No se aplicará a los servicios abarcados por el presente Anexo el apartado c) del párrafo 3 del artículo 1 del Acuerdo.</p>

Fuente: *Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios*, Textos Jurídicos, OMC.

Nota: Adaptación de las disposiciones respectivas para efectos ilustrativos se omitieron ciertas definiciones contenidas en el artículo 1.

En el sector de servicios financieros, al igual que en los otros, pueden existir disposiciones que restringen la participación de la inversión extranjera en la propiedad, que establecen formas específicas de prestación de servicios y que limitan el trato nacional. Estas son las primeras preocupaciones que desean superar los prestadores de este tipo de servicios y el AGCS provee un marco y una metodología para su eliminación. Asimismo, en este sector, así como en otros servicios, las restricciones referidas a la prestación transfronteriza de servicios o al consumo en el extranjero pueden ser especialmente relevantes desde el punto de vista comercial.

III. LOS SERVICIOS FINANCIEROS, UN SECTOR ESPECIAL

La literatura económica y la experiencia histórica y reciente justifican ampliamente la necesidad de contar con un conjunto de regulaciones que aseguren un adecuado funcionamiento de este sector.

Los servicios financieros tienen una característica única, que es el impacto que tiene el comportamiento de agentes individuales en el conjunto del sistema. Cuando una institución bancaria enfrenta dificultades de liquidez o solvencia, puede generar una crisis de confianza capaz de contagiar a todas las instituciones financieras, aun cuando la situación individual de cada una de ellas sea totalmente distinta. Los agentes (incluido el público) no pueden distinguir la realidad de cada institución respecto del conjunto del sistema financiero.

En el caso de los servicios financieros, existe un peligro cierto de que una institución provoque un problema en el conjunto de la industria, dado que estas realizan transacciones financieras entre ellas. Esta situación no se presenta en otros servicios, donde la quiebra de una empresa de servicios de transportes o telecomunicaciones no pone en riesgo el funcionamiento del sector en su conjunto.

Esto fue lo que ocurrió en la reciente crisis financiera (2007-2009). Los gobiernos tuvieron que apoyar a las instituciones más afectadas y comprometer posible apoyo a otras. Algunos países debieron rescatar financieramente empresas de seguros y bancos de inversiones. Esto último fue inusual, pues en crisis anteriores se estimó que estas instituciones no serían afectadas o no debían ser rescatadas.

Estas regulaciones se justifican, entre otras razones, por la existencia de asimetrías de información entre los agentes y la necesidad de proporcionar protección a los inversionistas de las fallas de mercado. Normalmente, el inversionista que presta recursos financieros no tiene una información completa, por los costos que involucraría adquirirla, respecto de los atributos de solvencia e integridad del que pide prestado. Esto puede significar pérdida de los recursos intermediados. Por ejemplo, de los tenedores de depósitos, ahorros, e inversiones en general. En ese sentido, una solución es establecer mecanismos que mejoren la disponibilidad de información y la transparencia tanto respecto del que pide los recursos financieros como de aquel que los presta.

Para prevenir las crisis sistémicas, se establecieron regulaciones para asegurar la integridad y estabilidad del sector financiero. Ello ha adquirido relevancia a partir de los amplios procesos de transformación de esta industria en las últimas décadas, convirtiéndola en uno de los servicios mayormente internacionalizados. La naturaleza de las regulaciones prudenciales o cautelares va desde límites a los préstamos que pueden otorgar las

instituciones, préstamos relacionados, límites a la exposición a determinados riesgos, hasta exigencia de determinadas formas de personas jurídicas y por ciertos requisitos mínimos de capital (Acuerdos de Basilea). Incluso establecen requisitos que afectan a las personas que pueden ser dueñas y administrar las instituciones financieras. Muchas de estas normativas corresponden a regulaciones cuantitativas y, por lo tanto, potencialmente contrarias a las disposiciones del artículo XVI sobre acceso a mercados del AGCS.

Como el contagio puede transmitirse internacionalmente mediante las conexiones globales de las instituciones financieras y los recursos que han prestado a otros países o agente económicos localizados en otros mercados, estas regulaciones deben ser necesariamente internacionales. En el AGCS, las regulaciones preventivas ocupan un lugar central en el funcionamiento del acuerdo.

La existencia de este conjunto de medidas cautelares pueden generar incentivos que afectan el comportamiento de las instituciones que tratan de proteger. Dependiendo del nivel de resguardo, las instituciones podrían asumir más riesgos de lo prudente y asumir que serán rescatadas en caso de problemas. Es lo que se conoce como “riesgo moral” (*moral hazard*). Este se produce, por ejemplo, cuando en las regulaciones cautelares contemplan seguros explícitos o implícitos acerca de la intervención de la autoridad en el mercado en caso de problemas.

Las restricciones sobre la prestación transfronteriza y consumo en el extranjero pueden ser especialmente relevantes desde el punto de vista comercial y justificarse como prudenciales e incluso como de protección al consumidor. Es así que muchas de estas limitaciones se justifican sobre la base de garantizar la estabilidad e integridad del sistema y proteger a los depositantes y consumidores de este tipo de servicios. Esto fue lo que ocurrió en la crisis financiera reciente, cuando los instrumentos financieros tóxicos originados en Estados Unidos habían sido adquiridos por instituciones establecidas en otros países (transfronterizamente). Al reconocerse la mala calidad de estos instrumentos financieros, se afectó al conjunto de instituciones que mantenían estos instrumentos en su contabilidad. Además de apoyos mutuos entre gobiernos y bancos centrales, las instituciones financieras multilaterales y regionales debieron apoyar a los países para recuperar la confianza nacional e internacional.

IV. ESPECIFICIDADES DEL ANEXO DE SERVICIOS FINANCIEROS

El ASF precisa el alcance y define los términos en los que el AGCS se aplica a los servicios financieros. En el ASF se incorporan las principales características del sector descritas antes, cubriendo tanto los servicios bancarios, como los servicios de seguros y los servicios de valores, incluyendo una lista de servicios que forman parte de este tipo de actividades. En esta sección se presentan los principales elementos del ASF.

I. DEFINICIÓN

Conforme al ASF, los servicios financieros podrían ser definidos como “todo servicio de carácter financiero ofrecido por un proveedor de servicios financieros de un Miembro” (Cuadro 1).

2. EXCLUSIONES

Como se explica en el capítulo 19, el AGCS excluye de su ámbito de aplicación los servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales, esto es⁹:

- a. Las actividades realizadas por un banco central o una autoridad monetaria o por cualquier otra entidad pública en prosecución de políticas monetarias o cambiarias;
- b. Las actividades que formen parte de un sistema legal de seguridad social o de planes de jubilación públicos, y
- c. Otras actividades realizadas por una entidad pública¹⁰ por cuenta o con garantía del Estado o con utilización de recursos financieros de este.

⁹ Artículo 1.b ASF.

¹⁰ A su vez, estas son definidas como: (i) un gobierno, un banco central o una autoridad monetaria de un Miembro, o una entidad que sea propiedad o esté bajo el control de un Miembro, que se dedique principalmente a desempeñar funciones gubernamentales o realizar actividades para fines gubernamentales, con exclusión de las entidades dedicadas principalmente al suministro de servicios financieros en condiciones comerciales, o ii) una entidad privada que desempeñe las funciones normalmente desempeñadas por un banco central o una autoridad monetaria, mientras ejerza esas funciones. Ejemplos de esto son bancos de desarrollo públicos.

Sin embargo, si se autoriza que proveedores de servicios financieros privados desarrollen las actividades mencionadas en (ii) o (iii) en competencia con una entidad pública o con un proveedor de servicios financieros, el término “servicios” sí comprende esas actividades. Por ejemplo, si un Miembro de la OMC permite la prestación privada de servicios de seguridad social en competencia con el sector público, significa que estos quedan comprendidos en el ámbito de aplicación del AGCS y del ASF. Por cierto, si solo existe un sistema privado que provea estos servicios, se entiende que quedan automáticamente incluidos en el ámbito del AGCS.

3. MEDIDAS PRUDENCIALES O CAUTELARES

Como ya se mencionó, si bien estas medidas quedan cubiertas por el ámbito de aplicación del AGCS, no requieren ser consignadas en las listas de compromisos de los Miembros de la OMC en tanto afecten por igual a los proveedores de servicios financieros nacionales y extranjeros, pues están “protegidas” por una amplia excepción.

En efecto, el ASF señala que no

(...) obstante las demás disposiciones del Acuerdo, no se impedirá que un Miembro adopte medidas por motivos cautelares, entre ellos la protección de inversores, depositantes, tenedores de pólizas o personas con las que un proveedor de servicios financieros tenga contraída una obligación fiduciaria, o para garantizar la integridad y estabilidad del sistema financiero. Cuando esas medidas no sean conformes a las disposiciones del Acuerdo, no se utilizarán como medio de eludir los compromisos u obligaciones contraídos por el Miembro en el marco del Acuerdo¹¹.

Esta excepción amplia es la forma como los reguladores financieros resguardaron sus facultades de supervisión dentro del AGCS. Al respecto, es importante destacar tres puntos. En primer lugar, esta disposición se aplica “no obstante las demás disposiciones del Acuerdo...”; a nuestro juicio, ello pareciera querer significar que estas medidas tienen una mayor jerarquía legal que otras obligaciones del AGCS. Segundo, al aplicar estas medidas no parece ser requisito para un miembro mostrar la “necesidad” de adoptarla; este es un *test* que es usualmente exigido en las reglas de la OMC sobre

11 AGCS, ASF, párr. 2a.

regulaciones, incluidas las que se invocan dentro de las excepciones de los distintos acuerdos, por ejemplo, es el caso del artículo XX GATT. Finalmente, parece ser que se reconoce que estas medidas pueden no estar siempre en conformidad con las disposiciones del AGCS. Sin embargo, si ello ocurre, no deberían utilizarse como medio de eludir los compromisos u obligaciones contraídos. En estos casos, parecería ser que en una controversia no se podría cuestionar la medida como tal, esto es, si la medida es prudencial o no. El fondo de la controversia, sería su efecto sobre las obligaciones y compromisos y “la intención” del Miembro que la aplica. Esto es si el propósito de la medida prudencial es eludir los compromisos asumidos.

En las negociaciones de la Ronda Uruguay quedó claro que no todos los países incluyen el mismo tipo de medidas dentro del ámbito prudencial. A nuestro juicio, en este caso la opinión de organismos internacionales especializados, como el FMI y el Comité de Basilea, son fundamentales. En esa Ronda intencionalmente se dejó fuera una discusión de fondo acerca de estas materias.

Es probable que en la medida que las restricciones de acceso a mercado y de trato nacional vayan perdiendo relevancia, serán este tipo de medidas las que a nuestro juicio formarán el grueso de las negociaciones futuras en este sector¹². Ello implica la realización de un serio esfuerzo de análisis respecto de la orientación que se querrá mantener en este sector a las normas regulatorias que lo afectan. Además, implicará dotar a la OMC del conocimiento y experiencia necesarios, lo que podría significar que tuviera que incursionar en un ámbito que hasta el momento se ha dejado en las manos de instituciones internacionales especializadas, como el FMI, el Comité de Basilea, y asociaciones de reguladores de seguros y de reguladores de los mercados de valores.

4. ACUERDOS DE RECONOCIMIENTO MUTUO

Otras disposiciones del ASF se refieren al *reconocimiento mutuo* que pueden realizar los países con miras a facilitar el comercio de servicios financieros y superar “barreras” que pudieran generar las regulaciones prudenciales. Para

12 Para ello deberá haber un mayor diálogo entre las entidades internacionales que establecen este tipo de estándares, como son el Comité de Basilea y el FMI, con los países Miembros de la OMC para asegurar coherencia de las recomendaciones que se formulan en uno u otro lado.

ello, los Miembros pueden reconocer las medidas cautelares de cualquier otro país al determinar cómo se aplicarán sus propias medidas relativas a los servicios financieros. Esto se puede efectuar por dos vías: (i) mediante armonización, es decir, basarse en un acuerdo o convenio con el país en cuestión o (ii) podrá ser otorgado de forma autónoma o unilateral. El ASF indica que cuando exista un convenio se brindarán oportunidades adecuadas a los demás interesados para que negocien su adhesión a estos, o para negociar acuerdos comparables.

5. SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS

El ASF señala que los grupos especiales encargados de examinar diferencias sobre cuestiones cautelares y otros asuntos financieros tendrán la necesaria competencia técnica sobre el servicio financiero específico objeto de la diferencia¹³.

V. EL ENTENDIMIENTO SOBRE SERVICIOS FINANCIEROS

Durante las negociaciones de la Ronda Uruguay hubo confrontación constante entre los negociadores de los países Miembros de la OCDE y el resto de los Miembros en desarrollo de la OMC. Los segundos buscaban mantener un enfoque de consignación de compromisos similar al acordado para el conjunto de los sectores, basado en el llamado enfoque de Listas positivas en los que los países solo se comprometen respecto de los sectores, servicios y modos de prestación que consignan en sus listas y en los términos que figuran en ellas.

Los países de la OCDE propiciaban un enfoque de lista negativa: los países asumían compromisos respecto de todos los sectores, los servicios y modos de prestación, excepto respecto de aquellos que figuraban en sus listas y en

¹³ Esta disposición señala lo obvio, su existencia se explica por la constante preocupación de los ministerios de Hacienda y los bancos centrales en el sentido de que los asuntos financieros fueran abordados por personas con los adecuados conocimientos técnicos, ya que muchas veces los grupos especiales se integran con representantes de las misiones acreditadas en Ginebra que pueden no contar con el necesario conocimiento sobre los servicios financieros.

los términos que ahí se consignarían¹⁴. Al concluir las negociaciones de la Ronda Uruguay, esta discusión quedó zanjada al optarse por dos enfoques. Los países podrían seguir el enfoque general del AGCS u optar por un enfoque alternativo como el propuesto en el *Entendimiento Relativo a los Compromisos en Materia de Servicios Financieros (ESF)*, que contempla: (i) un enfoque de consignación de lista negativas y (ii) disciplinas adicionales para los compromisos en el sector financiero, por ejemplo, respecto de transferencia y procesamiento de información, monopolios, acceso a mercados, trato nacional, y otros aspectos.

Los Miembros que contraen compromisos de conformidad con el ESF pueden incluir en sus listas los términos y condiciones en los que asumen las obligaciones del Entendimiento. El ESF es un acuerdo multilateral que beneficia a todos los Miembros de la OMC, mediante la aplicación incondicional de la cláusula de Nación Más Favorecida¹⁵.

Las obligaciones básicas del ESF son:

I. STATU QUO

Esta obligación no está contemplada en el AGCS y abarca, entre otras, todas las medidas de acceso a los mercados y trato nacional y para todos los modos de prestación. En efecto, en el AGCS los países pueden consignar niveles de compromisos que no representan el real nivel de acceso que permiten sus legislaciones. Por ejemplo, un país que mantiene un límite máximo de participación extranjera de 49% del capital de las instituciones financieras, en su lista de compromisos podría, inscribir un límite máximo de 40%. Los países que asumen compromisos bajo el ESF tendrían al menos que consignar el 49%.

14 En realidad, el AGCS sigue un enfoque híbrido. En primer lugar, respecto de las excepciones a la cláusula de Nación Más Favorecida que figura en las listas de compromisos, el enfoque es negativo, la obligación de aplicar incondicional y automáticamente esta cláusula se aplica siempre excepto para las actividades que figuran en las listas de excepciones y respecto de las medidas ahí consignadas. El enfoque positivo se aplicó respecto de los compromisos de acceso a mercado y trato nacional, es decir, los compromisos se aplican de los sectores que se consignan en las listas de compromisos. Pero una vez que se consigna una limitación, aquellas limitaciones no listadas se consideran formalmente inexistentes.

15 OMC-Doc. S/C/W/312, S/FIN/W/73 del 03.02. 2010.

2. ACCESO A MERCADOS

En este aspecto, el ESF contempla además que

a. Se deben enumerar en las listas de compromisos los derechos de monopolio vigentes con respecto a los servicios financieros, procurando eliminarlos y reducir su alcance.

b. En materia de contrataciones públicas, los Miembros que adopten el ESF deberán asegurarse de que se otorgue a los proveedores de servicios financieros de cualquier otro Miembro establecidos en su territorio, el trato de la Nación Más Favorecida y el trato nacional en lo que respecta a la compra o adquisición en su territorio de servicios financieros por sus entidades públicas.

c. En materia de comercio transfronterizo, el ESF contempla la obligación de permitir el suministro y compra por parte de residentes de cierto tipo de servicios de seguros y bancarios.

d. Las obligaciones impuestas por el ESF respecto del suministro de servicios financieros mediante la presencia comercial son de alcance aun mayor y abarcan toda la gama de servicios financieros. En materia de presencia comercial el ESF señala se debe otorgar “a los proveedores de servicios financieros de cualquier otro Miembro el derecho de establecer o ampliar en su territorio, incluso mediante la adquisición de empresas existentes”, y se podrán imponer “condiciones y procedimientos para autorizar el establecimiento y ampliación de una presencia comercial”, pero en la medida en que no eludan la obligación de derecho de establecimiento.

e. El ESF impone un nivel mínimo de acceso a personas naturales (modo 4). Para ciertas categorías de personas ahí consignadas, contempla la obligación de permitir la prestación de servicios financieros nuevos, y el ESF dispone que ningún Miembro adoptará medidas que impidan las transferencias de información o el procesamiento de información financiera (incluidas las transferencias de datos por medios electrónicos), pero no limita el derecho a proteger los datos personales, la intimidad personal y el carácter confidencial de registros y cuentas individuales.

3. TRATO NACIONAL

En esta materia, los Miembros deben

a. Conceder a los proveedores establecidos en su territorio acceso a los sistemas de pago y compensación administrados por entidades públicas y a los medios oficiales de financiación y refinanciación disponibles en el curso de operaciones comerciales normales.

b. Cuando se exija a los proveedores de servicios financieros la afiliación o el acceso a una institución reglamentaria autónoma, bolsa o mercado de valores y futuros o cualquier otra organización o asociación, o su participación en ellos, para suministrar servicios financieros, se asegurará de que esas entidades otorguen trato nacional a los proveedores de servicios financieros.

VI. COMPROMISOS DE SERVICIOS FINANCIEROS

Las negociaciones de servicios financieros continuaron luego del término de las negociaciones de la Ronda Uruguay en diciembre de 1993 y concluyeron en diciembre de 1997 en medio de la crisis asiática. Como resultado de estas negociaciones, 102 Miembros de la OMC consignaron compromisos en materia de servicios financieros. En términos de comercio, esta cifra representa más de un 95% de este tipo de transacciones¹⁶.

Los resultados de estas negociaciones no implicaron una liberalización del comercio de servicios financieros, ya que los países han seguido el enfoque de consignar el *statu quo*. Sin embargo, la coyuntura de la crisis asiática, y el hecho de que los países afectados estuvieran sujetos a planes de ajustes bajo el FMI, implicó que estos hicieran más concesiones que de otra manera habrían estado dispuestos a realizar¹⁷. Ello tiene consecuencias positivas, desde el momento en que aseguran una dirección clara a las reformas dando estabilidad a las mismas.

Los Miembros de la OMC que han ingresado con posterioridad a 1997 mediante un proceso de adhesión, han debido asumir mayores y exigentes compromisos en servicios en general, y en materia de servicios financieros en particular. No es posible describir todas y cada una de las situaciones de los nuevos Miembros, pero se puede indicar que en general se ha procurado que sus compromisos no contengan restricciones significativas de acceso a

¹⁶ Una revisión y evaluación de los resultados de estas negociaciones pueden ser consultados en DOBSON y JACQUET, *Financial Services Liberalization in the WTO*, 1998; MARCHETTI, *Financial Services Liberalization*, 2009; MATTOO, *Financial Services and the WTO*, 1998.

¹⁷ DOBSON y JACQUET, *Financial Services Liberalization in the WTO*, 1998.

mercados, otorguen trato nacional pleno e incorporen ciertos elementos del ESF en sus compromisos. Por ejemplo, respecto de algunos servicios transfronterizos de seguros (transporte) y transferencia y procesamiento de información.

Siempre resulta difícil evaluar las negociaciones de servicios debido a la dificultad para descifrar con precisión el contenido de las listas, las carencias de cifras estadísticas y conocer finalmente cuáles son los efectos e importancia de las restricciones que afectan el comercio de servicios y que no figuran en las listas¹⁸. En el anexo se incluye información respecto de los servicios financieros incluidos en las listas de los Miembros de la OMC y el tipo de compromisos asumidos por modo de prestación. La mayor parte de los compromisos en los que hay mejores condiciones de acceso es bajo la presencia comercial. Luego, hay compromisos bajo el suministro transfronterizo de servicios. Ello da cuenta de la preocupación de los Miembros de poder supervisar las transacciones de las entidades financieras (bajo presencial comercial) y la mayor preocupación con las transacciones transfronterizas.

VII. AGCS, SERVICIOS FINANCIEROS Y MANEJO DE LA POLÍTICA MACROECONÓMICA

I. ¿LÍMITES AL MANEJO MACROECONÓMICO?

El AGCS excluye del ámbito de aplicación de sus obligaciones los servicios prestados por los gobiernos en condiciones no comerciales. Aplicado al caso específico de servicios financieros, este concepto implica que las “actividades” realizadas por los bancos centrales en prosecución de políticas monetarias o cambiarias quedan fuera del ámbito de aplicación de este Acuerdo: esta es la dimensión macroeconómica discutida al inicio.

¿Tienen límites los Miembros de la OMC para conducir sus políticas macroeconómicas? La respuesta a esta pregunta es compleja y depende en gran medida en los instrumentos que se analicen. Por ejemplo, al asumir compromisos de reducción de aranceles, los Miembros de la OMC renuncian no solo a un instrumento de protección de la industria doméstica, sino

18 MARCHETTI, *Financial Services Liberalization*, 2009, contiene un análisis numérico del proceso de liberalización en la OMC desde 1997 hasta 2008.

además a un instrumento de recaudación tributaria¹⁹ que en muchos países en desarrollo más pobres, es la principal fuente de recaudación tributaria.

¿Podría ocurrir algo similar en el ámbito de los servicios financieros? Esta es una pregunta que solo se puede responder con conjeturas, dado que no ha habido controversias al respecto. Pareciera ser que el AGCS contiene disposiciones que podrían interpretarse como contradictorias con los objetivos de la exclusión de las actividades de los bancos centrales. En primer lugar, la nota del pie de página núm. 8 del AGCS –artículo XVI– indica que si

(...) un Miembro contrae un compromiso en materia de acceso a los mercados en relación con el suministro de un servicio por el modo de suministro mencionado en el apartado a) del párrafo 2 del artículo 1 (movimiento transfronterizo) y si el movimiento transfronterizo de capital forma parte esencial del propio servicio, ese Miembro se compromete al mismo tiempo a permitir dicho movimiento de capital. Si un Miembro contrae un compromiso en materia de acceso a los mercados en relación con el suministro de un servicio por el modo de suministro mencionado en el apartado c) del párrafo 2 del artículo 1 (presencia comercial), se compromete al mismo tiempo a permitir las correspondientes transferencias de capital a su territorio.

En un documento de la Secretaría, se señala que

[c]omo quiera que estas obligaciones mínimas relativas a los movimientos de capital con los modos 1 y 3 no se negocian individualmente como parte de las listas, no es de suponer que puedan formularse reservas con respecto a esas obligaciones de conformidad con los dos modos indicados. De la ausencia de toda referencia a los otros dos modos de suministro (modos 2 y 4) se deduce que, en el marco de los compromisos correspondientes, no se impediría a los Miembros restringir cualquier movimiento de capital conexas²⁰.

19 Este es un ejemplo, no es materia de este documento pronunciarse respecto de los instrumentos óptimos de recaudación tributaria.

20 Ver OMC-Doc. S/C/W/312, S/FIN/W/73 del 03.02. 2010. En 1998 la Secretaría reconoce el vínculo entre las medidas prudenciales o cautelares y las restricciones al movimiento de capitales y se señala que “Incluso cuando los gobiernos estimen necesario reforzar temporalmente los controles de capitales por motivos cautelares, es decir, para garantizar la integridad y estabilidad del sistema financiero, desearán también lograr que esas medidas no socaven los sustanciales beneficios resultantes de la liberalización del comercio de servicios financieros en el marco del AGCS”: OMC, 1998, pp. 19-20. Una discusión general se puede encontrar en Sáez, *Estrategia y negociación en el sistema multilateral de comercio*, 1999 y en DOBSON, en: MATTOO, STERN, y ZANINI (ed.), *A Handbook of International Trade in Services*, 2008.

Es decir, una vez que se asume un compromiso bajo alguno de estos modos de prestación no habría justificaciones que pudieran limitar el movimiento de capitales asociados al servicio²¹.

Otra disposición que pudiera interpretarse como en contradicción con aquella, que excluye del ámbito del AGCS tanto las actividades de los bancos centrales como las medidas prudenciales que expusimos antes, se refiere a la relativa al artículo XI, sobre pagos y transferencias del AGCS, que señala:

1. Excepto en las circunstancias previstas en el artículo XII (nota del autor: sobre problemas de balanza de pagos), ningún Miembro aplicará restricciones a los pagos y transferencias internacionales por transacciones corrientes referentes a compromisos específicos por él contraídos.

2. Ninguna disposición del presente Acuerdo afectará a los derechos y obligaciones que corresponden a los Miembros del Fondo Monetario Internacional en virtud del Convenio Constitutivo del mismo, incluida la utilización de medidas cambiarias que estén en conformidad con dicho Convenio Constitutivo, con la salvedad de que ningún Miembro impondrá restricciones a las transacciones de capital de manera incompatible con los compromisos específicos por él contraídos con respecto a esas transacciones, excepto al amparo del artículo XII o a solicitud del Fondo.

El párrafo 1 del artículo XI AGCS es consistente con disposiciones similares del GATT y del FMI. El párrafo 2 indica que no se pueden adoptar restricciones a las transacciones de capital de manera incompatible con los compromisos específicos contraídos. La pregunta que surge en este contexto es cuál de las disposiciones prima: ¿es la amplia excepción del anexo respecto de medidas cautelares o las del artículo XI AGCS y el pie de página 8?

Es importante señalar que también el artículo XII AGCS sobre “Restricciones para proteger la balanza de pagos” permite que en caso de

(...) existencia o amenaza de graves dificultades financieras exteriores o de balanza de pagos, un Miembro podrá adoptar o mantener restricciones del comercio de servicios respecto de los que haya contraído compromisos específicos, con inclusión de los pagos o transferencias por concepto de transacciones referentes a tales compromisos²².

21 Es interesante señalar también que ello significa que es posible distinguir claramente cuando un servicio es prestado mediante el modo 1 o 2 de suministro, pero ello no es siempre posible.

22 Cabe notar que el artículo VI del Convenio Constitutivo del FMI señala que “Salvo en el caso previsto

Pero, ¿qué ocurre con las medidas que se adoptan normalmente para conducir política monetaria que pueden afectar el movimiento de capitales y cuyo propósito es justamente evitar que se llegue a una crisis mediante? Por ejemplo, una excesiva apreciación del tipo de cambio o un excesivo endeudamiento de corto plazo. Parecería ser que para los redactores del AGCS las medidas que limitan la movilidad de los flujos de capitales serían solo medidas que restringen el comercio de servicios y que no perseguirían otros objetivos legítimos de política.

Una cuestión diferente es si estas medidas son efectivas para la conducción de políticas macroeconómicas, materia que la propia literatura económica no ha sido capaz de responder inequívocamente. Por ejemplo, cuando el AGCS era discutido, el sentido común prevalente aseguraba que estas medidas no solo no eran apropiadas sino que tampoco eran efectivas. Hoy, el FMI considera que son una herramienta de última instancia que los países deberían considerar en circunstancias excepcionales²³.

2. LECCIONES DE LA GRAN DEPRESIÓN

Si se compara la Gran Depresión de los años treinta con la reciente crisis financiera, en muchos aspectos la última fue más severa y su transmisión internacional más rápida. Sin embargo, su duración y profundidad fue mucho menor. Algunas de las lecciones de la Gran Depresión que permitieron no cometer los mismos errores de aquella época fueron:

2.1. FLEXIBILIDAD

Los sistemas económicos tienen hoy mayor plasticidad para responder a este tipo de eventos. En efecto, la rigidez que imponía el régimen de patrón

en la Sección 2 (sobre disposiciones especiales sobre transferencias de capital, nota del autor) de este artículo, ningún país miembro podrá utilizar los recursos generales del Fondo para hacer frente a una salida considerable o continua de capital, y el Fondo podrá pedir al país miembro que adopte medidas de control para evitar que los recursos generales del Fondo se destinen a tal fin. Si después de haber sido requerido a ese efecto el país miembro no aplicara las medidas de control pertinentes, el Fondo podrá declararlo inhabilitado para utilizar los recursos generales del Fondo". Disponible en <http://www.imf.org/external/pubs/ft/aa/spa/aa06.htm>.

²³ A este respecto ver la documentación disponible en <http://www.imf.org/external/pubs/ft/survey/so/2011/NEW040511B.htm>.

oro imperante en los principales centros financieros y en varios países en desarrollo en los años treinta del siglo XX, impedía a los países realizar ajustes cambiarios para enfrentar los desequilibrios externos. Además, impedía una política monetaria expansiva (necesaria cuando la economía está cayendo en picada), y la ideología económica imperante aconsejaba reducir el gasto público, en lugar de expandirlo. Esta rigidez hizo que la caída durara varios años, y los países acudieran al único instrumento disponible para enfrentar sus desequilibrios internos y externos: la protección comercial. En 2008, la flexibilidad de respuesta permitió moderar la severidad de la crisis.

2.2. COORDINACIÓN INTERNACIONAL

En la Gran Depresión no hubo organización mundial. Sí la hubo en la actualidad y fue lo que evitó que los países adoptaran políticas que si bien individualmente podrían tener sentido, colectivamente conducirían a un desastre internacional.

3. DUCTIBILIDAD DE OMC

En la crisis financiera reciente, en el ámbito de los servicios financieros, el AGCS no actuó como una camisa de fuerza. Los países pudieron responder oportunamente para enfrentar la crisis financiera, rescatando instituciones con problemas, terminando con aquellas que no eran solventes, y manteniendo la liquidez de los sistemas de pagos. Los acuerdos de la OMC no están pensados para crisis globales como la que se vivió recientemente. Fueron imaginados para que estas no ocurriesen, pues son reglas estabilizadoras del sistema internacional. Colaboran con los países cuando estos tienen problemas, de manera individual, pero no están equipados para abordar crisis globales. Por ejemplo, contemplan disciplinas para que cada país aborde de manera individual sus problemas de balanza de pagos o proteja su industria. Sin embargo, una vez que se produce la crisis sistémica, las normas OMC proveen las herramientas para una respuesta colectiva ordenada. Si estas no hubiesen estado disponibles, el sistema internacional se habría visto sobrepasado y probablemente se habría producido un incumplimiento global de obligaciones. En ese sentido, la OMC jugó un exitoso papel de coordinación.

No obstante, la reciente crisis financiera también generó el debate acerca de los efectos distorsionantes y proteccionistas de las medidas de rescate

aplicadas por los países para estabilizar sus economías. Aunque este es un tema complejo, que va más allá de los objetivos de este capítulo. Por ahora se puede constatar que, en todo caso, la respuesta a la crisis estuvo centrada en apoyar instituciones financieras nacionales en desmedro y discriminando en contra de las instituciones extranjeras. Además, se procuró asegurar que los recursos financieros de emergencia fueran apoyar las actividades económicas nacionales. Este es un debate relevante que aún no ha tenido lugar y probablemente tampoco tendrá lugar en el contexto de la actual Ronda Doha²⁴.

VIII. REFLEXIONES FINALES

La liberalización de los servicios financieros –bien conducida– produce resultados positivos. La literatura económica empírica así lo confirma²⁵. Existen, sin embargo, algunas precondiciones para que ello sea efectivo. La liberalización debe estar sustentada en un cuadro macroeconómico estable y sostenible en el tiempo. Vale decir que las variables claves como déficit público, cuentas externas de la balanza de pagos, y deuda interna y externa se mantengan en rangos acordes con los fundamentos de la economía de los países. La liberalización debe ser precedida del establecimiento de un cuadro regulatorio y de supervisión fuerte, en el que los reguladores puedan verificar el cumplimiento de las reglas y apliquen las sanciones en casos de incumplimiento. Estos elementos normalmente estuvieron ausentes en experiencias fracasadas de liberalización.

Esta función de supervisión ha de ser fuerte y permanente. La liberalización debe proceder de la mano con estos prerrequisitos, aunque no es frecuente que ello sea así. El AGCS y el ASF no tienen responsabilidad en asegurar que estas condiciones existan en los Miembros de la OMC, pero sí deben colaborar para que no se debiliten. Aun cuando no hay antecedentes que afirmen que el AGCS y el ASF tuvieron responsabilidad en la reciente crisis financiera –en nuestra opinión no los hay–, su marco reglamentario no impidió que se adoptaran las medidas necesarias para superar la crisis, cumpliendo un papel positivo. A ello ayudó que la crisis se originara en los países desarrollados, que su dimensión financiera estuviera concentrada en

24 Un análisis de estos temas puede encontrarse en EVENETT, HOEKMAN y CATTANEO, *Effective Crisis Response and Openness*, 2009.

25 HADDAD y STEPHANOU, *Financial Services and Preferential Trade Agreements*, 2010.

aquellos y que fuera global. No sabemos cómo hubiese respondido si esta hubiera sido una crisis más localizada, como la crisis asiática de 1997.

Aun con el éxito de la Novena Conferencia Ministerial de Bali, no está claro el futuro de la Ronda Doha. En este ámbito fue concebida para avanzar en la liberalización de los servicios financieros, incorporar mayor número de actividades, eliminar restricciones de acceso a los mercados y medidas discriminatorias, e incluso incorporar ciertas reglas relativas a transparencia en algunas decisiones de los reguladores. Sería también positivo incorporar ciertos principios incluidos en el ESF, como los relativos a trato nacional. Asimismo, parece altamente deseable que la extensa liberalización que ha tenido lugar fuera de la OMC, como resultado de los acuerdos comerciales preferenciales, sea incorporada en nuevos compromisos de sus Miembros. Ello sería una confirmación de la importancia que se le atribuye normalmente a la OMC como foro multilateral de negociaciones²⁶.

Al igual que en el caso del comercio de bienes, en el que la reducción de las barreras al comercio ha concentrado la atención en las barreras no arancelarias, es esperable que a medida que se vayan desmantelando las barreras al comercio de servicios financieros, la atención se concentre en las áreas técnicamente más complejas, como las relativas a medidas cautelares y probablemente prácticas anticompetitivas en los mercados nacionales. Estos avances deberán sustentarse en arreglos internacionales más sofisticados para supervisar y resolver problemas en mercados financieros más globales.

26 HADDAD y STEPHANOU, *Financial Services and Preferential Trade Agreements*, 2010 y MARCHETTI, en: MARCHETTI y ROY, *Opening Markets for Trade in Services*, 2008, pp. 300-339.

IX. ANEXOS

CUADRO A

Nivel de los compromisos de acceso a los mercados en los servicios bancarios y otros servicios financieros, por modos de suministro (porcentaje de compromisos)

SECTOR	MODO I		
	Pleno	Parcial	No consolidado
Aceptación de depósitos y otros fondos reembolsables	28	29	44
Préstamos de todo tipo	25	36	40
Servicios de arrendamiento financiero	25	25	50
Todos los servicios de pagos y transferencias en efectivo	21	30	50
Garantías y compromisos	27	28	46
Transacciones			
Instrumentos del mercado monetario	27	33	40
Divisas	24	33	42
Productos derivados	27	35	38
Instrumentos de los mercados cambiarios y monetarios	25	33	41
Valores transferibles	25	38	37
Otros instrumentos y activos financieros negociables	27	35	38
Participación en emisiones de toda clase de valores	17	27	56
Corretaje de cambios	17	18	64
Administración de activos	16	29	55
Servicios de pago y compensación respecto de activos financieros	14	22	64
Servicios de asesoramiento y otros servicios financieros auxiliares	27	37	37
Suministro y transferencia de información financiera	35	34	32

Fuente: OMC-Doc. S/C/W/312, S/FIN/W/73 del 03.02. 2010.

Notas:

- La suma de los porcentajes puede no ser igual a 100 debido al redondeo de las cifras.
- La base del total es el subsector seleccionado.
- No tiene en cuenta las limitaciones horizontales.

MODO 2			MODO 3			MODO 4		
Pleno	Parcial	No consolidado	Pleno	Parcial	No consolidado	Pleno	Parcial	No consolidado
41	34	26	18	79	3	8	83	9
41	36	24	20	74	6	8	81	11
42	25	34	16	65	19	9	68	23
38	30	33	17	71	12	8	73	19
41	30	30	18	65	17	8	72	20
49	36	15	24	75	1	11	84	5
46	36	18	22	77	1	10	83	6
57	32	12	24	74	2	12	85	3
54	35	11	23	75	2	11	86	3
44	40	16	21	78	1	10	85	5
51	37	13	22	77	2	10	84	6
33	29	39	14	62	24	6	67	27
34	18	48	14	47	40	7	50	43
35	30	35	12	64	24	7	66	27
31	22	47	12	49	40	7	50	43
40	29	32	20	58	22	7	67	26
41	29	31	22	51	27	9	59	32

CUADRO B

Nivel de los compromisos de acceso a los mercados en los servicios de seguros, por modos de suministro (porcentaje de compromisos)

SECTOR	MODO I		
	Pleno	Parcial	No consolidado
Seguros de vida	12	33	56
Seguros distintos de los de vida	12	58	30
MAT	50	20	30
Servicios de reaseguros y retrocesión	41	39	19
Intermediación de seguros	12	32	56
Servicios auxiliares de los seguros	23	32	44

Fuente: OMC-Doc. S/C/W/312, S/FIN/W/73 del 03.02. 2010.

Notas:

- a. La suma de los porcentajes puede no ser igual a 100 debido al redondeo de las cifras.
- b. La base del total es el subsector seleccionado.
- c. No tiene en cuenta las limitaciones horizontales.

MODO 2			MODO 3			MODO 4		
Pleno	Parcial	No consolidado	Pleno	Parcial	No consolidado	Pleno	Parcial	No consolidado
27	31	42	19	80	1	5	88	7
24	52	23	18	80	2	4	88	8
50	27	23						
48	32	19	19	69	12	7	77	16
23	24	53	12	49	38	2	54	44
32	26	41	18	57	25	3	65	32

CAPÍTULO 21

Telecomunicaciones

CATHERINE HINCKLEY

I. INTRODUCCIÓN

En el año 2007, la Organización Mundial de Comercio celebró el décimo aniversario de las negociaciones sobre telecomunicaciones básicas, que concluyeron el 15 de febrero de 1997.

A lo largo de ese período de diez años, el crecimiento en el sector mundial de las telecomunicaciones fue astronómico, tanto en términos de dólares invertidos en infraestructura, como en la proliferación de los servicios disponibles. Hoy en día, los servicios de telecomunicaciones influyen en todos los aspectos de nuestras vidas y han transformado la manera como interactuamos. Ahora podemos comprobar el saldo de nuestras cuentas bancarias utilizando nuestros teléfonos móviles, podemos ver películas en línea en computadoras portátiles, podemos llamar a otros países a precios razonables, podemos revisar las notas escolares de nuestros hijos en línea, descubrir un alma gemela, comprar un coche y encontrar a los amigos perdidos. Los ingresos globales de telecomunicaciones de voz y datos (telefonía fija, móvil, banda ancha y el acceso telefónico a Internet) alcanzarán el año 2017 los 2,7 billones de dólares¹ en comparación con menos de 650 millones de dólares en 1997². Una confluencia de factores ha contribuido al enorme crecimiento de las redes y servicios de telecomunicaciones alrededor del mundo, lo que a su vez ha servido como un motor para el crecimiento económico. El trabajo realizado en la OMC en materia de telecomunicaciones es uno de los factores importantes que preparó el escenario para las inversiones y la innovación que creó las bases necesarias para este rápido crecimiento, lo que estimuló aún más la disponibilidad de nuevos servicios a precios competitivos.

En este capítulo se analizará la historia de la inclusión de servicios de telecomunicaciones en las negociaciones de la OMC y se discutirán los diferentes aspectos del Anexo de Telecomunicaciones³, las Listas de Compromisos Específicos y el Documento de Referencia. También se comentarán las negociaciones futuras en este sector.

1 En español, que equivalen a 2.7 *trillions* en inglés, UIT, ICT Statistics Newslog. Disponible en <http://www.itu.int/ITU-D/ict/newslog/Worldwide+Telecommunications+Industry+Revenue+To+Reach+27+Trillion+By+2017.aspx>.

2 OMC-Doc. S/C/W/74 del 08.12.1998, p. 4.

3 AGCS Anexos XXIX, Anexo sobre Telecomunicaciones.

II. BREVE HISTORIA DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES EN LA OMC

I. GRUPO SOBRE TELECOMUNICACIONES BÁSICAS

Algunos Miembros de la OMC incluyeron compromisos⁴ en materia de telecomunicaciones en sus respectivas obligaciones de la Ronda Uruguay. Sin embargo, estuvieron limitadas a los servicios de valor agregado, es decir, servicios prestados a través de la infraestructura básica de telecomunicaciones, que utilizan las aplicaciones informáticas de procesamiento para transformar y mejorar la información del usuario. Estos servicios incluyeron correo electrónico, correo de voz y acceso en línea a bases de datos, entre otros. Quizás fue fácil para los Miembros adoptar compromisos sobre esos servicios, ya que no representaban una verdadera amenaza para los monopolios tradicionales que regían las redes de telecomunicaciones básicas en ese momento. Más aún, los servicios de valor agregado tenían el potencial de crear nuevos negocios para los operadores tradicionales. Sin embargo, durante la Ronda Uruguay, hubo un claro reconocimiento de que estos compromisos no eran suficientes si no había compromisos adicionales en la infraestructura básica, a través de la cual se entregaban los servicios de valor agregado.

2. GRUPO DE NEGOCIACIÓN SOBRE TELECOMUNICACIONES BÁSICAS

Al final de la Ronda Uruguay, en 1994, se adoptó una Decisión Ministerial⁵ que creó un Grupo de Negociación sobre Telecomunicaciones Básicas (GNTB), cuyo mandato fue negociar

(...) la liberalización progresiva del comercio de redes y servicios de transporte de telecomunicaciones (en lo sucesivo denominado “telecomunicaciones básicas”) en el marco del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios.

4 En la Ronda Uruguay, 48 Listas de Compromisos Específicos consignaron obligaciones en telecomunicaciones, pero casi todos cubrían solo los servicios de valor agregado.

5 Decisión relativa a las negociaciones sobre telecomunicaciones básicas, los resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales: los textos jurídicos 461 (Secretaría del GATT 1994).

La participación en el grupo era voluntaria y abierta a todos los Miembros de la OMC, pero cada uno de ellos estaba obligado a manifestar su intención de participar. Estos fueron: Australia, Austria, Canadá, Chile, Chipre, la Comunidad Europea y sus Estados Miembros, Finlandia, Hong Kong, Hungría, Japón, Corea, México, Nueva Zelanda, Noruega, República Eslovaca, Suecia, Suiza, Turquía y los Estados Unidos. El grupo fue instruido a completar su labor antes de abril de 1996.

Tres acontecimientos⁶ ocurridos durante la Ronda Uruguay establecieron las bases para la inclusión de las telecomunicaciones básicas en las negociaciones de liberalización: (i) la prevalencia de la tecnología digital obligó a los países a volver a examinar el costo de oportunidad de mantener las redes y estructuras de las telecomunicaciones tradicionales; (ii) los países en desarrollo se interesaron en la posibilidad de privatizar sus monopolios estatales de telecomunicaciones como una herramienta de la reforma económica, y (iii) como los países desarrollados ya habían introducido la competencia domésticamente, sus operadores comenzaron a buscar como expandirse en el extranjero, pero encontraron incertidumbre en cuanto a acceso a mercados.

El GNTB comenzó rápidamente a estudiar la manera óptima para que los Miembros pudieran liberalizar sus mercados. En particular, se reconoció que el valor de los compromisos de acceso al mercado se vería disminuido en aquellos lugares donde no estaba establecido un marco regulatorio para promover y proteger la competencia⁷. Aunque se había avanzado en los trabajos, el grupo no logró concluir antes de la fecha límite de abril de 1996, y pidió más tiempo. El GNTB pasó a denominarse Grupo de Trabajo sobre Telecomunicaciones Básicas (GBT), y cambió sus reglas para facilitar la participación de todos los Miembros de la OMC. El nuevo plazo para completar las negociaciones fue el 15 de febrero del 1997.

El GBT concluyó sus negociaciones en esa fecha, concordando un documento que devino en el Cuarto Protocolo del Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS)⁸, que entró en vigor en febrero de 1998. Contenía 55 Listas de Compromisos Específicos (en representación de 69 países, con

6 COWHEY y KLIMENKO, *The WTO Agreement and Telecommunications Policy Reforms*, 2001, pp. 2-3.

7 PRIMO BRAGA, *Liberalizando Telecomunicaciones*, 1997, p. 3.

8 Para un resumen de las Listas de Compromisos Específicos que existían a la conclusión de las negociaciones del GBT, v. SHERMAN, *Federal Communications Law Journal*, 1998, núm. 1, pp. 100-110.

los 15 países de Europa incluidos en una única Lista de Compromisos). Los temas discutidos por los Miembros durante las negociaciones reflejaron el estado de la industria de las telecomunicaciones en ese momento, dominado por el intercambio de tráfico de voz para los servicios de telefonía fija. Aunque también hubo discusión y preocupación por la consignación de compromisos relacionados con los servicios inalámbricos (incluidos los satélites), nadie podría haber imaginado el crecimiento tan explosivo que estos servicios experimentarían, en especial la telefonía móvil.

III. LOS COMPROMISOS DE TELECOMUNICACIONES EN LA OMC

Los servicios de telecomunicaciones están cubiertos en la OMC en tres áreas: (i) el Anexo sobre Telecomunicaciones (en adelante el “Anexo”), documento que forma parte del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) y que es aplicable a todos los Miembros de la OMC, independientemente de si han asumido compromisos específicos en telecomunicaciones; (ii) a través de las Listas de Compromisos Específicos y (iii) el llamado Documento de Referencia.

I. EL ANEXO SOBRE TELECOMUNICACIONES

Antes de la negociación de los compromisos específicos aplicables al suministro de los servicios básicos de telecomunicaciones y de valor agregado, ya había un reconocimiento de que era vital para el crecimiento del comercio internacional el acceso a redes nacionales de telecomunicaciones. Esto fue reconocido en el Anexo. El objetivo principal de este era asegurar que no se negaría el acceso razonable a la red de telecomunicaciones, a cualquier servicio inscrito en una Lista de Compromisos Específicos que requería acceso y/o uso de la red pública de telecomunicaciones. Por ejemplo, la entrega de una transferencia bancaria de un banco a otro. En ese sentido, el Anexo sirve como una “póliza de seguro general” para asegurar acceso a los servicios de la red que fueren necesarios para el suministro de otros servicios⁹.

9 BROCKERS y LAROCHE, en: ALEXANDER y ANDENAS (ed.), *The World Trade Organization and Trade in Services*, 2008, p. 326.

En ese momento, muchos Miembros mantenían monopolios estatales de telecomunicaciones, y algunos iniciaban privatizaciones. Los procesos domésticos para llevar a cabo las privatizaciones incluían a menudo largos periodos de transición antes de la entrada de la competencia. Por lo tanto, estos operadores, independientemente de si eran estatales o privados, podían actuar como guardianes de la infraestructura de telecomunicaciones del país y negar el acceso o cobrar tasas no razonables para obtener acceso. El Anexo sirvió para obligar a los Miembros a asegurar que los operadores existentes no negaran, de manera irrazonable, el acceso a la red que fuera necesario para suministrar un servicio sujeto a un Compromiso Específico.

El Anexo continúa siendo importante y relevante, en particular para los Miembros que no han consignado compromisos específicos sobre telecomunicaciones o que tienen compromisos limitados¹⁰.

El Anexo, además, establece compromisos de transparencia especiales¹¹ para el acceso a los términos y condiciones de acceso a redes públicas de telecomunicaciones, requiriendo que cierta información esté disponible públicamente¹², como por ejemplo:

- Las tarifas y otros términos y condiciones del servicio.
- Las especificaciones de las interfaces técnicas con tales redes y servicios.
- La información sobre las entidades encargadas de elaborar y adoptar normas que afecten dicho acceso y uso.
- Las condiciones impuestas a la conexión de equipo terminal u otro equipo.
- Cualquier requerimiento de notificación, registro o licencia que un Miembro pueda imponer.

10 El anexo también resultó útil para la prestación de servicios básicos de telecomunicaciones. El único Panel de Solución de Controversias que ha tratado un tema de telecomunicaciones (*México – Medidas que afectan a los servicios de telecomunicaciones*) encontró que México no había cumplido con sus obligaciones bajo el artículo 5 (a) del Anexo, ya que no se garantizó el acceso y uso de redes públicas de telecomunicaciones en condiciones razonables para los proveedores de servicios de EE.UU. para el suministro transfronterizo de servicios, basado en infraestructura en México, de los servicios de telecomunicaciones básicas en cuestión en ese caso (*México – Telecomunicaciones*, GE, WT/DS204/R, p. 224).

11 Estos compromisos de transparencia son específicos para las telecomunicaciones y por lo tanto sirven como una mejora de los requisitos generales de transparencia en virtud del artículo III AGCS.

12 Anexo Sobre Telecomunicaciones, artículo 4.

Quizás la disposición más importante del Anexo es el artículo 5, que detalla las condiciones para el acceso y uso de las redes de telecomunicaciones, que garantiza: (i) el acceso razonable y no discriminatorio a cualquier red pública o servicio público ofrecido dentro de sus fronteras o a través de la frontera de otro Miembro; (ii) la capacidad de un suministrador de servicio de adquirir sus propios equipos para la interfaz con las redes; (iii) la interconexión de circuitos privados arrendados con las redes de otros; (iv) el uso de protocolos de operación propios del suministrador de servicios, y (v) el movimiento de información dentro de y a través de las fronteras, incluyendo las comunicaciones internas de una empresa o el acceso a una base de datos almacenada en el territorio de otro Miembro.

El Anexo también permite a los Miembros adoptar medidas para garantizar la seguridad y confidencialidad de los mensajes, siempre y cuando se haga de una manera razonable y no discriminatoria. Asimismo, puede condicionar el acceso y uso para proteger la integridad de la red y asegurar que los proveedores de servicios no ofrezcan servicios que no estén consignados en la Lista de Compromisos Específicos del Miembro en cuestión.

Finalmente, el artículo 5 permite a un país en desarrollo imponer condiciones razonables de acceso y uso de sus redes públicas de telecomunicaciones para fortalecer su infraestructura doméstica con el fin de incrementar su participación en el comercio internacional de los servicios de telecomunicaciones.

El Anexo también incluye disposiciones relativas a la cooperación técnica, y pide que los países adhieran a los estándares internacionales para la compatibilidad e interoperabilidad que se establecen, ya sea por la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) o de otras organizaciones de estandarización¹³.

2. LOS COMPROMISOS ESPECÍFICOS EN ACCESO A MERCADO, TRATO NACIONAL Y COMPROMISOS ADICIONALES

En las negociaciones de telecomunicaciones básicas, los Miembros consignaron sus ofertas para telecomunicaciones en sus Listas de Compromisos

¹³ La Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) es una agencia especializada de las Naciones Unidas que atribuye espectro radioeléctrico global y posiciones orbitales internacionales, y se encarga de desarrollar estándares técnicos para asegurar la interconexión global de las redes.

Específicos bajo Acceso a Mercado, Trato Nacional y Compromisos Adicionales. En este sector, los Compromisos Adicionales por lo general incluyen la adopción del Documento de Referencia, que será detallado más adelante.

La Lista de Clasificación Sectorial de los Servicios del AGCS¹⁴, también conocido como el W120, divide los compromisos de las telecomunicaciones en hasta 15 subsectores (2Ca - 2 Co), con las categorías de a-g (y a veces "o") cubriendo los servicios básicos y categorías h-n (y a veces "o") cubriendo los servicios de valor agregado, y está diseñado para ayudar a los Miembros a consignar sus compromisos de una manera consistente.

W/120

2. Servicios de comunicaciones
- C. Servicios de Telecomunicaciones
 - a. Servicios de telefonía de voz.
 - b. Conmutación de paquetes de transmisión de datos.
 - c. Conmutación de circuitos de transmisión de datos.
 - d. Servicios de télex.
 - e. Servicios de telegrafía.
 - f. Servicios de facsímil.
 - g. Circuitos privados arrendados.
 - h. Correo electrónico.
 - i. Correo de voz.
 - j. Información en línea y bases de datos.
 - k. Intercambio electrónico de datos (EDI).
 - l. Servicios de fax mejorado/valor agregado.
 - m. Conversión de códigos y protocolos.
 - n. Información en línea y/o procesamiento de datos (incluye el procesamiento de transacciones).
 - o. Otro.

Cada una de las categorías de servicios W120 corresponde a una clase en la Lista Provisional de Clasificación Central de Productos de las Naciones Unidas (en adelante, la CPC). Como cuestión de Derecho, los Miembros no están obligados a utilizar ninguna de las dos listas, pero ha sido recomendado

¹⁴ OMC-Doc. MTN/GNS/W/120 del 10.07.1991. Disponible en http://search.wto.org/search?q=cache:zEzt78fHHyIJ:www.wto.org/spanish/tratop_s/serv_s/mtn_gns_w_120_s.doc+w%2F120&access=p&output=xml_no_dtd&ie=ISO-8859-1&client=spanish_frontend&site=Spanish_website&proxystylesheet=spanish_frontend&oe=UTF-8.

utilizar el W120 como base para la clasificación, con la CPC, que constituye una alternativa. Todavía es posible, sin embargo, que un país diseñe su propia clasificación si se ofrece una “definición suficientemente detallada” del servicio¹⁵. Como se mencionó, los servicios básicos de telecomunicaciones son generalmente reconocidos como los que proporcionan el transporte de un servicio, mientras que los servicios de valor agregado pasan por encima de la infraestructura de los servicios básicos, y transforman la información que está siendo transmitida. Obviamente, a lo largo de casi dos décadas que han pasado desde que las negociaciones comenzaron, el sector ha sufrido importantes cambios y la convergencia pone en duda la relevancia de algunas de las categorías de servicios en la W120. Durante la Ronda Doha, hubo cierta discusión sobre la necesidad de revisar las categorías de servicios para asegurarse de que son lo suficientemente flexibles para reflejar de forma correcta los servicios que se prestan, así como la realidad empresarial actual. No cabe duda de que el sector de las telecomunicaciones está en constante evolución, y por lo tanto tiene sentido que los compromisos sean lo suficientemente amplios como para permitir la evolución continua sin la necesidad de estar actualizando la lista de servicios de forma constante. Dicho esto, en la actualidad no hay una iniciativa formal¹⁶ de hacer cambios significativos en la clasificación, ya que no había suficiente apoyo entre los

15 South Centre, *Classification in Services*, p. 2.

16 La Unión Europea trató de obtener apoyo para una nueva definición de los servicios de telecomunicaciones que eliminaría el uso del W120. Combinaría los servicios básicos y los de valor agregado en una sola categoría, que se definió como “todos los servicios consistentes en la transmisión y recepción de señales por cualquier medio electromagnético”. Argumentó que algunas de las categorías de servicios de valor agregado ya estaban incluidas en los compromisos de los Miembros de computadoras y servicios afines (CRS). Estados Unidos no estaba a favor de esta iniciativa, porque consideraba que los servicios de valor agregados son importantes, por sí solos, y que no eran duplicados de los compromisos del CRS. Mientras que Estados Unidos veía valor en aclarar los compromisos de las telecomunicaciones, creía que hacía falta lenguaje para especificar que los servicios de valor agregado fueron también cubiertos. Estados Unidos propuso que se añadiera (en letra cursiva) a la propuesta de la Unión Europea: “todos los servicios consistentes en la transmisión y recepción de señales por cualquier medio electromagnético, sólo o en combinación con la mejora, el almacenamiento, el reenvío, la recuperación o procesamiento añadido a la transmisión y recepción de señales”. Preocupaba a Estados Unidos que la adopción de la propuesta de la Unión Europea podía dar lugar a una disminución en los compromisos actuales y futuros. También podría conducir a los países a imponer obligaciones más onerosas a los proveedores de valor agregado que por lo general eran aplicables únicamente a los proveedores de servicios de telecomunicaciones básicas. Para más información, consulte OMC-Doc. TN/S/W/35, S/CSC/W/45 del 22.02.2005.

Miembros y algunos países lo consideraban como una forma de exigirles más compromisos.

Esta forma de consignar los compromisos se conoce como un enfoque de “lista positiva”. Solo quedan cubiertos los servicios explícitamente señalados en la Lista Específica de Compromisos de un Miembro. Muchos acuerdos comerciales bilaterales utilizan un enfoque de “lista negativa”, caso en el cual todos los servicios están cubiertos, a menos que sean expresamente excluidos por un país en su lista de excepciones. El uso de un enfoque de “lista negativa” quizás hubiera sido más adecuado para un sector dinámico, como las telecomunicaciones, pero por parecer un enfoque demasiado amplio habría sido difícil obtener vasto apoyo en las negociaciones de telecomunicaciones básicas y hubiera puesto en peligro la posibilidad de finalizar las mismas.

Durante las negociaciones del GBT, los Miembros lidiaron con una serie de cuestiones¹⁷ que querían resolver antes de consignar sus compromisos. Un ejemplo fue la forma para hacer frente a los servicios de cobro revertido¹⁸ si las tasas contables¹⁹ eran consideradas “medidas” de los Miembros a los efectos del AGCS. Otro ejemplo de tema complejo fue la necesidad de distinguir entre los subsectores (es decir, internacionales, de larga distancia y servicios locales de voz) y tecnologías (como la telefonía fija vs. inalámbrica). Nuevamente, estas preocupaciones reflejaban el estado de la industria de las telecomunicaciones en ese momento; una industria cuyos ingresos eran vistos como dependientes en gran medida al tráfico de voz. Se trató de orientar a los Miembros para garantizar un cierto nivel de coherencia en las Listas de Compromisos Específicos. Dicha orientación se proporcionó en dos Notas separadas del Jefe del GBT: una sobre las listas de compromisos específicos y otra sobre la asignación de espectro. La nota sobre la consignación de los compromisos específicos²⁰ sugirió que —a menos que se especificara lo contrario— se podría suponer que los servicios básicos de telecomunicaciones consignados por los Miembros

17 SHERMAN, *Federal Communications Law Journal*, 1998, núm. 1, p. 68.

18 Servicios que permiten a los consumidores utilizar un número de teléfono local gratuito para llamar a su país de origen e iniciar una llamada desde allí, como un medio para evitar costosas llamadas internacionales.

19 Tasas contables son las negociadas entre dos operadores de telecomunicaciones sobre una ruta internacional que permite a cada operador recuperar los costos para el uso de su infraestructura al entregar una llamada a uno de sus abonados.

20 OMC-Doc. S/GBT/W/2/Rev.1 del 16.01.1997.

(...) abarcan local, larga distancia e internacionales para el uso público y no público; pueden ser proporcionados utilizando infraestructura o de las instalaciones de la reventa; el servicio puede ser proporcionado a través de cualquier medio de tecnología (por ejemplo, cable, inalámbricos, satélites).

También proporcionó una explicación más detallada de lo que debe entenderse por la categoría de “líneas arrendadas”. La Nota del Jefe del GBT aclaró que el concepto de líneas arrendadas debe entenderse en sentido amplio, para incluir el arrendamiento de cualquier capacidad al por mayor de cualquier red, así como la capacidad de las redes de cable, por satélite o redes inalámbricas.

Uno de los propósitos de esta primera Nota era disuadir que se hicieran compromisos específicos para los servicios móviles de telecomunicaciones. Vale decir, si un Miembro ofrecía los servicios nacionales de voz de larga distancia, se entendía que esos servicios podrían ser entregados en una red de telefonía fija o en una red inalámbrica y, por tanto, no era necesario tomar compromisos específicos para los servicios de telefonía móvil. Sin embargo, dado que los servicios móviles se basan en la asignación de espectro escaso, algunos Miembros estimaban que un intento de limitar el número de licencias inalámbricas (debido a la escasez del espectro) podría ser interpretado como una restricción en el acceso al mercado. Esto fue aclarado mediante una Nota específica para la asignación de espectro del Jefe del GNTB²¹, en la que indicó que las restricciones sobre el espectro no constituían una limitación de acceso a los mercados, siempre y cuando ello se llevara a cabo de manera transparente y no discriminatoria.

A pesar de estos esfuerzos, existe algo de disparidad en la manera como los compromisos específicos de telecomunicaciones fueron consignados, lo que a veces hace difícil comparar los compromisos de los diferentes Miembros. Este problema es más agudo en las Listas donde los Miembros utilizaron sus propias clasificaciones domésticas, cuando estas no son suficientemente claras.

3. LIMITACIONES SOBRE ACCESO A MERCADOS Y TRATO NACIONAL

Antes de mencionar algunas de las limitaciones más comunes sobre acceso a mercados y trato nacional, es importante tener en cuenta que los compromi-

21 OMC-Doc. S/GT/W/3 del 03.02.1997.

sos consignados en la Lista de un Miembro no siempre son representativos de los marcos regulatorios en vigor y pueden ser más estrictos de lo que la práctica o la política en el sector indican. Por ejemplo, un Miembro podría tener un compromiso específico para limitar la inversión directa en un concesionario de telecomunicaciones al 49%, pero de hecho podría permitir a los extranjeros a invertir hasta un 74%. Otro ejemplo sería que en la lista indica que emitirá hasta tres licencias para competir con su operador actual, pero —en la práctica— ya ha permitido el ingreso de cinco nuevos operadores. Los compromisos de la OMC son valiosos incluso cuando son más restrictivos que la práctica actual, pues otorgan una seguridad jurídica básica. En las negociaciones en la Ronda Doha se han centrado en pedir a los Miembros que, como mínimo, consignen su práctica actual en sus Listas.

El AGCS define varios modos de comercio de servicios. Los dos más comunes en el sector de las telecomunicaciones son la oferta de servicios desde el territorio de un Miembro al territorio de otro miembro (servicios transfronterizos conocidos como servicios Modo 1) y por un proveedor de servicios de un Miembro mediante la presencia comercial en el territorio de cualquier otro Miembro (denominado servicios Modo 3)²².

Algunos Miembros han incluido restricciones en los compromisos de acceso a mercado en el Modo 1, al exigir que las empresas que suministran servicios de telecomunicaciones transfronterizos lo hagan a través de un proveedor de servicios local. Hay otros Miembros que no consignan compromisos en el Modo 1, alegando preocupaciones de seguridad nacional, o que inhibirían la imposición de regulaciones nacionales sobre la prestación de los servicios.

En el Modo 3, en el que un proveedor de un Miembro tendría que convertirse en un proveedor de servicio autorizado en el territorio de otro Miembro para poder proveer su servicio, los límites a la inversión extranjera son las restricciones más típicas en las Listas de Compromisos Específicas. Les siguen los requisitos de constituir una persona jurídica específica (por ejemplo, una oficina filial en lugar de una sucursal) o que el inversionista extranjero obtenga un tipo de instrumento jurídico (por ejemplo, una “concesión” que podría llevar a obligaciones más onerosas que una “licencia”, por ejemplo). También se puede solicitar que los inversionistas extranjeros

22 Artículo 1.2. AGCS.

mantengan un cierto nivel de capitalización, lo que puede actuar como una barrera de entrada si el nivel es demasiado alto. Algunos Miembros han establecido limitaciones al número de licencias que pueden ser emitidas, pero podrían hacerlas inoperantes por la aplicación de una “prueba de necesidad económica” muy exigente. Ciertos Miembros han establecido largos períodos de transición para sus monopolios de telecomunicaciones, demorando la entrada de la competencia. Finalmente, otros han consignado “sin consolidar” en la columna del trato nacional, de modo que si bien pueden permitir operadores extranjeros en el mercado, no garantizan que serán tratados como los operadores nacionales.

4. DOCUMENTO DE REFERENCIA SOBRE PRINCIPIOS REGULATORIOS PROCOMPETITIVOS

El Documento de Referencia nació de un reconocimiento por parte de los negociadores de que las obligaciones de acceso a mercado tenían que ir de la mano con cambios regulatorios diseñados para evitar un comportamiento anticompetitivo por parte de los operadores incumbentes (en especial con respecto a la interconexión) y el establecimiento de un marco regulatorio transparente. Fue redactado en términos flexibles, ya que nunca hubo una meta de tratar de imponer un marco regulatorio a todos los Miembros. En un principio, el Documento de Referencia fue concebido solo como una herramienta para los Miembros, pero luego los negociadores vieron el valor que tendría al convertirse en una obligación específica. Después de considerar varias maneras de incorporarlo como compromiso, incluyendo a través de una enmienda al acuerdo GATS (que resultó no ser posible), finalmente decidieron que la manera de volverlo obligatorio era mediante su consignación como compromiso adicional en su Lista de Compromisos Específicos²³.

Es necesario hacer notar, sin embargo, que las obligaciones del Documento de Referencia solo se aplican a los servicios básicos de telecomunicaciones, y que no todos los Miembros han adoptado la misma versión de aquel. Vale decir, es importante revisar el texto del Documento de Referencia que el

23 Puede encontrar una explicación más detallada sobre el origen y desarrollo del Documento de Referencia en SHERMAN, *Federal Communications Law Journal*, 1998, núm. 1, pp. 71-90.

Miembro incluye en su Lista de Compromisos Específicos para conocer los elementos que ha adoptado.

El Documento de Referencia define como “proveedores importantes” a aquellas empresas que tienen la capacidad de afectar materialmente la participación en los servicios de telecomunicaciones básicas como resultado de (i) un control de las instalaciones esenciales y (ii) la utilización de su posición en el mercado²⁴.

Este Documento de Referencia contiene importantes medidas que protegen la competencia. Obliga a los Miembros a asegurarse de que sus proveedores importantes no utilicen subsidios cruzados, por ejemplo, cobrando más por las llamadas internacionales y así cobrar menos por las llamadas locales, con la intención de excluir a competidores. Asimismo, impide el uso de información obtenida de competidores con resultados anticompetitivos; por ejemplo, solicitando información de los clientes para efectos de interconexión, y luego tratando de capturar el negocio de esos clientes. También obliga al proveedor importante a poner a disposición de sus competidores, en forma oportuna, la información técnica sobre sus servicios esenciales de modo que estos últimos puedan ofrecer sus servicios²⁵.

La piedra angular del Documento de Referencia son sus disposiciones sobre la interconexión con los proveedores importantes. Los proveedores importantes suelen tener la base de abonados más grande y los otros proveedores, que compiten por ampliar su base de clientes, dependen en gran medida de las condiciones bajo las cuales sus abonados pueden conectarse (tarifa de interconexión) con los abonados de los proveedores importantes. Se estima que el proveedor importante, en algún momento, gozó de un monopolio y por lo tanto ya ha amortizado la inversión en la red. De ahí que no debería beneficiarse excesivamente de los costos de interconexión que cobra a los proveedores competidores, ni debería negarles la interconexión o proporcionar a sus propias empresas (o afiliadas) la interconexión en condiciones más favorables.

De este modo, el Documento de Referencia establece el concepto de tarifas de interconexión basadas en costos que sean

²⁴ Documento de Referencia, Definiciones.

²⁵ Documento de Referencia, artículo 1.2.

(...) transparentes, razonables, económicamente factibles y que sean lo suficientemente desagregadas para que el proveedor no necesite pagar por componentes o recursos de la red que no se requieran para que el servicio sea suministrado²⁶.

Ello implica que los proveedores importantes deben cobrar tarifas de interconexión para recuperar sus costos e incluir un margen de beneficio razonable, pero no pueden cobrar tarifas de interconexión más altas ni pueden requerir a un proveedor competidor que utilice (y pague por) más elementos de su red de los que realmente necesita para interconectar sus llamadas²⁷.

El Documento de Referencia también incluye disposiciones detalladas en materia de transparencia. Requiere que los procedimientos para la interconexión con un proveedor importante sean puestos a disposición del público, publicando una oferta de interconexión de referencia (OIR) o publicando los acuerdos específicos de interconexión que ha firmado. El Documento de Referencia también requiere que los Miembros aseguren que los proveedores de servicios tengan algún recurso legal ante un órgano nacional independiente para resolver las controversias relativas a las tarifas de interconexión con los proveedores importantes.

Hay un gran debate acerca de lo que constituye una tasa basada en costos. Los proveedores importantes afirman que la tarifa debería ser mayor, y hay mucho desacuerdo sobre qué tipo de modelo económico se puede utilizar con el fin de determinar las tarifas de interconexión²⁸.

En adición a las disposiciones sobre la interconexión con los proveedores importantes, el Documento de Referencia también exige que los Miembros establezcan una autoridad reguladora que actúe con imparcialidad con respecto a todos los participantes del mercado e independiente de cualquier pro-

26 Documento de Referencia, artículo 2.2 (b).

27 La importancia de las disposiciones del Documento de Referencia sobre interconexión basada en costos se afirmó en el Panel México – Medidas que Afectan a los Servicios de Telecomunicaciones. El Panel constató que “México no ha cumplido sus compromisos en virtud del artículo 2.2 (b) de su Documento de Referencia, ya que no garantiza que el proveedor importante proporcione interconexión a tarifas basadas en costos a los proveedores estadounidenses para el suministro transfronterizo de servicios (...)”. El Panel también constató que México no había cumplido con lo dispuesto en el Documento de Referencia sobre la prevención de prácticas anticompetitivas (*México – Telecomunicaciones*, GE, WT/DS204/R, p. 224).

28 Por ejemplo, se puede usar un modelo que utiliza costos incrementales de largo plazo para obtener el costo de interconexión –LRIC, por sus siglas en inglés– o un modelo que utiliza información *proxy*, es decir que calcula el costo de interconexión utilizando datos de referencia, tales como el costo de la interconexión entre empresas afiliadas.

veedor de servicios de telecomunicaciones básicas. Esto es particularmente relevante para los Miembros cuyos gobiernos tienen un interés económico (minoritario o mayoritario) en su proveedor importante.

El Documento de Referencia también establece que los programas de servicio universal (los que están diseñados para ampliar los servicios de telecomunicaciones a las zonas que no son completamente atendidas, normalmente a través de la provisión de un subsidio del gobierno) sean administrados en forma transparente, no discriminatoria, competitivamente neutral y que no sean más onerosos de lo necesario para el tipo de servicio definido por el Miembro²⁹.

Disposiciones adicionales de transparencia del Documento de Referencia requieren que si un Miembro otorga licencias para suministrar un servicio básico de telecomunicaciones, debe hacer públicos los requisitos para las licencias y el tiempo que demora para obtenerlas, así como los términos y condiciones de licencias individuales. Si una licencia es denegada, la razón del rechazo debería ser notificada al solicitante, si ello es solicitado.

Por último, el Documento de Referencia establece que la asignación de recursos escasos (incluyendo espectro, números y derechos de paso) se llevará a cabo “de manera objetiva, oportuna, transparente y no discriminatoria”³⁰.

Aunque muchos Miembros han adoptado el Documento de Referencia como compromiso adicional, algunos han introducido importantes modificaciones y debilitado las disposiciones del mismo. Por lo tanto, es importante revisar el texto del Documento de Referencia, al final de la Lista Específica del Miembro, con el fin de evaluar adecuadamente el nivel de los compromisos asumidos.

V. CONCLUSIONES

Los compromisos sobre telecomunicaciones adoptados por los Miembros de la OMC en las negociaciones sobre telecomunicaciones básicas, han jugado un papel importante en el establecimiento de las condiciones necesarias para una fuerte inversión en el sector a nivel global. Aunque algunos de estos compromisos reflejaban planes de liberalización que ya estaban en marcha en algunos países desarrollados, los Compromisos Específicos –y en parti-

²⁹ Documento de Referencia, artículo 3.

³⁰ Documento de Referencia, artículo 6.

cular el Documento de Referencia— ayudaron a crear la seguridad jurídica necesaria para llevar a cabo las inversiones en otros mercados. Aunque en este momento no está claro cuál será el resultado de la Ronda Doha, continúan los esfuerzos de solicitar que los Miembros expandan sus actuales compromisos específicos en telecomunicaciones con el fin de: (i) lograr la cobertura completa del sector; (ii) adoptar el Documento de Referencia en su totalidad; (iii) reducir la cantidad de limitaciones (incluyendo, por ejemplo, las limitaciones numéricas, los periodos de transición y los límites sobre la inversión extranjera), y (iv) eliminar excepciones al trato de Nación Más Favorecida³¹.

Mediante la utilización de los instrumentos de la OMC como base (el Anexo, el Documento de Referencia y los Compromisos Específicos), algunos Miembros intentan profundizar los compromisos internacionales en telecomunicaciones en la negociación de tratados bilaterales y regionales. Las áreas que han abordado en esos tratados incluyen: (i) *Unbundling*: es la separación de los elementos de la red y requiere que los proveedores importantes alquilen los componentes de su red, independientemente de cualquier servicio de interconexión, para permitir que otros proveedores utilicen partes de la red del proveedor importante para suministrar sus servicios; (ii) “Coubicar”: implica que los proveedores importantes sean obligados a coubicar los equipos de competidores en las oficinas centrales de interconexión de los principales proveedores y (iii) Elección de tecnología: que el gobierno no imponga el uso de una tecnología específica a los proveedores de servicios de telecomunicaciones. Además, en las tratativas plurilaterales o bilaterales se negocian provisiones más detalladas sobre transparencia y se busca fortalecer las capacidades regulatorias, mediante el establecimiento de procesos de consulta pública que den la oportunidad al público de participar en el desarrollo de regulaciones y la toma de decisiones regulatorias.

31 Las excepciones al trato NMF son relativamente pocas en materia de telecomunicaciones. Algunos Miembros consignaron excepciones para los servicios satelitales directo al hogar, donde se estableció una prueba de reciprocidad para el acceso al mercado, y al menos un país tomó una excepción en los servicios fijos por satélite, con un acceso a su mercado también basado en la reciprocidad. Varios Miembros consignaron excepciones del trato NMF respecto a las tasas contables establecidas de manera bilateral, pero esas excepciones en general no han afectado el acceso al mercado y se considera en gran parte innecesario en este momento.

Estos esfuerzos en el foro multilateral, como la OMC y el foro bilateral o regional, asegurarán el crecimiento continuo del importante sector de telecomunicaciones.

TÍTULO V

CAPÍTULO 22

El Acuerdo de los ADPIC

PEDRO ROFFE

I. INTRODUCCIÓN

El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (en adelante el Acuerdo o ADPIC) en OMC no estuvo exenta de controversias, y fue, junto a la agricultura, uno de los temas más conflictivos de la Ronda Uruguay. El Acuerdo recoge en muchos aspectos las pretensiones de aquellos sectores industriales –las industrias cinematográfica, de *software* y químico-farmacéutica– de los Estados Unidos, la UE y Japón, que propiciaron y arrastraron a sus gobiernos a vincular la propiedad intelectual (PI) al nuevo sistema comercial que se perfilaba al inicio de la Ronda Uruguay.

Los países en desarrollo tenían mayor interés en el resto del paquete que en PI, pero, por el compromiso único (*single undertaking*)¹ habría hecho su trabajo. Además, era una forma de atenuar el impacto de medidas unilaterales de retorsión comercial ejercida contra países que no satisfacían estándares considerados superiores de protección a la PI. Lo que nadie vislumbró fue que este exitoso resultado pudiera ser superado a los pocos años, con nuevas iniciativas de tipo bilateral y plurilateral.

El ADPIC estableció de algún modo un sistema que abría las puertas hacia su expansión, en particular al consagrar el principio de los estándares mínimos y de la posibilidad de superar estos estándares según la voluntad de cada Estado Miembro. En otras materias, el Acuerdo incluyó una “agenda incorporada” de negociaciones en temas sobre los cuales no fue posible llegar a claros entendimientos durante la Ronda.

Los estándares mínimos de protección tienen una incidencia mayor en la generación de nuevas políticas sobre PI, rompiendo con la tradición del Convenio de París de 1883 (patentes y marcas), que dejaba a sus Miembros un espacio regulatorio importante. En consecuencia, el Acuerdo ha limitado la tradicional libertad para regular materias vinculadas a las distintas categorías de los derechos de propiedad intelectual (DPI).

Cabe, sí, destacar que el Acuerdo constituye un instrumento “negociado políticamente” con necesarias ambigüedades que, y por consiguiente, deja muchas cuestiones a la interpretación de cada Miembro, transformándose

1 Si no se convenía en el todo no había acuerdo sobre sus distintos componentes.

al mismo tiempo por este solo hecho en un desafío importante para una implementación libre de controversias.

Por lo anterior, el ADPIC ha sido complejo de implementar especialmente en áreas como el sector farmacéutico y agroquímico. En particular en el primero, porque en él convergen normas no solo en materia de patentes sino también de protección a los datos de prueba –información no divulgada– que reflejan un resultado ambiguo en el Acuerdo.

ADPIC no es otro tratado más sobre la PI. Representa una convención mayor en el área de la PI, en particular para los países en desarrollo que se ven obligados a revisar fundamentalmente sus respectivos regímenes nacionales. En este sentido, el Acuerdo ha sido un instrumento potente en materia de cambios legislativos, sin perjuicio de tensiones que se han manifestado en su implementación². El Acuerdo es todavía, en varios aspectos, *work in progress* y varios de los temas incluidos en su “agenda incorporada” no han sido zanjados a más de 15 años de su entrada en vigencia.

Un aspecto que convierte a ADPIC en un instrumento dinámico es que, fruto de sus principios rectores (trato nacional, cláusula de la Nación Más Favorecida y los estándares mínimos de protección y observancia), ha abierto las puertas a impulsar la protección y observancia de esos derechos hacia nuevas fronteras, insospechadas al inicio de la Ronda Uruguay. Testimonio de esto último son los tratados de libre comercio de reciente generación que han revolucionado en muchos aspectos el panorama internacional de la PI³, desarrollos que, como el reciente acuerdo ACTA⁴, no han estado exentos de tensiones y dificultades.

El capítulo aborda en primer lugar el tema de la PI, explicando sus diferentes componentes y su relación con la arquitectura internacional de la que son parte integrante. Seguidamente se explica la relación entre PI y comercio, remontándose a los orígenes de los primeros acuerdos internacionales. En tercer lugar, analizamos la iniciativa de incluir los DPI en la ronda de negociaciones comerciales iniciadas en 1986 y cómo se superan los obstáculos planteados por los países en desarrollo al inicio de las nego-

2 Ver DEERE, *The Implementation Game*, 2009.

3 Ver ROFFE y GENOVESI, Implementación y administración de los capítulos de propiedad intelectual, 2011.

4 ABDEL LATIF, *International Centre for Trade and Sustainable Development – Bridges*, 2010, núm. 4.

ciaciones. Enseguida profundizamos en los grandes pilares del Acuerdo y los distintos estándares de protección que establece ADPIC. De manera separada analizamos la observancia de los DPI, que es lo que lo distingue de otros tratados internacionales sobre la materia. Por último, dedicamos una sección a los problemas relacionados con la implementación y en particular a la salud pública, incluyendo las reclamaciones que ha conocido el sistema de solución de controversias de la OMC.

II. LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y SU RELACIÓN CON EL COMERCIO

Los DPI constituyen un incentivo, expresado por un periodo de tiempo, determinado en cada caso por ley, para la realización de ciertos actos exclusivos relativos principalmente a la producción y comercialización de un bien o servicio sobre el que recae algún derecho. Este incentivo es concedido a innovadores y creadores por la naturaleza de su contribución a la sociedad y destinados a proporcionar los estímulos necesarios para contribuir a la generación y difusión del conocimiento, y al mismo tiempo facilitar la transferencia y difusión de tecnología. Cuando hablamos en su conjunto de los DPI, ellos incorporan diferentes disciplinas como derechos de autor, patentes de invención, modelos de utilidad, marcas, indicaciones geográficas, diseños industriales y circuitos integrados.

El Derecho internacional consagra principios generales sobre aspectos de cooperación y armonización internacional en PI. Las legislaciones nacionales detallan con mayor rigor y precisión las modalidades de protección y uso de esos derechos. Estos instrumentos legales tienden a ser complejos y las consecuencias o impactos económicos, sociales y culturales son diversos y difíciles de cuantificar, lo que ha hecho que su relación directa con el comercio sea controvertida y no lineal.

El Cuadro 1, a continuación, presenta una panorámica de los DPI, indicando para cada categoría de la PI: el objeto protegido y su principal ámbito de aplicación, y los tratados internacionales que se relacionan con esos derechos.

La PI cubre, en consecuencia, distintas categorías de derechos y comprende instrumentos legales e institucionales que protegen las creaciones del intelecto o de objetos vinculados a una actividad creativa. No obstante, no toda la PI está necesariamente relacionada con la creatividad o la innovación. De hecho, en algunos casos se protege principalmente la inversión económica

necesaria para establecer, organizar y facilitar el acceso a determinada información o las características que hacen a un producto de una determinada región, por ejemplo, distinguirse como una indicación geográfica.

CUADRO I
LA PI EN SU CONJUNTO

PRINCIPALES CATEGORÍAS DE DERECHO	OBJETO PROTEGIDO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN	ARQUITECTURA INTERNACIONAL: TRATADOS RELEVANTES
Derecho de autor	Obras originales: producciones artísticas en general, compilaciones de datos, <i>software</i> .	Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas -1886- (Convenio de Berna), Tratado de la OMPI sobre el Derecho de Autor -1996- (WCT), ADPIC -1994-.
Derechos conexos	Artistas intérpretes y ejecutantes, productores de fonogramas.	Convenio de Ginebra para la Protección de los Productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas -1971- (Fonogramas); Convención de Roma para la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión -1961, (Convención de Roma); ADPIC, Convenio de Bruselas sobre la distribución de señales portadoras de programas transmitidas por satélite -1974-; (Convenio de Bruselas); Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas -1996- (WPPT).
Derechos conexos	Organismos de radiodifusión.	ADPIC.
Patentes	Inventiones novedosas, con altura inventiva y susceptibles de aplicación industrial.	Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial -1883- (Convenio de París); Tratado de Budapest sobre el Reconocimiento Internacional del Depósito de Microorganismos a los fines del Procedimiento en Materia de Patentes -1977- (Tratado de Budapest); Tratado sobre el Derecho de Patentes -2000- (PLT); Arreglo de Estrasburgo relativo a la Clasificación Internacional de Patentes -1971- (Arreglo de Estrasburgo), y Tratado de Cooperación en materia de Patentes -1970- (PCT), ADPIC.
Modelos de utilidad	Inventiones menores, incrementales, con menor actividad inventiva.	Convenio de París.
Dibujos y diseños industriales	Combinación de líneas o colores incorporadas a un objeto sin ser utilitarios sino que ornamentales.	Convenio de París, Arreglo de Locarno que establece una Clasificación Internacional para los Dibujos y Modelos Industriales -1968- (Arreglo de Locarno); Arreglo de la Haya relativo al Depósito Internacional de Dibujos y Modelos Industriales - 1934 y 1960- (Arreglo de La Haya), ADPIC.

PRINCIPALES CATEGORÍAS DE DERECHO	OBJETO PROTEGIDO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN	ARQUITECTURA INTERNACIONAL: TRATADOS RELEVANTES
Marcas	Signos distintivos de bienes o servicios de una empresa que permite distinguirlos de los de otra. En algunas legislaciones, objetos tridimensionales, los sonidos y los olores.	Convenio de París, Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas –1891– (Arreglo de Madrid) y Protocolo concerniente al Arreglo de Madrid relativo al Registro Internacional de Marcas –1989– (Protocolo de Madrid); Tratado sobre el Derecho de Marcas –1994– (TLT); Arreglo de Niza relativo a la Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el Registro de Marcas –1957– (Arreglo de Niza); Arreglo de Viena por el que se establece una Clasificación Internacional de los elementos figurativos de las marcas –1973– (Arreglo de Viena); Tratado de Nairobi sobre la Protección del Símbolo Olímpico –1981– (Tratado de Nairobi); Tratado de Singapur sobre el Derecho de Marcas –2006– y ADPIC.
Circuitos integrados	Diseños de trazados de las topografías de circuitos integrados.	Tratado de la OMPI sobre la Propiedad Intelectual respecto de los Circuitos Integrados (IPIC) suscrito en Washington, D.C., en mayo de 1989, ADPIC.
Indicaciones geográficas, indicaciones de procedencia, denominaciones de origen o denominaciones geográficas	Expresiones que identifican productos de una zona o territorio debido a una característica geográfica, humana o de clima.	Convenio de París, Arreglo de Lisboa relativo a la Protección de las Denominaciones de Origen y su Registro Internacional –1958– (Arreglo de Lisboa); Arreglo de Madrid relativo a la Represión de las Indicaciones de Procedencia Falsas o Engañosas en los Productos –1891– ADPIC.
Información no divulgada	Información secreta, que tenga valor comercial por ser secreta y que haya sido objeto de medidas para mantener el secreto.	ADPIC.
Obtenciones o variedades vegetales	Unidades vegetales que presentan características fisiológicas y morfológicas propias.	UPOV Acta de 1978, UPOV Acta de 1991, ADPIC.
Protección contra la competencia desleal	Todo acto contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial.	Convenio de París, ADPIC.

III. LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y LA PROPIEDAD INDUSTRIAL

La propiedad intelectual comprende dos grandes ramas. Incluye el derecho de autor y los derechos conexos que amparan tanto las creaciones en los ámbitos literarios y artísticos, como los derechos de los artistas, intérpretes

o ejecutantes, los productores de fonogramas, y los organismos de radiodifusión. Por otra parte, la propiedad industrial protege las invenciones (patentes y modelos de utilidad), los signos distintivos (marcas), las indicaciones de procedencia (indicaciones geográficas y denominaciones de origen), los dibujos y diseños industriales, las variedades vegetales, así como la protección de la competencia desleal y la información no divulgada.

Ambas ramas no solo cubren objetos de protección diferentes, sino que también lo hacen de una manera y con una duración diferente. Mientras el derecho de autor protege, en principio, las obras literarias y artísticas por el solo hecho de su creación, la protección que brinda la propiedad industrial requiere, normalmente, que la autoridad pública verifique la existencia de determinados requisitos –formales y/o sustantivos– para otorgar una protección. En cuanto a la duración de la protección, si bien es cierto que en ambos casos existe habitualmente una protección temporal, el derecho de autor protege la obra –en el caso de personas naturales– durante toda la vida del autor y hasta un determinado número de años después de su muerte, en tanto que la duración mínima otorgada por la propiedad industrial puede variar entre 7 y 20 años, pudiendo renovarse indefinidamente en el caso de las marcas.

Los DPI otorgan al objeto protegido una restricción importante de movilidad, apropiación, utilización, aprovechamiento económico y, por consiguiente, de la posibilidad de ser transada en el mercado. El titular goza de un derecho en virtud del cual puede legalmente excluir a terceros del uso de un bien o servicio, protegido por alguna de sus categorías. Ello, sin embargo, tiene no solo la referida limitación temporal sino que además tiene una limitación territorial. La protección otorgada a un titular de un DPI queda generalmente confinada a aquellos Estados o territorios donde se ha solicitado la protección, especialmente en el caso de la propiedad industrial.

A fin de paliar los efectos del carácter territorial, la PI en sus diferentes componentes ha sido objeto de arreglos multilaterales, desde fines del siglo XIX. El Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 1883 (Convenio de París) y el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1886 (Convenio de Berna) se distinguen por su importancia y alcance geográfico. Ambos convenios no solo siguen vigentes, sino que sus principales disposiciones han sido incorporadas en el ADPIC.

La necesidad de internacionalizar y de armonizar la PI se vincula con la expansión del comercio de bienes y servicios que hacen sentir la necesidad

de que aquellos bienes que se sustentan en DPI en un territorio determinado, no pierdan ese carácter cuando son exportados a terceros países.

El desarrollo de nuevas tecnologías y las tendencias de expansión de los DPI han hecho que la distinción tradicional entre propiedad intelectual propiamente tal y propiedad industrial sea cada vez más tenue. La PI en su conjunto cubre hoy un número creciente actividades económicas. Desde esta perspectiva, en general, todas las esferas del comercio desde la agricultura hasta las tecnologías más sofisticadas, incluyendo la producción de medicamentos, microelectrónica, la entretención, tienen alguna vinculación con la PI (ver Cuadro 1).

Pero más allá de su relevancia para el comercio internacional, la PI afecta importantes facetas de la vida diaria de un ciudadano común.

IV. DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL Y EL COMERCIO INTERNACIONAL

Como veremos a continuación, ADPIC pareciera haber resuelto de modo formal la relación entre la PI y el comercio internacional, cuestión que fue particularmente conflictiva en los albores del sistema moderno de cooperación internacional, en especial en el caso de las patentes de invención. En efecto, durante el primer intento de negociar un tratado internacional a fines del siglo XIX, Europa, que había introducido los primeros esquemas de protección sobre patentes, se debatía entre aquellos que abogaban por un sistema de protección exclusiva y aquellos que estimaban que las patentes no eran compatibles con un sistema de comercio abierto. Estos últimos argumentaban, entre otros, que las patentes eran equivalentes a obstáculos al comercio. Estados Unidos fue el gran promotor del primer acuerdo multilateral sobre la propiedad industrial acordado, en 1883 en el llamado Convenio de París. A fin de superar la resistencia de los detractores del sistema de patente, el Convenio se erige alrededor del principio, conocido como el compromiso histórico⁵, según el cual cada país posee la libertad de condicionar el reconocimiento de las patentes a la explotación local de la invención, que era una preocupación de aquellos que veían con riesgo que las patentes extranjeras no contribuyesen al desarrollo industrial y a la transferencia de tecnología.

5 Ver MACHLUP, *The Journal of Economic History*, 1950, núm. 1; MACHLUP, *An Economic Review of the Patent System*, 1958, pp. 1-29.

El incipiente sistema de cooperación internacional fue reforzado con la adopción, en materia de derecho de autor, del Tratado de Berna de 1886. Contraria a la Convención de París, la iniciativa respondía principalmente a la tradición continental europea en el tratamiento de los autores y el respeto de sus derechos morales. No fue sino hasta 1989, durante las negociaciones de la Ronda Uruguay, que Estados Unidos adhirió a la Convención de Berna.

La PI se expandió durante el siglo XX a áreas más específicas, como diseños industriales, indicaciones geográficas, protección de artistas y ejecutantes, productores, fonogramas, radiodifusión, teledifusión y sobre todo en acuerdos de facilitación de la protección en terceros países, tales como el Tratado de Washington sobre Cooperación en Materia de Patentes.

V. GATT 1947 Y LA PROPIEDAD INTELECTUAL

El objetivo principal del GATT 1947 es el de obligar a las partes a

(...) la reducción substancial de los aranceles aduaneros y de las demás barreras comerciales, así como la eliminación del trato discriminatorio en materia de comercio internacional.

GATT 1947 contiene disposiciones que hacen una referencia marginal a la PI aludiendo a que ella no era una disciplina directamente vinculada con el comercio⁶. Ello de algún modo se ve confirmado en el artículo XX(d) GATT (excepciones generales), que establece que ninguna disposición será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas necesarias para lograr la observancia de las leyes y de los reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del Acuerdo, tales como

(...) las leyes y reglamentos relativos a la protección de patentes, marcas de fábrica y derechos de autor y de reproducción, y a la prevención de prácticas que puedan inducir a error.

6 Por ejemplo, el artículo IX se refiere a Marcas de Origen; tanto el artículo XII sobre Restricciones para proteger la balanza de pagos como el artículo XVIII sobre Ayuda del Estado para favorecer el desarrollo económico, señalan que las Partes no pueden aplicar restricciones que impidan el cumplimiento de procedimientos de patentes, marcas derechos de autor o procedimientos similares.

Una de las controversias más notables alrededor de la PI⁷ fue el caso planteado por la CEE relativo a la aplicación del artículo 337 de la Ley Arancelaria estadounidense de 1930 y su consistencia con el principio del trato nacional, a la luz de la norma sobre excepciones⁸. Según el Grupo Especial (argumento CE),

La petición de celebración de consultas se hizo a resultas del examen de un caso concreto en que, para hacer respetar derechos de propiedad intelectual privados, se había aplicado un procedimiento separado y distinto a mercancías importadas, exclusivamente por no ser éstas de origen estadounidense. Para la CE las diferentes normas aplicables en virtud del artículo 337 conllevan una denegación del trato nacional definido en el artículo III del Acuerdo General que no cae dentro de lo dispuesto en el párrafo d) del artículo XX del Acuerdo General. La CE considera por tanto que hay anulación y menoscabo de sus ventajas resultantes del Acuerdo General a consecuencia de la aplicación de las disposiciones del artículo 337⁹.

El Grupo Especial llegó a la conclusión de que precisamente las disposiciones de la Ley Arancelaria de 1939 eran contrarias al principio del trato nacional. Las principales conclusiones del Panel se resumen en el Cuadro 2 que, entre otros, clarifica las condiciones para aplicar en el caso de las excepciones previstas en el artículo XX (d) GATT.

CUADRO 2⁽¹⁰⁾

El Grupo Especial estimó que el artículo 337 daba a los productos importados que “infringen una patente estadounidense un trato menos favorable que el concedido en el procedimiento seguido por los tribunales federales de distrito a los productos similares de origen estadounidense”¹¹. El Grupo Especial examinó además si esa incompatibilidad con el principio del trato nacional puede justificarse en virtud del apartado d) del artículo XX GATT. Estimó que el contenido del artículo 337 era incompatible con el párrafo 4 del artículo III GATT, y que no se cumplen las condiciones especificadas en el párrafo d) del artículo XX GATT para que puedan justificarse medidas que sin esa justificación serían incompatibles con el GATT. Esas condiciones, según el Panel, son las siguientes:

7 Ver FRENKEL, *Virginia Journal of International Law*, 2006, pp. 365-431.

8 Estados Unidos – Artículo 337 de la Ley Arancelaria de 1930, GE-GATT, BISD 36S/345.

9 *Estados Unidos – Artículo 337 de la Ley Arancelaria de 1930*, GE-GATT, BISD 36S/345, párr. 1.3.

10 Estados Unidos – Artículo 337 de la Ley Arancelaria de 1930, GE-GATT, BISD 36S/345.

11 Ídem, párr. 5.20.

- Que las “leyes y reglamentos” cuyo cumplimiento se desea asegurar “no sean incompatibles” con el Acuerdo General;
- Que las medidas sean “necesarias para lograr la observancia” de esas leyes o reglamentos;
- Que las medidas “no se apliquen (...) en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional”¹².

VI. INCORPORACIÓN FORMAL DE LA PI AL SISTEMA COMERCIAL INTERNACIONAL

Como consecuencia del proceso de descolonización y aires de reforma en varios países en desarrollo, un fuerte movimiento de reconsideración de la PI se inició a fines de la década de los sesenta. Ello gatilló demandas de revisión de los convenios de Berna y París a fin de acomodar las pretensiones e intereses de los países emergentes. Este movimiento generó una contrarreacción, particularmente en aquellos sectores industriales más sensibles y dependientes de la protección de la PI y de manera muy especial de sectores que no se encontraban plenamente incorporados al sistema, como el farmacéutico. Se consideró que era el momento de ir hacia la renovación del sistema multilateral a fin de atacar los vacíos más notorios, adaptar el sistema a los nuevos cambios tecnológicos e incluir mecanismos de observancia no cubiertos hasta la fecha.

La última iniciativa se encontraba influida por cambios legislativos introducidos en los Estados Unidos. Con la Ley de Comercio de 1974, se incorporó la noción de la vinculación entre protección a la PI y el comercio internacional. Los cambios más trascendentales coinciden con la administración del presidente Reagan, cuando la protección a la PI fue objeto de reexamen y reconsideración. Las leyes de comercio fueron reforzadas y el vínculo entre protección a los intereses norteamericanos expresados en DPI y el acceso a los mercados se hizo más estrecho con la adopción,

¹² Estados Unidos – Artículo 337 de la Ley Arancelaria de 1930, GE-GATT, BISD 36S/345, párr. 6.1.

entre otros, de la sección 301 y súper 301 de la Ley de Comercio. Obligó al Representante de Comercio (USTR) a llevar a cabo un seguimiento de aquellos países que no protegían de manera adecuada los DPI de las empresas norteamericanas¹³. Se introdujo un serie de medidas a efectos de reforzar y hacer más operativa la hasta entonces tenue relación entre protección a la PI y el comercio internacional. Por otro lado, las medidas unilaterales fueron estimadas insuficientes para asegurar su observancia, lo que hizo necesario elevar el nivel de protección al rango multilateral¹⁴. A estos efectos se privilegió como foro de negociación al GATT, al argumentar que el organismo especializado de Naciones Unidas, la OMPI, no disponía de instrumentos adecuados para hacer cumplir y sancionar de modo efectivo a los trasgresores de la PI.

Otro antecedente en los intentos de introducir la PI en la futura OMC fue la iniciativa de un tratado complementario a la Convención de París. Promovido en 1983 por la Secretaría de la OMPI, pretendía profundizar en la armonización internacional del sistema de patentes. Este último proceso culminó en una fallida Conferencia Diplomática en La Haya (fines de 1991). Este último tratado incorporaba varios de los elementos rescatados después por el ADPIC. Contribuyó al fracaso la gran oposición manifestada por los países en desarrollo, que vieron con sospechas este intento de negociar un nuevo tratado a costa de la inconclusa sexta revisión del Convenio de París promovida por estos países¹⁵.

Esta incorporación de la PI en la Ronda Uruguay fue liderada por un grupo de países desarrollados, empujados por sectores industriales de alta dependencia en disciplinas de la PI (sectores afines a la industria químico-farmacéutica y a la de la entretención) que consideraban que el proceso de armonización conducido en OMPI enfrentaba duros obstáculos. Estados

13 Ver SELL, *Private Power, Public Law*, 2003.

14 Se aducía, igualmente, reforzando la idea del nexo IP-comercio internacional, que la balanza de pagos sufría por la competencia de empresas, particularmente provenientes de economías emergentes, que gracias a legislaciones no lo suficientemente respetuosas de los DPI, harían uso indiscriminado, en la producción de bienes y servicios, de intangibles de empresas norteamericanas. A fin de fundamentar tal pretensión se presentaron informes originados en las empresas afectadas, exhibiendo datos estadísticos que aludían a pérdidas importantes sufridas por la economía norteamericana como resultado de la piratería comercial y el uso indebido e indiscriminado de productos tecnológicos americanos. Ver ROFFE, en: WOLFRUM (ed.), *Law of the Sea at the Crossroads*, 1991, pp. 285-314.

15 ROFFE y VEA, en: NETANEL, (ed.), *The Development Agenda*, 2009, pp. 79-109.

Unidos y los grupos industriales aludidos jugaron desde los inicios un papel decisivo, al abogar por la incorporación de la PI en la nueva Ronda. Cabe notar que en la Ronda Tokio, Estados Unidos había ya sugerido la idea de adoptar un Código Antifalsificación, que finalmente no prosperó.

Desde la perspectiva de Estados Unidos, una inadecuada protección planteaba serias y crecientes amenazas al comercio internacional. Los puntos de vista originales de los Estados Unidos no fueron plenamente compartidos en su momento por todos los países desarrollados, en particular por las CE, que en esa época no gozaban de una posición común en la materia y que estimaban muy ambiciosa la idea de ir más allá de medidas contra la falsificación de mercancías. Un grupo importante de grandes corporaciones multinacionales desempeñó un papel importante en la formulación de los primeros proyectos de lo que sería el futuro ADPIC¹⁶ y movilizó a sus similares de las CE y de Japón en favor de las propuestas sobre la incorporación plena de la PI en el GATT¹⁷.

Esta visión expansiva de la PI fue fuertemente resistida por los países en desarrollo, liderados principalmente por Brasil e India, que sostenían que la protección de la PI no constituía una cuestión propia del GATT y no debía ser parte de la agenda de negociaciones comerciales. De algún modo esta posición se encuentra reflejada en la propuesta sometida conjuntamente por nueve países (Argentina, Cuba, Egipto, India, Nicaragua, Nigeria, Perú, Tanzania y Yugoslavia)¹⁸, donde no se incluía a la PI como materia de negociación de la Ronda.

Durante los primeros tres años de la negociación, los países en desarrollo se opusieron a la incorporación de disposiciones sustantivas sobre la protección y observancia de los DPI. La resistencia fue superada por una combinación de concesiones ofrecidas por los países desarrollados en materias como agricultura y textiles y por las amenazas de sanciones comerciales unilaterales, producto de la batería de disposiciones legales de los Estados Unidos. Precisamente la eventualidad de un acuerdo sobre la materia tenía como subentendido que las acciones unilaterales no tendrían lugar en un nuevo marco internacional de relaciones comerciales en las que la PI sería uno de sus pilares.

16 Ver SELL, *Private Power, Public Law*, 2003.

17 Ver *Basic Framework of GATT Provisions on Intellectual Property*, 1988.

18 Ver GATT, Doc. PREP.COM(86)W/41/Rev.1 del 16.07.1986.

Las negociaciones se iniciaron en el Grupo de Negociación sobre Aspectos Comerciales relacionados con la PI, incluyendo la falsificación de mercancías. El mandato original bajo los términos de la Declaración de Punta del Este de 1986 establecía que las negociaciones deberían tener por propósito desarrollar un marco multilateral de principios, reglas y disciplinas en el tema de la falsificación de mercancías. Este mandato original fue expandido en la llamada revisión de medio mandato (diciembre de 1988 y abril de 1989). En esa oportunidad, los Ministros acordaron expandir el mandato a:

- La aplicabilidad de los principios claves de GATT y de las convenciones relevantes sobre PI.
- Disposiciones sobre estándares adecuados sobre la disponibilidad, ámbito y uso de los DPI.
- Disposiciones sobre medidas adecuadas sobre observancia de los DPI.
- Disposiciones sobre procedimiento para la prevención y solución de controversias.

Los Ministros acordaron también dar debida consideración en las negociaciones a las preocupaciones de los Miembros relativas a las opciones de políticas públicas de los sistemas nacionales de PI, incluyendo cuestiones relativas al desarrollo en general y de desarrollo tecnológico en especial.

El Borrador Anell, preparado por el Presidente del Grupo de Negociación (fines de 1989), fue el primer intento de cubrir en un solo texto todas las propuestas hechas hasta esa fecha, ampliando el ámbito de las negociaciones sobre PI más allá de la simple falsificación de mercancías e insinuando los contornos del futuro acuerdo. Este instrumento inicial fue reemplazado por el llamado Borrador de Bruselas (1990) y finalmente por el Texto Dunkel (1991) el que con menores alteraciones fue adoptado personificando el ADPIC que hoy conocemos¹⁹.

El Acuerdo entró en vigor el 1º de enero de 1995, estableciendo a este respecto modalidades especiales de entrada en vigencia e implementación para los países en desarrollo y países menos adelantados.

19 Para mayores detalles, v. GATT-Doc. MTN.TNC/11 del 24.04.1989; GATT-Doc. MTN.GNG/NG11/W/76 del 23.07.1990. Ver igualmente una historia detallada de ADPIC en UNCTAD-ICTSD, *Resource Book*, 2005.

VII. ADPIC Y SU DIFERENCIA CON EL RÉGIMEN INTERNACIONAL PRE-OMC

ADPIC constituye un hito en el desarrollo del Derecho internacional de la PI:

- Establece un esquema de armonización basado en estándares mínimos de protección consolidados en un mismo instrumento internacional, exhaustivo, cubriendo la mayoría de las disciplinas de la PI que los tratados anteriores consideraban separadamente.
- Constituye un eslabón importante de armonización. Dichos estándares mínimos se aplican a todos los países, cualquiera sea su nivel de desarrollo.
- En patentes consagra, contrariamente a la norma internacional vigente, que no puede discriminarse por sector tecnológico y que las patentes deben protegerse tanto productos como procesos.
- Incorpora todos los grandes tratados internacionales, tales como los Convenios de París y Berna.
- Vincula los DPI al comercio. Ello implica extender a la PI principios del sistema comercial internacional, como el trato nacional y el de la Nación Más Favorecida. Igualmente, deberían aplicarse a la PI las normas de GATT 1947, propio del comercio de mercancías, los casos de reclamación sin infracción²⁰.
- Establece por primera vez un sistema estricto de observancia de los DPI.
- ADPIC legitima la sanción comercial para países que no cumplan con los estándares mínimos de protección, incluyendo la retorsión cruzada (sanciones comerciales por infracciones en bienes o servicios, en otras áreas tales como la PI o viceversa).

En suma, el ADPIC es un acuerdo comprehensivo, ambicioso, que reúne en un mismo instrumento disposiciones generales, estándares mínimos de protección para las distintas categorías de derechos, normas sobre observancia, prevención y solución de controversias y aspectos institucionales.

²⁰ Ver artículo 64.2 ADPIC y UNCTAD-ICTSD, *Resource Book*, 2005, p 681. Ver también, Sección VIII, infra.

CUADRO 3
ASPECTOS DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL
RELACIONADOS CON EL COMERCIO

Parte I.	Disposiciones generales y principios básicos.
Parte II.	Normas relativas a la existencia, alcance y ejercicio de los derechos de propiedad intelectual. <ol style="list-style-type: none"> 1. Derecho de autor y derechos conexos. 2. Marcas de fábrica o de comercio. 3. Indicaciones geográficas. 4. Dibujos y modelos industriales. 5. Patentes. 6. Esquemas de trazado (topografías) de los circuitos integrados 7. Protección de la información no divulgada. 8. Control de las prácticas anticompetitivas en las licencias contractuales.
Parte III.	Observancia de los derechos de propiedad intelectual. <ol style="list-style-type: none"> 1. Obligaciones generales. 2. Procedimientos y recursos civiles y administrativos. 3. Medidas provisionales. 4. Prescripciones especiales relacionadas con las medidas en frontera. 5. Procedimientos penales.
Parte IV.	Adquisición y mantenimiento de los derechos de propiedad intelectual y procedimientos contradictorios relacionados.
Parte V.	Prevención y solución de diferencias.
Parte VI.	Disposiciones transitorias.
Parte VII.	Disposiciones institucionales; Disposiciones finales.

VIII. LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL ADPIC

ADPIC incorpora al nuevo régimen de la OMC las convenciones clásicas sobre PI, dotándolas de una fuerza mayor al someterlas al nuevo sistema de solución de diferencias de OMC. Dispone de un capítulo especial sobre observancia y cumplimiento, lo que era ajeno a los sistemas precedentes. Ello refuerza el sistema internacional de modo considerable. Vale decir, a partir de ADPIC no basta un sistema normativo con las diferentes disciplinas de la PI, sino que este debe incluir

(...) medios eficaces y apropiados para hacer respetar los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, tomando en consideración las diferencias entre los sistemas jurídicos nacionales (Preámbulo del Acuerdo de los ADPIC).

Uno de los objetivos del ADPIC, tal como lo enuncia su Preámbulo, es reducir precisamente

(...) las distorsiones del comercio internacional y los obstáculos al mismo.

Así, el ADPIC contiene una serie de mecanismos para fomentar una protección adecuada y eficaz de los DPI para que no se conviertan, a su vez, en obstáculos al comercio legítimo.

La primera parte del ADPIC (ver Cuadro 3) establece las disposiciones generales y los principios sobre las distintas disciplinas cubiertas por el Acuerdo²¹. Entre los primeros están los estándares mínimos; el trato nacional (TN); la cláusula de la Nación Más Favorecida (NMF); la libertad en el método para implementar el Acuerdo, y los principios y objetivos generales, a saber:

I. ESTÁNDARES MÍNIMOS DE PROTECCIÓN

En virtud del artículo 1.1 ADPIC²², sin estar obligados a ello, los Miembros de la OMC pueden prever en su legislación una protección más amplia que la exigida por el Acuerdo, a condición de que no infrinja las disposiciones del mismo. Vale decir, consagra, por un lado, que los países Miembros no pueden sustraerse de las obligaciones básicas que establece ADPIC pero, por

21 Según el artículo 1.2 del Acuerdo, la expresión “propiedad intelectual” abarca todas las categorías de derechos referidas en las secciones 1 a 7 de la Parte II, que incluye: el derecho de autor y los derechos conexos, las marcas de comercio, las indicaciones geográficas, los diseños industriales, las patentes, los circuitos integrados y la información no divulgada. En el caso *Estados Unidos – Artículo 211 de la Ley de Asignaciones* el Órgano de Apelación concluyó que el ámbito de cobertura del Acuerdo no se limitaba únicamente a los encabezados de cada sección sino que era necesario tener presente las referencias cruzadas a otros tratados tales como el Convenio de París (OA, WT/DS176/AB/R).

22 El artículo 1.1 ADPIC prescribe: “Los Miembros aplicarán las disposiciones del presente Acuerdo. Los Miembros podrán prever en su legislación, aunque no estarán obligados a ello, una protección más amplia que la exigida por el presente Acuerdo, a condición de que tal protección no infrinja las disposiciones del mismo. Los Miembros podrán establecer libremente el método adecuado para aplicar las disposiciones del presente Acuerdo en el marco de su propio sistema y práctica jurídicos”.

el otro, reconoce que se pueden establecer estándares superiores sujeto a la limitación de que los mayores estándares no infrinjan las disposiciones del propio Acuerdo²³.

Cabe enfatizar que no todas las disposiciones del Acuerdo están redactadas de modo imperativo; hay varias que no tienen un carácter estrictamente vinculante. Ello conlleva a que, en la implementación de estos estándares mínimos, los Miembros tienen opciones dependiendo de la interpretación que se haga del Acuerdo. Por ejemplo, en materia de licencias obligatorias, los Miembros deben ajustarse a las modalidades claramente establecidas en el Acuerdo (artículo 31); por el contrario, con respecto a importaciones paralelas, los Miembros tienen la opción de aplicar el régimen que mejor responda a sus intereses (artículo 6 ADPIC)²⁴.

2. LOS PRINCIPIOS DEL TRATO NACIÓN Y NACIÓN MÁS FAVORECIDA

Se ven reforzados en el ADPIC, pero el de NMF es nuevo en el sistema de la PI. El de TN se expresa en el trato no menos favorable a que el que se otorgue a los propios nacionales con respecto a la existencia, adquisición, alcance, mantenimiento, ejercicio y observancia de los DPI.

El TN ha sido un principio convencional tradicional en los tratados multilaterales sobre PI administrados por la OMPI, como lo son el Convenio de París y el Convenio de Berna. Sin embargo, en el ADPIC se buscó una redacción un poco diferente a aquella contenida en el Convenio de París; por ejemplo, con el objeto de dar cabida a acuerdos que reconocieran mayores derechos a los extranjeros que a los nacionales, en perfecta armonía con el principio de los estándares mínimos. Esto de algún modo representa la importación al régimen de la PI de uno de los pilares —junto al principio de la NMF— del sistema comercial internacional²⁵. Este principio se perfilaba de

23 Ver KUR and GROSSE RUSE KHAN, en: KUR y LEVIN (ed.), *Intellectual Property Rights in a Fair World Trade System*, 2011, pp. 359-407.

24 El ADPIC no establece normas sobre el agotamiento de los derechos de propiedad intelectual, y se limita a señalar que para los efectos de la solución de diferencias, salvo en cuanto atañe al TN y a la NMF, no se hará uso de ninguna de sus disposiciones en relación con la cuestión del agotamiento de los DPI (artículo 6).

25 Ver *Estados Unidos – Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, OA, WT/DS176/AB/R y discusión *infra* sobre el caso.

modo diferente en el Convenio de París, que consagraba que nacionales de los demás países de la Unión de París gozarían de “los mismos derechos” que sus nacionales²⁶.

El principio del TN en el ADPIC no es absoluto sino que admite las excepciones ya contenidas en los Convenios de París, Berna, la Convención Internacional sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, de los Productores de Fonogramas y los Organismos de Radiodifusión de 1961 (Convención de Roma) y el Tratado sobre la Propiedad Intelectual respecto de los Circuitos Integrados de 1989 (Tratado de Washington)²⁷. Además, respecto de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (derechos conexos) el TN se aplica solo a los derechos previstos en el ADPIC.

El principio de NMF, contenido en el artículo 4 del Acuerdo, establece que toda ventaja, favor, privilegio o inmunidad que un miembro conceda a los nacionales de cualquier otro país, relativo a la existencia, adquisición, alcance, mantenimiento y observancia de los DPI, se otorgará de forma inmediata y sin condiciones a los nacionales de todos los demás Miembros de la OMC. Como en el caso del TN, también admite excepciones, en el sentido de que no se aplica a las ventajas, favores, privilegios o inmunidades: (i) derivadas de acuerdos internacionales sobre asistencia judicial o sobre observancia de la ley de carácter general; (ii) otorgadas conforme al Convenio de Berna; (iii) referidas a los derechos de artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión, que no estén previstos en el ADPIC, y (iv) deriven de acuerdos internacionales relativos a la existencia, adquisición, alcance, mantenimiento y observancia de los derechos de PI

26 El párrafo 1 del artículo 2 del Convenio de París dispone: “Los nacionales de cada uno de los países de la Unión gozarán en todos los demás países de la Unión, en lo que se refiere a la protección de la propiedad industrial, de las ventajas que las leyes respectivas concedan actualmente o en el futuro a sus nacionales, todo ello sin perjuicio de los derechos especialmente previstos por el presente Convenio. En consecuencia, aquéllos tendrán la misma protección que éstos y el mismo recurso legal contra cualquier ataque a sus derechos, siempre y cuando cumplan las condiciones y formalidades impuestas a los nacionales”. Por su parte, el párrafo 2 del artículo 3 del Convenio de Berna señala: “Los autores no nacionales de alguno de los países de la Unión, pero que tengan su residencia habitual en alguno de ellos están asimilados a los nacionales de dicho país en lo que se refiere a la aplicación del presente Convenio”.

27 Sobre estas excepciones, ver los GATT-Doc. MTN.GNG/NG11/W/66 y W/66/Corr.1 del Grupo de Negociaciones sobre Aspectos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio durante las negociaciones de la Ronda Uruguay.

que hayan entrado en vigor antes del 1º de enero de 1995 y no constituyan una discriminación arbitraria o injustificable contra los nacionales de otros Miembros.

La incorporación de este principio tuvo enorme incidencia en los efectos de acuerdos posteriores al ADPIC. Por ejemplo, ADPIC no permite exceptuar de la aplicación de la cláusula NMF a los acuerdos de libre comercio, lo que sí está permitido bajo el GATT y el GATS²⁸. Ello significa que una ventaja otorgada en PI en el contexto de un tratado de libre comercio se extiende a todos los Miembros de la OMC.

Los principios de TN y NMF reconocen, adicionalmente, una excepción común: no se aplican a los procedimientos para la adquisición y mantenimiento de los derechos de PI establecidos en los acuerdos multilaterales concertados bajo los auspicios de la OMPI, como podrían ser el Tratado de Cooperación en Materia de Patentes (PCT) o el Arreglo y Protocolo de Madrid en materia de marcas.

3. PRINCIPIO DE LIBERTAD DE IMPLEMENTACIÓN

El artículo 1.1 ADPIC otorga libertad a los Miembros para establecer “el método adecuado” en la aplicación del mismo, conforme a su propio sistema y práctica jurídica. Este principio ha sido reconocido por la jurisprudencia de la OMC²⁹, teniendo como límite el que tal discreción no faculta para optar por el cumplimiento o no de una determinada obligación³⁰.

4. OBJETIVOS Y PRINCIPIOS CONSAGRADOS EN ADPIC

El artículo 7 ADPIC consagra un objetivo específico que debiera alcanzar la protección y la observancia de los DPI, aproximando el Acuerdo al fundamento clásico reconocido a todo sistema de PI³¹:

La protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual deberán contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difu-

28 Ver Capítulo 30.

29 Ver *India – Patentes (Estados Unidos)*, GE, WT/DS50/R y discusión *infra* en sección 7.

30 Ver *Canadá – Período de protección mediante patente*, OA, WT/DS170/AB/R; v. discusión *infra*.

31 Ver por ejemplo el artículo 1.8 de la Constitución de los Estados Unidos.

sión de la tecnología, en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de conocimientos tecnológicos y de modo que favorezcan el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones.

Por su parte, el artículo 8 ADPIC establece dos principios relativos al recurso de políticas públicas en temas tales como salud, nutrición y leyes antimonopolio:

1. Los Miembros, al formular o modificar sus leyes y reglamentos, podrán adoptar las medidas necesarias para proteger la salud pública y la nutrición de la población, o para promover el interés público en sectores de importancia vital para su desarrollo socioeconómico y tecnológico, siempre que esas medidas sean compatibles con lo dispuesto en el presente Acuerdo.

2. Podrá ser necesario aplicar medidas apropiadas, siempre que sean compatibles con lo dispuesto en el presente Acuerdo, para prevenir el abuso de los derechos de propiedad intelectual por sus titulares o el recurso a prácticas que limiten de manera injustificable el comercio o redunden en detrimento de la transferencia internacional de tecnología.

IX. ESTÁNDARES MÍNIMOS DE PROTECCIÓN

Al establecer ADPIC estándares mínimos de protección, se rompe con la tradición de dejar un gran espacio nacional para estructurar las políticas nacionales sobre PI. De este espacio hicieron pleno uso los países desarrollados en su tránsito al desarrollo, tal como lo han hecho más recientemente la República de Corea, China, Taiwán y otros. Los países podían definir con libertad los campos tecnológicos que serían objeto de la protección en materia de patentes, hecho que permitió a América Latina y a otros países, incluso desarrollados, excluir el patentamiento de productos farmacéuticos durante muchos años. El ADPIC puso fin a este espacio de exclusión al consagrar el principio de no discriminación:

(...) las patentes podrán obtenerse por todas las invenciones, sean de productos o de procedimientos, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial... las patentes se podrán obtener y los derechos de patente se podrán gozar sin discriminación por el lugar de la invención, el campo de la tecnología o el hecho de que los productos sean importados o producidos en el país (artículo 27.1 ADPIC).

Los estándares mínimos de protección y observancia se refieren a todas las disciplinas de la PI cubiertas por ADPIC, es decir: derecho de autor y derechos conexos, marcas de fábrica o de comercio, indicaciones geográficas, dibujos y modelos industriales, patentes, esquemas de trazado (topografías) de los circuitos integrados, protección de la información no divulgada y control de las prácticas anticompetitivas en las licencias contractuales.

I. ESTÁNDARES MÍNIMOS EN DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS

Como se ha señalado, el ADPIC importa las principales disposiciones de los grandes tratados de PI preexistentes. En este sentido –artículo 9 ADPIC–, incorpora las disposiciones sustantivas del Convenio de Berna del Acta de 1971^[32] (artículos 1-21) y el Apéndice del mismo³³. Las principales consecuencias de esta incorporación son: (i) el Convenio de Berna, en general, y el Acta de 1971, en particular, se extiende a todos los Miembros de la OMC, sean o no Miembros a esa fecha de dicho Convenio o de dicha Acta, y (ii) las diferencias entre sus Miembros en relación con dichas disposiciones quedan sujetas al sistema de solución de diferencias de la OMC.

ADPIC zanjó la discusión respecto al tipo de protección que debe otorgarse a los programas de ordenador y las bases de datos, al establecer que tanto los programas fuente como los programas objetos “serán protegidos como obras literarias en virtud del Convenio de Berna” y que las compilaciones de datos legibles por máquina o en otra forma, que constituyen creaciones de carácter intelectual, son también protegidas como tales; protección que no alcanzaría a los datos en sí mismos (artículo 10 ADPIC). Respecto a la protección de programas de ordenadores, ADPIC hace más tenue la distinción entre la propiedad intelectual propiamente tal y la propiedad industrial. Desde un punto de vista tradicional no sería fácil atribuir a los programas de ordenadores los atributos tradicionales del derecho de autor.

32 Convenio de 9 de septiembre de 1886, completado en París el 4 de mayo de 1896, revisado en Berlín el 13 de noviembre de 1908, completado en Berna el 20 de marzo de 1914 y revisado en Roma el 2 de junio de 1928, en Bruselas el 26 de junio de 1948, en Estocolmo el 14 de julio de 1967, en París el 24 de julio de 1971 y enmendado el 28 de septiembre de 1979.

33 El Apéndice del Convenio de Berna se refiere a disposiciones especiales relativas a los países en desarrollo.

El Acuerdo incorpora también, en el ámbito de derechos del titular, los derechos de arrendamiento comercial al público de los programas de computador y de las obras cinematográficas. A este respecto,

(...) los Miembros conferirán a los autores y a sus derechohabientes el derecho de autorizar o prohibir el arrendamiento comercial al público de los originales o copias de sus obras amparadas por el derecho de autor³⁴.

Sobre la duración de la protección, ADPIC confirma el término de 50 años del Convenio de Berna, pero elabora sobre el cálculo de esos 50 años en el caso de personas morales, instituciones o empresas, y precisa que

(...) esa duración será de no menos de 50 años contados desde el final del año civil de la publicación autorizada o, a falta de tal publicación autorizada dentro de un plazo de 50 años a partir de la realización de la obra, de 50 años contados a partir del final del año civil de su realización³⁵.

Utilizando una disposición similar del Convenio de Berna, reconoce que los Miembros pueden establecer limitaciones o excepciones, de modo circunscrito, a los derechos exclusivos del autor bajo ciertas condiciones³⁶. ADPIC también precisa algunas cuestiones relativas a los llamados derechos conexos en cuanto a la protección extensiva a los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas (grabaciones de sonido) y los organismos de radiodifusión³⁷.

El ADPIC no contempló disposiciones relativas al mundo digital que, a la época de la negociación, no habían adquirido la importancia que poseen en la actualidad. Por ejemplo, ADPIC no incorpora disposiciones sobre la elusión de medidas tecnológicas de protección, responsabilidad de los proveedores de servicios de Internet y la administración de nombres de dominio en su

34 Sin embargo, “se exceptuará a un Miembro de esa obligación con respecto a las obras cinematográficas a menos que el arrendamiento haya dado lugar a una realización muy extendida de copias de esas obras que menoscabe en medida importante el derecho exclusivo de reproducción conferido en dicho Miembro a los autores y sus derechohabientes. En lo referente a los programas de ordenador, esa obligación no se aplica a los arrendamientos cuyo objeto esencial no sea el programa en sí” (artículo 11 ADPIC).

35 Artículo 12 ADPIC.

36 Ver artículo 13 ADPIC.

37 Ver artículo 14 ADPIC.

relación con las marcas, que se han incorporado en algunos de los acuerdos multilaterales (tratados de Internet de la OMPI) y tratados de libre comercio de más reciente generación.

2. ESTÁNDARES MÍNIMOS RESPECTO DE LAS MARCAS COMERCIALES

Al igual que en el caso del derecho de autor, en materia de propiedad industrial (marcas, patentes, modelos y diseños industriales, indicaciones geográficas, competencia desleal) el ADPIC incorporó las disposiciones sustantivas contenidas en los artículos 1 a 12 y 19 del Acta de Estocolmo de 1967 del Convenio de París, provocando con ello el mismo efecto que el Convenio de Berna. Es decir, ambas normativas se hicieron aplicables a todos los Miembros de la OMC, fueran o no Miembros de aquellas³⁸. Además, entre Miembros de la OMC la solución de diferencias sobre el Convenio se extrajo de la esfera de la Corte Internacional de Justicia, para pasarlas al sistema de la OMC³⁹.

El Acuerdo define lo que es una marca comercial y otorga a las marcas de servicios el mismo nivel de protección que gozan las marcas de productos⁴⁰. También fija la duración de la protección mínima en siete años, sin perjuicio de su renovación indefinida. No incluyó la protección de las denominadas “marcas sonoras”, las “marcas olfativas” y otros tipos de nuevas manifestaciones de marcas, las que han sido recogidas en acuerdos bilaterales posteriores.

38 El Convenio de París fue celebrado el 20 de marzo de 1883 y revisado en Bruselas el 14 de diciembre de 1900, en Washington el 2 de junio de 1911, en La Haya el 6 de noviembre de 1925, en Londres el 2 de junio de 1934, en Lisboa el 31 de octubre de 1958 y en Estocolmo el 14 de julio de 1967. También fue enmendado el 28 de septiembre de 1979.

39 Sin embargo, para el caso controversias derivadas del Convenio de Berna, como del Convenio de París, cuyas disposiciones (administrativas) no se encuentran incorporadas al ADPIC, se seguirá aplicando la competencia de la Corte Internacional de Justicia.

40 “Podrá constituir una marca de fábrica o de comercio cualquier signo o combinación de signos que sean capaces de distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas. Tales signos podrán registrarse como marcas de fábrica o de comercio, en particular las palabras, incluidos los nombres de persona, las letras, los números, los elementos figurativos y las combinaciones de colores, así como cualquier combinación de estos signos. Cuando los signos no sean intrínsecamente capaces de distinguir los bienes o servicios pertinentes, los Miembros podrán supeditar la posibilidad de registro de los mismos al carácter distintivo que hayan adquirido mediante su uso. Los Miembros podrán exigir como condición para el registro que los signos sean perceptibles visualmente” (artículo 15.1 TRIPS).

Yendo más lejos que el Convenio de París, explicita cuáles son los derechos exclusivos conferidos al titular de una marca de fábrica o de comercio registrada. Estos derechos exclusivos incluyen

(...) impedir que terceros, sin su consentimiento, utilicen en el curso de operaciones comerciales signos idénticos o similares para bienes o servicios que sean idénticos o similares a aquellos para los que se ha registrado la marca, cuando ese uso dé lugar a probabilidad de confusión. En el caso de que se use un signo idéntico para bienes o servicios idénticos, se presumirá que existe probabilidad de confusión⁴¹.

El Acuerdo también establece principios más expansivos sobre la llamada marca notoria (por ejemplo, Coca Cola) incluyendo no solo mercancías sino también los servicios (ej. Hertz). Igualmente establece que para efectos de determinar si una marca de fábrica o de comercio es notoriamente conocida, deberá tomarse en cuenta

(...) la notoriedad de esta marca en el sector pertinente del público inclusive la notoriedad obtenida en el Miembro de que se trate como consecuencia de la promoción de dicha marca⁴².

Respecto de las licencias y cesión de las marcas, ADPIC dispone que los Miembros puedan establecer condiciones, entendiéndose que no se permitirán las licencias obligatorias en materia marcaria y que el titular de una marca de fábrica o de comercio registrada tendrá derecho a cederla con o sin la transferencia de la empresa a que pertenezca la marca⁴³. Establece también principios relativos al requisito de uso de una marca⁴⁴ y de no complicar injustificablemente el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales con exigencias especiales, como por ejemplo el uso con otra marca de fábrica o de comercio, el uso en una forma especial o el uso de una manera que menoscabe la capacidad de la marca para distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas⁴⁵.

41 Artículo 16.1 ADPIC.

42 Artículo 16.2 ADPIC.

43 Artículo 21 ADPIC.

44 Artículo 19 ADPIC.

45 Artículo 20 ADPIC.

3. ESTÁNDARES MÍNIMOS EN RELACIÓN CON LAS INDICACIONES GEOGRÁFICAS

ADPIC es el primer tratado internacional que reconoce a las indicaciones geográficas un amplio y elevado nivel de protección⁴⁶, a pesar de que al momento de la negociación de la Ronda Uruguay esta categoría de derechos era muy poco difundida, salvo en algunos países de Europa continental. También es el primer tratado que establece una protección diferenciada y adicional para un tipo especial de productos, como son los vinos y las bebidas espirituosas e incluso establece una protección algo distinta entre estos dos tipos de productos.

El Acuerdo define a las indicaciones geográficas como aquellas que

(...) identifiquen un producto como originario del territorio de un Miembro o de una región o localidad de ese territorio, cuando determinada calidad, reputación u otra característica del producto sea imputable esencialmente a su origen geográfico⁴⁷.

Constituyen ejemplos clásicos de indicaciones geográficas, expresiones como Tequila, Pisco, Champagne, Chianti, Gruyère. Difiere a los países la facultad de establecer el sistema de protección más adecuado. En este sentido, el Acuerdo aplica en toda su extensión el principio de libertad de implementación analizado antes⁴⁸, condicionada a ciertos estándares mínimos. Establece también una agenda sobre futuras negociaciones a objeto de profundizar el proceso de armonización multilateral en esta categoría de derechos.

El ADPIC obliga a los Miembros de la OMC a prever los medios legales para evitar cualquier uso de una indicación geográfica en la designación o presentación de un producto, que pueda causar confusión al público en relación con el origen geográfico de los mismos y cualquiera otra utilización que constituya un acto de competencia desleal⁴⁹. El uso de una indicación

46 Con anterioridad al ADPIC, se había suscrito el Arreglo de Lisboa para la Protección de las Denominaciones de Origen y su Registro Internacional de 1958, tratado que en la actualidad tiene 27 Miembros.

47 Artículo 22.1 ADPIC.

48 Ver artículo 1.1 ADPIC.

49 “En relación con las indicaciones geográficas, los Miembros arbitrarán los medios legales para que las partes interesadas puedan impedir: a) la utilización de cualquier medio que, en la designación o presentación del producto, indique o sugiera que el producto de que se trate proviene de una

geográfica por parte de terceros puede ser legítima si no hay “confusión al público” o “competencia desleal”.

Ante una fuerte demanda de las CE, el Acuerdo incluyó una protección adicional⁵⁰ para vinos y bebidas espirituosas⁵¹, que consiste en lo principal, en cinco atributos:

(i) El establecimiento de los medios legales para que las partes interesadas puedan impedir la utilización de una indicación geográfica que los identifique para productos de sus respectivos géneros, que no sean originarios del lugar designado por la indicación, aunque no exista el requisito de confusión en el público—como ocurre en relación con los demás productos—, respecto del verdadero origen del producto.

(ii) La prohibición del uso de la indicación geográfica cuando se indique el verdadero origen del producto o la indicación geográfica traducida o acompañada de expresiones como “similar”, “tipo”, “clase”⁵².

(iii) La denegación o anulación del registro de una marca para vinos y licores que contenga o consista en una indicación geográfica que identifique vinos y licores, a requerimiento de parte interesada.

(iv) El lanzamiento de negociaciones con miras a aumentar la protección de indicaciones geográficas, si fuere requerido por un Miembro a otro Miembro.

(v) El establecimiento de un sistema multilateral de notificación y registro de indicaciones geográficas de vinos⁵³, que sean susceptibles de protección en los Miembros participantes en el sistema.

región geográfica distinta del verdadero lugar de origen, de modo que induzca al público a error en cuanto al origen geográfico del producto; b) cualquier otra utilización que constituya un acto de competencia desleal, en el sentido del artículo 10bis del Convenio de París (1967)” (artículo 22.2 ADPIC).

50 Ver artículos 23.1, 23.2 y 23 ADPIC.

51 En el caso del Arreglo de Lisboa, un número significativo de los registros corresponden precisamente a vinos y espirituosos. Ver ESCUDERO, *International Protection of Geographical Indications and Developing Countries*, 2001.

52 Una limitación similar se encuentra Arreglo de Lisboa, artículo 3.

53 “18. Con miras a completar la labor iniciada en el [Consejo de los ADPIC] sobre la aplicación del párrafo 4 del artículo 23, convenimos en negociar el establecimiento de un sistema multilateral de notificación y registro de las indicaciones geográficas de vinos y bebidas espirituosos para el quinto período de sesiones de la Conferencia Ministerial. Tomamos nota de que las cuestiones relativas a la extensión de la protección de las indicaciones geográficas prevista en el artículo 23 a productos distintos de los vinos y las bebidas espirituosos se abordarán en el Consejo de los

El punto (iv), supra, ha sido materia de arreglos específicos contenidos en recientes acuerdos comerciales bilaterales particularmente promovidos por la Unión Europea⁵⁴. Con respecto a las negociaciones relativas al registro multilateral (v), se han prolongado desde febrero de 1997. Existen sobre la materia diversos enfoques o tradiciones jurídicas que han hecho difícil un acuerdo. Los desacuerdos principales han girado alrededor de: (i) los efectos jurídicos que tendría a nivel nacional el registro de una indicación geográfica en el sistema multilateral y (ii) si el registro tendría efectos en todos los Miembros de la OMC o solo en los que opten por participar en el sistema. A ello se agrega la preocupación de algunos Miembros de los costos y las cargas administrativas que tendría un tal registro multilateral. A ello se ha agregado la pretensión de un número de países de extender el tipo de protección diferenciada que existe entre vinos y bebidas espirituosas a todas las indicaciones geográficas. Estas discusiones son parte de las negociaciones de la Ronda Doha⁵⁵.

4. INNOVACIONES DE ADPIC EN MATERIA DE DIBUJOS Y DISEÑOS INDUSTRIALES

Los regímenes nacionales de protección difieren en gran medida respecto a esta categoría de PI. Es por ello que el Acuerdo establece principios muy generales pero no por ello irrelevantes. Acerca de las condiciones de protección, el Acuerdo prescribe que deberá establecerse una protección de los dibujos y modelos industriales que cumplan copulativamente con las condiciones de creación independiente, novedad y originalidad. Pero los Miembros quedan autorizados a establecer que los dibujos y modelos

(...) no son nuevos u originales si no difieren en medida significativa de dibujos o modelos conocidos o de combinaciones de características de dibujos o modelos conocidos. Los Miembros podrán establecer que esa protección no se extenderá

ADPIC de conformidad con el párrafo 12 de la presente Declaración”. OMC-Doc. WT/MIN(01)/DEC/1 del 20.11.2001.

54 Ver por ejemplo *Cariforum-EU Economic Partnership Agreement*, de 2008.

55 A la fecha de escribir este capítulo, las negociaciones siguen pendientes y la suerte del registro en suspenso. Ver OMC-Doc. WT/GC/W/633, TN/C/W/61 del 21.04.2011 y OMC-Doc. TN/IP/21 del 21.04.2011.

a los dibujos y modelos dictados esencialmente por consideraciones técnicas o funcionales⁵⁶.

ADPIC incluye una disposición curiosa respecto de la protección de los dibujos o modelos textiles: los Miembros deben asegurar que en los requerimientos para asegurar su protección –en particular en lo que se refiere a costo, examen y publicación– no se dificulten injustificablemente las posibilidades de búsqueda y obtención de esa protección. Al mismo tiempo, los Miembros de manera expresa tienen el espacio para cumplir esta obligación mediante la legislación sobre dibujos o modelos industriales o mediante la legislación sobre el derecho de autor⁵⁷.

Respecto del ámbito de la protección, el ADPIC, como lo hace en el caso de otros derechos (marcas, patentes), establece que el titular

(...) tendrá el derecho de impedir que terceros, sin su consentimiento, fabriquen, vendan o importen artículos que ostenten o incorporen un dibujo o modelo que sea una copia, o fundamentalmente una copia, del dibujo o modelo protegido, cuando esos actos se realicen con fines comerciales⁵⁸.

Como en el caso de los derechos de autor, marcas y patentes y en una disposición similar en su contenido, ADPIC también prevé la posibilidad de establecer excepciones limitadas de la protección de los dibujos y modelos industriales, bajo la condición de un test de tres pasos. Este consiste en que

(...) tales excepciones no atenten de manera injustificable contra la explotación normal de los dibujos y modelos industriales protegidos ni causen un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular del dibujo o modelo protegido, teniendo en cuenta los intereses legítimos de terceros⁵⁹.

Por último, establece que la duración mínima de la protección será de 10 años.

56 Artículo 25 ADPIC.

57 Ídem.

58 Artículo 26 ADPIC.

59 Ídem.

5. INNOVACIONES DE ADPIC RESPECTO DE LA PROTECCIÓN DE PATENTES

En patentes ADPIC, en ocho artículos, transforma de manera radical el sistema internacional anterior al Acuerdo. El Convenio de París dejaba a los países de la Unión libertad para definir las materias patentables, incluyendo sus excepciones, y la definición de la cobertura de esos derechos, incluyendo su duración⁶⁰.

El ADPIC establece, como regla general, la patentabilidad para todas las invenciones, sean de productos o de procesos, en todos los campos de la tecnología, siempre que cumplan con los tres requisitos básicos de patentabilidad. Es decir, la invención: (i) debe ser nueva, (ii) entrañar una actividad o altura inventiva (no evidente) y (iii) debe ser susceptible de aplicación industrial (útil). Además, las patentes se pueden obtener y los derechos sobre ella se podrán gozar sin discriminación por el lugar de la invención, el campo de la tecnología o el hecho de que los productos sean importados o producidos localmente⁶¹.

Lo anterior deriva en un principio cardinal del ADPIC, cual es la no discriminación entre sectores tecnológicos respecto de la patentabilidad de las invenciones que reúnan los tres requisitos mencionados. Esta norma se encuentra en particular dirigida a evitar exclusiones comunes a la patentabilidad, en especial de productos farmacéuticos, consagrados en muchos países en desarrollo y en un importante número de países desarrollados, por la sensibilidad de la salud pública.

El Acuerdo reconoce al respecto posibles exclusiones a la patentabilidad, materias que hasta ese entonces se encontraban entregadas a la voluntad del legislador nacional⁶². Reconoce dos tipos de posibles exclusiones no vinculantes: una, de carácter general, que podría afectar a todo tipo de invenciones

60 Ver BODENHAUSEN, *Guide to the Application of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property*, 1968.

61 Ver artículo 27.1 ADPIC.

62 La práctica estatal en estas cuestiones era bastante extendida. Por ejemplo, los sectores tradicionalmente excluidos de la patentabilidad eran productos y/o procedimientos farmacéuticos, alimentos, razas animales, métodos de tratamiento humano y animal, programas de ordenador y productos químicos. Ver OMPI, Comité de Expertos sobre armonización de ciertas disposiciones de las leyes para la protección de las invenciones. Cuarta reunión. Ginebra 2 a 6 de noviembre de 1987, "Exclusiones de la protección por patente", Memorandum de la Oficina Internacional de la OMPI, HL/CE/IV/INF/I del 04.11.1987.

y otra, de carácter específico. Entre las de carácter general se encuentra la situación de las invenciones cuya explotación comercial deba prohibirse en el territorio de un miembro para proteger el orden público, la moralidad, la salud o la vida de las personas o los animales o para preservar los vegetales, o para evitar daños graves al medio ambiente, siempre que esa exclusión no se haga simplemente por estar establecida en la legislación⁶³.

El segundo tipo de exclusiones que los Miembros pueden recurrir incluye: (i) los métodos de diagnóstico, terapéuticos y quirúrgicos para el tratamiento de personas y animales, y (ii) las plantas y los animales, excepto los microorganismos, y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales, que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos. Las obtenciones vegetales, en todo caso, deben quedar sujetas a algún tipo de protección, ya sea mediante un sistema eficaz *sui generis*, por medio de patentes o por una combinación de ambos⁶⁴.

En este último caso, el Acuerdo prevé una revisión cuatrienal que ha motivado largas discusiones que incluyen toda clase de interpretaciones y complejas elucubraciones sobre la naturaleza del mismo ejercicio de revisión y en general alrededor de la legitimidad de excluir o no la patentabilidad de la materia viva⁶⁵.

El Acuerdo introduce otra novedad: detalla el contenido de los derechos que una patente confiere a su titular⁶⁶. Así, establece –tal como define el *ius excluendi* en el caso de marcas– que tanto respecto del producto como del procedimiento, la patente conferirá a su titular derechos exclusivos para impedir que terceros, sin su consentimiento, realicen actos de fabricación, uso, oferta para la venta, venta o importación del producto objeto de la patente o del producto obtenido directamente por medio de dicho procedimiento. Los

63 Ver artículo 27.2 ADPIC.

64 Los Miembros pueden excluir de la patentabilidad “las plantas y los animales excepto los microorganismos, y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales, que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos. Sin embargo, los Miembros otorgarán protección a todas las obtenciones vegetales mediante patentes, mediante un sistema eficaz *sui generis* o mediante una combinación de aquéllas y éste. Las disposiciones del presente apartado serán objeto de examen cuatro años después de la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC” (artículo 27.3 a) ADPIC).

65 Ver OMC, ADPIC: Antecedentes y situación actual. Disponible en http://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/art27_3b_background_s.htm.

66 Como hemos visto, *supra*, ADPIC contiene iguales definiciones en materia de derechos de autor, marcas, diseños industriales.

titulares de patentes tendrán asimismo el derecho de cederlas o transferirlas por sucesión y de concertar contratos de licencia⁶⁷.

Un aspecto importante de los derechos del titular de una patente se vincula a su duración. Hasta antes de la adopción del ADPIC, el Derecho comparado reconocía sistemas y plazos diferentes. En algunos casos, esta duración era fraccionada o estaba sujeta a la condición de explotación local de la invención que constituía su objeto. El Acuerdo establece un mínimo uniforme de protección de 20 años contados desde la fecha de la solicitud, lo que dará margen para que los acuerdos bilaterales celebrados post ADPIC incorporen mecanismos que tienden a paliar algunos efectos que inciden en la duración, como las demoras en el proceso de otorgamiento de la patente o en los procesos de autorización de la comercialización de ciertos productos regulados (farmacéuticos y químico-agrícola), ampliando con ello el plazo mínimo contemplado en el ADPIC.

Junto a las exclusiones mencionadas, el Acuerdo regula las excepciones a los derechos conferidos. Destacan dos normas: los artículos 30 y 31 ADPIC. El primero establece un principio general sobre excepciones que los Miembros pueden establecer respecto de los derechos exclusivos conferidos por las patentes. Esta disposición es similar a otras disposiciones del Acuerdo respecto de excepciones en materia de derecho de autor⁶⁸, de marcas⁶⁹ y de diseños industriales⁷⁰. Se establece lo que se ha caracterizado como el *test* de los tres pasos. En el caso específico de las patentes, este se materializa en la facultad de los Miembros de prever excepciones siempre que tales excepciones: (i) sean limitadas; (ii) no deben “atentar de manera injustificable contra la explotación normal de la patente“, y (iii) no deben “causar un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular de la patente“, teniendo en cuenta los intereses legítimos de terceros.

La aplicación del *test* de los tres pasos no constituye un proceso mecánico, y presenta complejidades que han sido objeto de críticas observaciones⁷¹. El órgano de diferencias de la OMC ha tenido oportunidad de pronunciarse al

67 Ver artículo 28 ADPIC.

68 Ver artículo 13 ADPIC.

69 Ver artículo 17 ADPIC.

70 Ver artículo 26.2 ADPIC.

71 Ver Sociedad Max Planck, declaración por una interpretación equilibrada de la “Regla de los tres pasos” en el Derecho De Autor. Disponible en http://www.ip.mpg.de/files/pdf2/declaracion_three_step_test_final_spanish1.pdf.

respecto en a lo menos dos casos, el más notable de los cuales es *Canadá – Protección mediante patente de los productos farmacéuticos*, con respecto al cual el Grupo Especial concluyó que para que una excepción esté justificada al amparo del artículo 30 ADPIC deberá satisfacerse esos tres criterios de modo cumulativo⁷².

Por su parte, el artículo 31 ADPIC se refiere a una excepción particular que ha constituido una de las cuestiones probablemente de mayor contenido político del Acuerdo. Dicho artículo establece 14 condiciones o modalidades para el caso de que un miembro permita el otorgamiento de licencias obligatorias, que en el Acuerdo se denominan “otros usos sin la autorización del titular del derecho”. Entre estas condiciones se encuentran: la concesión de la licencia debe ser considerada en sus circunstancias propias; la obligación de negociar una licencia voluntaria antes de requerir la licencia obligatoria, condición que se puede obviar en casos de emergencia nacional o situaciones anticompetitivas; la no exclusividad de la licencia obligatoria; ella se autoriza para abastecer “principalmente” el mercado interno⁷³; el derecho del titular a recibir una “remuneración adecuada”, y la decisión administrativa que otorga la licencia obligatoria siempre debe estar sujeta a revisión, incluida la relativa a la remuneración.

El Acuerdo ADPIC, tal como fue confirmado por la denominada Declaración Ministerial de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública de 2001^[74], no interfiere en el derecho de los Miembros de definir las causales para la concesión de las licencias obligatorias.

Por último, en materia de patentes, el Acuerdo incorporó una norma procesal especial que invirtió el peso de la prueba en los juicios civiles relacionados con patentes de procedimiento. En estos procesos, los jueces deben estar facultados para ordenar que sea el demandado (presunto infractor de

72 *Canadá – Patentes para productos farmacéuticos*, GE, WT/DS114/R.

73 La limitante contenida en esta condición del Acuerdo (artículo 31 (f) ha dado lugar a una ardua discusión en el Consejo de los ADPIC y fue mencionada en el párrafo 6 de la Declaración de Doha de 2001 (ver Cuadro 6). La primera modificación del Acuerdo (nuevo artículo 31 bis) pretendió enfrentar las dificultades que sufren algunos países en desarrollo, por una débil estructura de producción de medicamentos. Hoy pueden importarlos de un tercer país producido bajo una licencia obligatoria.

74 Ver Cuadro 6, *infra*.

una patente de procedimiento) quien deba probar que el procedimiento utilizado para obtener un producto es diferente al proceso patentado⁷⁵.

6. LOS ESQUEMAS DE TRAZADO DE LOS CIRCUITOS INTEGRADOS

ADPIC pretende armonizar normas de protección para los esquemas de trazado (topografías) de circuitos integrados (denominados “esquemas de trazado”)⁷⁶ y a estos efectos se remite e importa disposiciones del Tratado de la OMPI sobre la Propiedad Intelectual respecto de los Circuitos Integrados (IPIC) suscrito en Washington, D.C., en mayo de 1989^[77]. Es curiosa la referencia de ADPIC a un tratado que a la fecha de entrada en vigor del Acuerdo, no se encontraba vigente⁷⁸.

El artículo 36 ADPIC establece el alcance de la protección, precisando que serán considerados actos ilícitos aquellos realizados sin la autorización del titular del derecho derivados de

(...) la importación, venta o distribución de otro modo con fines comerciales de un esquema de trazado protegido, un circuito integrado en el que esté incorporado un esquema de trazado protegido o un artículo que incorpore un circuito integrado de esa índole sólo en la medida en que éste siga conteniendo un esquema de trazado ilícitamente reproducido.

75 Ver artículo 34 ADPIC.

76 Según el Tratado IPIC (artículo 2), “(i) se entenderá por «circuito integrado» un producto, en su forma final o en una forma intermedia, en el que los elementos, de los cuales uno por lo menos sea un elemento activo, y alguna o todas las interconexiones, formen parte integrante del cuerpo y/o de la superficie de una pieza de material y que esté destinado a realizar una función electrónica, (ii) se entenderá por «esquema de trazado (topografía)» la disposición tridimensional, expresada en cualquier forma, de los elementos, de los cuales uno por lo menos sea un elemento activo, y de alguna o todas las interconexiones de un circuito integrado, o dicha disposición tridimensional preparada para un circuito integrado destinado a ser fabricado, (iii) se entenderá por «titular» la persona natural o jurídica que, según la legislación aplicable, deba ser considerada beneficiaria de la protección mencionada en el artículo 6, (iv) se entenderá por «esquema de trazado (topografía) protegido» un esquema de trazado (topografía) respecto del cual se hayan cumplido las condiciones de protección previstas en el presente Tratado”.

77 Texto disponible en OMPI, http://www.wipo.int/treaties/en/ip/washington/trtdocs_woo11.html.

78 A enero de 2014, han adherido 10 países en desarrollo, ningún desarrollado y no está en vigor.

Al mismo tiempo, y superando IPIC, el Acuerdo reconoce que una serie de actos no requieren la autorización del titular del derecho⁷⁹ y, en consecuencia, son actos lícitos. Esta situación se extiende, por ejemplo,

(...) en relación con un circuito integrado que incorpore un esquema de trazado ilícitamente reproducido o en relación con cualquier artículo que incorpore tal circuito integrado, cuando la persona que realice u ordene esos actos no supiera y no tuviera motivos razonables para saber, al adquirir el circuito integrado o el artículo que incorpora tal circuito integrado, que incorporaba un esquema de trazado reproducido ilícitamente⁸⁰.

Igualmente, ADPIC asimila las condiciones en materia de patentes a la concesión de licencias no voluntarias de esquemas de trazado o en caso de uso de los mismos por o para los gobiernos, sin autorización del titular del derecho⁸¹.

Por último, el Acuerdo se refiere a la duración de la protección de los esquemas de trazado estableciendo una duración mínima de 10 años. El IPIC prescribe 8 años. ADPIC distingue casos en que la protección se encuentra sujeta a registro en el país de protección y a la situación en que tal registro no constituye tal requisito. Igualmente, ADPIC faculta a los Miembros a caducar la protección a los 15 años de la creación del esquema de trazado⁸².

79 Ver artículo 37 ADPIC.

80 Según el artículo 37.1, “Los Miembros establecerán que, después del momento en que esa persona reciba aviso suficiente de que el esquema de trazado estaba reproducido ilícitamente, dicha persona podrá realizar cualquier acto con respecto al producto en existencia o pedido antes de ese momento, pero podrá exigírsele que pague al titular del derecho una suma equivalente a la regalía razonable que correspondería pagar por una licencia libremente negociada de tal esquema de trazado”.

81 Excluye sí la condición (I) del artículo 31 relativo a la explotación de una segunda patente que no pueda ser explotada sin infringir una primera patente. Ver artículo 37.2 ADPIC.

82 ADPIC, artículo 38: “1. En los Miembros en que se exija el registro como condición para la protección, la protección de los esquemas de trazado no finalizará antes de la expiración de un período de 10 años contados a partir de la fecha de la presentación de la solicitud de registro o de la primera explotación comercial en cualquier parte del mundo. 2. En los Miembros en que no se exija el registro como condición para la protección, los esquemas de trazado quedarán protegidos durante un período no inferior a 10 años contados desde la fecha de la primera explotación comercial en cualquier parte del mundo. 3. No obstante lo dispuesto en los párrafos 1 y 2, todo Miembro podrá establecer que la protección caducará a los 15 años de la creación del esquema de trazado”.

7. ESTÁNDARES MÍNIMOS EN MATERIA DE INFORMACIÓN NO DIVULGADA

La protección a la información no divulgada es indiscutiblemente una novedad importante del Acuerdo. Su caracterización como una categoría de DPI propiamente no es unánime y su incorporación en el Acuerdo así como su implementación han sido objeto de controversias y de interpretaciones dispares⁸³.

La protección por el ADPIC a la información no divulgada proviene del artículo 10bis del Convenio de París. La utilización de información no divulgada sin el consentimiento del titular de esa información es considerada como competencia desleal y, por tanto, los Miembros de la OMC se obligan a protegerla. Esta información está constituida por dos sub-categorías de información: (i) la información no divulgada propiamente tal y (ii) los datos que se hayan sometido a los gobiernos o a organismos oficiales para aprobar la comercialización de productos regulados tales como los farmacéuticos y agroquímicos.

El Acuerdo⁸⁴ define la información no divulgada como aquella que: (i) sea secreta, en el sentido de que no sea generalmente conocida ni fácilmente accesible para personas introducidas en los círculos en los que normalmente se utiliza el tipo de información, (ii) tenga un valor comercial por ser secreta y (iii) haya sido objeto de medidas razonables para mantenerla secreta, tomadas por la persona que legítimamente controla la información. Las personas que tengan “bajo su control” este tipo de información tienen “la posibilidad” de impedir que la información que esté legítimamente bajo su control sea divulgada a terceros o sea adquirida o utilizada por terceros sin su consentimiento, de manera contraria a los usos comerciales honestos. Ello implicaría que caerían en estas categorías prácticas desleales vinculadas por ejemplo con incumplimiento de contratos, abuso de confianza, la instigación a la infracción y la adquisición de información no divulgada por terceros que supieran, o que no supieran por negligencia grave, que la adquisición implicaba tal competencia desleal.

83 Ver diversas contribuciones en ROFFE, TANSEY y VIVAS-EUGUI (ed.), *Negotiating Health*, 2006 y Correa, en: Correa (ed.), *Research Handbook Volume I*, 2010, pp. 713-727.

84 Ver artículo 39 ADPIC.

Respecto de la protección de datos suministrados a la autoridad para la comercialización de un producto, el Acuerdo establece que cuando los Miembros de la OMC “exijan como condición para aprobar la comercialización” de productos farmacéuticos o de productos agroquímicos que utilizan nuevas entidades químicas, la presentación de datos de prueba u otros no divulgados, cuya elaboración suponga un esfuerzo considerable, deben protegerlos contra todo uso comercial desleal y, además, contra toda divulgación, excepto cuando sea necesario para proteger al público o salvo que se adopten medidas para garantizar la protección de los datos contra todo uso comercial desleal.

En las negociaciones de la Ronda Uruguay, los países desarrollados, Estados Unidos y la CE procuraron alcanzar una protección más precisa y extensa de la que finalmente contempla ADPIC. Una de las pretensiones era consagrar la exclusividad de los datos de prueba sobre la seguridad y eficacia de productos tales como los farmacéuticos y los químico-agrícolas⁸⁵. Ello no se logró. Por el contrario, se establecen principios un tanto ambiguos sobre protección contra la competencia desleal según las disposiciones pertinentes del Convenio de París⁸⁶. Esta es una de las materias, en las que ADPIC ha abierto las puertas para que acuerdos posteriores, tales como tratados bilaterales de libre comercio, siendo el primero TLCAN, hayan extendido la protección reconociendo derechos exclusivos de al menos 5 años sobre los datos de prueba⁸⁷.

8. ADPIC Y EL CONTROL DE PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS

El Acuerdo se negoció cuando la comunidad internacional discutía la oportunidad de adoptar un código de conducta sobre la transferencia de

85 Ver UNCTAD-ICTSD, *Resource Book*, 2005, p. 520.

86 Es importante reiterar que el artículo 39.3 ADPIC establece ciertas condiciones para el reconocimiento de la protección a los datos de prueba. Ella debe ser requerida como condición para aprobar la comercialización de los productos farmacéuticos y agroquímicos que utilicen nuevas entidades químicas y que se trate de datos cuya elaboración suponga un esfuerzo considerable, lo que debería ser demostrable ante la autoridad nacional, la que incluso debería tener la facultad de calificar qué es lo que se entiende por “esfuerzo considerable”.

87 Ver CORREA, en: CORREA (ed.), *Research Handbook Volume 1*, 2010, pp. 713-727, ROFFE y GENOVESI, Implementación y administración de los capítulos de propiedad intelectual, 2011.

tecnología que consideraba, entre otros, una reglamentación de prácticas restrictivas en transacciones tecnológicas⁸⁸. La India argumentaba que una de las pocas materias que sí tenían un carácter comercial eran precisamente las cuestiones relativas a las prácticas restrictivas comerciales. El tema planteado en un comienzo por India no prosperó en profundidad salvo en una etapa más avanzada de las negociaciones, cuando un número de países en desarrollo plantearon importar en ADPIC algunas de las fallidas disposiciones del proyecto de código de conducta⁸⁹. Finalmente, ADPIC incorporó dos disposiciones atinentes al tema. La primera es el ya referido artículo 8:2 ADPIC (principios):

Podrá ser necesario aplicar medidas apropiadas, siempre que sean compatibles con lo dispuesto en el presente Acuerdo, para prevenir el abuso de los derechos de propiedad intelectual por sus titulares o el recurso a prácticas que limiten de manera injustificable el comercio o redunden en detrimento de la transferencia internacional de tecnología.

La disposición general recién transcrita se encuentra parcialmente desarrollada en el artículo 40 ADPIC referido al control de las prácticas anticompetitivas en las licencias contractuales. Al respecto, se reconoce que ciertas prácticas o condiciones relativas a la concesión de las licencias de los DPI,

(...) que restringen la competencia, pueden tener efectos perjudiciales para el comercio y pueden impedir la transferencia y la divulgación de la tecnología.

El Acuerdo autoriza legislar, a nivel doméstico, sobre las prácticas o condiciones relativas a la concesión de licencias que puedan constituir un abuso de los DPI

(...) que tenga un efecto negativo sobre la competencia en el mercado correspondiente.

En este sentido, se podrán adoptar

88 Ver PATEL, ROFFE y YUSUF, *International Technology Transfer*, 2001.

89 ROFFE y SPENNEMANN, en: CORREA y YUSUF (ed.), *Intellectual Property and International Trade*, 2008, pp. 293-330.

(...) medidas apropiadas para impedir o controlar dichas prácticas, que pueden incluir las condiciones exclusivas de retrocesión, las condiciones que impidan la impugnación de la validez y las licencias conjuntas obligatorias, a la luz de las leyes y reglamentos pertinentes de ese Miembro.

Estos ejemplos son tres de las prácticas restrictivas reglamentadas en el fallido código de conducta.

El Acuerdo establece medidas de cooperación internacional que legitiman la celebración de consultas sobre prácticas anticompetitivas que infrinjan las normas del país Miembro solicitante.

El Miembro a quien se haya dirigido la solicitud examinará la posibilidad de celebrar las consultas, brindará oportunidades adecuadas para la celebración de las mismas con el Miembro solicitante y cooperará facilitando la información públicamente disponible y no confidencial que sea pertinente para la cuestión de que se trate, así como otras informaciones de que disponga el Miembro, con arreglo a la ley nacional y a reserva de que se concluyan acuerdos mutuamente satisfactorios sobre la protección de su carácter confidencial por el Miembro solicitante⁹⁰.

En suma, ADPIC introduce principios generales sobre la posibilidad de legislar a nivel doméstico sobre prácticas anticompetitivas relacionadas con la PI. El artículo 8 ADPIC contiene un principio general abstracto que habilitaría a regular prácticas que tendrían efectos restrictivos en el comercio o que afectarían adversamente la transferencia internacional de tecnología. Por su parte, el artículo 40 ADPIC habilita, bajo ciertos parámetros, para regular a nivel doméstico, prácticas comerciales restrictivas en los contratos de licencia. Habría que preguntarse cuán relevantes son estas disposiciones en la práctica legislativa de cada Estado que, en principio y en virtud de sus potestades soberanas, con o sin ADPIC, podría adoptar medidas en este sentido. Esta es la realidad en la mayoría de los países desarrollados que cuentan con sofisticados sistema de protección de la competencia. Estas disposiciones del ADPIC pueden ser entendidas como una postura política para introducir en el Acuerdo disposiciones que pretendidamente equilibrarían un acuerdo percibido, por muchos a la época, como parcial, por favorecer intereses de los tenedores de la PI a costa de sus consumidores.

90 Artículo 40.3 ADPIC.

X. LAS MEDIDAS SOBRE OBSERVANCIA: NOVEDADES Y ESTÁNDARES MÍNIMOS

La observancia de los DPI son los medios y mecanismos que los Estados atribuyen a las autoridades competentes para que estas puedan garantizar que los derechos conferidos a los titulares se cumplan de modo eficaz. Constituye una de las grandes novedades del Acuerdo y el primer tratado internacional que establece estándares mínimos de esta envergadura sobre la observancia de los DPI, lo que da satisfacción a una de las pretensiones más importante de aquellos que abogaban por incorporar a la PI en el nuevo sistema comercial internacional. Son cinco aspectos que se resumen a continuación, en sus líneas gruesas.

I. OBLIGACIONES GENERALES

Entre estas, el ADPIC establece recursos ágiles para prevenir infracciones, medios eficaces para la disuasión de la infracción y procedimientos justos equitativos que no sean complicados ni gravosos. Las decisiones deben ser escritas y razonadas y debe existir la oportunidad de revisión por una autoridad judicial de cualquier decisión administrativa. El Acuerdo destaca que, sin embargo, estas obligaciones no imponen la necesidad de instaurar un sistema judicial para la observancia distinto del ya existente⁹¹.

2. PROCEDIMIENTOS Y RECURSOS CIVILES Y ADMINISTRATIVOS

Al respecto, el Acuerdo dispone en detalle cuestiones tales como procedimientos justos y equitativos⁹², pruebas⁹³, mandamientos judiciales (*injunctions*)⁹⁴, perjuicios⁹⁵, otros recursos⁹⁶, derecho de información⁹⁷, indemnización al demandado⁹⁸ y procedimientos administrativos⁹⁹.

91 Ver artículo 41 ADPIC.

92 Ver artículo 42 ADPIC.

93 Ver artículo 43 ADPIC.

94 Ver artículo 44 ADPIC.

95 Ver artículo 45 ADPIC.

96 Ver artículo 46 ADPIC.

97 Ver artículo 47 ADPIC.

98 Ver artículo 48 ADPIC.

99 Ver artículo 49 ADPIC.

Se consagra el que los Miembros de la OMC deben poner al alcance de los titulares de DPI procedimientos civiles para lograr la observancia de sus derechos y de presentar las pruebas pertinentes, aunque estas se encuentren en poder de la otra parte.

El titular del derecho infringido tiene derecho a una indemnización adecuada y a las costas del juicio. También se protege al demandado, por la vía de la indemnización de perjuicios, cuando este ha sido acusado injustamente.

3. MEDIDAS PROVISIONALES

Las disposiciones sobre medidas provisionales son otra expresión de lo potente y riguroso que es el Acuerdo respecto de las medidas que permitan asegurar la eficaz observancia de los DPI. En este sentido, el Acuerdo faculta a las autoridades judiciales para ordenar la adopción de medidas provisionales rápidas y eficaces destinadas a: (i) evitar que se produzca la infracción de cualquier DPI y, en particular, evitar que las mercancías ingresen en los circuitos comerciales, inclusive las mercancías importadas, inmediatamente después del despacho de aduana, y (ii) preservar las pruebas relacionadas con la presunta infracción¹⁰⁰.

En este contexto, las autoridades judiciales tienen facultad para adoptar medidas provisionales, sin haber oído a la otra parte, en particular cuando haya probabilidad de que cualquier retraso cause daño irreparable al titular de los derechos, o cuando haya un riesgo demostrable de destrucción de pruebas¹⁰¹.

4. PRESCRIPCIONES ESPECIALES RELACIONADAS CON MEDIDAS EN FRONTERA

Al respecto, los países deben prever mecanismos para suspender el despacho de aduana de mercaderías falsificadas y pirateadas, y las autoridades deben estar facultadas para exigir al demandante que aporte fianza suficiente para proteger al demandado en caso de abusos. Las disposiciones del Acuerdo son nuevamente detalladas en esta materia. Los Miembros deben adoptar

¹⁰⁰ Artículo 50.1 ADPIC.

¹⁰¹ Artículo 50.2 ADPIC.

procedimientos para que el titular de un derecho, que tenga motivos válidos para sospechar que se prepara la importación de mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas o mercancías pirata que lesionan el derecho de autor¹⁰², pueda presentar a las autoridades competentes una demanda con objeto de que las autoridades de aduanas suspendan el despacho de esas mercancías para libre circulación¹⁰³.

Sobre estas medidas, el Acuerdo detalla los requerimientos de la demanda respectiva: el establecimiento de fianzas o garantías equivalentes; la necesidad de notificar de la suspensión al importador y al demandante; la garantía de que la suspensión bajo las condiciones que se prescriben tienen una duración en el tiempo; la eventualidad de una debida indemnización al importador y al propietario de las mercancías por los perjuicios causados; dar al titular del derecho oportunidades suficientes para que haga inspeccionar, con el fin de fundamentar sus reclamaciones, cualesquiera mercancías retenidas por las autoridades de aduanas; condiciones bajo las cuales la autoridad puede operar de oficio; la facultad de las autoridades para ordenar la destrucción o eliminación de las mercancías infractoras¹⁰⁴, y, finalmente, la facultad a los Miembros para excluir

(...) de la aplicación de las disposiciones precedentes las pequeñas cantidades de mercancías que no tengan carácter comercial y formen parte del equipaje personal de los viajeros o se envíen en pequeñas partidas¹⁰⁵.

102 Para los fines del presente Acuerdo: “a) se entenderá por “mercancías de marca de fábrica o de comercio falsificadas” cualesquiera mercancías, incluido su embalaje, que lleven aposta sin autorización una marca de fábrica o de comercio idéntica a la marca válidamente registrada para tales mercancías, o que no pueda distinguirse en sus aspectos esenciales de esa marca, y que de ese modo lesione los derechos que al titular de la marca de que se trate otorga la legislación del país de importación; b) se entenderá por “mercancías pirata que lesionan el derecho de autor” cualesquiera copias hechas sin el consentimiento del titular del derecho o de una persona debidamente autorizada por él en el país de producción y que se realicen directa o indirectamente a partir de un artículo cuando la realización de esa copia habría constituido infracción del derecho de autor o de un derecho conexo en virtud de la legislación del país de importación”. Notas de pie de página en el Acuerdo.

103 “Los Miembros podrán autorizar para que se haga dicha demanda también respecto de mercancías que supongan otras infracciones de los derechos de propiedad intelectual, siempre que se cumplan las prescripciones de la presente sección. Los Miembros podrán establecer también procedimientos análogos para que las autoridades de aduanas suspendan el despacho de esas mercancías destinadas a la exportación desde su territorio”. (artículo 51 ADPIC).

104 Ver artículos 52 a 59 ADPIC.

105 Artículo 60 ADPIC.

5. PROCEDIMIENTOS PENALES

El Acuerdo prevé que los Miembros deben establecer procedimientos y sanciones penales al menos para los casos de falsificación dolosa de marcas de fábrica o de comercio o de piratería lesiva del derecho de autor a escala comercial. Las penas pueden ser las de prisión y/o el establecimiento de penas pecuniarias que sean lo suficientemente disuasorias, pero al mismo tiempo coherentes con el nivel de sanciones aplicadas a delitos de similar gravedad. Además, deben contemplar medidas como el decomiso, confiscación y destrucción de las mercancías infractoras y de los materiales y elementos empleados “predominantemente” en la comisión del delito¹⁰⁶.

Dada la libertad en la implementación, en tratados comerciales recientes suscritos con Estados Unidos y con la UE se incluyen normas más precisas. De igual manera, el ACTA, consolida los avances logrados en tales acuerdos bilaterales. Estos convenios expanden las disposiciones del Acuerdo y son más estrictas en los casos de falsificación de marcas y piratería (derecho de autor) que en otros DPI, como patentes. Además, hacen extensivos estos mecanismos del derecho de autor al mundo digital. Igualmente, respecto de las medidas en frontera, India y Brasil han cuestionado en la OMC la compatibilidad del derecho de la UE con las normativas de la OMC, en particular las disposiciones pertinentes del ADPIC¹⁰⁷.

6. EL COMPLEJO PROCESO DE IMPLEMENTACIÓN: EL CASO DE LA SALUD PÚBLICA

La implementación de ADPIC data de 1995 y reconoce arreglos transitorios¹⁰⁸ para el mundo en desarrollo, así como situaciones nuevas. Desde los inicios de la implementación, la duda fue la flexibilidad que el Acuerdo permitía a sus Miembros, tema que llegó al seno del sistema de solución de controversias, siendo la salud pública el terreno donde se plantearon diferencias en la OMC al momento de adoptarse medidas percibidas como incompatibles con el Acuerdo.

106 Ver artículo 61 ADPIC.

107 Ver Cuadro 6, *infra*.

108 Ver artículos 65 y 66 ADPIC.

En el seno de la OMC, por ejemplo, Estados Unidos cuestionó a Argentina y Brasil sobre las modalidades de legislar, respectivamente, sobre la protección a la información no divulgada¹⁰⁹ y sobre licencias obligatorias¹¹⁰. Estos dos casos sometidos al sistema de solución de controversias fueron temporalmente superados sin necesidad del establecimiento de grupos especiales para considerar la controversia¹¹¹.

El caso paradigmático, llevado ante los tribunales de Sudáfrica, fue una nueva legislación que recogía una serie de mecanismos contemplados en ADPIC, tales como el comercio paralelo (artículo 6 ADPIC) y las licencias obligatorias, que fueron percibidos por un grupo de farmacéuticas multinacionales como antónimos al ADPIC. Sudáfrica argumentó que ADPIC ofrecía un espacio de flexibilidad, particularmente a la luz del principio contenido en el artículo 8 ADPIC¹¹².

El caso de Sudáfrica motivó una reacción sin precedentes en la sociedad civil mundial que obligó a los Miembros de la OMC a reaccionar y dejar constancia de que la PI no puede ser un obstáculo a los objetivos de salud pública y que ADPIC en particular

(...) no impide ni deberá impedir que los Miembros adopten medidas para proteger la salud pública. En consecuencia, al tiempo que reiteramos nuestro compromiso con el Acuerdo sobre los ADPIC, afirmamos que dicho Acuerdo puede y deberá ser interpretado y aplicado de una manera que apoye el derecho de los Miembros de la OMC de proteger la salud pública y, en particular, de promover el acceso a los medicamentos para todos¹¹³ (ver Cuadro 5).

Otros importantes conflictos se han suscitado en Tailandia¹¹⁴ en la concesión de licencias obligatorias y en India sobre la interpretación de su nueva legislación y sobre su compatibilidad con ADPIC¹¹⁵.

109 Ver *Argentina – Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y protección de los datos de pruebas relativos a los productos químicos para la agricultura*, DS171, *Argentina – Determinadas medidas relativas a la protección de patentes y de los datos de pruebas*, DS196, Cuadro 6.

110 Ver *Brasil – Protección mediante patente*, DS199, Cuadro 6.

111 Ver análisis de los casos en MUÑOZ-TELLEZ, en: CORREA (ed.), *Research Handbook Volume 11*, 2010, pp. 215-236.

112 Ver UNCTAD-ICTSD, *Resource Book*, 2005, p. 111.

113 OMC-Doc. WT/MIN(01)/DEC/2 del 20.11.2001, párr. 2.

114 Ver Knowledge Ecology International, *Thailand's Compulsory Licensing Controversy*, 2007. Disponible en <http://keionline.org/content/view/90/1>.

115 Ver ANDERSON, *Rejected Novartis Cases Leave India's TRIPS Compliance Unchallenged*. Disponible

La Declaración de Doha reiteró el concepto de flexibilidad en la implementación del Acuerdo y atacó otra dificultad relativa a las licencias obligatorias. En efecto, el artículo 31 ADPIC establece las condiciones para conceder, señalando que ellas se autorizarán

(...) principalmente para abastecer el mercado interno del Miembro que autorice tales usos.

Ello fue percibido como una limitante para el uso de las licencias obligatorias en el caso de países con débil estructura productiva. Así, la Declaración de Doha (párrafo 6) abrió la posibilidad de buscar una solución cuyo resultado fue la Decisión de 31 de agosto de 2003 alrededor del párrafo 6 de la Declaración de Doha¹¹⁶, lo que devino en la Decisión de primera enmienda al Acuerdo, contemplada en el nuevo artículo 31 bis ADPIC, aún en proceso de ratificación.

CUADRO 5⁽¹¹⁷⁾
DECLARACIÓN RELATIVA AL ACUERDO
SOBRE LOS ADPIC Y LA SALUD PÚBLICA

1.- Reconocemos la gravedad de los problemas de salud pública que afligen a muchos países en desarrollo y menos adelantados, especialmente los resultantes del VIH/SIDA, la tuberculosis, el paludismo y otras epidemias.

2.- Recalamos la necesidad de que el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC) de la OMC forme parte de la acción nacional e internacional más amplia encaminada a hacer frente a estos problemas.

3.- Reconocemos que la protección de la propiedad intelectual es importante para el desarrollo de nuevos medicamentos. Reconocemos asimismo las preocupaciones con respecto a sus efectos sobre los precios.

en <http://www.ip-watch.org/weblog/2007/08/07/rejected-novartis-cases-leave-indias-trips-compliance-unchallenged/>.

116 Ver ROFFE, TANSEY y VIVAS-EUGUI (ed.), *Negotiating Health*, 2010.

117 OMC-Doc. WT/MIN(01)/DEC/2 del 20.11.2001.

4.- Convenimos en que el Acuerdo sobre los ADPIC no impide ni deberá impedir que los Miembros adopten medidas para proteger la salud pública. En consecuencia, al tiempo que reiteramos nuestro compromiso con el Acuerdo sobre los ADPIC, afirmamos que dicho Acuerdo puede y deberá ser interpretado y aplicado de una manera que apoye el derecho de los Miembros de la OMC de proteger la salud pública y, en particular, de promover el acceso a los medicamentos para todos.

A este respecto, reafirmamos el derecho de los Miembros de la OMC de utilizar, al máximo, las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC, que prevén flexibilidad a este efecto.

5.- En consecuencia, y a la luz del párrafo 4 *supra*, al tiempo que mantenemos los compromisos que hemos contraído en el Acuerdo sobre los ADPIC, reconocemos que estas flexibilidades incluyen lo siguiente:

a) Al aplicar las normas consuetudinarias de interpretación del Derecho internacional público, cada disposición del Acuerdo sobre los ADPIC se leerá a la luz del objeto y fin del Acuerdo tal como se expresa, en particular, en sus objetivos y principios.

b) Cada Miembro tiene el derecho de conceder licencias obligatorias y la libertad de determinar las bases sobre las cuales se conceden tales licencias.

c) Cada Miembro tiene el derecho de determinar lo que constituye una emergencia nacional u otras circunstancias de extrema urgencia, quedando entendido que las crisis de salud pública, incluidas las relacionadas con el VIH/SIDA, la tuberculosis, el paludismo y otras epidemias, pueden representar una emergencia nacional u otras circunstancias de extrema urgencia.

d) El efecto de las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC que son pertinentes al agotamiento de los derechos de propiedad intelectual es dejar a cada Miembro en libertad de establecer su propio régimen para tal agotamiento sin impugnación, a reserva de las disposiciones de los artículos 3 y 4 sobre trato NMF y trato nacional.

6.- Reconocemos que los Miembros de la OMC cuyas capacidades de fabricación en el sector farmacéutico son insuficientes o inexistentes podrían tropezar con dificultades para hacer un uso efectivo de las licencias obligatorias con

arreglo al Acuerdo sobre los ADPIC. Encomendamos al Consejo de los ADPIC que encuentre una pronta solución a este problema y que informe al respecto al Consejo General antes del fin de 2002.

7.- Reafirmamos el compromiso de los países desarrollados Miembros de ofrecer a sus empresas e instituciones incentivos destinados a fomentar y propiciar la transferencia de tecnología a los países menos adelantados Miembros de conformidad con el párrafo 2 del artículo 66. También convenimos en que los países menos adelantados Miembros no estarán obligados, con respecto a los productos farmacéuticos, a implementar o aplicar las secciones 5 y 7 de la Parte II del Acuerdo sobre los ADPIC ni a hacer respetar los derechos previstos en estas secciones hasta el 1º de enero de 2016, sin perjuicio del derecho de los países menos adelantados Miembros de recabar otras prórrogas de los períodos de transición con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 66 del Acuerdo sobre los ADPIC. Encomendamos al Consejo de los ADPIC que adopte las disposiciones necesarias para dar a esto efecto de conformidad con el párrafo 1 del artículo 66 del Acuerdo sobre los ADPIC.

XI. LA SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC Y LAS CONSECUENCIAS PARA LA PI

I. ANULACIÓN O MENOSCABO: RECLAMACIONES CUANDO NO HAY INFRACCIÓN

La necesidad de activar el mecanismo de disputas surge siempre que una Parte en un acuerdo comercial considere que los beneficios que obtuvo de los compromisos hayan sido afectados por medidas tomadas por otro Miembro. El objetivo central del mecanismo de solución de diferencias es restablecer, tan pronto como sea posible, la situación en que la Parte pueda recibir plenamente los beneficios que le corresponden bajo el acuerdo comercial. El mecanismo es aplicable al ADPIC¹¹⁸ e incluye el recurso a la retorsión comercial y retorsión cruzada, según el caso, a fin de corregir las medidas adoptadas tomadas por un Miembro que afectan la competitividad comercial de otro Miembro. En el caso de la PI, el uso de la retorsión cruzada

¹¹⁸ Ver artículo 64 ADPIC.

presenta dificultades conceptuales importantes, como lo confirman algunos casos recientes¹¹⁹.

El mecanismo de solución de diferencias incluye reclamaciones sobre medidas que no contravienen el tratado pero que una de las Partes considera que anulan o menoscaban los beneficios que razonablemente pudo haber esperado recibir de la aplicación del Acuerdo. En el sistema de la OMC¹²⁰, la diferencia entre los recursos por violación y aquellas en que no exista infracción, es que, bajo la primera, la competitividad se ve afectada por la violación de un Miembro a una determinada obligación de alguno de los acuerdos de la OMC. En la segunda situación, por el contrario, esta relación de competitividad se ve afectada por acciones por parte de un Miembro, en sí consistentes con los acuerdos, pero que en definitiva resultan en un menoscabo de ciertas concesiones de acceso a mercado de la otra Parte. Es considerada una causa válida para accionar si un Miembro, por simples medidas internas –como podría ser el caso de la fijación de control de precios a medicamentos– frustra las expectativas legítimas de los demás Miembros con relación, por ejemplo, a las ventajas competitivas que sus productos han obtenido por una concesión arancelaria negociada¹²¹.

Sin embargo, es necesario apuntar que la aplicación automática de acciones en caso de que no exista infracción de los DPI no es obvia. Ello fue reconocido en el Acuerdo al disponerse que durante un periodo de cinco años contados desde la fecha de entrada en vigor, estas disposiciones no serían aplicables. Dada la complejidad de la aplicación del Acuerdo a este tipo de reclamaciones, la materia sigue siendo parte de la “agenda incorporada” del Consejo de los ADPIC¹²² y la moratoria en la aplicación ha sido extendida en las sucesivas Conferencias Ministeriales de OMC.¹²³

119 Ver ABBOTT, *Cross-Retaliation in TRIPS*, <http://ictsd.org/i/publications/48049/>.

120 Ver UNCTAD-ICTSD, *Resource Book*, 2005, capítulo 5.3.

121 UNCTAD-ICTSD, *Resource Book*, 2005, pp. 680-682.

122 “2. Durante un período de cinco años contados a partir de la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC, para la solución de las diferencias en el ámbito del presente Acuerdo no serán de aplicación los párrafos 1 b) y 1 c) del artículo XXIII del GATT de 1994. 3. Durante el período a que se hace referencia en el párrafo 2, el Consejo de los ADPIC examinará el alcance y las modalidades de las reclamaciones del tipo previsto en los párrafos 1 b) y 1 c) del artículo XXIII del GATT de 1994 que se planteen de conformidad con el presente Acuerdo y presentará recomendaciones a la Conferencia Ministerial para su aprobación. Las decisiones de la Conferencia Ministerial de aprobar esas recomendaciones o ampliar el período previsto en el párrafo 2 solo

2. CASOS NOTABLES ANTE EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC¹²⁴

Desde la entrada en vigencia del ADPIC una treintena de reclamaciones han sido sometidas al mecanismo del ESD. El anexo resume los casos presentados desde 1996 a la fecha. Es notable y probablemente consecuente con los antecedentes que incorporan el ADPIC al sistema de la OMC, el hecho de que en la primera etapa de vigencia del ADPIC sean los países desarrollados, particularmente los Estados Unidos –más del 50% de las reclamaciones– y luego las CE, los que fueron los principales reclamantes, no solo planteando cuestiones contra países en desarrollo sino a fin de zanjar diferencias entre países industrializados. La mayoría de los casos redunda en cuestiones vinculadas con las patentes particularmente relativas a productos farmacéuticos, seguidas por cuestiones sobre observancia y derechos de autor. Cabe, sí, destacar que las estadísticas pueden ser equívocas en función de que varias de las reclamaciones son parte del mismo diferendo o de cuestiones afines planteadas por la contraparte.

No todas estas reclamaciones han conducido al establecimiento de un Grupo Especial. Varias de ellas han sido resueltas en consultas entre las partes o diferidas en el tiempo. Varias de las diferencias han tenido relación principalmente: con la aplicación de medidas transitorias y la aplicación en particular del artículo 70 ADPIC como han sido los casos contra India¹²⁵ y Canadá¹²⁶; cuestiones alrededor de la aplicación del *test* de los tres pasos en casos de excepciones al derecho de autor¹²⁷ y patentes¹²⁸; la apropiación de una marca¹²⁹; la aplicación de disposiciones sobre indicaciones geográficas por parte de las CE¹³⁰, y el caso contra China por medidas que afectan la pro-

podrán ser adoptadas por consenso, y las recomendaciones aprobadas surtirán efecto para todos los Miembros sin otro proceso de aceptación formal” (artículo 64 ADPIC).

123 La última consta en OMC-Doc. WT/MIN(13)/W/2 del 28.II.2013.

124 Ver nota resumen de casos en ABBOTT, *TRIPS Dispute Settlement Decisions*, 2009. Disponible en: http://ictsd.org/downloads/2009/10/abbott_trips_dsu.pdf.

125 *India – Patentes (Estados Unidos)*, DS50 y *India – Patentes (CE)*, DS79.

126 *Canadá – Período de protección mediante patente*, DS170 de 1999.

127 *Estados Unidos – Artículo 110 (5) de la Ley de Derecho de Autor*, DS160.

128 *Canadá – Patentes para productos farmacéuticos*, DS114.

129 *Estados Unidos – Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, DS176.

130 *CE – Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas*, DS174.

tección y observancia de los DPI¹³¹. Otra controversia importante que no ha conducido al establecimiento de un Grupo Especial fue la citada reclamación de Estados Unidos contra Brasil respecto de medidas relativas a licencias obligatorias¹³². A efectos de mejor comprender el alcance y consecuencias del ADPIC, las secciones siguientes resumen algunos de los casos más relevantes.

2.1. PROTECCIÓN MEDIANTE PATENTE PARA LOS PRODUCTOS FARMACÉUTICOS Y AGROQUÍMICOS

Países que no protegían a los productos farmacéuticos antes de la entrada en vigor del Acuerdo: India y la situación del *mailbox*. Como hemos resaltado, durante las negociaciones de la Ronda Uruguay, la protección mediante patente para los productos farmacéuticos y agroquímicos fue uno de los grandes contenciosos, donde se mezclaron el alcance de la protección que habría de concederse a las patentes y el impacto económico de tal protección. Un logro central fue que a los países que no concedían la protección mediante patentes a los productos farmacéuticos y agroquímicos, se les permitió aplazar la introducción de esa protección durante un período de 10 años contado a partir de la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC (1° de enero de 1995). Si estos países optaban por utilizar tal sistema, debían establecer un medio por el cual los Miembros de la OMC pudieran presentar solicitudes de patente para esas invenciones, con el objeto de que la novedad y prioridad de las mismas fueran preservadas para determinar si reunían o no las condiciones para la protección mediante patente después de transcurrido el período transitorio.

Precisamente, uno de los primeros casos en OMC fue el de la reclamación de los Estados Unidos contra India respecto de la presunta inexistencia en ese país de protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura. Se alegó incumplimiento de los artículos 27, 65 y 70 del Acuerdo.

La decisión del Grupo Especial fue objeto de recurso ante el Órgano de Apelación, que en la primera parte de su decisión difirió del Grupo Especial al rechazar la aplicación del concepto de las “expectativas legítimas” (de los

131 *China – Derechos de propiedad intelectual*, DS362.

132 *Brasil – Protección mediante patente*, DS199.

Miembros y de titulares de derechos privados), derivado de las reclamaciones en caso de que no exista infracción.

El Órgano de Apelación se basó en lo siguiente: (i) la protección de las “expectativas legítimas” no es algo que fuera utilizado en la práctica del GATT como principio de interpretación, y (ii) el uso del artículo 31 de la Convención de Viena, en relación con su interpretación basada en las “expectativas legítimas”, no era correcto porque “las expectativas legítimas de las partes en un tratado se reflejan en la formulación del propio tratado”. Respecto del artículo 19 ESD, el Órgano de Apelación aclaró que el proceso de interpretación de un tratado no debe entrañar “que se imputen al tratado palabras que no existen en él o que se trasladen a él conceptos que no se pretendía recoger en él”. Sobre esta base, el Órgano concluyó que la India debía proveer de una base legal apropiada para el tratamiento de las solicitudes que caían en el *mailbox*. A este respecto, el Órgano de Apelación coincidió con el Grupo Especial respecto a que una medida administrativa no daba satisfacción a los requerimientos del Acuerdo y, en consecuencia, la India no proveía una base legal adecuada a estos efectos.

En la situación transitoria referida, el artículo 70.9 del Acuerdo establece la obligación de los Miembros de conceder derechos exclusivos de comercialización para productos farmacéuticos y agroquímicos. El Órgano de Apelación convino con el Grupo Especial en que no había en la India ningún mecanismo que permitiera otorgar derechos de comercialización exclusivos para los productos abarcados por el párrafo 8 a) del artículo 70, por lo cual se infringía el artículo 70.9. Según el Grupo Especial,

(...) debe haber un mecanismo dispuesto para otorgar derechos exclusivos de comercialización en cualquier momento posterior a la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC.

Además, respecto de los requisitos de esta norma, dispuso que en “virtud de las disposiciones del párrafo 9 del artículo 70”, la India debe conceder derechos exclusivos de comercialización en cuanto un producto cumpla las siguientes condiciones:

– que se haya presentado en la India, por el sistema de presentación anticipada, una solicitud para un producto farmacéutico o producto químico para la agricultura; que para ese producto se haya presentado una solicitud de patente en otro Miembro de la OMC después del 1º de enero de 1995;

- que el otro Miembro haya concedido la patente;
- que el otro Miembro haya aprobado la comercialización del producto; y
- que la India haya aprobado la comercialización del producto¹³³.

2.2. FLEXIBILIDADES DISPONIBLES PARA APLICAR LAS EXCEPCIONES PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 30 DEL ACUERDO

En el caso protección mediante patente de los productos farmacéuticos (DS114), Canadá fue cuestionada por la incorporación en su ley de patentes de excepciones, incluida la excepción regulatoria o Bolar, medidas todas dirigidas a favorecer la competencia de empresas genéricas. El caso es notable en varios aspectos pero singularmente por la acuciosidad demostrada por el Grupo Especial en considerar los antecedentes del Acuerdo y por la interpretación coherente e integrada de sus disposiciones¹³⁴. Por otro lado, su interpretación estricta del *test* de los tres pasos sugeridos en el artículo 31 del Acuerdo ha sido objeto de críticas. Cabe recordar que el *test* de los tres pasos tiene implicancias más allá de las patentes, dado que similares criterios desarrolla ADPIC en materia de derecho de autor marcas y diseños industriales.

Según las CE, la legislación de Canadá era incompatible con las obligaciones del Acuerdo por el hecho de no conceder una protección plena de las invenciones farmacéuticas patentadas durante el período entero de protección, como se preveía en los artículos 27.1, 28 y 33 del Acuerdo¹³⁵. Un número importante de Miembros participaron como terceros. Canadá admitía que las excepciones de algún modo contravenían lo dispuesto en el artículo 27.1, pero que se encontraban amparadas por el artículo 30 ADPIC.

En sus conclusiones más relevantes, el Grupo Especial constató que la denominada excepción regulatoria o Bolar prevista en la Ley de Patentes del Canadá no era incompatible con el artículo 27.1 ADPIC y estaba autorizada por la excepción del artículo 30 y, por tanto, no era incompatible con el artículo

133 *India – Patentes (CE)*, GE, WT/DS79/R del 24.08.1998, párr. 7.68.

134 Ver análisis del caso en SHAFER, en: MASKUS y REICHMAN (ed.), *International Public Goods and Transfer of Technology*, 2005, pp. 884-908. y en ROFFE and SPENNEMANN, en: CORREA (ed.), *Research Handbook Volume II*, 2010, pp. 237-282.

135 Ver detalles en información proporcionada en la página web de la OMC sobre este caso. Entre otros, http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds114_e.htm.

28.1. En virtud de la excepción, los competidores potenciales del titular de la patente podían utilizar la invención patentada, sin el consentimiento del titular de la patente, durante el plazo de vigencia de la patente, a los efectos de obtener la autorización de los poderes públicos para proceder a la comercialización, de forma que dispusieran del permiso reglamentario para vender, en competencia con el titular de la patente, en la fecha de expiración de esta.

En suma, el Grupo Especial constató que la disposición canadiense relativa al examen reglamentario estaba justificada al amparo del Artículo 30, porque satisfacía los tres criterios de la medida excepcional: (i) tiene que ser limitada; (ii) no debe “atentar de manera injustificable contra la explotación normal de la patente”, y (iii) no debe “causar un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular de la patente”, teniendo en cuenta los intereses legítimos de terceros. Para que una excepción esté justificada al amparo del Artículo 30, deberán satisfacerse esos tres criterios acumulativamente.

Respecto de la denominada excepción basada en la acumulación de existencias (*stockpiling*)—el segundo aspecto de la Ley de Patentes impugnado—, el Grupo Especial concluyó que era incompatible con el artículo 28.1 ADPIC y no estaba amparada por la excepción prevista en el artículo 30. En virtud de la excepción *stockpiling*, los competidores podían fabricar y almacenar las mercancías patentadas durante un cierto tiempo antes de que expirara la patente, pero las mercancías no podían venderse hasta después de la fecha de expiración de la misma. El Grupo Especial consideró que, a diferencia de la excepción regulatoria, la segunda excepción constituía una reducción sustancial de los derechos excluyentes que, conforme al artículo 28.1, habían de concederse a los titulares de las patentes en tal medida que no podía considerarse como una “excepción limitada” en el sentido del artículo 30 del Acuerdo.

Otro aspecto considerado por el Grupo Especial fue la noción de “discriminación” contenida en el artículo 27.1 del Acuerdo. El Grupo Especial constató que las CE no habían demostrado que la disposición relativa al examen reglamentario discriminaba en función del campo de la tecnología (es decir, en este caso contra los productos farmacéuticos), ya fuera *de jure* o *de facto*, en el sentido del artículo 27.1. A este respecto, el Grupo Especial hizo una importante observación al establecer que la discriminación referida no impedía a los Miembros “diferenciar” entre campos tecnológicos por

consideraciones legítimas. A este respecto, el Grupo estableció que Canadá no discriminaba ni diferenciaba, ya que su ley era neutra en cuanto al campo tecnológico de aplicación. No hubo apelación.

2.3. FLEXIBILIDADES EN EL USO DE EXCEPCIONES EN EL CASO DE LOS DERECHOS DE AUTOR

La aplicación de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos –en especial su artículo 110– fue materia de la reclamación presentada por las CE (DS160).¹³⁶ Las medidas cuestionadas estaban relacionadas con las limitaciones de los derechos exclusivos de titulares de obras, limitaciones en forma de exenciones para la difusión por quienes no son titulares de determinadas interpretaciones o exhibiciones, a saber, la “exención de uso doméstico” (para obras musicales “dramáticas”) y la “exención empresarial” (obras distintas de las obras musicales “dramáticas”). Según Estados Unidos, estas limitaciones están justificadas al amparo del artículo 13 del Acuerdo que “aclara y enuncia la doctrina de las ‘pequeñas excepciones’”.

El Grupo Especial concluyó, como cuestión preliminar, que efectivamente existe una doctrina de las “pequeñas excepciones” aplicable al Convenio de Berna (artículos 11 bis y 11) y que esa doctrina se ha incorporado al ADPIC. Acerca del artículo 13 del Acuerdo (limitaciones a los derechos exclusivos), el Grupo Especial reiteró el mismo criterio respecto de las excepciones del artículo 30 sobre patentes (caso Canadá) y aclaró que la regla de los “tres pasos” para establecer limitaciones a los derechos exclusivos debe ser satisfecha de manera acumulativa. Es así como estas limitaciones o excepciones son legítimas cuando: (i) se circunscriban a determinados casos especiales, (ii) no atenten contra la explotación normal de la obra y (iii) no causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.

Basándose en esos tres criterios, el Grupo Especial constató que la exención para uso doméstico satisfacía las prescripciones del artículo 13, por lo que era compatible con los incisos i) y ii) del artículo 11.1 del Convenio de Berna, incorporados al Acuerdo sobre los ADPIC (ver artículo 9.1).

¹³⁶ Ver OMC, http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds160_s.htm (consultado el 10 de enero de 2014).

Es decir, según el Grupo Especial, la excepción: (i) estaba circunscrita a “determinados casos especiales”, ya que estaba bien definida y limitada en su ámbito y alcance; (ii) no atentaba contra la explotación normal de la obra, ya que los titulares de los derechos otorgan pocas licencias, o no otorgan ninguna, para obras musicales “dramáticas” (es decir, el único tipo de material abarcado por la exención para uso doméstico), y (iii) no causaba un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos, dado su ámbito reducido y la falta de pruebas que demostraran que los titulares de derechos, si tuvieran la oportunidad, ejercerían su derecho a otorgar licencias.

Sobre la llamada “exención empresarial”, el Grupo Especial constató que esta no satisfacía las prescripciones del citado artículo 13 ADPIC porque: (i) no podía considerarse como un “determinado caso especial”, ya que su alcance con respecto a los posibles usuarios abarcaba los “restaurantes” (un 70% de los establecimientos de servicios de comidas y bebidas y un 45% de los establecimientos de comercio minorista), que constituyen uno de los principales tipos de establecimientos que el Convenio de Berna tiene por objeto regular (artículo 11.1 bis, iii); (ii) la exención “atenta contra la explotación normal de la obra”, ya que privaría a los titulares de derechos de autor sobre obras musicales de la remuneración procedente por el uso de su obra en emisiones de radio y televisión, y (iii) a la luz de las estadísticas que demuestran que entre el 45 y el 73% de los establecimientos pertinentes estaban comprendidos en la llamada exención empresarial, los Estados Unidos no habían demostrado que dicha exención no causaba un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos. En consecuencia, se constató que la exención empresarial era incompatible con el Convenio de Berna incorporado al ADPIC según el artículo 9.1.¹³⁷

2.4. APLICACIÓN DE ADPIC A SITUACIONES EXISTENTES ANTES A SU VIGENCIA

La diferencia sobre el período de protección mediante patente (DS170) se centraba en la reclamación de los Estados Unidos en el supuesto caso

¹³⁷ Por un análisis detallado de la diferencia, v. SANTA CRUZ en: CORREA (ed.), *Research Handbook Volume 11*, 2010, pp.191-214.

de que Canadá no habría cumplido con la obligación de conceder un período mínimo de protección a todas las patentes existentes a la fecha de aplicación del Acuerdo para Canadá. La Ley de Patentes establecía que la duración de la protección concedida a las patentes expedidas sobre la base de solicitudes presentadas antes del 1° de octubre de 1989 sería de 17 años a partir de la fecha del otorgamiento, en tanto que la duración de las invenciones concedidas a solicitudes presentadas con posterioridad a esa fecha, sería de 20 años contados desde la fecha de la solicitud (artículo 44 de la Ley).

La medida impugnada era el artículo 45 de la Ley de Patentes del Canadá¹³⁸, por cuanto en opinión de los Estados Unidos esta vulneraba los artículos 33 y 70 del Acuerdo. La obligación de otorgar una protección de una duración de 20 años contados desde la fecha de la solicitud, era aplicable a todas las invenciones que gozaban de protección mediante patente al 1° de enero de 1996 (fecha de aplicación del Acuerdo para Canadá). Ello, por cuanto las patentes otorgadas en ese país, sobre la base de solicitudes presentadas antes de 1° de octubre de 1989 y vigentes al 1° de enero de 1996, constituía “materia existente” protegida a la fecha de aplicación del Acuerdo de los ADPIC. Canadá, por su parte, invocaba que en virtud del artículo 70.1, el artículo 33 (duración de las patentes) no podía ser retroactivamente aplicable a actos de concesión de patentes ocurridos antes de la fecha de aplicación del Acuerdo de los ADPIC, agregando que esta disposición (artículo 70.1) prevalecía sobre el artículo 70.2 debido a su frase introductoria de “salvo disposición en contrario...”, entendiendo que el artículo 70.1 entraba en esa categoría

El Grupo Especial distinguió entre los párrafos 1 y 2 del artículo 70, delimitando y aclarando su sentido y alcance. El Grupo Especial estimó que los actos referidos en el 70.1, cualquiera fuera el sentido y alcance de este concepto, eran distintos de “la materia” que de conformidad al 70.2 estaba protegida por el Acuerdo. Agregó que si incluso el artículo 70.1

138 Los artículos 44 y 45 de la *Ley de Patentes* del Canadá establecían: “44. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46, cuando la solicitud de patente se presente con arreglo a esta Ley a partir del 1° de octubre de 1989, la duración de la patente será de 20 años contados desde la fecha de presentación de la solicitud. 45. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46, la duración de toda patente expedida con arreglo a la presente Ley sobre la base de una solicitud presentada antes del 1° de octubre de 1989 será de 17 años contados desde la fecha de expedición de la patente”.

excluyera del alcance de protección el acto administrativo de concesión de una patente anterior al 1º de enero de 1996, no se podía concluir, sobre esa base, que dicho artículo se aplicaba a las invenciones protegidas por patentes otorgadas antes de esta fecha. El acto administrativo de concesión daba lugar a la protección de una materia subyacente y esa protección concedida a la materia existía y podía continuar más allá del 1º de enero de 1996. Como se trataba de una situación que no dejó de existir a la entrada en vigor del Acuerdo, no se trataba de actos amparados por el artículo 70.1 (porque este se refiere a actos “realizados” y no “realizándose”). El Grupo Especial estimó que el artículo 70.2 y no el 70.1 se aplica a las invenciones protegidas por patentes concedidas antes de la fecha de entrada en vigencia del Acuerdo. Canadá apeló el Informe del Grupo Especial al Órgano de Apelación de la OMC.

El Órgano de Apelación, en su decisión¹³⁹, hizo la distinción entre “actos” y los “derechos” creados por esos actos. Un acto sería algo hecho y el uso de las palabras “actos realizados” sugiere que ha sido hecho y ya está acabado o completo, lo que excluye los derechos y obligaciones emanados de actos existentes que no se encuentran completados a la fecha de aplicación del Acuerdo. Si las palabras “actos realizados” se interpretaran de manera de comprender todas las situaciones que siguen existiendo en relación con las patentes concedidas antes de la fecha de aplicación del Acuerdo, entonces el artículo 70.1 impediría

(...) la aplicación de prácticamente la totalidad del Acuerdo sobre los ADPIC a derechos conferidos por patentes creados por esos ‘actos’ lo cual no estaría en conformidad con el objeto del Acuerdo sobre los ADPIC, que se enuncian en el preámbulo de dicho Acuerdo¹⁴⁰.

En definitiva, el Órgano de Apelación concluyó que el artículo 70.1 no puede interpretarse de manera que se excluyan los derechos existentes como consecuencia de actos adoptados con anterioridad a la aplicación del ADPIC y que se encontraban vigentes de ejecución a la fecha de aplicación del Acuerdo para el país en cuestión.

139 Ver *Canadá – Período de protección mediante patente*, OA, WT/DS170/AB/R.

140 Ídem, párr. 59.

2.5. INCORPORACIÓN DE NORMAS DEL CONVENIO DE PARÍS SOBRE MARCAS COMERCIALES EN ADPIC Y EXTENSIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE TN Y NMF

En el caso relativo a la Ley de Asignaciones de los Estados Unidos (artículo 211), (DS176)¹⁴¹, la CE estimaba que la ley no era consistente con el Acuerdo, ya que denegaba a los titulares de marcas –en el caso concreto, ron Habana Club– confiscadas sin compensación por el gobierno de Cuba, de ejercer sus derechos en los tribunales de los Estados Unidos, denegando al mismo tiempo la autorización para registrar esas marcas en la Oficina de Patentes y Marcas.

Materia de la controversia eran el artículo 15.1 y el artículo 2.1 ADPIC en su referencia al Convenio de París. Como hemos analizado, el artículo 15.1 consagra una definición de una marca de fábrica o de comercio y establece los criterios para el registro como marcas de fábrica o de comercio pero no una obligación de registrar “todas” las marcas de fábrica o de comercio que reúnen las condiciones establecidas. A este respecto, el Órgano de Apelación constató que la ley de los Estados Unidos (artículo 211(a)(1) no era incompatible con el artículo 15.1 del Acuerdo, ya que el reglamento se refería a la “titularidad” de una marca de fábrica o de comercio. El Órgano de Apelación convino también con el Grupo Especial en que la citada ley no era incompatible con el Convenio de París que solo regula la “forma” de una marca de fábrica o de comercio, y no la titularidad.

Se encontraban también en cuestión los artículos 16.1 y 42 del Acuerdo. Dado que no hay normas que determinen quién es el “titular” de una marca de fábrica o de comercio, caracterización que queda al arbitrio de cada país, el Órgano de Apelación constató que la ley de los Estados Unidos (artículos 211(a)(2) y (b) no era a su vez incompatible con el ADPIC (artículo 16.1). El Órgano de Apelación revocó la constatación del Grupo Especial y determinó que la ley cuestionada (artículo 211(a)(2) no era, según sus propios términos, incompatible con el ADPIC (artículo 42). Ello, porque daba a los titulares de derechos acceso a procedimientos judiciales civiles, como requiere esta última disposición, que es una disposición de carácter procesal, mientras que el artículo 211 de los Estados Unidos afecta a derechos sustantivos.

141 Ver información OMC, http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/1pagesum_s/ds176sum_s.pdf (consultado el 10 de enero de 2014).

Con respecto a las disposiciones sobre trato nacional (artículo 2 del Convenio de París y artículo 3.1, ADPIC) y respecto a los “sucesores en interés”, el Órgano de Apelación constató que la ley cuestionada (artículo 211(a)(2) infringía la obligación de trato nacional, porque imponía un obstáculo procesal suplementario a los nacionales cubanos. En lo tocante al efecto para los titulares originales, revocó la constatación del Grupo Especial y constató que la ley de los Estados Unidos (artículos 211(a)(2) y (b) infringe las obligaciones de trato nacional, ya que se aplican a los titulares originales que eran nacionales cubanos, pero no a los “titulares originales”, que eran nacionales de los Estados Unidos.

En el caso del principio de la Nación Más Favorecida (artículo 4 ADPIC), el Órgano de Apelación revocó la constatación del Grupo Especial y determinó que la ley cuestionada (artículos 211(a)(2) y 211(b) infringía la obligación de conceder ese trato, porque solo los “titulares originales” que fueran nacionales cubanos estaban sujetos a la medida en litigio, mientras que los “titulares originales” que no fueran cubanos no lo estaban.

Contrariamente a la afirmación restrictiva del Grupo Especial de que los nombres comerciales no serían una categoría cubierta por el ADPIC según el artículo 1.2, el Órgano de Apelación concluyó que los nombres comerciales están abarcados por el Acuerdo, entre otras cosas, ya que el artículo 8 del Convenio de París, que regula los nombres comerciales, está expresamente incorporado al ADPIC en virtud del artículo 2.1.¹⁴²

2.6. APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE TRATO NACIONAL EN EL CONTEXTO DE MARCAS DE FÁBRICA E INDICACIONES GEOGRÁFICAS

En las diferencias DS174 y DS290¹⁴³ se invocaba que el sistema de protección de las CE sobre protección de indicaciones geográficas, discriminaba en contra de terceros. En cuestión se encontraban las disposiciones respectivas sobre trato nacional del Acuerdo (artículo 3.1) y del GATT (III: 4).

El Grupo Especial constató que las condiciones de equivalencia y reciprocidad con respecto a la protección de las IG con arreglo al Reglamento de las

142 Ver un análisis detallado del diferendo en CHARLIER, en: CORREA (ed.), *Research Handbook Volume II*, 2010, pp. 283-297.

143 http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/1pagesum_s/ds174sum_s.pdf.

CE infringían la obligación de trato nacional al otorgar a los nacionales y a los productos de países no pertenecientes a las CE un trato menos favorable que a los nacionales y los productos de países pertenecientes a las CE. Al establecer procedimientos “formalmente idénticos”, pero de hecho distintos, sobre la base de la ubicación de una IG, las CE modificaron la “igualdad efectiva de oportunidades” entre distintos nacionales y productos, en detrimento de los nacionales y los productos de países no pertenecientes a las CE.

El Grupo Especial constató también que los procedimientos establecidos en el Reglamento de las CE, que obligaban a los nacionales de terceros países a presentar una solicitud o formular su oposición en las Comunidades Europeas a través de su propio gobierno (pero no directamente en los Estados Miembros de las CE), otorgaba un trato formalmente menos favorable a otros nacionales y productos, en infracción al principio del TN, y que no estaba justificada por el apartado d) de su artículo XX.

En el informe de la reclamación de los Estados Unidos (DS174), el Grupo Especial constató que el requisito de que los gobiernos de terceros países declarasen que se habían establecido en su territorio estructuras para controlar el cumplimiento de las disposiciones sobre las IG infringía nuevamente el principio del TN. En el informe de la reclamación de Australia (DS290), el Grupo Especial constató que esas estructuras de control no constituían un “reglamento técnico” en el sentido del Acuerdo OTC.

El Grupo Especial concluyó que el artículo 16.1 del Acuerdo obliga a los Miembros a conferir a los titulares de marcas de fábrica o de comercio un derecho frente a determinados usos, incluidos usos como IG. El artículo 24.5 no otorga ninguna defensa, porque crea una excepción a los derechos conferidos por las IG y no por las marcas. Por su parte, artículo 24.3 solo justifica por anterioridad determinadas IG, y no sistemas de protección de las IG. En consecuencia, el Grupo Especial constató inicialmente que el Reglamento de las CE era incompatible con el artículo 16.1, ya que limitaba los derechos derivados de las marcas cuando estas se utilizaran como IG. Sin embargo, en última instancia el Grupo Especial constató que el Reglamento estaba justificado al amparo del artículo 17 –discutido *supra*–, que permite a los Miembros establecer excepciones limitadas a los derechos conferidos por las marcas de fábrica o de comercio¹⁴⁴.

144 Ver análisis más detallado del diferendo en VIVAS-EUGUI y OLIVA, en: CORREA (ed.), *Research Handbook Volume 11*, 2010, pp. 122-141.

XII. ANEXO CUADRO 6

CUADRO 6
RECLAMACIONES SOBRE CUESTIONES RELACIONADAS
CON LA APLICACIÓN DEL ADPIC

AÑO	RECLAMANTE	RECLAMADO	DIFERENCIA
1996	Estados Unidos de América	Japón	DS28, Medidas aplicables en materia de grabaciones sonoras, 9 de febrero de 1996.
	Estados Unidos de América	Pakistán	DS36, Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura, 30 de abril de 1996.
	Estados Unidos de América	Portugal	DS37, Protección mediante patente al amparo de la Ley de Propiedad Industrial, 30 de abril de 1996.
	Comunidades Europeas	Japón	DS4, Medidas aplicables en materia de grabaciones sonoras, 28 de mayo de 1996.
	Estados Unidos de América	India	DS50, Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura, 2 de julio de 1996.
	Estados Unidos de América	Indonesia	DS59, Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil, 8 de octubre de 1996.
1997	Comunidades Europeas	India	DS79, Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura, 28 de abril de 1997.
	Estados Unidos de América	Irlanda	DS82, Medidas que afectan a la concesión del derecho de autor y derechos conexos, 14 de mayo de 1997.
	Estados Unidos de América	Dinamarca	DS83, Medidas que afectan a la observancia de los derechos de propiedad intelectual, 14 de mayo de 1997.
	Estados Unidos de América	Suecia	DS86, Medidas que afectan a la observancia de los derechos de propiedad intelectual, 28 de mayo de 1997.
	Comunidades Europeas	Canadá	DS114, Protección mediante patente de los productos farmacéuticos, 19 de diciembre de 1997.

AÑO	RECLAMANTE	RECLAMADO	DIFERENCIA
1998	Estados Unidos de América	Comunidades Europeas	DS115, Medidas que afectan a la concesión del derecho de autor y derechos conexos, 6 de enero de 1998.
	Estados Unidos de América	Comunidades Europeas	DS124, Observancia de los derechos de propiedad intelectual por estaciones de televisión, 30 de abril de 1998.
	Estados Unidos de América	Grecia	DS125, Observancia de los derechos de propiedad intelectual por estaciones de televisión, 4 de mayo de 1998.
	Canadá	Comunidades Europeas	DS153, Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura, 2 de diciembre de 1998.
1999	Comunidades Europeas	Estados Unidos de América	DS160, Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos, 26 de enero de 1999.
	Estados Unidos de América	Canadá	DS170, Período de protección mediante patente, 6 de mayo de 1999.
	Estados Unidos de América	Argentina	DS171, Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y protección de los datos de pruebas relativos a los productos químicos para la agricultura, 6 de mayo de 1999.
	Estados Unidos de América	Comunidades Europeas	DS174, Medidas relacionadas con la protección de las marcas de fábrica o de comercio y las indicaciones geográficas en el caso de los productos agrícolas y los productos alimenticios, 1 de junio de 1999.
	Comunidades Europeas	Estados Unidos de América	DS176, Artículo 211 de la Ley Omnibus de Asignaciones de 1998, 8 de julio de 1999.
2000	Comunidades Europeas	Estados Unidos de América	DS186, Artículo 337 de la Ley Arancelaria de 1930 y modificaciones de la misma, 12 de enero de 2000.
	Estados Unidos de América	Argentina	DS196, Determinadas medidas relativas a la protección de patentes y de los datos de pruebas, 30 de mayo de 2000.
	Estados Unidos de América	Brasil	DS199, Medidas que afectan a la protección mediante patente, 30 de mayo de 2000.
2001	Brasil	Estados Unidos de América	DS224, Código de patentes de los Estados Unidos, 31 de enero de 2001.
2003	Australia	Comunidades Europeas	DS290, Protección de las marcas de fábrica o de comercio y las indicaciones geográficas en el caso de los productos agrícolas y los productos alimenticios, 17 de abril de 2003.

AÑO	RECLAMANTE	RECLAMADO	DIFERENCIA
2007	Estados Unidos de América	China	DS362, Medidas que afectan a la protección y observancia de los derechos de propiedad intelectual, 10 de abril de 2007.
2010	India	Unión Europea y un Estado miembro	DS408, Confiscación de medicamentos genéricos en tránsito, 11 de mayo de 2010.
	Brasil	Unión Europea y un Estado miembro	DS409, Confiscación de medicamentos genéricos en tránsito, 12 de mayo de 2010.
2012	Ucrania	Australia	DS434, Medidas relativas a las marcas de fábrica o de comercio y otras prescripciones de empaquetado genérico aplicables a los productos de tabaco y al empaquetado de esos productos, 13 de marzo de 2012.
	Honduras	Australia	DS435, Determinadas medidas relativas a las marcas de fábrica o de comercio, indicaciones geográficas y otras prescripciones de empaquetado genérico aplicables a los productos de tabaco y al empaquetado de esos productos, 4 de abril de 2012.
	República Dominicana	Australia	DS441, Determinadas medidas relativas a las marcas de fábrica o de comercio, indicaciones geográficas y otras prescripciones de empaquetado genérico aplicables a los productos de tabaco y al empaquetado de esos productos, 18 de julio de 2012.
2013	Cuba	Australia	DS458, Determinadas medidas relativas a las marcas de fábrica o de comercio, indicaciones geográficas y otras prescripciones de empaquetado genérico aplicables a los productos de tabaco y al empaquetado de esos productos, 3 de mayo de 2013.
	Indonesia	Australia	DS467, Determinadas medidas relativas a las marcas de fábrica o de comercio, indicaciones geográficas y otras prescripciones de empaquetado genérico aplicables a los productos de tabaco y al empaquetado de esos productos, de 20 de septiembre de 2013.

Fuente: OMC, Índice de diferencias por Acuerdo. Disponible en http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_agreements_index_s.htm.

TÍTULO VI

CAPÍTULO 23

Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP)

ROBERTO LAGUADO

I. INTRODUCCIÓN

Este capítulo examina la historia de los últimos 30 años, desde cuando se forjó una primera iniciativa regulatoria de comercio internacional para abrir los mercados de compras públicas. Inicia con la descripción de los acuerdos de los años ochenta, sigue con los desarrollos del Acuerdo de Contratación Pública de 1994 (ACP-I) y termina con la descripción del recientemente aprobado Acuerdo Plurilateral de Contratación Pública de la Organización Mundial de Comercio (ACP-II)¹.

El documento analiza la evolución de la política pública internacional de protección de mercados de contratos públicos, para abrir paulatinamente las oportunidades de negocios entre empresas de diversos países y explica por qué esa iniciativa de apertura no ha logrado la adhesión de países en desarrollo.

Una de las más importantes modificaciones, y quizás la más llamativa para los países en desarrollo, está dada por el nuevo esquema regulatorio de trato especial y diferenciado (s&d) que se incluyó en el artículo V y que promete ser un importante instrumento para vencer el mayor obstáculo que no ha permitido propiciar un nivel de adhesión al Acuerdo más participativo.

II. TREINTA AÑOS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA A NIVEL INTERNACIONAL

La transformación de los mercados de compras públicas de las últimas décadas ha supuesto la interacción de diferentes variables: factores históricos, económicos, políticos y de desarrollo empresarial. Su interacción a través de los años ha permitido que el mercado de compras públicas que hoy se pone a disposición de países y empresas sea más profundo, dinámico y relevante. Frecuentemente se citan los beneficios comerciales y económicos inducidos por la apertura de mercados de compras². Además, pueden sobrevenir res-

1 Todas las referencias a “el Acuerdo”, en este capítulo se refieren al Acuerdo de Contratación Pública aprobado por el Comité de Contratación Pública en marzo de 2012.

2 OMC: “La compra de bienes y servicios por los organismos oficiales para sus propios fines es un elemento esencial del funcionamiento de los Estados, ya que asegura los recursos que permiten a los gobiernos llevar a cabo su labor y tiene, por ende, repercusiones de primer orden para las principales partes interesadas de la sociedad. La contratación pública es un importante aspecto

tructuración y ajustes de la industria, aprovechar las ventajas y conocimientos técnicos de distintos sectores, facilitar la distribución de los recursos y una más equitativa repartición de ingresos³.

Según cifras de OCDE y la UE, las compras públicas constituyen entre el 15 y el 20% del PIB de los países. Sin embargo, hay algunos que superan notoriamente estos porcentajes, como el caso de India, que cada año gasta el 30% de su PIB en contratos con el Estado; o el del Gobierno Central de China, que destina 88 mil millones de dólares a la compra de bienes y servicios; o finalmente, el no despreciable 3,2% del PIB de toda la UE⁴ (compras públicas bajo ACP) nos invitan a reflexionar sobre el impacto en el mercado. A esto se le suma el hecho de que el porcentaje de las contrataciones públicas en los PIB es cada vez mayor y que en tiempos de crisis parece aumentar con las inversiones en infraestructura como parte de la estrategia de los países ante la crisis mundial⁵.

Pero no siempre fue así. Los contratos públicos se originaron cuando se desplazaron modelos políticos autoritarios para darle entrada a esquemas de colaboración con los ciudadanos. Este nuevo enfoque produjo delegación de ciertos servicios públicos en empresas privadas y el antiguo Estado autoritario optó por favorecer una relación armónica y casi que igualitaria con los particulares. Allí, la relación que antes suponía una imposición de medidas del Estado, como las expropiaciones, el trabajo forzado, el despojo de empresas y oportunidades, derivó hacia escenarios de negociación y de concertación de un precio justo a través de un instrumento técnico: el contrato público.

Al mismo tiempo, ese instrumento entró a hacer parte de la gestión pública y se arraigó como herramienta para lograr los cometidos estatales. Sin embargo, los cambios no siempre facilitaron que las empresas extranjeras intervinieran como colaboradores en ese proceso y esa presencia más bien se vio como inconveniente por razones muy cercanas a la soberanía⁶: *nuestro dinero para nuestras empresas y para nuestros empleos*, clamaban los países a la hora de ver cómo el presupuesto público se invertía en obras o en la compra de bienes.

del comercio internacional". Disponible en http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gproc_s.htm.

3 BOVIS, *EC Public Procurement Law*, 1998 p. 113.

4 Comunicación de la Comisión Europea, OMC-Doc. GPA/101.

5 MURRAY, *Supply Chain Management*, 2009, vol. 14, núm. 6, pp. 429-434.

6 DUNKLEY, *The Free Trade Adventure*, 2000, p. 112.

En esa línea, el GATT indicaba que sus normas no aplicarían a los reglamentos y prescripciones que rijieran las adquisiciones por organismos gubernamentales⁷. Ello permitió el cierre de mercados y la reserva de adquisiciones públicas, ya que no se aplicaba el trato nacional ni la no discriminación o la transparencia regulatoria en los contratos entre entidades públicas y privadas.

I. PRIMERA INICIATIVA PARA EXTENDER LAS DISCIPLINAS DE LA OMC A LAS COMPRAS DEL SECTOR PÚBLICO: EL CÓDIGO DE 1979

Esa situación fue modificada en 1979 con la emisión del primer Código de Contrataciones Públicas suscrito por 13 países, como acuerdo paralelo a la Ronda Comercial de Tokio. Este garantiza la no discriminación en el mercado de compras públicas de bienes y Nación Más Favorecida entre sus signatarios. La evolución que involucró este compromiso inicial por parte de 13 países desarrollados se inspiró en el cambio económico mundial que vino a suceder por los escenarios de posguerra, acompañados de un cambio estructural en la dinámica estatal. Así, por un lado, la presión por mantener servicios públicos de salud, educación y pensiones en los estados de bienestar, implicó ahorrar en el gasto público para no afectar la provisión de los mismos. También se buscó que las empresas públicas debían ser más competitivas, pues ya no contaban con todo el apoyo del Estado. Se vieron forzadas a buscar ganancias operacionales para mantener, prolongar y justificar su existencia. Por último, la creación y maduración de un sector privado que se mostró preparado para “salir” de las fronteras, presionó a sus propios gobiernos para ampliar líneas de exportación⁸. El acuerdo cobijó únicamente la compra de bienes, solo hechas por el gobierno central y se apoyaba en la transparencia como mecanismo para garantizar el respeto al acuerdo y los compromisos adquiridos por las partes⁹. Muchos analistas estiman que, para ese entonces, el mercado de compras públicas que quedó

7 Artículo III:8 GATT 1947 y artículo XIII:2 GATS.

8 EVENETT, *The WTO Government Procurement Agreement*, 2002, pp. 6-7.

9 La transparencia se enfocó en ese momento en generar disposición de normas y regulaciones como medida para eludir barreras al comercio, con un enfoque similar al que tiene el artículo X del GATT. Posteriormente, la transparencia en los ACP I y II tendría mayor espectro, al cobijar no solo la transparencia regulatoria sino también las conductas éticas y el *accountability* de los funcionarios públicos y empresas que participan en las compras públicas.

cubierto bajo estas reglas de intercambio comercial era equivalente a 30 mil millones de dólares¹⁰.

2. ACUERDO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA OMC (ACP-I)

Para el año 1994 y como parte de la Ronda de Uruguay, el acuerdo fue revisado y re-editado. Lo suscribieron 22 países, incluyendo los 15 de la Unión Europea. En el año 2005 contaba con 38 Miembros, y en el 2011, con 42. Su enfoque principal fue dotar de transparencia a las prácticas, procedimientos y normas sobre contrataciones públicas cubiertas¹¹ por el Acuerdo, ampliando el alcance de este principio respecto del acuerdo de 1979. Como parte de las negociaciones de adhesión a la OMC, los países han sido obligados a incorporarse también al Acuerdo de Compras Públicas, aunque se han dilatado las negociaciones sobre contrataciones cubiertas, lo que ha postergado su efectiva incorporación¹².

Además de la profundización en transparencia, también se esperaba que el Acuerdo ampliaría los niveles de confianza en las transacciones y bajaría el nivel de riesgo; ampliaría la competitividad y mejorar los precios de compra; restringiría prácticas desleales y corruptas; unificaría y armonizaría las prácticas para reducir costos de acceso a la información; aceleraría el proceso para convertir a las empresas locales en organizaciones más competitivas y, finalmente, atraería mayor capital e inversión extranjera¹³. Las reglas de cobertura incluyeron bienes, servicios y obras públicas, lo que multiplicó por diez el tamaño del mercado, convirtiéndolo en un mercado con transacciones por 300 mil millones de dólares que incluye las contrataciones cubiertas de Armenia, Canadá, Unión Europea (con respecto a sus Estados Miembros, Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Grecia,

10 OMC, Labor de la OMC en materia de contratación pública. Disponible en http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/overview_s.htm.

11 La expresión “cubiertas” o “cobertura” a lo largo del artículo significan que son transacciones que se encuentran por encima del umbral acordado, realizadas por alguna de las entidades descritas en los anexos y apéndices y cuyo objeto cae dentro de los tipos de bienes, obras o servicios que están incluidos en los anexos y apéndices y, por consiguiente, se les aplicarían las reglas del Acuerdo.

12 ARROWSMITH, *Journal of International Economic Law*, 2002, vol. 5, núm. 4, p. 765.

13 KOVACS, *Public Procurement Law Review*, 2005, núm. 1, pp. 15-38.

Irlanda, Italia, Luxemburgo, los Países Bajos, Portugal, el Reino Unido, Suecia, Chipre, Eslovenia, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Polonia, República Checa, República Eslovaca, Bulgaria y Rumania), Corea, Estados Unidos, Hong Kong, China, Islandia, Israel, Japón, Liechtenstein, Noruega, Países Bajos respecto de Aruba, Singapur, Suiza y Taipéi chino.

Aunque se había ampliado el alcance y cobertura, no hubo más acceso al Acuerdo de 1994. Notoriamente, ningún país en desarrollo ingresó, salvo el compromiso de Panamá como parte de su adhesión a la OMC. Se impulsó una nueva revisión del Acuerdo, que hiciera frente a diversas problemáticas y realidades. En materia de acceso, implícitamente no se cumplía el principio de Nación Más Favorecida, porque seguían existiendo prácticas discriminatorias entre los Estados Miembros del Acuerdo. Por otro lado, se anticipó que el uso de las tecnologías de la información cambiaría la forma de hacer contrataciones públicas y, finalmente, se hizo patente que el acuerdo generaba ninguno o poco interés por parte de los países en desarrollo, que seguían viendo comprometido su derecho al desarrollo¹⁴. El 2011 se avanzó en concordar radicalmente en la concertación de los términos de un nuevo Acuerdo, el que fue ratificado para implementación en marzo de 2012.

3. EL ACP II

El ACP II refleja el trabajo de más de una década de debates y análisis. Ahora bien, durante ese periodo ocurrieron sucesos que delinearon lo que sería el mercado mundial de compras públicas y que definían las tensiones entre países OCDE y países en desarrollo y menos adelantados. Entre estas tiranteces podemos mencionar: (i) la crisis económica mundial contribuyó a que países tomaran medidas para canalizar sus presupuestos públicos *hacia adentro*, y ejemplo de ello fueron los esquemas de Estados Unidos para dinamizar y hacer frente a la recuperación de su economía; (ii) la expansión de internet y el comercio electrónico también generó que todas las regulaciones de compras públicas fueren enmendadas para viabilizar las transacciones digitales; (iii) posiblemente las olas de compras sustentables para hacer frente al cambio climático también han tenido un rol importante en marcar la forma como se hacen las compras y contrataciones públicas; (iv) lo mismo sucede con

14 LAGUADO GIRALDO, *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2005, núm. 5, pp. 217-241.

la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, que hizo patente la necesidad de coordinar esfuerzos para contrarrestar el soborno y las conductas no éticas, y (v) la adopción de medidas proteccionistas horizontales/regulatorias de los mercados de compras públicas de países tanto en desarrollo como signatarios del ACP de 1994.

ACP II promete cerca de un billón de dólares de contrataciones públicas cubiertas y una mayor dinámica de negocios entre países de todo el globo. Sin embargo, el acuerdo sigue siendo impopular entre países en desarrollo. En el fondo el debate radica en los casos en que la OMC adopta modelos o decisiones que impactan de forma diferente a los países del sur o del norte.

Las medidas comerciales que pueden perjudicar a ciertos actores económicos, o Estados y temas como propiedad intelectual, inversión, medio ambiente o servicios financieros, no son atractivos para países en desarrollo. Los críticos y académicos¹⁵ resaltan las tensiones que puede propiciar el sistema de comercio internacional en el que si bien aporta elementos positivos en el sistema multilateral de comercio, puede operar contra el interés de los países en desarrollo. La propia OMC resalta el poder catalizador hacia el desarrollo, la competitividad, la profundización de los mercados de innovación, investigación, creación de empleos, transparencia y modernización de los sistemas nacionales de compras que pueden sobrevenir al tomar la decisión y política pública de adherir a este acuerdo.

La siguiente sección describe los análisis contrapuestos que mayormente llevan a que la disyuntiva sobre adherir o no al nuevo Acuerdo no sea pacífica, y posiblemente sea más conflictiva tratándose de países en desarrollo.

III. ACUERDO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA 2012: ACCEDER O NO ACCEDER

La disyuntiva que un país enfrenta para adherir o no es la misma que subyace cuando debe sostener una posición económica de apertura o proteccionismo comercial. El Acuerdo ha reconocido que

15 EVENETT y HOEKMAN, *Government Procurement: Market Access, Transparency, and Multilateral Trade Rules*, 2004; Watermeyer, *Public Procurement Law Review*, 2004, núm. 1, pp. 30-54; LAGUADO GIRALDO, *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2005, núm. 5, pp. 217-241.

(...) hay que tener en cuenta las necesidades de desarrollo, financieras y comerciales de los países en desarrollo, en particular de los países menos adelantados¹⁶.

y ofrece unas medidas particulares y novedosas que pueden inclinar la balanza a favor de la adhesión. Si bien el nuevo Acuerdo puede tener incentivos para propiciar allí un mejor balance, quedan pendientes otros asuntos como los que se señalan a continuación.

I. INVERSIONES PRE Y POSTADHESIÓN

La decisión de adherir conlleva implícitamente a que el país se prepare para afrontar algunas inversiones. Hay que tomar en cuenta que afrontará un proceso de negociación con las partes del Acuerdo. Esta negociación supondrá disponer de un equipo técnico negociador compuesto por autoridades de los ministerios de comercio y por Miembros de los órganos rectores de compras públicas, y si estas son débiles técnicamente, posiblemente tengan que contratar expertos, asesores y consultores para que los guíen en la negociación. Preparar la oferta, señalando las entidades en los diferentes anexos o los diversos apéndices supone el trabajo de un equipo multidisciplinario, y lo propio sucederá con la posterior negociación. Al respecto, esta negociación supone preparar los diferentes documentos para entablar negociaciones, tanto en bloque como bilaterales, con diferentes países, siendo esto último lo que mayores costos puede generar. Tratándose de países en desarrollo, los costos pueden ser excesivamente altos en comparación a los beneficios en términos de apertura y oportunidades de negocios (OCDE)¹⁷. Cuando el sector público del país interesado sea de gran tamaño, como notablemente es el caso de China, el proceso de negociación puede ser aún más dificultoso¹⁸.

Para ejecutar el Acuerdo, pueden también sobrevenir costos institucionales¹⁹ caracterizados por contar con diversas entidades u organizaciones no existentes antes de la adhesión, y que deben operar una vez el Acuerdo se ponga en vigor. Típicamente, los dos arreglos institucionales que más

16 Preámbulo del Acuerdo sobre Contratación Pública, de marzo de 2012.

17 OCDE, *Transparency in Government Procurement: The Benefits of Efficient Governance*, TD/TC/WP(2002)31/REV2, 2003, p. 12.

18 GUIMARÃES DE LIMA E SILVA, *Public Procurement Law Review*, 2008, vol. 17, núm. 2, p. 89.

19 EVENETT y HOEKMAN, *International Cooperation and the Reform of Public Procurement Policies*, 2005.

costos generan suelen ser la estructuración del organismo de procedimientos internos de revisión²⁰ y, con menor carácter, la implementación de portales electrónicos para difusión de información²¹. Estos desembolsos pueden ser menores en países que han empezado a negociar previamente otros acuerdos, con países como los Estados Unidos, Canadá, Corea, o bloques como Europa o AELC, que operan bajo estándares de ACP. Igualmente, si han recibido apoyo por asistencia técnica o financiamiento de la Banca Multilateral, los mismos gastos serán menores.

Para países en desarrollo, el período de negociación, concertación e implementación puede ser más largo²² y supone por lo menos la ratificación del acuerdo por organismos internos, ajustar la legislación para acomodarse a los acuerdos, establecer los nuevos procedimientos, recabar información estadística, diseñar sistemas de información y entrenar y capacitar al sector comprador y vendedor en las nuevas reglas. Todo esto supone una inversión importante.

2. EVENTUALES COSTOS DE LARGO PLAZO POR NO ADHERIR

La decisión de no afiliarse y mantener barreras comerciales a las empresas y oferentes extranjeros puede generar efectos a corto y a largo plazo. En lo inmediato, puede inducir a una mejoría en los ingresos y el empleo de trabajadores de firmas locales, que ganarán más contratos en las licitaciones nacionales. La política de adjudicaciones “de puertas adentro” puede sostenerse a través de barreras de diferente tipo, como requisitos para participar en las licitaciones a extranjeros, mayores cargas impositivas, exigencia de documentación, aplicación de precios de preferencia excesivos²³ o, sim-

20 Artículo XVIII ACP: “(...)4. Cada Parte establecerá o designará al menos una autoridad administrativa o judicial imparcial, independiente de sus entidades contratantes, para recibir y revisar las impugnaciones presentadas por los proveedores en el contexto de una contratación abarcada”.

21 Artículo VII ACP Anuncios: “(...) Se alienta a las Partes, incluidas las entidades contratantes comprendidas en el Anexo 2 y 3, a que se publiquen sus anuncios por medios electrónicos gratuitos en un solo punto de acceso”.

22 GUIMARÃES DE LIMA E SILVA, *Public Procurement Law Review*, 2008, vol. 17, núm. 2, pp. 61-98.

23 ALEXANDER y FLETCHER, *The Use and Impact of the Bank's Policy of Domestic Preferences*, 2012. El Banco Mundial, tras analizar 10 años de aplicación de reglas de precios preferenciales en Licitaciones Públicas Internacionales (LPI), concluyen que la utilidad y frecuencia en las que se aplica la metodología de preferencias es residual y sugiere que posiblemente solo en países en

plemente, con la limitación directamente indicada en la regulación sobre contratación pública que solo admita la participación de empresas (directa o indirectamente) en ciertas licitaciones o contrataciones. Medidas como estas concentrarán las adjudicaciones a firmas o ciudadanos nacionales, lo cual traerá consigo otras consecuencias a largo plazo. Entre ellas, debe destacarse la falta de oportunidades para generar competitividad en mercados incipientes –que son a la vez los que reciben más protección– y que se convierten en fuerzas inerciales con rumbos difíciles de cambiar. Así, los mercados y empresas dejan de ofrecerle al sector público los mejores precios y los mejores bienes, porque la competencia se ve neutralizada por la imposibilidad de permitir que otras empresas extranjeras postulen con precios competitivos, innovación y soluciones técnicas de avanzada. Las entidades compran y se aprovisionan de los oferentes del mercado local, a veces reducido y sin alternativa para buscar mejor valor por el dinero público.

Sin embargo, las empresas que han recibido los privilegios no compiten con empresas extranjeras y se sienten cómodas con los altos precios y bajas calidades. Esa ausencia de competencia real afectará su capacidad de salir y ofrecer negocios en otras fronteras. El Estado comprador, por su parte, recibirá pocos productos con mejor tecnología y posiblemente enfrente precios abusivos. En fin, el proteccionismo es ampliamente criticado por la literatura y las partes del Acuerdo de Contratación.

La desconexión y levantamiento de murallas comerciales puede también inducir alternaciones macroeconómicas que desequilibran tanto la distribución y uso de diversos factores de producción como la balanza comercial de los países, disminuyendo tanto importaciones como exportaciones y afectando los precios, con tendencias al alza²⁴. También la desconexión y proteccionismo puede generar efectos nocivos y permitir que el mercado se convierta en campo fértil para la corrupción. Si bien no es el único factor que genera esta situación, analistas sugieren que en mercados cerrados y con propensión a la falta de transparencia, los precios cotizados son aquellos provistos por pocas empresas presentes en el país, induciendo que los

desarrollo puede tener algún impacto. Los análisis concluyeron igualmente que cuando se aplicó en la licitación no tuvo un efecto material. Se indicó que es razonable dudar que la política de usar preferencias siga generando impactos benéficos para industriales locales, ya que hubieren ganado el contrato sin la preferencia, o la preferencia no hubiere cambiado la adjudicación.

24 EVENETT y HOEKMAN, *Government Procurement: Market Access, Transparency, and Multilateral Trade Rules*, 2004, p. 26.

mismos suban excesivamente en beneficio de la coima que puede cobrar el funcionario público. En mercado de armas o material de guerra, por ejemplo, existen precios notoriamente elevados, no solo porque suelen ser pocos los oferentes sino porque las negociaciones y comparaciones de precios ocurren en escenarios con poca o ninguna transparencia, lo que facilita que los compradores públicos aprovechen la circunstancia para beneficiar sus propios intereses²⁵.

También se observa que en mercados cerrados, poco transparentes y con reglas turbias, el actuar de los compradores públicos afecta a las pequeñas o incipientes empresas. La coima se constituye en un peaje que pocas Mipymes pueden pagar, y a quienes lo logran pagar, los arraiga y posiciona para perpetuar mercados infestados de colusiones y prácticas fraudulentas. La visión de proteccionismo tiene expresiones claras en materia de MIPYMES y fuerzas sociales que quieren ser auspiciadas, como el esquema de pequeñas empresas de los Estados Unidos —con un SBA²⁶ vigente desde 1953—, o los casos de protección racial en Sudáfrica —a favor de comunidades negras— y de los Bumiputera, población descendiente en Malasia, que reciben trato preferente para marcar diferencias frente a los habitantes de ascendencia china²⁷.

3. REVISAR Y ADAPTAR POLÍTICAS PÚBLICAS DE DESARROLLO

El acceso supone revisar al interior de los países el impacto socioeconómico que genera el nuevo esquema de participación y competencia de empresas extranjeras dentro de espacios que han sido reservados para sectores determinados de la economía o cierto tipo de población. No solo países en desarrollo usan la contratación pública como mecanismos e instrumento de desarrollo económico. La Tabla 2 sintetiza la aplicación de esquemas de incentivos (precios de preferencia, *offsets*, *set-asides*, etc.) de una serie de países²⁸ que estiman que la contratación permite alcanzar diversos objetivos sociales.

25 Ídem.

26 *Small Business Administration*. Véase www.sba.gov.

27 LINARELLI, en: ARROWSMITH y ANDERSEN (ed.), *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, 2011, p. 445.

28 HOROWITZ, *Achieving Social Diversity Through the Use of Supplier Preference in the Procurement Process*, 2012.

MEDIDAS DE PROTECCIÓN EN PAÍSES DESARROLLADOS²⁹

PAÍS	MEDIDA-EFECTO (BANCO MUNDIAL JULIO 2012)
Australia	10% de todas las contrataciones deben ser para MIPYMES; 57% de todos los contratos del 2011, 32% del presupuesto, fue para MIPYMES.
Canadá	Todas las entidades tienen un Coordinador para Adquisiciones de Aborígenes y todas las entidades deben cumplir cuotas anuales. 43% del presupuesto destinado para contratación fue adjudicado a MIPYMES.
Chile	65% de los oferentes son MIPYMES.
Unión Europea	64% de los contratos fueron adjudicados a MIPYMES, con desviaciones según país: Eslovenia, 78%; Francia, 35%.
Japón	El 50% de proyectos de construcción son reservados para MIPYMES.
Malasia	30% de contratos de obra son reservados para Bumiputera.
Reino Unido	Metas de alcanzar un 25% de contratos destinados para MIPYMES: en 2009, 6,5%; en 2012, 13,5%.
Estados Unidos	Meta de 23% para adjudicar contratos federales a grupos especiales (SBA): veteranos, mujeres, grupos en desventaja. En 2009, se cumplió meta de 22%.

Cuando los países toman la decisión de adherir, por lo general reflexionan acerca de cómo mantener de forma balanceada el interés en no perjudicar a sus empresas locales, fomentar su crecimiento y asegurar una reserva del presupuesto público para que pueda estar destinado a grupos empresariales o sociales determinados frente a las potenciales en competitividad, innovación y *value for money* que ofrece la gobernanza bajo las reglas plurilaterales del Acuerdo.

Los gobiernos de países en desarrollo son escépticos respecto de adherir al ACP porque existe en ellos el deseo de hacer contratación pública, en favor y con el apoyo de sus industrias locales, direccionando opciones de negocio a sectores económicos locales. Se oponen a la negociación y acceso, y a la inclusión del principio de no discriminación³⁰, por varias razones: provee-

29 Ídem.

30 Artículo IV ACP Principios generales: No discriminación.

1. Con respecto a cualquier medida relativa a las contrataciones abarcadas, cada Parte, incluidas sus entidades contratantes, concederá de forma inmediata e incondicional a los bienes y servicios de cualquier otra Parte y a los proveedores de cualquier otra Parte, que ofrezcan bienes o servicios de cualquiera de las Partes, un trato no menos favorable que el trato que la Parte, incluidas sus entidades contratantes, concede a: a) los bienes, servicios y proveedores nacionales; y b) los bienes, servicios y proveedores de cualquier otra Parte.

2. Con respecto a cualquier medida relativa a las contrataciones abarcadas, ninguna Parte, incluidas sus entidades contratantes: a) dará a un proveedor establecido en su territorio un trato menos favorable que a otro proveedor establecido en dicho territorio en razón del grado de afiliación o

dores locales e internacionales dependen de las oportunidades de negocio ofrecidas por los países y sus entidades públicas; la relación entre desarrollo industrial y apertura en los mercados de compras está ligada inseparablemente; incluso puede afirmarse que las medidas que se adoptan para liberalizar los mercados de compras públicas pueden reducir las posibilidades de usar la contratación pública como instrumento de desarrollo y de política pública; las políticas que los países implementan para fomentar sus economías y bienestar industrial tienen que ver con medidas en favor de la industria nacional, o bien para directamente proteger algunas industrias específicas que necesitan madurar y posicionarse; finalmente, también se enfocan en discriminaciones en compras públicas para permitir la re-estructuración de industrias nuevas o en problemas³¹.

La OMC, al revisar la situación actual y futura respecto de los potenciales países adherentes concluyó³² que, siendo ellos países en desarrollo o países menos adelantados, era necesario cambiar el punto de vista respecto de cómo interesar a estas naciones para que adoptaran una posición en pro del acuerdo y liberalización que a su vez les permitiera seguir desarrollando algunas de sus medidas regulatorias proteccionistas, y también abrirse y entrar a otros mercados.

Esta facultad de direccionar contrataciones o reservarlas es el instrumento que los países usan para su desarrollo industrial y son, al mismo tiempo, las iniciativas a las que el ACP quiere ponerle freno. Algunos estudios sugieren que el régimen comercial transnacional estructurado puede resultar inútil si no se facilita la participación a las MIPYMES, a través de cupos o cuota, sensibilizar, capacitar o dotar de herramientas a las unidades de compra de entidades públicas para ampliar la proporción de compras de MIPYMES³³. De otro lado, la teoría económica señala que los tratamientos preferenciales para MIPYMES no conllevan beneficios a largo plazo, ni existe una relación causal entre producto interno bruto y MIPYMES, tampoco se alivia la pobreza ni

propiedad extranjera; ni b)discriminará contra un proveedor establecido en su territorio en razón de que los bienes o servicios ofrecidos por dicho proveedor para una determinada contratación son bienes o servicios de cualquiera de las otras Partes.

31 ARROWSMITH, *Law Quarterly Review*, 1995, vol. 111, pp. 235-284.

32 Preámbulo del ACP II, en el que se reconoce que hay países diferentes y que tienen diversas potencialidades e intereses comerciales.

33 OSTERLOF OBREGÓN, VILLAUSO MORALES y HERDOCIA SACASA, *Las regulaciones sobre compras públicas y los tratados de libre comercio de Centroamérica y las Mipymes*, 2012.

disminuyen las desigualdades en la distribución del ingreso. Por el contrario, se constata que las pequeñas empresas están más expuestas que las grandes en entornos legales e institucionales cambiantes y agresivos³⁴.

Otros estudios empíricos han llegado a otras conclusiones que invitan a reflexionar sobre el valor agregado de estas políticas proteccionistas y que más bien constituyen una excusa para alejarse de acuerdos comerciales internacionales. Así, en recientes estudios el Banco Mundial ha arribado a interesantes conclusiones:

- La forma más común para generar las medidas proteccionistas es la licitación limitada (*set-asides*) para ciertos sectores económicos, y de ellos particularmente población históricamente afectada y MIPYMES.
- Los países que usan medidas proteccionistas con expresas preferencias no han logrado alcanzar las metas perseguidas de mejor manera que otros países que no han generado las mismas reservas. De un grupo de países comparados (Tabla 2) Chile, EE.UU. y Canadá pudieron alcanzar metas significativamente mejores sin haber implementado mercados reservados³⁵.
- Los países que implementan esquemas preferenciales no han medido los impactos en el costo de las adquisiciones ni han realizado un análisis costo-beneficio. La ausencia de monitoreo puede haber generado problemas de corrupción y fraude.
- Hay debilidad institucional para monitorear las medidas proteccionistas y no hay marcos referenciales de evaluación ni programas sistemáticos de evaluación.
- Según la experiencia, si se otorga una preferencia a un grupo social determinado (MYPYMES, veteranos, mujeres, desempleados, etc.) es muy difícil evitar que medidas similares se extiendan progresivamente a otros sectores o individuos.

Teniendo en cuenta lo antedicho, y basándose en la poca adhesión al Acuerdo por parte de países en desarrollo, el acuerdo ha incorporado una novedosa regulación que reconoce y admite trato especial y diferenciado a países en

34 LINARELLI, en: ARROWSMITH y ANDERSEN (ed.), *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, 2011, p. 448.

35 En esos países las medidas han sido de otro estilo, enfocadas no en generar más oportunidades y mayores facilidades, sino en generar capacidades y ampliar la tecnificación y conocimiento de los oferentes a través de entrenamiento, difusión de información y arreglos como Registros de Proveedores que eliminan barreras de acceso al mercado de compras.

desarrollo y menos adelantados que necesitan de unas reglas diferentes. Esta regulación³⁶ reconoce que las necesidades de comercio y abastecimiento pueden variar significativamente de país a país³⁷, así como el derecho al desarrollo económico que cada Estado se quiere reservar. Actualmente, el Acuerdo aplica a menos de un cuarto de los países de la OMC y si bien hay más Miembros que han formalizado su intención de adhesión, sigue siendo percibido como un “club exclusivo”³⁸ de países grandes. La normativa incorpora nuevas reglas que admiten, entre otras, la aplicación de márgenes de preferencia, las compensaciones, incorporación gradual de entidades o sectores, umbrales diferentes y la posibilidad de generar excepciones temporales a la aplicación de algunas obligaciones del Acuerdo.

4. MEJORES CONTRATACIONES PÚBLICAS

La apertura de mercado de contratación pública a la competencia internacional, acompañada de una voluntad de cerrar negocios con empresas extranjeras, más que el simple hecho de suscribir un acuerdo, implica aumentar la calidad de las normas, las instituciones, la operación y la integridad de las contrataciones públicas. Si un país toma la decisión político-económica de abrir su mercados a las ofertas extranjeras, lo hace bajo la convicción de que le interesa, y no solo para contar con esquemas comerciales fútiles sin efectos o consecuencias. Así, los que toman la decisión de adherirse al esquema de compras públicas de la OMC tienen que reflexionar acerca de las obligaciones que subyacen y deben respetar el compromiso formal de transar bajo esos estándares.

En ese sentido, los países se ven envueltos en un proceso de transformación profundo para poder, en términos nominales, cumplir con las obligaciones del tratado, y a nivel real, poder incentivar y atraer la competencia internacional de países extranjeros. Las empresas de terceros países toman decisiones respecto de en dónde quieren vender sus productos, y con qué sectores públicos quieren entablar negocios, y para ello consideran si el país receptor tiene obligaciones de trato nacional y no discriminación en

36 Artículo V ACP.

37 WANG, *Journal of International Economic Law*, 2009, vol. 12, núm. 3, p. 681.

38 LAGUADO GIRALDO, *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2005, núm. 5, pp. 217-241; ARROWSMITH, *Journal of International Economic Law*, 2002, vol. 5, núm. 4, p. 685.

compras públicas, lo cual le dará incentivos para predecir una competencia equilibrada con los productores nacionales.

Pero al margen de que exista un cuerpo regulatorio (el Acuerdo) con el que se pueda exigir una aplicación balanceada de las normas de adquisiciones públicas, la empresa hace su propio análisis para identificar el riesgo regulatorio, capacidad institucional, transparencia y prácticas del mercado al que va a entrar. El oferente extranjero quiere ver si las normas son jerárquicamente organizadas y el país les da ciertas garantías de participación y éxito en las licitaciones; si existen organismos rectores de compras que regulen la actividad y ejerzan funciones de asesoría, supervisión y creación de política pública. También revisará la *performance* de las compras en temas como la velocidad con que se producen los pagos, o la posibilidad de interponer demandas o quejas en caso de que tenga reclamaciones, y, finalmente, revisará si se siente tranquilo con los niveles de integridad y ética del mercado. Tras sopesar los cuatro elementos (legal, institucional, operativo e integridad), la empresa extranjera tomará la decisión de si entrará o no a dicho país.

Posiblemente uno de los efectos más beneficiosos del Acuerdo de Compras Públicas de OMC es la transformación que el Sector Público Comprador de querer propiciar capturar el cliente más eficiente; de lo contrario, poco valor tiene negociar y suscribir el Acuerdo.

Para adherir al Acuerdo y en concordancia con el xxiv.5.a, cada parte adherente deberá asegurar, a más tardar en la fecha de entrada en vigor del Acuerdo, la conformidad de sus leyes, regulaciones y procedimientos administrativos, las reglas, procedimientos, y prácticas aplicadas por las entidades contenidas en los anexos, con las provisiones del Acuerdo. Durante la adhesión se prestará especial atención al mecanismo de resolución de disputas, en especial el acceso de oferentes extranjeros a estos mecanismos. Además, pueden ser necesarias modificaciones a la regulación o a las prácticas del mercado³⁹. Dentro del proceso de adhesión el país entregará una descripción del marco legal de las compras del país, incluyendo decisiones judiciales y administrativas relevantes, así como lineamientos administrativos o de política general.

Ahora bien, tras oficializar el compromiso de adhesión al Acuerdo, al menos tres efectos sobrevienen: (i) se facilitará la competencia en las

39 ANDERSON y OSEI-LAH, en: ARROWSMITH y ANDERSEN (ed.), *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, 2011, p. 67.

oportunidades de las Partes, y mayormente para contrataciones de alcance nacional a través de reglas y normas que hacen obligatorio la no discriminación y trato equitativo en las licitaciones en que participen oferentes de países signatarios; (ii) se amplía, por mandato del Acuerdo, la provisión de información a potenciales proveedores además de exponer al público el resultado de las licitaciones, calificación de proveedores y otros elementos del proceso de contratación, que aportan en conjunto elementos para promover mejores escenarios de transparencia y de competencia no discriminatoria entre proveedores, y (iii) las reglas del Acuerdo sobre la obligación de establecer un mecanismo interno de revisión de controversias (disputas)⁴⁰ y el acceso al mecanismo de Disputas de la OMC aportan igualmente importantes herramientas para evitar abusos y desviaciones a las prácticas acordadas.

Para llegar “a punto” de aceptación por parte del Comité de Contratación Pública del Acuerdo, los países adherentes (bien por voluntad directa o por condición cruzada como acceso al GATT) deben impulsar gestiones enérgicas a fin de implementar las reformas que sean necesarias para alcanzar el nivel de cumplimiento exigido por las demás partes del Acuerdo. A este efecto, los países pueden adelantar las reformas identificadas y/o recibir apoyo de organismos multilaterales, como el Banco Mundial o el Banco Interamericano de Desarrollo. Este último escenario puede conllevar el doble objetivo de lograr la validación del sistema para operaciones de los organismos financiadores y la aceptación y *compliance* para adhesión al Acuerdo⁴¹.

Existen opiniones críticas en contra de la estrategia de transformación de sistemas de compras para lograr aceptación de organismos como la OMC, los Bancos Multilaterales o la OCDE⁴², según las cuales la implementación de la estrategia puede conllevar a la conversión del sistema nacional a uno que cumple estándares de la OMC o del donante, en lugar de mutar hacia un sistema que genere beneficios propios para el país. Esto es llamado por la academia la “erosión de capacidad”⁴³, tras la cual la penetración de modelos, políticas y estándares internacionales, como los de OCDE o de los bancos mul-

40 ZHANG, en: ARROWSMITH y ANDERSEN (ed.), *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, 2011, p. 483.

41 Hasta acá se habrá propiciado parte de la tarea para acceder, puesto que después sobreviene la más difícil que es la negociación de acceso y entidades cubiertas.

42 PALLAS y WOOD, *Development Policy Review*, 2009, vol. 27, núm. 2, p. 215.

43 TREPTE, en: ARROWSMITH y ANDERSEN (ed.), *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, 2011, p. 381.

tilaterales, puede acabar con la posibilidad de enfocar esfuerzos de creación con capacidad institucional autónoma y propia, sugiriendo que se preste más atención “a la asistencia de los países para para mejorar la provisión de servicios y alcanzar mejor valor por el dinero” y no solo al cumplimiento de reglamentos y normas supranacionales⁴⁴. La misma línea crítica sugiere que mucho se clama por los grandes beneficios de las reformas a los sistemas de contratación pública, pero se cuenta con pocas mediciones y análisis para verificar si efectivamente ocurrieron⁴⁵.

Existen normalmente tres dificultades para impulsar reformas a los sistemas de adquisiciones: (i) intereses en contra y ausencia de voluntad política, (ii) inactividad en conocimientos técnicos y (iii) las complejidades de la temática⁴⁶. Para sobrellevarlas, una estrategia que ha servido de inductor de reformas constituye la necesidad de generar *compliance* para lograr cerrar los acuerdos.

Así, no se debería desestimar la fuerza y potencialidad reformadora de las negociaciones para integrar los mercados de contratos del sector público⁴⁷.

IV. LOS RETOS Y DESAFÍOS EMERGENTES

I. MAYOR ADHESIÓN AL ACUERDO

A juicio del autor, el mayor contrataste entre el ACP de 1994 y el de 2012 radica en la visión que este último plasma en la necesidad de incorporar países en desarrollo como partes del acuerdo. Esta iniciativa ciertamente lleva consigo la meta de ampliar los horizontes comerciales de todas las Partes, sin importar si son países en desarrollo, menos adelantados o desarrollados. Además, subyace una visión estratégica de hacer de la contratación pública un mejor instrumento de política y gestión pública. Una mejor gobernanza de las contrataciones no solo impactará la forma como participen las empresas extranjeras, sino que puede inducir a la instauración de mejores prácticas en la ejecución del gasto público al interior del país. *Per se*, medidas como

44 Ídem.

45 EVENETT y HOEKMAN, op. cit., p. 7

46 Ídem.

47 ANDERSON, *Public Procurement Law Review*, 2012, núm. 3, p. 90.

mayor transparencia a través de medios informáticos⁴⁸, condiciones de participación⁴⁹, especificaciones técnicas⁵⁰, plazos⁵¹, tramitación de ofertas⁵², tienen la virtud de mejorar la forma como se hacen contrataciones públicas, sin que incida si el mercado a convocar es local o internacional. Disciplinar esas facetas aporta mejores estándares a la gestión de los compradores.

Los retos que la OMC y el Comité de Contratación Pública tienen a futuro será monitorear si las medidas sobre trato especial y diferenciado surten efecto y logran aumentar el número de partes del Acuerdo por la vía de la adhesión de los países en desarrollo o menos adelantados. Paralelamente, valdría la pena verificar si la inclusión de medidas especiales permitió que los países en desarrollo adherentes explotaran su *derecho al desarrollo*, alcanzando crecimiento económico y generando más competitividad y al mismo tiempo reducción de pobreza.

La historia del acuerdo muestra que el tamaño del mercado cubierto por el Acuerdo ha crecido treinta veces desde que el primer Código de Contrataciones Públicas de la OMC en 1979. Hoy, el mercado potencial cubierto puede ascender a más de los 900 mil millones de dólares. También ha aumentado la cobertura de entidades comprendidas por el Acuerdo y el tipo de objetos contractuales, pasando así de un escenario en que solo se comprendían los bienes y las entidades del gobierno central, a uno que ha incluido obras y servicios, entidades subnacionales y de sectores especiales. Sin embargo, lo que no crece ni aumenta, son las Partes. Los que han adherido formalmente y que han tenido que impulsar trabajos en el mismo sentido, no lo han hecho por voluntad propia, sino más bien como condición y obligación colateral tras adherir a todo el esquema de comercio de la OMC. El reto futuro de las Partes y del Comité de Contratación Pública consiste en capturar el interés de países que son parte de la OMC o que son observadores, pero que no están obligados a ser parte del Acuerdo de Contratación Pública.

Para ello, debe ser aplicada la batería de reglas sobre trato especial y diferenciado⁵³ recientemente introducidas. Por lo pronto se puede advertir que la adhesión al Acuerdo ocurrió, masivamente, una vez que este fue ini-

48 Artículo VII ACP.

49 Artículo VIII ACP.

50 Artículo X ACP.

51 Artículo XI ACP.

52 Artículo XV ACP.

53 Artículo V ACP.

cialmente suscrito en los ochenta y luego en los noventa. Posteriormente, la incorporación de países al bloque de la Unión Europea generó nuevamente otro ingreso numeroso (2007) y, de ahí en adelante, los accesos son más sorprendidos que notorios, y la misma tendencia puede darse a los países que optan por status de observadores, que desde 2010 no convergen en adherir y más bien observan cómo se desarrollan las negociaciones para mejorar las condiciones de participación de los países en desarrollo o menos adelantados. Por ello, hay todavía un signo de interrogación sobre el futuro de las nuevas adhesiones al Acuerdo, observando la ausencia de países como Brasil, Chile, China, Colombia, Rusia etc., con economías crecientes y con dinámicas comerciales agresivas.

Subyace a las negociaciones de acceso y los nuevos textos del Acuerdo la creencia según la cual este podrá atraer y facilitar la adhesión de nuevos Miembros. Además de los beneficios en materia de gobernanza y calidad de las compras públicas, se espera que en términos económicos se amplíe notoriamente el universo de opciones de negocios, al punto que cerca del billón de dólares estarían en juego⁵⁴. Así, el nuevo mercado de contratación pública deberá crecer en función a la adhesión de los Miembros, que lastimosamente en opinión del autor, todavía no ingresan a buen ritmo, o al menos a los mismos ritmos, como ocurrió en los años noventa con la entrada del bloque de Europa, EFTA's, y otros países más desarrollados. Actualmente hay 42 Miembros: Armenia, Canadá, Corea, Estados Unidos, Hong Kong-China, Islandia, Israel, Japón, Liechtenstein, Noruega, Países Bajos respecto de Aruba, Singapur, Suiza, Taipéi Chino y la Unión Europea (28). El último fue Croacia en 2013.

Macedonia, Mongolia, Arabia Saudita y Rusia, tienen compromisos forzados según sus correspondientes protocolos de acceso a la OMC. A comienzos de 2014, Albania, China, Georgia, Jordania, Moldavia, Montenegro, Nueva Zelandia, Omán, República Kirguisa y Ucrania expresaron compromiso formal de adhesión y entregaron documentación relevante para soportar esta solicitud. El nuevo texto del Acuerdo y según hemos enfatizado, la posibilidad de acordar términos de acceso particularizados para países en desarrollo según el artículo V, promete (todavía teóricamente) mejores expectativas de

54 ANDERSON, PELLETIER, OSEI-LAH y MÜLLER, *Assessing the Value of Future Accessions to the WTO Agreement on Government Procurement (GPA)*, 2011.

contar con los Miembros mencionados respecto de lo sucedido durante la entera década pasada.

El origen de las iniciativas plurilaterales en contratación pública tuvo como barrera la dificultad de acceso al acuerdo⁵⁵. Treinta años fueron necesarios para revisar las formas de adhesión, pero todavía falta comprobar que son suficientemente atractivas las medidas de trato especial y diferenciado del artículo v.

2. TRATO ESPECIAL Y DIFERENCIADO DE PAÍSES EN DESARROLLO

Dada su reciente creación e incorporación en el régimen plurilateral de compras públicas en la OMC, las normas sobre trato especial y diferenciado todavía no se han implementado, pero en el marco de otros acuerdos comerciales que involucran países en desarrollo, se ha advertido la importancia de implementarlas⁵⁶. El catálogo de medidas es variado, puede abarcar temas como apoyar a las Mipymes con servicios y programas de desarrollo empresarial y financiero, propiciar mejores esquemas para su asociación, remover barreras que pueden afectar la posibilidad de participación de MIPYMES (ej. plazos cortos para ofertar, extensos plazos de pago, etc.). La OCDE, a través de su “Metodología para evaluación de sistemas de adquisiciones públicas”, estima conveniente⁵⁷ el desarrollo interno de medidas de apoyo a los sectores nacientes o incipientes para que puedan participar en el mercado de compras. Explica, además, que es conveniente implementar la medida a través de programas sostenibles e institucionalizados del gobierno. Lo conveniente en las medidas de soporte a MIPYMES no radica en la emisión de medidas *per se*, sino en los esquemas de sostenibilidad de las mismas, tales como programas de capacitación, entrenamiento, líneas de venta, mejores

55 GATT, *Grupo de Trabajo en MTN Acuerdos*, 11 de junio de 1985, párr. 10, citado por GUIMARÃES DE LIMA E SILVA, *Public Procurement Law Review*, 2008, vol. 17, núm. 2, p. 63. Los países observadores expresaron en 1985 que su mayor dificultad para acceder al Código de Tokio fue la ausencia de flexibilidad de las partes del Acuerdo en aceptar medidas especiales y sus ofertas, porque no se atendía sus necesidades, sus capacidades e intereses comerciales.

56 OSTERLOF OBREGÓN, VILLAUSO MORALES y HERDOCIA SACASA, *Las Regulaciones sobre compras públicas y los tratados de libre comercio de Centroamérica y las Mipymes*, 2012.

57 OCDE Development Assistance Committee, *Methodology for Assessment of Procurement Systems*, Indicator no. 7 (7a), p. 31, <http://www.oecd.org/development/effectiveness/45181522.pdf>.

métodos de información y cursos para fortalecimiento de capacidades en venta al sector público.

El régimen de trato especial y diferenciado (artículo v) constituye una de las mayores innovaciones del acuerdo, al menos en lo que tiene que ver con países en desarrollo. La región de Latinoamérica y el Caribe viene negociando acuerdos comerciales de integración, con correspondientes capítulos de compras públicas y ha logrado comprender la dinámica de concertación comercial que subyace en ella, habituándose a las reglas sobre coberturas, plazos, método de selección, transparencia, oportunidades e incluso mecanismos de controversias. Puede concluirse que en regiones como en Centroamérica existe incluso un nuevo esquema “intrarregional” de compras públicas avanzado y decantado⁵⁸.

No obstante, persiste el deseo de conservar algunas prácticas restrictivas residuales que reconozcan que los países no son todos iguales y que unos son más fuertes que otros. Lo que brilla por su ausencia es el resorte regulatorio del artículo v del Acuerdo de Compras Públicas de la OMC, que trajo consigo interesantes cambios respecto de lo acordado en 1994.

El nuevo esquema de medidas para países en desarrollo (artículo v) ofrece un conjunto de disposiciones especiales y diferenciadas que serán aplicadas con la siguiente nueva lógica⁵⁹:

- medidas especiales en atención a verdaderas necesidades de desarrollo de los países solicitantes, excluyendo la interpretación según la cual es un derecho irrestricto y automático poder implementar las medidas,
- medidas temporales, sin carácter de permanencia y,
- reciprocidad, en atención a que se tendrán en cuenta las condiciones negociadas entre el país en desarrollo y las demás Partes.

Dicho lo anterior,

(...) sobre la base de sus necesidades de desarrollo, y con el acuerdo de las Partes, un país en desarrollo podrá adoptar o mantener, durante un período de transición, y

58 OSTERLOF OBREGÓN, VILLAUSO MORALES y HERDOCIA SACASA, *Las Regulaciones sobre compras públicas y los tratados de libre comercio de Centroamérica y las Mipymes*, 2012, núm. 3.3.

59 ANDERSON, *Public Procurement Law Review*, 2012, núm. 3, pp. 86-90.

de conformidad con un calendario recogido en sus Anexos pertinentes del Apéndice I, y aplicándolas de una manera que no discrimine entre las demás Partes, una o varias de las medidas de transición siguientes (...) ⁶⁰:

2.1. PROGRAMA DE PREFERENCIA DE PRECIOS

Esta preferencia constituye un mecanismo evaluativo aplicable en la etapa de identificación de la mejor oferta, que consiste en aplicar un descuento porcentual al precio ofertado, de manera que para efectos de identificar la oferta presentada, ella puede ser más baja que la realmente cotizada. La preferencia de precios puede igualmente expresarse en términos de puntajes cuando las contrataciones implican evaluación de calidad, en contratos de consultoría, por ejemplo. Es así como el país adherente puede mantener su sistema de precios de preferencia, por un tiempo, siempre que se cumplan los siguientes requisitos indicados por el Acuerdo ⁶¹: debe ser aplicable únicamente a precios de ofertas de bienes (o partes de ofertas) originarios del país en desarrollo que otorga la preferencia ⁶² y la aplicación ha de hacerse en forma transparente durante la evaluación de ofertas y previamente se hubiere divulgado y anunciado la aplicación de este método durante la convocatoria o anuncio de la licitación o contrato.

2.2. COMPENSACIÓN

Son condiciones compensatorias especiales (*offsets*) o acuerdos atados de cooperación que consisten en que la provisión de bienes, servicios u obras objeto de un contrato público vendrá acompañada de otro complemento que puede ser expresado en capacitación, esquemas de coproducción, entrenamiento u obligaciones de subcontratación. Según la descripción legal de *compensación* bajo los términos del acuerdo, ella es entiendo como

(...) cualquier condición o compromiso que fomente el desarrollo local o mejore las cuentas de la balanza de pagos de una Parte, como el uso de contenido nacional, la

60 Artículo V Numeral 3. ACP.

61 Artículo V Numeral 3. a) i) y ii) ACP.

62 O de países que han recibido trato nacional en desarrollo de otros acuerdos o compromisos comerciales.

concesión de licencias de tecnología, las inversiones, el comercio de compensación y medidas o prescripciones similares⁶³.

Las entidades compradoras podrán usar *offsets* siempre que su exigencia o la posibilidad de su imposición se indiquen de forma clara en el anuncio de la contratación prevista⁶⁴.

2.3. INCLUSIÓN DE ENTIDADES O SECTORES, POR FASES⁶⁵

Se podrá acordar que paulatinamente ciertas entidades o sectores empiecen a hacer parte de los anexos y apéndices del Acuerdo, permitiendo que cada país prepare su mercado y sus entidades para reservarse –temporalmente– para sí, las contrataciones de sectores como infraestructura, energía o los contratos de empresas públicas estratégicas, por ejemplo. La medida resulta a la vez interesante y controversial, especialmente en materia de empresas estatales en el caso de países en que ellas constituyen una parte importante del sector real; las Partes del acuerdo van a solicitar que esas empresas entren a los anexos lo más pronto posible, y por su lado los países en desarrollo sostendrán posiciones defensivas para excluirlas o diferir su ingreso. India⁶⁶ y Colombia⁶⁷ representan, en latitudes muy distantes, ejemplos que se acercan a la disyuntiva mencionada.

2.4. UMBRALES ESPECIALES SUPERIORES

La medida permite que los países adherentes solo queden obligados a dar cumplimiento a las provisiones del Acuerdo cuando el monto de los contratos sea mayor que el que normalmente aplicarían las demás partes. Es discutible si los umbrales altos favorecerán a los países en desarrollo. Desde una perspectiva proteccionista sí coadyuvan; visto desde la óptica de liberalización

63 Artículo I Letra L).

64 Artículo V Numeral 3. b).

65 Artículo V Numeral 3. c).

66 GUIMARÃES DE LIMA E SILVA, *Public Procurement Law Review*, 2008, vol. 17, núm. 2, p. 90.

67 Pueden revisarse las discusiones sobre el ingreso de la Empresa Pública Ecopetrol, en el marco de las negociaciones del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos.

como factor de cambio y desarrollo, afectarán la posibilidad de que los países en desarrollo entren a participar en licitaciones de los países Parte⁶⁸.

Visto lo anterior, vale la pena detenerse a reflexionar si las medidas propuestas en el artículo v pueden generar distorsiones y pérdida de uniformidad con los diferentes acuerdos bilaterales o multilaterales que han suscrito países en la región en los últimos años, en los que se han excluido las medidas que hoy en día se reflejan en el Acuerdo, y que otrora para Europa, países AELC, Estados Unidos o Canadá, entre otros, eran directa y reflexivamente expresión de proteccionismo.

V. CONCLUSIONES

Parte importante de la literatura e instituciones señalan que los beneficios de acceso a los acuerdos de compras públicas y especialmente al nuevo Acuerdo de Contratación Pública de la OMC, aprobado en marzo de 2012, serán, en el largo plazo, bastante mayores que los costos e inversiones efectuados para materializar la incorporación. Ello, porque la adopción de esquemas de no discriminación y transparencia (regulatoria y en el desempeño de las adquisiciones) aumentará la competitividad en las licitaciones, bajando el gasto de los gobiernos, con lo que igualmente se podrán obtener mejores precios y bienes o servicios de mayor calidad⁶⁹.

Esta afirmación debe ser matizada con algunas ideas complementarias conclusivas:

a. La historia de la negociación y estructuración de acuerdos internacionales que regulen la apertura de mercado de compras y contrataciones públicas abarca 30 años de discusiones en donde uno de los temas más difíciles, sino el más complejo, ha sido la adhesión de los países en desarrollo.

b. La contratación pública sigue en gran medida siendo administrada con poca apertura de mercados y los países de Latinoamérica y el Caribe recién empiezan a suscribir, ratificar e implementar acuerdos bilaterales para regularizar la apertura de los mercados. En latitudes donde ha existido liberalización implementada y decantada por varios años o décadas, se han podido advertir los beneficios de esta medida anti-proteccionista. Es el caso

68 GUIMARÃES DE LIMA E SILVA, *Public Procurement Law Review*, 2008, vol. 17, núm. 2, p. 86.

69 GUIMARÃES DE LIMA E SILVA, *Public Procurement Law Review*, 2008, vol. 17, núm. 2, p. 71.

de Europa y sus diferentes países Miembros que operan bajo la égida de las Directivas Europeas de 2004.

c. En los pasados 30 años se pueden observar diferentes olas de adhesión, marcadas por los siguientes hitos: la aprobación del Acuerdo de 1994, la adhesión de países a la Unión Europea y la adhesión atomizada de países con protocolos de adhesión a la OMC, que obligó a países adherentes a la OMC a suscribir el Acuerdo de Contratación Pública. A partir del año 2007, la adhesión ha sido casi nula.

d. En materia de países con calidad de observadores, existe estabilidad y no hay nuevos países que ostenten ese carácter. De ellos, Albania, China, Georgia, Jordania, Moldavia, Omán, Panamá, República Kirguisa y Ucrania han remitido información y solicitud oficial de adhesión, marcando el camino de la próxima ola de países adheridos. Se destaca Panamá como el único país de la región que a mediano plazo ingresaría.

e. El Acuerdo de Contratación Pública revisado fue aprobado en marzo de 2012 e incluye regulación especial sobre países en desarrollo, aportando una batería de medidas especiales que pueden facilitar el acceso de países que se resisten a ingresar al ver comprometidas sus herramientas de política pública, para direccionar los recursos de las contrataciones públicas a sectores económicos incipientes, de interés histórico o a las pequeñas y medianas empresas.

f. El artículo v del Acuerdo permite que, sujeto a negociaciones con las partes y siempre que opere bajo un esquema equilibrado, los países en desarrollo adhieran al Acuerdo bajo situaciones especiales y con trato diferenciado.

g. Esas medidas, son, según el artículo v: (i) la autorización de programas de preferencias, (ii) *off-sets* o medidas compensatorias especiales, (iii) umbrales especiales más altos que los normales y (iv) adhesión por fases a las obligaciones del acuerdo.

h. Es prematuro concluir qué empresas de los países en desarrollo podrán efectivamente competir con empresas de países desarrollados una vez liberalizados sus correspondientes mercados. Ello, porque no cuentan con capacidad escalada de producción ni con los subsidios que los países desarrollados sí usan, por ejemplo, para sus industrias agrícolas que constituirán los posibles mercados⁷⁰.

70 Ídem, p. 80.

i. Especial atención deberá prestarse a cómo se aplica el principio de Nación Más Favorecida, NMF, entre países desarrollados y en desarrollo, ambos, partes del acuerdo, en aquellos casos en los que los segundos hubieren negociado y se le hubieren aceptado medidas especiales y diferenciadas.

j. Las medidas especiales no son permanentes. El reconocimiento de medidas tiene límites temporales, pues la posibilidad de gozar de las medidas especiales dura por 3 y hasta un máximo de 5 años. En el primer caso, 3 años será el plazo límite con que cuenten los países en desarrollo y 5, los países menos adelantados.

k. Dada la novedad de las medidas y la escasa experiencia de adhesión de países en desarrollo al Acuerdo, la determinación de si los plazos para usar medidas especiales y diferenciadas son suficientes, queda a la futura aplicación de las reglas. Sin embargo, es razonable pensar que al menos en la mayoría de los países de Latinoamérica y el Caribe los tiempos pueden ser insuficientes por la dinámica y tamaño de sus economías.

l. Es discutible si los umbrales altos favorecerán a los países en desarrollo. Desde una perspectiva proteccionista sí coadyuvan; visto desde la óptica de liberalización como factor de cambio y desarrollo, afectará la posibilidad de que los países en desarrollo entren a participar en licitaciones de los países Parte.

m. La OMC y el Comité de Contratación Pública tienen un reto importante en modificar este *statu quo* que ha mantenido alejados del Acuerdo a los países en desarrollo; se tratará entonces de revisar si se han ofrecido los correctos y efectivos incentivos para que los países quieran cambiar de parecer y adherirse.

n. Países como Colombia, México, Chile, Perú, El Salvador, Guatemala, por mencionar algunos, no son novatos en la concertación de acuerdos comerciales con Capítulos de Contratación Pública y cuando han incurrido en negociaciones lo han hecho basados en estándares de OMC/ACP, lo que puede inducir a que su negociación en el marco del ACP II, si bien no es sencilla, pueda contar con bases teóricas prácticas mínimas.

TÍTULO VII

CAPÍTULO 24

El sistema sobre solución de diferencias

JULIO LACARTE

I. DE LA OIC A LA OMC¹

Hace algunos años, el entonces Director General de la OMC, Renato Ruggiero, calificó el Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD) de la OMC como la Joya de la Corona. Esta opinión se basaba en el supuesto efecto que el ESD servía como garantía de que en la aplicación del conjunto de normas y concesiones amparadas por la OMC no se producirían violaciones que atentaran contra el precario equilibrio de obligaciones asumidas y ventajas conseguidas por cada país miembro en la Ronda Uruguay.

La génesis del ESD se remonta por lo menos a 1945, cuando en la Carta de las Naciones Unidas se estableció el propósito de utilizar nuevos mecanismos internacionales para promover el adelanto económico y social de los pueblos con miras a alcanzar mejores niveles de vida y el pleno empleo, y se previó la creación de agencias especializadas para coadyuvar a estos propósitos.

Una de estas agencias se ocuparía del comercio internacional². En aquella época, Estados Unidos de América impulsaba el Plan Marshall en Europa y ejercía una primacía notoria en la economía mundial. No es de sorprender que las primeras iniciativas sobre una organización de comercio emanaran de ese país y se inspiraran en su propia experiencia. Así, estos proyectos recogían la esencia de las normas contenidas en los convenios bilaterales suscritos con muchos países en la década de los treinta, en función de la Ley de Acuerdos Comerciales Recíprocos.

En diciembre de 1945, el gobierno estadounidense publicó y transmitió a distintos países el documento *Propuestas para la expansión del comercio mundial y el empleo*, en el que se abogaba por la creación de una organización mundial de comercio.

En febrero de 1946, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas estableció un Comité Preparatorio de 19 países con el mandato de preparar una conferencia mundial sobre la creación de la organización de comercio y de redactar un anteproyecto de Carta para la misma.

En septiembre del mismo año, el Departamento de Estado publicó su *Propuesta de Carta para una Organización Internacional de Comercio de las*

1 Fue Director de la OMC entre 1995 y 1999.

2 Ver Capítulo 1.

Naciones Unidas. Este texto era muy detallado e incluía el artículo “Interpretación y resolución de cuestiones jurídicas”, que preveía, para lo referente a las eventuales disputas, la intervención del Consejo Ejecutivo de la proyectada organización, el aporte de las Comisiones a pedido del mismo, y el eventual pronunciamiento de la Conferencia. Asimismo, se establecía el recurso ante la Corte Internacional de Justicia. Finalmente, la Organización—previa autorización de la Asamblea General de las Naciones Unidas—podría solicitar a la Corte Internacional de Justicia una opinión consultiva acerca de la interpretación de cualquier disposición de la Carta.

Luego de cumplida la etapa preparatoria según lo dispuesto por el Consejo Económico y Social, se desembocó en la conferencia en la que se aprobó la Carta de La Habana que conduciría a la creación de una Organización Internacional de Comercio.

La Carta era el primer jalón histórico destinado a lograr la aceptación universal de un conjunto de normas aplicables al comercio. Su Capítulo VII constituía el intento inicial de crear un mecanismo multilateral de solución de controversias en el plano del intercambio comercial, y era mucho más detallado que el texto inicialmente propuesto por Estados Unidos.

En efecto, los países solo utilizarían los procedimientos convenidos entre ellos para la solución de diferencias, y no recurrirían a las medidas unilaterales. Se establecía un amplio régimen de consultas entre partes, que podría ser seguido por un arbitraje siempre que los países interesados así lo desearan. Se podía presentar una queja ante la Junta Ejecutiva, la que estaba habilitada para optar por cualquiera de cuatro vías, a saber:

- Declarar que la cuestión no merecía la adopción de ninguna medida.
- Recomendar la prosecución de las consultas entre las partes.
- Pasar a la etapa del arbitraje.
- Formular recomendaciones a las partes.

En casos extremos, se podía autorizar a un país a suspender, con respecto a otro, el cumplimiento de obligaciones o de concesiones en la medida suficiente para compensar los beneficios perdidos.

También se podía presentar la disputa al órgano supremo de la Organización, la Conferencia, la que seguiría un procedimiento parecido al de la Junta Ejecutiva, y se preveía que el país sancionado con la suspensión de obligaciones o concesiones, quedaba habilitado para retirarse de la OIC.

Finalmente, la OIC podía solicitar a la Corte Internacional de Justicia una opinión consultiva vinculante sobre temas jurídicos que surgieran dentro del marco de sus actividades. El arbitraje y la consulta a la Corte constituían el único medio de sustraer una controversia a la decisión de los dos órganos políticos: la Junta Ejecutiva y la Conferencia.

Cabe recordar la certera visión de Martín Domke, a la sazón Vicepresidente Internacional de la American Arbitration Association, quien, al estudiar el anteproyecto del Capítulo VII que iba a ser considerado en La Habana, observó que la opinión consultiva de la Corte estaría limitada a los temas jurídicos, pero que muchas controversias no surgirían a causa de diferencias de opinión de esa naturaleza, sino que tendrían que ver con cuestiones técnicas y con hechos vinculados a asuntos referentes a las relaciones comerciales. Esta ha sido la realidad de las disputas planteadas en el GATT y luego en la OMC.

Con igual acierto, Domke se lamentó de que no se previera la creación de un cuerpo arbitral permanente en la OIC, y así se adelantó en más de 40 años al establecimiento del Órgano de Apelación de la OMC.

2. EL GATT

La OIC nunca llegó a existir. Era tan preponderante el peso de la economía estadounidense en el período inmediato de posguerra, que todos los países quedaron a la espera de lo que haría ese gobierno. Tan solo el Parlamento australiano aprobó la Carta, a condición de que Estados Unidos hiciera lo propio. El Poder Ejecutivo se dirigió dos veces sobre el particular al Congreso, el que en cada oportunidad se negó a ratificar la Carta de La Habana. Ante esta situación, que privaba a la comunidad internacional de una herramienta clave para ordenar el intercambio comercial, un núcleo de países que representaban algo así como el 80% del comercio mundial puso en vigor el Acuerdo General de Aranceles y Comercio (GATT), que había sido negociado antes de la conferencia de La Habana y estaba destinado a formar parte de la proyectada OIC.

El GATT fue enmendado en más de una oportunidad a medida que se percibía que la OIC quedaba aplazada *sine die*. El Capítulo VII de la Carta fue sustituido por los nuevos artículos XXII (Consultas) y XXIII (Anulación y Menoscabo). Fueron suprimidas una serie de normas de procedimiento. Se obró de igual manera con el pedido de opiniones consultivas a la Corte

Internacional de Justicia, aunque fuere porque el artículo 96 de la Carta de las Naciones Unidas prevé que la Asamblea General solo podrá autorizar a una agencia especializada a dirigirse a la Corte, mientras que el GATT nunca revistió este carácter. En cambio, se incorporó la consulta al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas y a las organizaciones intergubernamentales pertinentes, aunque en la práctica esta disposición se convirtió en letra muerta.

Como se percibirá, el GATT se inició con apenas lo imprescindible para encarar las controversias que surgieran. En la época, este hecho no suscitó grandes preocupaciones, e incluso en un extenso comentario sobre el texto del GATT publicado en 1947, el Departamento de Estado se había limitado a expresar lacónicamente que los artículos XXII y XXIII GATT establecían las disposiciones relativas a los casos de anulación o menoscabo de ventajas.

Estas disposiciones establecían dos causas de acción para iniciar una demanda en el GATT: una eran las recién mencionadas anulación o menoscabo de ventajas, y la otra era la existencia de un impedimento para cumplir alguno de los objetivos convenidos, pudiendo ser el resultado de cualquier medida o situación.

Es importante tener presente que los artículos XXII y XXIII GATT se apartan de la norma convencional en materia de responsabilidad de los Estados, pues contemplan los perjuicios provocados no solo por medidas comerciales ilícitas, sino también los sufridos a consecuencia de las lícitas.

Se ha sostenido que en el inicio el GATT era un club selecto y cerrado, y es posible que esta afirmación tuviera cierto fundamento. El número de las partes contratantes era limitado, a menudo los delegados eran los mismos que habían negociado en Ginebra y La Habana, y los Ministros no concurrían a las reuniones. Las disputas se resolvían recurriendo a ingredientes técnicos y diplomáticos, a los que alguna consideración política no era siempre ajena. Incluso, aunque parezca extraño, durante unos años el GATT no tuvo asesor jurídico.

Pero este estado de cosas no podía perdurar de forma indefinida y la fuerza de las circunstancias fue motivando una secuencia de cambios que, con el transcurso del tiempo, llegaron a constituir un proceso evolutivo cauteloso pero seguro.

En 1952, por primera vez se designó un grupo especial para dirimir una disputa, del que no formaban parte los países involucrados en la misma.

Hasta entonces, tanto el demandante como el demandado integraban el grupo que se ocupaba de la disputa que los oponía.

El 10 de noviembre de 1958, las partes contratantes aprobaron un conjunto de procedimientos destinados a aclarar y agilizar el trámite de las disputas.

Otra etapa digna de mención ocurrió en 1962, cuando el grupo especial que entendió en el caso “Recurso del Uruguay al artículo XXIII” confirmó el enfoque de corte legalista aplicado a la solución de diferencias, al introducir un aspecto relevante del sistema que aún hoy está vigente: i.e., la presunción de anulación o menoscabo de ventajas cuando se haya comprobado la existencia de una violación de las normas convenidas.

El grupo especial se expidió así:

En aquellos casos en que se produzca claramente una infracción a las disposiciones del Acuerdo General o en que, en otros términos, las medidas sean contrarias a esas disposiciones (...) esas medidas constituirán *prima facie* un caso de anulación o menoscabo de una ventaja y entrañarán ipso facto la cuestión de dilucidar si las circunstancias son suficientemente graves para que esté justificada la autorización de suspender ciertas concesiones u obligaciones³.

No deja de ser interesante comprobar que el GATT tardó casi 15 años en convenir formalmente que si se demuestra la incompatibilidad *prima facie*, hay presunción de que ha ocurrido tal anulación o menoscabo de ventajas. Siendo así, la carga de la prueba recae sobre la parte demandada y la parte reclamante ya no está obligada a probar la existencia de la anulación o menoscabo.

La situación de los países en desarrollo dio lugar a un nuevo conjunto de procedimientos contenidos en la Decisión de 5 de abril de 1966, que dispuso que cuando la etapa de las consultas no conducía a un arreglo satisfactorio, el país interesado podía solicitar los buenos oficios del Director General. Luego, este informaría al Consejo y se designaría un grupo de expertos con el mandato de proponer una solución adecuada tomando en cuenta las repercusiones de la medida en cuestión sobre el comercio y el nivel de desarrollo económico de la parte perjudicada. Si el Consejo concluyera que una parte contratante no había cumplido por entero con los términos de su recomendación y que se seguía anulando o menoscabando los beneficios en

3 GATT-Doc. L/1923 - 11S/95, pp. 99-100, párr. 15.

grado lo bastante grave, se podría autorizar al país perjudicado a suspender concesiones al país industrializado en cuestión. En los hechos, esta nueva norma tuvo muy poca aplicación.

Hacia fines de la década de los setenta se produjo un aumento perceptible en el número de disputas y los sucesivos recursos al artículo XXIII GATT dieron lugar a que los informes de los grupos especiales fueran progresivamente más detallados.

La Ronda Tokio dio lugar al Entendimiento de 1979 sobre Notificación, Consulta, Solución de Diferencias y Supervisión, en el que se codificaron los procedimientos que se venían perfeccionando año tras año. Este Entendimiento constituyó un hito fundamental en la formalización y perfeccionamiento del sistema de solución de diferencias y abarcó además de las cuestiones indicadas en su título, los buenos oficios, el establecimiento e integración de los grupos especiales, los derechos de terceros, el derecho de los grupos especiales de recabar información, la naturaleza y contenido de los informes de los grupos especiales y la conveniencia de agilizar su trabajo, y la cooperación técnica en beneficio de los países en desarrollo. En un apéndice, se incluyeron las prácticas convenidas en materia de solución de diferencias. En esencia, el Entendimiento, con una coherencia hasta entonces no lograda, juntó los procedimientos acumulados durante años y se puede afirmar que constituyó un hito valioso en la conformación del sistema de solución de diferencias del GATT.

No obstante, no todo fue progreso. Los Acuerdos de la Ronda Tokio fueron impulsados y aceptados por los países desarrollados, pero no lograron sino la adhesión tibia de algunos países en desarrollo, de manera que a partir de ahí entraron a regir distintos instrumentos normativos con signatarios igualmente distintos, aplicables a los mismos temas. A la normativa preexistente en el GATT, que no cambió y que siguió rigiendo para todas las partes contratantes, se superpusieron nuevos acuerdos que solo comprometían a quienes los hubieren aceptado. Fueron los llamados “Códigos de la Ronda de Tokio”.

Este afán de un grupo de países por intercambiar nuevos compromisos normativos derivó inevitablemente en una dicotomía indeseable dentro del GATT; uno de sus efectos fue que según su conveniencia una parte contratante podía demandar a otra parte según uno u otro de los instrumentos que los vinculaban cuando las dos habían puesto en vigor los Acuerdos de la Ronda Tokio. En estas condiciones, la parte agraviada elegía el foro libremente.

Como es obvio, lo resuelto en la Ronda Tokio atentó contra la unidad del sistema de solución de diferencias y pronto se comprobó que no era este el camino a seguir.

Por otra parte, la Ronda Tokio no sirvió para superar un grave lastre que arrastraba el GATT desde sus comienzos, consistente en la vigencia de la norma del consenso necesario para acordar el establecimiento de un grupo especial, para adoptar su eventual informe y autorizar la suspensión de concesiones u obligaciones.

Es muy difícil estimar el daño que esta norma del consenso —que no era sino el derecho de veto que podía ejercer una parte contratante cualquiera— le infirió al sistema de solución de diferencias.

Si bien solo se recurrió a negar el consenso en muy contados casos en el curso de los años, lo seguro es que fue una espada de Damocles que inhibió a muchos gobiernos, que se preguntaron si realmente valía la pena plantear una demanda por sólidas que fueran sus perspectivas de éxito, si la parte demandada tenía la facultad de frustrar el proceso en cualquiera de sus etapas fundamentales.

Con ocasión de la Conferencia de Ministros de 1982, celebrada en momentos que el proteccionismo arreciaba, no se estimó necesario incorporar cambios al Entendimiento de 1979. No obstante, se redondearon las disposiciones sobre conciliación y buenos oficios, el mandato y las conclusiones de los grupos especiales fueron fortalecidas, se enfatizó la conveniencia de que los grupos especiales y las propias partes contratantes tramitaran las disputas sin demora, se volvió a destacar la importancia de la vigilancia y se encaró la compensación en función del artículo XXIII GATT. Se ratificó el consenso como el método tradicional para resolver las disputas, y simultáneamente se acordó que no deberían producirse trabas al respecto. Por último, se acordó que las decisiones alcanzadas en materia de solución de diferencias no podrían aumentar ni disminuir los derechos y obligaciones derivados del GATT.

Se observará que si bien las partes contratantes emitieron una exhortación contra la obstaculización de los acuerdos, evitaron tratar el fondo de la cuestión puesto que simultáneamente reiteraron la validez de las decisiones alcanzadas por consenso; o sea, las que una sola parte podía frustrar con su solo voto.

Dos años después, fueron convenidas otras enmiendas al Entendimiento de 1979, las que serían aplicadas en forma experimental por un año. De

hecho, después no fueron modificadas. En lo esencial, los cambios estaban destinados a evitar las demoras en la designación de los grupos especiales, que solían producirse cuando alguna parte deseaba demorar el trámite de una demanda. Se acordó que cuando se producía un desacuerdo de partes, el Director General designaría el grupo especial dentro de los 30 días siguientes, tras elegir en una lista de expertos no gubernamentales. Como complemento, se resolvió que los grupos especiales seguirían estableciendo sus propios procedimientos de trabajo y deberían fijar cronogramas de trabajo precisos.

Durante la década de los años ochenta, aumentó el número de controversias. Para entonces se había evidenciado una tendencia definida a llenar los vacíos legales, mejorar los procedimientos y perfeccionar en general el texto básico de las disposiciones que complementaban los artículos XXII y XXIII GATT. Los informes de los grupos especiales mejoraron progresivamente en cuanto a análisis y, por lo tanto, se alargaron.

Como es lógico, la solución de diferencias en el GATT respondió a la reacción de las partes contratantes ante los sucesos. Procesos de negociación —como las Rondas Dillon, Kennedy y Tokio—, la suscripción del Tratado de Roma y el establecimiento del Mercado Común Europeo, los altibajos del proteccionismo, las vicisitudes de la economía mundial y el número creciente de partes contratantes, repercutieron sobre las políticas y actitudes gubernamentales que, de alguna manera, se trasladaron a los artículos XXII y XXIII GATT. Resultaba claro, además, que al aceptar nuevas obligaciones en las rondas de negociación, los gobiernos prestaban cada vez más atención al sistema de solución de diferencias como medio de protegerse contra las violaciones de compromisos por los demás.

Así se explican los sucesivos pasos registrados a través del tiempo, cuyo ritmo a veces pausado respondió al criterio reinante en el GATT, donde todo se hacía con prudencia.

3. NEGOCIACIÓN DEL ENTENDIMIENTO SOBRE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS

La Declaración de Punta del Este de 1986 lanzó la Ronda Uruguay que, a través de un mandato bastante genérico, se dispuso mejorar y fortalecer las normas y procedimientos del sistema de solución de diferencias.

Cuando se celebró la Reunión de Mitad de Camino en Montreal, en 1989, los gobiernos pretendían concretar un conjunto de adelantos en la

negociación que ya llevaba tres años. No fue así. La insatisfacción de un grupo de países en desarrollo por la parálisis de las conversaciones sobre la agricultura, a la que se sumó la de los países exportadores de textiles, hizo que la conferencia arrojara un saldo desalentador cuyas repercusiones se sentirían por muchos meses.

No obstante, en materia de solución de diferencias se registraron algunas novedades bajo la forma de la Decisión de 12 de abril de 1989, que sería —una vez más— aplicado en forma provisoria. En buena medida, esta Decisión fue un anticipo del ESD y fue concertada por muchos de los delegados que, más adelante, negociarían el texto definitivo que hoy está en vigor.

En la Decisión aprobada en Montreal, se volvió a prestar especial atención a los grupos especiales en lo referente a su designación, su mandato y su integración (que sería de tres personas, salvo que las partes acordaran subirla a cinco). Se fijaron límites de tiempo para las etapas sucesivas del trabajo de estos grupos, y como norma fueron establecidos seis meses para presentar el informe final y una prórroga máxima de tres meses adicionales.

Para simplificar las actuaciones y evitar la duplicación de esfuerzos y las consiguientes demoras, cuando hubiera una pluralidad de demandantes se optaría por establecer un solo grupo especial para un mismo asunto. Los derechos de los terceros fueron fortalecidos, respondiendo a un criterio que para entonces se había generalizado.

Con respecto a los países en desarrollo, se previó la extensión del período de consultas siempre que no diera lugar a exceder el período de 15 meses medidos entre la demanda inicial y la adopción por el Consejo del GATT de su decisión sobre el informe del grupo especial, salvo que las partes interesadas acordaran otra cosa.

Se volvió a la dualidad de criterios ya comentada, al confirmar la norma del consenso para la adopción de los informes de los grupos de expertos y agregar que había que evitar las demoras en el funcionamiento del sistema de solución de diferencias. En el fondo, se mantenía el veto virtual y se agregaba una exhortación un tanto piadosa. En este aspecto, no se había avanzado.

Se fortaleció el papel de la Secretaría para prestar asistencia técnica a los países en desarrollo en particular y a todas las partes contratantes en general. Esta disposición no tuvo una aplicación significativa por el resto de la Ronda Uruguay.

Por último, se declaró esencial el pronto cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones de las partes contratantes en relación a la solución

de diferencias. Se encomendó al Consejo del GATT la supervisión de las decisiones adoptadas en función del artículo XXIII:2 GATT, debiendo mantener estos asuntos en su orden del día hasta que fueren resueltos de manera definitiva. Para presionar aún más a las partes contratantes que estuvieren en estado de violación de sus compromisos, se dispuso que tendrían que presentar un informe escrito al Consejo antes de cada reunión, explicando las medidas tomadas para regularizar su situación.

Con la aprobación de la Declaración de 12 de abril de 1989, el proceso de perfeccionamiento del sistema de solución de diferencias del GATT, que había arrancado muchos años antes con solo el texto de los artículos XXII y XXIII GATT y había avanzado paulatinamente a través de sucesivas etapas, desembocaba en un mecanismo detallado y bastante completo.

Puede preguntarse por qué los gobiernos no se dieron por satisfechos con este logro sino que aprovecharon los años subsiguientes de la Ronda Uruguay para concretar un texto netamente más fuerte y compromisorio.

La respuesta radica en dos razones: en primer lugar, se tenía conciencia de que la Decisión de 1989 no resolvía todas las carencias del régimen; segundo, el inmenso monto e importancia de las nuevas obligaciones que surgían en función de los acuerdos de la Ronda Uruguay exigían la existencia de un sistema de solución de diferencias que asegurara a todos y cada uno de los países participantes una salvaguardia segura ante las posibles violaciones de compromisos en que incurrieran los demás.

Tenía que existir un equilibrio entre la aceptación de importantes nuevas obligaciones y los medios de asegurar que los beneficios concertados serían respetados; en su ausencia, ¿cómo cerrar la Ronda?

Recordemos que, en sus comienzos y por mucho tiempo, el GATT fue el coto cerrado de los negociadores de política comercial que fueron quienes idearon las primeras fórmulas –vistas desde hoy, bastante incompletas y rudimentarias– de resolver disputas entre ellos. El sistema evolucionó para bien; pero la magnitud de los compromisos concertados en la Ronda Uruguay obligaba a dirigirse hacia mecanismos de corte jurídico, por más que se apartaran de las prácticas consuetudinarias del GATT.

Es por este motivo que a veces se objeta que el ESD de la OMC reviste apenas carácter jurídico. Recordemos que había que romper con la mentalidad y las prácticas del pasado y –para quienes estuvieran familiarizados con el ambiente político que se vivía en el GATT aun durante la Ronda

Uruguay— lo que se logró fue lo más que un observador imparcial hubiera ambicionado.

Al final de la Ronda Uruguay, medió una Decisión de Ministros según la cual se llevaría a cabo una revisión total del ESD a más tardar cuatro años después de la entrada en vigor de los Acuerdos de la OMC, manera fin de resolver si era conveniente continuarlo, enmendarlo o terminarlo. Esta tarea no se cumplió, aunque hubo algunas tentativas abortadas para hacerlo y se formularon muchas propuestas por parte de los gobiernos, que quedaron en la nada.

La Ronda Uruguay duró ocho años de sucesivos conflictos, parálisis y desacuerdos de todo tipo, con períodos de calma y progreso. Sería vano pretender ni siquiera mencionar las múltiples alternativas que sufrió la negociación sobre la solución de diferencias después de la Reunión de Mitad de Camino en Montreal. Atengámonos a lo estrictamente esencial.

Durante toda la vida independiente del GATT, existió un problema latente que conspiró seriamente contra su estabilidad. Radicó en que el GATT estaba en vigor sobre la base de un Protocolo de Aplicación Provisional que autorizaba a cualquier parte contratante a denunciarlo con preaviso de 60 días. La cuestión no radicaba mayormente en torno al posible alejamiento de algún país de poca monta en el comercio internacional; pero las dudas surgían cuando se pensaba en el retiro de un país grande.

La esencia del problema radicaba en Estados Unidos, porque para formar parte del GATT su gobierno se había valido de la autorización legal de la que disponía para suscribir tratados de comercio sin someterlos a la aprobación del Congreso. Existía un comprensible recelo de que, en función de algún episodio imprevisible, Estados Unidos un día se de manera retirara del GATT y se creara una situación caótica en las relaciones comerciales.

Resultaba irónico que, al aproximarse la finalización de la Ronda Uruguay, se estaba de regreso en La Habana, en el sentido de que se volvía a plantear la creación de un organismo intergubernamental.

Durante largo tiempo, Estados Unidos se resistió a este cambio, y sostuvo que era perfectamente viable y deseable que los resultados de la Ronda se consignaran en un Protocolo: deseaba mantener su capacidad de retirarse con corto preaviso.

En el pensamiento de quienes postulaban la institucionalización del sistema, figuraba, además de la estabilidad que perseguían, el propósito de

excluir el uso futuro por Estados Unidos de medidas unilaterales en función del artículo 301 de su Ley de Comercio.

Así planteadas las cosas, inmediatamente después de asumir como nuevo Director General de la OMC, Peter Sutherland lanzó una campaña vigorosa a fines de 1994, con el propósito de concluir la ya demorada Ronda.

Para el proyectado ESD, se había adelantado bastante, en buena medida porque hacía años que se venía haciendo conciencia de las principales cuestiones a resolver, que eran

- La prohibición del unilateralismo.
- La automaticidad del proceso (la eliminación del consenso positivo y del poder de veto que encerraba).
- La mayor juridicidad del sistema.

II. EL ENTENDIMIENTO DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS

I. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL ESD

Es muy extenso el texto del ESD en sí. No es posible en un comentario de esta extensión abarcar ese inmenso conjunto de disposiciones que a menudo repercuten una sobre otra y conforman un cuadro infinitamente complejo. En cambio, sí se pueden destacar aquellos elementos fundamentales que hacen al sistema, y comentarlos de forma breve, en cuanto a su razón de ser y efectos.

I. I. EL ACQUIS

No se puso de lado la experiencia acumulada por el GATT durante los largos años de su funcionamiento independiente. En el artículo XVI:1 OMC se expresa que, salvo cuando se disponga lo contrario en ese mismo Acuerdo o en los Acuerdos Comerciales Multilaterales, la OMC se guiará por las decisiones, procedimientos y prácticas usuales de las partes contratantes del GATT 1947. En el caso particular del ESD, en el artículo 3 los Miembros reafirman su adhesión a los principios para el manejo de diferencias aplicados hasta entonces bajo los artículos XXII y XXIII GATT 1947, y las reglas y procedimientos tales como fueron elaborados y modificados en el ESD.

Este pronunciamiento, junto con el artículo XVI del Acuerdo de la OMC, aseguró la conservación del *acquis* del GATT durante casi medio siglo.

Se ha hecho referencia a la coexistencia de distintas obligaciones para partes contratantes diferentes como consecuencia del contenido de los Códigos aprobados en la Ronda Tokio. Ya había opinión generalizada de que este estado de cosas no debía continuar. Para asegurar la uniformidad global de las obligaciones y beneficios, no se aceptaron reservas para ninguno de los acuerdos concertados al finalizar la Ronda Uruguay. Los Códigos de la Ronda Tokio fueron subsumidos en los nuevos acuerdos, y desaparecieron como tales; en consecuencia, su efecto perturbador sobre el mecanismo de solución de diferencias dejó de existir.

El artículo I ESD expresa que tiene aplicación universal para todos los acuerdos abarcados (que se definen en la misma disposición). Como ocurre que en algunos de esos acuerdos figuran reglas y procedimientos especiales y adicionales con respecto a la solución de diferencias, se les especifica en detalle y se establece que prevalecen sobre los que figuran en el propio ESD en la medida en que difieren. Hubiera sido mejor evitar estas cláusulas particulares, pero la verdad es que la dinámica de las negociaciones de la Ronda Uruguay, sobre todo en las etapas finales cuando numerosos grupos se reunían cada uno por su lado, presionados por el tiempo para ponerse de acuerdo sobre temas muy distintos, no permitió coordinar las redacciones. Lo más probable es que, de haberse producido, tal afán de armonización habría desembocado en nuevas discrepancias, puesto que a menudo eran precisamente esas normas especiales las que permitían consensuar los textos en cuestión en situaciones particularmente conflictivas.

Desde entonces, en varios casos los grupos especiales y el Órgano de Apelación han definido estas diferencias con mucha precisión y, al hacerlo, han demostrado que la coexistencia de una norma o procedimiento particular con una norma de aplicación general no se ha convertido en obstáculo insuperable para alcanzar conclusiones coherentes.

El establecimiento del Órgano de Solución de Diferencias (OSD), integrado con los representantes de todos los Miembros y reconocido como uno de los cuerpos más importantes de la OMC, ha arrojado excelentes resultados. Contrario a lo que ocurría en el GATT, donde las cuestiones referentes a la solución de diferencias figuraban entre muchos otros asuntos en la orden

del día del Consejo y de las Partes Contratantes, el OSD se ocupa de estos temas en exclusividad.

En consecuencia, no se distrae la atención de las delegaciones con preocupaciones ajenas y ello da lugar a que los debates –a menudo movidos y a veces hasta agitados– no solo se concentren exclusivamente en lo referente a la solución de diferencias, sino que sirven para destacar la importancia creciente que se le asigna a esta cuestión y al funcionamiento del propio ESD.

1.2. EL CONSENSO

Las decisiones que adopta el OSD se toman por consenso, siguiendo la práctica utilizada antes en el GATT, tal como se expresa en el artículo IX.1 del Acuerdo de Marrakech. Recordemos las dos llamadas de pie de página de esa disposición, en las que se aclara que

(...) se considerará que el órgano de que se trate ha adoptado una decisión por consenso sobre un asunto sometido a su consideración si ningún Miembro presente en la reunión en que se adopte la decisión se opone formalmente a ella⁴ y que “las decisiones del Consejo General reunido como Órgano de Solución de Diferencias sólo podrán adoptarse de conformidad con el párrafo 4 del artículo 2 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias⁵.”

Esta última disposición establece sencillamente que

(...) en los casos en que las normas y procedimientos del presente Entendimiento establezcan que el OSD debe adoptar una decisión, se procederá por consenso.

1.3. PRINCIPIOS INFORMADORES

El artículo 3 ESD, titulado Disposiciones Generales, merece especial atención. Reitera la adhesión a las prácticas anteriores del GATT en materia de solución de diferencias, y en el párrafo 2 define las funciones del sistema, que consisten en aportar seguridad y previsibilidad al comercio multilateral; preservar los derechos y obligaciones de los Miembros; aclarar las disposiciones vigentes de los acuerdos abarcados de conformidad con las normas

4 Artículo IX GATT, nota al pie 1.

5 Artículo IX, nota al pie 3.

usuales de interpretación del Derecho internacional público, y se afirma que, en ningún caso, las recomendaciones y resoluciones del OSD pueden entrañar el aumento o la disminución de los derechos y obligaciones consignados en los acuerdos abarcados. Se observará que este último criterio, por el que los derechos y las obligaciones no pueden ser modificados como consecuencia de un dictamen alcanzado bajo el ESD, son objeto de reiterada ratificación en las cláusulas siguientes.

Estas disposiciones son, en cierto sentido, el corazón del ESD. En pocas palabras fijan las funciones básicas, que luego son objeto de elaboración en varios de los artículos subsiguientes.

A continuación, se enfatiza la esencialidad de la pronta solución de las diferencias que puedan surgir entre los Miembros, con lo que se confirma el propósito de evitar las demoras que a veces se produjeron en la época del GATT.

El párrafo 7 es, en esencia, un llamado a la cordura y empieza por recomendar a los Miembros que reflexionen antes de acudir al ESD. Detalla los pasos sucesivos de una demanda, siempre enfatizando la conveniencia de buscar las soluciones menos conflictivas. Puede considerarse que, en los hechos, los Miembros se han ceñido al espíritu que se desprende de esta disposición y que no se ha obrado con frivolidad o poco fundamento. Es cierto también que iniciar una demanda injustificada, a primera vista, aparejaría una pérdida de credibilidad del Miembro en cuestión que para nada le convendría. En el párrafo 10 se insiste sobre el particular al expresar que el recurso al ESD no debe ser interpretado como un acto contencioso y que todos los Miembros deberán obrar de buena fe.

Otro tema importante figura en el párrafo 8, en el que se consigna el principio de que el incumplimiento de una obligación constituye la anulación o menoscabo de la misma e implica, por lo general, que existe la presunción de que surte efectos desfavorables para otros Miembros que sean parte del acuerdo respectivo. En estas condiciones, el Miembro contra el que se haya presentado la reclamación deberá refutar la acusación. Esta disposición es de aplicación corriente en los trabajos de los grupos especiales y del Órgano de Apelación y en alta medida los debates entre las partes directamente involucradas giran en torno a la misma.

El párrafo 12 incorpora determinadas ventajas para los países en desarrollo que formulen demandas contra países desarrollados, sin que signifiquen

en los hechos mayores beneficios para los primeros, aunque siempre se les puede utilizar cuando las circunstancias lo aconsejen.

I. 4. LAS CONSULTAS

El régimen de consultas está consignado en detalle en el artículo 4 ESD. Esta es la fase preliminar de una posible demanda. En realidad, es común que aun antes de iniciar una consulta en el marco del ESD los gobiernos involucrados hayan llevado adelante conversaciones bilaterales con el propósito de zanjar sus diferencias sin tener que recurrir a la OMC. En el curso de tales intercambios preliminares, la parte que se considera perjudicada sabe que su contraparte desea, en principio, evitar tener que responder a un reclamo formulado en función del ESD. A ningún Miembro le puede complacer ser objeto de una reclamación por supuesta violación de sus compromisos.

No obstante, cuando los contactos preliminares fracasan, la eventual parte reclamante debe tomar una decisión: o deja el asunto para tratar de resolverlo más adelante, o inicia las consultas en la OMC. No hay duda de que estos episodios son sumamente frecuentes. Debe de haber centenares por año, de los que no se tiene mayor conocimiento, sino a veces a través de los medios de difusión nacional o internacional. Conforman la parte oculta del témpano de hielo de la solución de diferencias y seguramente son mucho más frecuentes que las solicitudes de consultas que se formalizan.

I. 5. MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIONAR DISPUTAS

El artículo 4 ESD renueva las exhortaciones a favor de la comprensión recíproca entre las partes, y recomienda que busquen solucionar el problema antes de seguir a las etapas posteriores que fija el ESD. Una vez más, pues, se recurre a las vías del acuerdo previo.

Se prevé, en determinadas condiciones, la participación en las consultas de terceros con intereses justificados. Aclaremos que los acuerdos abarcados incorporan una multiplicidad de disposiciones sobre consultas que deben ser contempladas y que figuran en nota de pie de página al párrafo 11 del artículo 4 ESD.

Si al cabo de 60 días no han logrado entenderse las partes, la reclamante podrá solicitar el establecimiento de un grupo especial.

También aquí, se interponen los buenos oficios, la conciliación y la mediación, de los que trata el artículo 5 ESD. Se observa como en el texto del ESD surgen una y otra vez las fórmulas destinadas a resolver las diferencias antes de que se decida solicitar la designación de un grupo especial. Se trata de iniciativas que pueden ser tomadas por las partes interesadas, que no prejuzgan sus derechos en ningún momento y que incluso pueden seguir en vigencia mientras desarrolla sus actuaciones el grupo especial. Finalmente, se habilita al Director General, quien actúa de oficio, para ayudar a las partes a zanjar sus diferencias.

2. GRUPOS ESPECIALES

Los artículos 6 a 16 ESD, inclusive, se ocupan de los grupos especiales (*paneles*, en la jerga de Ginebra). El OSD establece estos grupos y para que no lo haga debe mediar una decisión por consenso contraria. Como siempre hay una parte que solicita el nombramiento del grupo y que no es concebible que se pronuncie en contra de su propia iniciativa, el proceso resulta ser automático. La creación del grupo especial se produce a más tardar en la reunión del OSD inmediatamente posterior a aquella en que el asunto figuró en la orden del día.

El mandato por lo general es el mismo, tal como lo consigna el artículo 7 ESD. En esencia, el grupo especial debe examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes que hayan sido invocadas, el asunto presentado y formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en el acuerdo/acuerdos en cuestión.

Se observará que el mandato es a la vez breve y preciso. En situaciones especiales, puede haber un mandato distinto a solicitud de las partes, el que es redactado por el Presidente del OSD en consulta con los interesados en un plazo de 20 días.

La composición de los grupos especiales es objeto de una definición muy clara en cuanto a los antecedentes profesionales de sus integrantes, tal como se expresa en el párrafo 1 del artículo 8 ESD. Es sumamente importante lograr el mayor grado de capacidad profesional de los Miembros, pues de su pericia depende en alta medida el éxito de su trabajo. La Secretaría de la OMC es muy competente y destaca funcionarios de valor para apoyar a los grupos especiales; pero no hay duda de que son los Miembros del grupo los que tienen la responsabilidad final en cuanto a sus conclusiones o recomendaciones, como debe ser.

Se exige la independencia de criterio de los integrantes de los grupos especiales y la conveniencia de que reflejen experiencias y orígenes variados. Deben actuar a título personal y les está prohibido a los Miembros presionarlos o darles instrucciones en forma alguna. Existe una lista indicativa que mantiene al día la Secretaría de la OMC, en la que figuran los nombres de expertos capacitados y a la que se recurre cuando hay que designar los Miembros de un grupo especial.

Los grupos especiales están formados por tres personas, salvo que –en casos excepcionales y por acuerdo de las partes en litigio– sean cinco. Los Miembros, obviamente, vigilan de cerca el nombramiento de quiénes han de integrar un grupo especial para una diferencia en la que son parte. Con alguna frecuencia, no se ponen de acuerdo sobre las personas propuestas por la Secretaría para desempeñar esa función. En tal caso, después de transcurridos 20 días del establecimiento del grupo especial y a solicitud de cualquiera de las partes, el Director General realiza las consultas del caso y nombra los integrantes del grupo. En general, estas situaciones la mayoría de las veces se plantean cuanto más grandes son los intereses en juego.

Puede ocurrir que varios Miembros soliciten la designación de otros tantos grupos especiales por el mismo asunto. En tales situaciones, se busca concentrar el asunto en un solo grupo especial y esta eventualidad está contemplada en el artículo 9 ESD. De esta forma, se evitan engorrosas duplicaciones de trabajo que poco contribuyen a las conclusiones finales y derivan en la prolongación indeseable de los casos.

Con el transcurso del tiempo, ha crecido el interés de los Miembros por las actuaciones de los grupos especiales. Este estado de ánimo responde a varios factores. Primero, naturalmente, a que a menudo el Miembro en cuestión percibe que las conclusiones o recomendaciones a las que se llegue pueden repercutir sobre sus intereses comerciales; siendo así, al tener acceso a cierta documentación y poder formular una declaración ante el grupo especial, se logra una información a la que en otras circunstancias no accedería. En segundo lugar, los países que forman parte de la OMC perciben con creciente claridad que en muchas diferencias se plantean y resuelven cuestiones sistémicas que –como tales– en realidad son de interés general. Como resultado, con frecuencia son muchos los Miembros que declaran tener un interés sustancial en un asunto, y solicitan la calidad de terceros, como se les define en el artículo 10 ESD. Este estado de cosas es saludable para el sistema en su conjunto, pues significa que crece el conocimiento del

ESD en un grupo cada vez mayor de Miembros, los que luego estarán mejor capacitados para defender sus intereses en el marco de la OMC.

La función de los grupos especiales, tal como la expresa el artículo 11 ESD, consiste en ayudar al OSD a cumplir sus funciones. Por lo tanto, se les exige hacer una evaluación objetiva del asunto que les haya sido sometido que abarque a la vez los hechos, la aplicabilidad de las disposiciones pertinentes y de la conformidad con estos, y formular las conclusiones que le sirvan al OSD para pronunciarse en definitiva. Una vez más se destaca el propósito de facilitar las soluciones mutuamente satisfactorias, pues los grupos especiales tienen la obligación de consultar a las partes a tales efectos.

Los procedimientos de trabajo a los que deben ajustar su gestión los grupos especiales están detallados en el artículo 12 ESD y en el Apéndice 3.

Los primeros seis párrafos del artículo 12 ESD se ocupan de trámites y conceptos que en buena medida están recogidos en el Apéndice 3.

2.1. INFORMES DE LOS GRUPOS ESPECIALES

Cuando las partes interesadas no hayan llegado a una solución mutuamente satisfactoria, el grupo especial transmitirá sus conclusiones y recomendaciones por escrito al OSD, las que incluirán las comprobaciones de hecho, la aplicabilidad de las disposiciones pertinentes y las razones que las fundamentan. Este informe es invariablemente extenso y detallado, puesto que debe recoger la totalidad de los elementos de juicio –hechos y análisis jurídico– que inciden sobre el caso. De esta forma, el grupo especial cumple una primera y fundamental tarea, consistente en establecer con la mayor precisión posible la secuencia de hechos registrados que luego será una base imprescindible para el trabajo del Órgano de Apelación si el dictamen es apelado, y la complementa con su propio análisis jurídico que también será objeto de cuidadosa consideración en la etapa de la apelación.

En los casos en que las partes alcanzan una solución satisfactoria entre ellas, el informe del grupo especial al OSD es escueto y se limita a lo imprescindible.

En los párrafos 8 y 9 del artículo 12 ESD se fija el plazo de seis meses –prorrogable a nueve meses– para que el grupo especial distribuya su informe a los Miembros, prórroga que se hace cada vez más frecuente. En casos de urgencia, se prevé un período de tiempo más corto. Cabe tener presente que, en la práctica, el grupo especial debe terminar su tarea con anticipación a la

establecida, puesto que una vez concluido su informe aún debe ser traducido y puesto a disposición de los Miembros.

Existe la posibilidad para la parte reclamante de pedir una suspensión de los trabajos del grupo especial por un período que no exceda los 12 meses. Estas solicitudes pueden responder a distintas motivaciones, como ser dar tiempo para lograr una fórmula que satisfaga a las dos partes, responder a intereses internos de distinto tipo, o favorecer la táctica de negociación. Cuando ello ocurre, en consecuencia, todos los demás plazos se postergan.

2.2. PRIVACIDAD Y CONFIDENCIALIDAD

El Apéndice 3 establece la confidencialidad de las actuaciones de los grupos de trabajo. No obstante, cualquiera de las partes podrá hacer pública su posición en el asunto. Se contempla así la situación de aquellos Miembros que tengan motivo –a menudo, por razones de orden interno– de hacer conocer al público en general los pormenores del asunto en el que están empeñados. Asimismo, cualquier Miembro podrá solicitar a una parte que facilite un resumen no confidencial y que pueda hacerse público, de toda comunicación escrita que haya dirigido al grupo especial. Esta disposición obra a favor de una mayor transparencia del sistema de solución de diferencias, sin por ello atentar contra las normas de la confidencialidad.

Precisamente, se refuerza el criterio de la transparencia al disponerse que las exposiciones, las réplicas, las declaraciones, las comunicaciones escritas, los comentarios sobre la parte expositiva del informe y las preguntas y respuestas del grupo especial, sean conocidas por las partes por igual.

Por su parte, el artículo 14 ESD garantiza el carácter confidencial del procedimiento de los grupos especiales. Las deliberaciones son confidenciales, los informes se redactan sin que estén presentes las partes en la diferencia y las opiniones expresadas por los distintos integrantes del grupo especial son anónimas. Es preciso destacar que la experiencia ha demostrado el valor de estos principios. Los Miembros del grupo especial necesitan realizar su labor sin perturbaciones ocasionadas por factores externos. Deben sentirse en libertad de discutir, sin inhibiciones, todos y cada uno de los aspectos de la cuestión que están examinando. En esas condiciones, su imparcialidad y discernimiento se acrecientan en beneficio de su cometido.

2.3. TERCEROS

Todos los Miembros que hayan notificado al OSD su interés por el asunto, presentan sus opiniones durante una reunión especial destinada a tal fin. Es la ocasión para hacer valer sus apreciaciones sobre la diferencia, las que pueden abarcar preocupaciones sistémicas, razonamientos jurídicos a favor de una u otra parte, o cualquier consideración adicional que estimen pertinente.

2.4. TEMPORALIDAD DEL GRUPO ESPECIAL

El calendario para los trabajos de los grupos especiales que figura en el Apéndice 3 prevé un plazo mínimo de 23 semanas y máximo de 34, recogiendo lo dispuesto en el párrafo 9 del artículo 12 ESD.

2.5. DERECHO A OBTENER INFORMACIÓN PERTINENTE

Es importante que los grupos especiales tengan acceso a toda la información necesaria para pronunciarse en torno a las diferencias planteadas. Siendo así, están habilitados para recabar información y asesoramiento técnico de cualesquiera personas o entidades que estimen conveniente, respetándose la debida confidencialidad. Incluso, pueden recurrir a un grupo consultivo de expertos, cuyas funciones están reguladas por el Apéndice 4. Esta cuestión, tratada en el artículo 13 ESD, asegura la necesaria libertad de acción de los grupos especiales, a los que no se les debe retacear elementos de juicio que contribuyan al mejor desempeño de su función.

2.6. PROYECTO DE INFORME E INFORME PROVISIONAL

Antes de culminar su tarea, los grupos especiales cumplen la etapa intermedia de reexamen, consistente en facilitar a las partes su proyecto de informe para que formulen las observaciones que estimen pertinentes. El proceso está regulado en el artículo 15 ESD y consiste en que el grupo especial prepara los capítulos expositivos (hechos y argumentación) del informe y los somete a las partes. Estas deben examinarlo con especial cuidado, pues los capítulos de hechos y argumentación van a constituir las bases para las conclusiones del grupo especial. Por lo tanto, cada parte propondrá, por escrito, los cambios al proyecto que considere justificados y favorezcan su causa.

Una vez recibidas estas observaciones, el grupo especial envía a las partes un informe provisional completo, que incluirá tanto los capítulos expositivos como sus constataciones y conclusiones. Se trata de la última oportunidad de proponer modificaciones al texto. En esta etapa, las partes conocen las comprobaciones y conclusiones alcanzadas por el grupo especial y pueden –si lo consideran conveniente– sugerir todos los cambios que juzguen adecuados. Estas proposiciones deben presentarse por escrito dentro de un plazo fijado por el grupo especial. A petición de una parte, el grupo celebrará con las partes una nueva reunión sobre las cuestiones identificadas en las observaciones escritas. En esas ocasiones, por lo general ocurre un intercambio de opiniones, en el transcurso del cual las partes tratan de convencer al grupo especial de las virtudes de sus respectivas posiciones. Después de esa reunión, el grupo especial sesionará para finalizar su informe, tomando en consideración los argumentos finales que le fueron presentados. Si ninguna de las partes presenta observaciones, se distribuirá el informe prontamente a los Miembros. Nótese que las conclusiones (artículo 15.3 ESD) del informe definitivo deberán incluir un examen de los argumentos presentados en la etapa intermedia de re-examen. Esa etapa se cumplirá dentro del plazo fijado en el artículo 12.8 ESD, con la latitud prevista en el artículo 12.9 ESD.

2.7. ADOPCIÓN DEL INFORME

Por lo general, los informes de los grupos especiales son extensos y detallados. Muchas veces plantean cuestiones de principio y establecen precedentes que se asientan cuidadosamente para futura referencia. Por consiguiente, los gobiernos estudian de forma meticulosa los informes de los grupos especiales al llegarse a la etapa de su adopción (artículo 16 ESD). Los gobiernos disponen de tiempo suficiente para preparar su participación en el debate, puesto que los informes de los grupos especiales solo serán examinados para su adopción por el OSD después de transcurridos 20 días desde su distribución a los Miembros (artículo 16.1 ESD). Todo Miembro que desee hacer objeciones al informe deberá presentarlas por escrito para su distribución, diez días antes de la reunión del OSD en la cual se le va a examinar (artículo 16.2 ESD).

Está previsto (artículo 16.3 ESD) que las partes en una diferencia podrán participar plenamente en el examen del informe del grupo especial por parte de OSD, y que sus opiniones constarán plenamente en acta. Es inevitable que las decisiones y conclusiones de los grupos especiales no satisfagan por igual

a las partes en una diferencia. Por lo tanto, la reunión del OSD representa una oportunidad para que cualquiera de las partes cuestione la interpretación de los hechos por parte del grupo especial o bien sus constataciones y conclusiones. Tales planteamientos también tienen su repercusión en la opinión pública. Tanto el público en general como los sectores comerciales particulares involucrados desean sentir que sus representantes gubernamentales han hecho el mayor esfuerzo posible por defender sus intereses. Por ende, cuando están en juego asuntos comerciales y económicos importantes, es comprensible que esa parte quiera defender su posición hasta el final, hallando defectos, si fuera necesario, en las constataciones y conclusiones.

El artículo 16.4 ESD encierra el carácter automático del procedimiento de aprobación del informe del grupo especial; es una de las mejoras más importantes al sistema de solución de diferencias. Como se comentó, en varios casos en el pasado, una de las partes obstaculizó la aprobación del grupo especial y, por consiguiente, su aplicación. En el ESD, dentro de los 60 días siguientes a la distribución del informe a los Miembros, ese informe será adoptado en la reunión del OSD, a menos que ocurra una de dos cosas: (i) que una de las partes en la diferencia notifique formalmente al OSD su decisión de apelar o (ii) que el OSD decida por consenso no adoptar el informe. Dada la definición de consenso (véase artículo 2.3 ESD), el consenso negativo requeriría que incluso la parte favorecida por el grupo especial estuviera de acuerdo en no aprobar el informe. Obviamente, no se trata de un curso de acción probable.

En los casos en que una parte apele, el OSD no examinará el informe a efectos de su adopción hasta después de que haya concluido el proceso de apelación; pero este procedimiento se entiende sin perjuicio del derecho de los Miembros a expresar sus opiniones sobre los informes de los grupos especiales (véase artículo 16.4 ESD). De aquí se podría entender que una parte que pretenda apelar puede perfectamente bien notificar su intención de hacerlo en la propia reunión del OSD en la que se presenta el informe del grupo especial para su aprobación y puede, al mismo tiempo, hacer las observaciones que considere pertinentes sobre el contenido. Otros Miembros también podrán expresar sus opiniones sobre el informe del grupo especial.

El examen de apelación del que trata el artículo 17 ESD es una innovación en el sistema de solución de diferencias utilizado antes en el GATT. Algunas de las razones fundamentales para su adopción ya han sido expuestas, y

giran en torno a dos factores: (i) la noción de que la apelación es una parte lógica de lo que es, en esencia, un proceso jurídico, y (ii) el reconocimiento de los beneficios políticos de un sistema que permitirá a los gobiernos recurrir a una etapa final para volver a presentar su caso y tratar de asegurar un resultado satisfactorio.

3. EL ÓRGANO DE APELACIÓN

Es el OSD el que establece un Órgano Permanente de Apelación para oír apelaciones interpuestas contra las decisiones de los grupos especiales (artículo 17.1 ESD). Este Órgano está integrado por siete Miembros, pero solo tres (por rotación) actúan en cada caso. Los Miembros son nombrados para un período de cuatro años y podrán ser reelegidos una sola vez en el cargo (artículo 17.2 ESD).

El artículo 17.3 ESD establece un elevado nivel de exigencia personal para los Miembros del Órgano de Apelación. Deben ser personas de reconocida competencia y prestigio, con experiencia técnica en el derecho, en el comercio internacional y en la temática de los acuerdos abarcados en general. Esa definición requiere individuos con antecedentes y preparación inusuales. La mera referencia a los acuerdos implica no solo el conocimiento de su contenido, sino también de sus historiales de negociación, lo que no se encuentra fácilmente. Por lo general, los casos que atiende el Órgano de Apelación son complejos y conducentes a la controversia, y es fundamental que se fijen criterios elevados para la elección de sus Miembros. Este Órgano cumple además otras condiciones: debe ser ampliamente representativo de la composición de los Miembros de la OMC; las personas que actúen en el mismo deberán estar disponibles en todo momento y a corto plazo, y deberán mantenerse al corriente de las actividades de solución de diferencias y demás acontecimientos pertinentes de la OMC, y no participarán en el examen de ninguna diferencia que pueda generar cualquier tipo de conflicto de intereses. De más es decir que no deberán estar vinculadas a ningún gobierno (artículo 17.3 ESD).

Las apelaciones solo pueden provenir de las partes en la diferencia, y no de terceras partes; sin embargo, las terceras partes reconocidas (véase art. 10.2 del ESD) pueden presentar comunicaciones por escrito y ser oídas por el Órgano de Apelación (art. 17.4). Este mecanismo para las terceras partes es básicamente similar al que protege sus derechos con respecto a los pro-

cedimientos de los grupos especiales, y les permite presentar sus opiniones directamente al Órgano de Apelación.

El carácter automático del ESD se refleja en el artículo 17.5 ESD, en el cual se establece la norma general de que el procedimiento de apelación no excederá de los 60 días, entre la fecha en que una parte notifique formalmente su intención de apelar y aquella en que el Órgano de Apelación emita su decisión. En caso de urgencia (art.9 del ESD), el Órgano de Apelación fijará el calendario en consecuencia. De la misma forma en que los grupos especiales pueden extender sus actividades más allá del período normal, el Órgano de Apelación podrá prolongar su trabajo hasta un máximo de 90 días, pero deberá informar por escrito al OSD las razones del retraso, conjuntamente con una estimación del plazo previsto para presentar su informe.

El artículo 17.6 es tan breve como importante: establece que toda apelación se limitará a las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y a la interpretación jurídica formulada por este.

Se dispone en el artículo 17.9 ESD que es el mismo Órgano de Apelación, en consulta con el Presidente de OSD y el Director General, el que establece sus propios procedimientos de trabajo, los que se transmiten para información a los Miembros. Una de las primeras medidas que tomó el Órgano de Apelación con su integración original fue, precisamente, cumplir esta tarea.

Al igual que en los grupos especiales, las actuaciones del Órgano de Apelación son confidenciales, los informes son redactados sin que estén presentes las partes en la diferencia, y las opiniones vertidas en los informes son anónimas. Además, el artículo 18 ESD no permite las comunicaciones *ex parte* con el Órgano de Apelación.

Cualquier parte en una disputa puede divulgar su posición públicamente. El texto del artículo 18.2 ESD fue debatido a fondo antes de ser aprobado, y representa el punto de equilibrio alcanzado entre los negociadores que deseaban dotar al sistema de mayor transparencia, y aquellos que pretendía priorizar la confidencialidad. Esta cuestión se ha vuelto a plantear en la práctica con alguna frecuencia, según las orientaciones de cada Miembro interesado.

Al final de cada informe de un grupo especial o del Órgano de Apelación, se formulan las recomendaciones del caso; según reza el artículo 19 ESD, cuando uno u otro resuelve que la medida a estudio es incompatible con las obligaciones del Miembro, debe ser modificada para quedar conforme con el Acuerdo que se está violando. Si bien se le pueden dirigir sugerencias

concretas al Miembro sobre cómo aplicar las recomendaciones que se le hacen, en la práctica ello difícilmente ocurre. Se vuelve a afirmar la norma contenida en el artículo 3.2 ESD: ni los grupos especiales ni el Órgano de Apelación pueden aumentar ni reducir los derechos y obligaciones que figuran en los Acuerdos abarcados en la disputa.

4. CUMPLIMIENTO

En el artículo 20 ESD se fijan determinados plazos con la finalidad de que las diferencias no se arrastren indebidamente en el tiempo. Esta disposición responde al propósito de que no se vuelvan a producir en la OMC algunas experiencias vividas antes en el GATT, y se complementa con la aprobación automática de los informes por parte del OSD.

La premisa básica del artículo 21 ESD es que para asegurar la eficaz solución de las diferencias en beneficio de todos los Miembros, es esencial el pronto cumplimiento de las recomendaciones del OSD.

Esta cláusula entra en bastante detalle en la manera de cumplir su propósito principal. Ofrece distintas variantes, una de las cuales es el recurso al arbitraje para determinar el “plazo prudencial” dentro del cual se debe rectificar la medida violatoria; si bien se fija el período de 15 meses para ese fin, se agrega que puede ser más largo o más corto, según las circunstancias. En la práctica, los árbitros han tendido a ir acortando el plazo, pues es bien claro que siempre que no se trate de derogar una ley, los gobiernos están capacitados para tomar medidas ejecutivas por la vía del decreto o incluso de la medida administrativa.

Otro elemento que puede extender este período de cumplimiento radica en que surja una discrepancia sobre si la medida tomada para cumplir la recomendación del OSD realmente logra su finalidad o si —por el contrario— de alguna manera permite que la violación original pueda subsistir. Cuando esto ocurre, se vuelve a postergar la supresión de la medida objetada.

Al cabo de transcurridos seis meses después de la expiración del “plazo prudencial”, el OSD incorpora el asunto a su Orden del Día y lo mantiene hasta que el asunto quede definitivamente resuelto, obligando a la parte en falta a presentar informes periódicos en los que debe rendir cuentas de las medidas tomadas para cumplir sus obligaciones. De esta forma, se genera una presión colectiva que sirve para acelerar el proceso de regularización de obligaciones.

El artículo 21 ESD incorpora varias cláusulas destinadas a contemplar la situación de los países en desarrollo en estas situaciones, las que pueden ser utilizadas provechosamente en beneficio de sus economías.

4. I . INCUMPLIMIENTO

Como lógica continuación del artículo 21 ESD, el 22 ESD trata de los casos en los que la parte declarada en violación sigue sin modificar la medida involucrada, lo que puede dar lugar a que se fije una compensación o se suspendan concesiones a la parte que está en falta; se establece el principio de que en uno u otro caso se trata de medidas temporales y que de todos modos no son preferibles a la debida aplicación de la recomendación formulada por el OSD. Se detallan prolijamente las condiciones que deben ser cumplidas para suspender concesiones, las que pueden abarcar las que corresponden a cualquiera de los acuerdos que abarca la OMC (la así denominada *retorsión cruzada*). Los pasos a cumplir se precisan, y todo el proceso debe ser acompañado por la mayor transparencia, sobre todo porque significa apartarse del tratamiento de la cláusula de la Nación Más Favorecida, que es un pilar fundamental de todo el sistema. Desde luego, es común que en estos casos las partes no estén de acuerdo sobre si la suspensión de concesiones propuesta equivale a los perjuicios que ocasiona la medida que pretende compensar. Si se agotan las etapas previstas para zanjar esta clase de discrepancia, se recurre al arbitraje y la sentencia será final. En términos generales, puede afirmarse que el artículo 22 ESD ofrece garantías totales, que excluye cualquier posibilidad de acción unilateral y que el OSD supervisa las acciones en forma permanente.

Se recoge asimismo, en este artículo, una cuestión que creó problemas en la época del GATT. En ciertos países, las autoridades locales o regionales disfrutaban de autonomías especiales. Estas situaciones, basadas en normas constitucionales, pueden frustrar los esfuerzos de un gobierno central cualquiera por hacer cumplir una resolución del OSD. Se dispone que el Miembro involucrado debe tomar las medidas “razonables” destinadas a lograr que se cumpla el dictamen del OSD. Para atender los intereses de aquellos Miembros que se vieran perjudicados cuando el esfuerzo “razonable” no fructificara, los acuerdos abarcados y el ESD son aplicables en los casos en que no se ha podido alcanzar ese cumplimiento de obligaciones.

Por último, cabe mencionar que el recurso al artículo 22 ESD alarga –como es evidente– la disputa y posterga en el tiempo la regularización de la medida violatoria. Esta disposición es necesaria, ciertamente, pero por este motivo quizás se le deba calificar de “mal necesario”.

4.2. UNILATERALISMO

El artículo 23 ESD recoge el afán evidenciado por muchos gobiernos durante la Ronda Uruguay de evitar las medidas unilaterales, al establecer que una infracción de su texto constituye causa suficiente para invocarlo en contra del Miembro violatorio. Reconozcamos que, en la práctica, no se puede impedir la acción unilateral de cualquier Miembro; en cambio, sí se ha dispuesto que debe responder a los demás Miembros por un incumplimiento de obligaciones derivado de una medida unilateral y que el ESD es aplicable en estos casos.

4.3. PAÍSES MENOS ADELANTADOS

Siempre han constituido una fuente de preocupación, debido a sus economías endebles y sus corrientes comerciales dependientes de un número reducido de materias primas o alimentos. En estas condiciones, carecen de la capacidad inherente para beneficiarse plenamente con las posibilidades que brinda el sistema multilateral. El artículo 24 ESD establece procedimientos especiales a su favor, de manera que su participación en todo proceso de solución de diferencias se produzca en forma acorde con su situación de desventaja.

4.4. ARBITRAJE

Si bien este recurso figura en otras cláusulas del ESD, se le refuerza en el artículo 25 ESD, que establece los procedimientos generales para su utilización. Son las partes directamente interesadas las que se acogen a este procedimiento, para lo cual deben ponerse de acuerdo sobre la definición de la cuestión acerca de la que hay que dictaminar. Las partes tienen una libertad de acción considerable, si bien deben notificar a los demás Miembros de su propósito; podrán –por consentimiento mutuo– aceptar que otros Miembros participen en el arbitraje, deberán respetar el laudo arbitral y el mismo será comunicado al OSD y al Consejo o Comité de los acuerdos pertinentes.

4.5. ANULACIÓN O MENOSCABO

El tema de los casos en los que no existe infracción dio lugar a largos debates en el proceso de concertación del ESD. La sutileza de la cuestión y la diversidad de opiniones sobre cómo tratarla, exacerbaron las negociaciones del artículo 26 ESD.

Los reclamos del tipo descrito en el artículo XXIII:1(b) GATT 1994^[6] figuran en el artículo 26.1 ESD. Cuando esas disposiciones sean aplicables a un acuerdo abarcado, un grupo especial o el Órgano de Apelaciones solo podrá emitir directrices y recomendaciones cuando una parte en la controversia considere que cualquier beneficio que le corresponda directa o indirectamente según el acuerdo abarcado pertinente, resulte anulado o menoscabado, o que el logro de los objetivos de dicho acuerdo resulte obstaculizado, por la aplicación por cualquier Miembro de alguna medida. Ello, independientemente de si entra o no en conflicto con las disposiciones del acuerdo. En estos casos, se deberán cumplir cuatro condiciones que establece el artículo y que prevalecerán sobre el texto del ESD en la medida que haya conflicto. En síntesis, en los casos en que no existe violación la parte que aplica la medida objetada podrá mantenerla, aunque se ejercerá presión para que la retire u ofrezca una compensación adecuada.

En relación con el artículo XXIII: 1(c) GATT 1994^[7], cuando sus disposiciones sean aplicables a un acuerdo abarcado, solo se podrá emitir fallos o recomendaciones cuando una parte considere que los beneficios que le corresponden directa o indirectamente, según el acuerdo abarcado pertinente, se estén anulando o menoscabando o que el logro de los objetivos establecidos en ese acuerdo resulten obstaculizados como consecuencia de cualesquiera situaciones diferentes a las que son aplicables a las disposiciones del ar-

6 GATT. Artículo XXIII: Anulación o menoscabo.

“1. En caso de que una parte contratante considere que una ventaja resultante para ella directa o indirectamente del presente Acuerdo se halle anulada o menoscabada o que el cumplimiento de uno de los objetivos del Acuerdo se halle comprometido a consecuencia de:

“a) que otra parte contratante no cumpla con las obligaciones contraídas en virtud del presente Acuerdo; o

“b) que otra parte contratante aplique una medida, contraria o no a las disposiciones del presente Acuerdo; o

“c) que exista otra situación (...)”.

7 Ídem.

título XXIII: 1(a) y (b) GATT 1994. Por lo tanto, esta cláusula está destinada a contemplar esa área global e indefinida descrita con la frase “cualesquiera situaciones”, que poco ha surgido en la práctica en el plano de la solución de diferencias. Cabe agregar que, además del ESD, debe contemplarse la Decisión del Consejo de Representantes del GATT de 12 de abril de 1989^[8], cuando se trate un asunto de esta índole.

Finalmente, el artículo 27 establece las responsabilidades de la Secretaría, entre las que cabe mencionar la asistencia y asesoría jurídica que debe prestar a los países en desarrollo.

4.6. PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

Existe asimismo, como ya se ha mencionado, una serie de normas y procedimientos especiales o adicionales relativos a la solución de diferencias que figuran en los acuerdos abarcados y que se recogen en el Apéndice 2 del ESD. Es importante reiterar que, en la medida que exista una discrepancia entre el ESD y el contenido del Apéndice 2, este prevalecerá. Son muy variadas las cuestiones que abarca el Apéndice 2, al punto que sería largo comentarlas, pero lo seguro es que cuando en una disputa sea aplicable alguna de ellas, habrá que analizarla con particular atención.

5. APROBACIÓN DEL ESD

Después de pasar revista al articulado del sistema, conviene formular un comentario adicional sobre el ambiente en el que se aprobó el ESD.

La aceptación del texto del Entendimiento resolvió tres temas que aquejaban seriamente a buena cantidad de países.

En efecto, el artículo 23 ESD titulado Fortalecimiento del sistema multilateral contiene la prohibición terminante de recurrir a las medidas unilaterales. Su texto es sumamente categórico y cierra por entero las puertas a las acciones que se alejen de las normas contenidas en el ESD. Las resistencias y temores que se derivaban de la aplicación unilateral —a veces efectiva y otras, eventual— a cualquier parte contratante del GATT de la Ley 609 de Estados Unidos, desaparecieron.

8 L/6489 “*Improvements to the GATT Dispute Settlement Rules and Procedures*”.

En segundo lugar, el rechazo generalizado del consenso positivo cristalizó con la aprobación de la norma opuesta del consenso negativo. Así, se ahuyentó en forma definitiva la práctica que le permitía a una parte contratante del GATT obstaculizar por tiempo indeterminado el trámite de una demanda por violación de compromisos que le fuera formulada. Es decir, que bajo el ESD las distintas etapas de una demanda y la instancia de la aprobación de los informes respectivos por el OSD se cumplen automáticamente dentro de los plazos preestablecidos, salvo que haya consenso en contra. Se percibirá fácilmente que es casi imposible reunir un consenso negativo, salvo que las dos partes en la disputa se pongan de acuerdo para ello.

En tercer lugar, la creación del Órgano de Apelación significó un importante paso en adelante, en cuanto a dar un énfasis jurídico a la solución de diferencias. Para aquilatar el pleno alcance de este rompimiento con el pasado, hay que haber conocido el GATT en toda su trayectoria, con las prácticas y procedimientos surgidos desde sus comienzos.

Lo seguro es que la creación del Órgano de Apelación significó el cruce del Rubicón para el mundo del comercio internacional. Los dictámenes del Órgano de Apelación son definitivos e inapelables; funciona como un órgano judicial y goza de la más total independencia y autonomía, y durante los años transcurridos desde su establecimiento ha dictaminado con ejemplar rapidez en todas las controversias que le han sido sometidas.

Incluso, al designar a los integrantes del primer Órgano de Apelación, los gobiernos eligieron, con una sola excepción, a quienes no tenían experiencia previa directa del GATT y la Ronda Uruguay. El mensaje no pudo ser más claro: se buscó a quienes aportaran importantes antecedentes jurídicos, pero con mentes carentes de prejuicios y ajenos a las prácticas del pasado.

No hay duda de que el ESD y el Acuerdo que instituye la OMC fueron decisivos para inspirar confianza a los gobiernos en esa última y crítica etapa de la Ronda Uruguay, en la que debieron pronunciarse una vez por todas sobre las obligaciones que asumirían para el futuro.

III. VEINTE AÑOS DEL ESD

I. EXPERIENCIA ACUMULADA

Debido a la integración y naturaleza de los grupos especiales, a veces sus Miembros disponen de tiempo limitado para cumplir sus funciones. Si bien

el Órgano de Apelación también debe responder a cronogramas rígidos, quienes forman parte de él trabajan a tiempo completo para las diferencias que le son presentadas y por lo tanto tienen el medio de dedicar todo el tiempo necesario a la lectura, el análisis y el debate. Sin duda, la combinación de informes de alto nivel de los grupos especiales seguidos del estudio profundo del Órgano de Apelación desemboca en un producto final netamente superior a lo que ocurría bajo el régimen anterior.

Cuando se creó el Órgano de Apelación, hubo quienes pensaron que los grupos especiales seguirían siendo el espinazo de la solución de diferencias como había ocurrido en el GATT, y que las apelaciones no serían frecuentes. En los hechos, ocurrió todo lo contrario y el Órgano de Apelación ha intervenido desde el principio en la gran mayoría de las disputas.

Por tratarse de un cuerpo muy distinto a todo lo que había existido en el GATT, que rompía con esquemas tradicionales, el Órgano de Apelación tenía la necesidad de afianzarse desde el principio. De inmediato, redactó sus Reglas de Procedimiento, que poco han sido modificadas desde entonces, y que aseguran la imparcialidad absoluta y su buen funcionamiento. Está prohibido todo conflicto de intereses para los Miembros. Las actuaciones son confidenciales, no hay comunicación *ex parte* y las opiniones vertidas en los informes son anónimas. Estas disposiciones han sido aplicadas y respetadas con un rigor poco común, por los Miembros, el Órgano de Apelación y la Secretaría.

Un elemento que contribuyó enormemente a la cohesión de este grupo formado por siete personas fue la adopción del régimen de consultas entre los tres integrantes de la División que se ocupa de una disputa, con los cuatro restantes. Pronto se percibió que los cuatro no podían analizar un caso con los tres, sin conocerlo tan bien como estos. Así, pues, se inició una práctica que conduce a que todos los Miembros del Órgano de Apelación conozcan a fondo todos los casos que le sean sometidos, sean o no Miembros de la División respectiva.

Durante muchos años, los pronunciamientos del Órgano de Apelación fueron unánimes; como tales, transmitieron a los Miembros la noción cierta de coincidencia y solidaridad entre sus integrantes. Incluso, se tardó largo tiempo antes de que se produjera aunque fuese una opinión en minoría en uno de sus informes.

La clave de la singular unanimidad alcanzada en el curso del tiempo es, sencillamente, la voluntad y capacidad de analizar los problemas con

recíproca tolerancia, mucha profundidad e infinita paciencia, sin cejar en el propósito de aunar ideas en forma armónica y sin que nadie haga violencia a sus principios. Esa intención marcó la acción de los Miembros del Órgano de Apelación desde el principio y contribuyó enormemente a afianzarlo –como elemento novedoso dentro de la esfera del comercio internacional– ante los países integrantes de la OMC. Este hecho adquiere mayor significado y valor si se tiene en cuenta que los siete Miembros del Órgano de Apelación prácticamente no se conocían entre ellos cuando asumieron funciones y que es común que en los cuerpos de esta índole se consignen opiniones en minoría y votaciones en contra.

Otro hecho que cabe destacar es que la muy voluminosa documentación que se genera en relación a cualquier disputa es analizada una y otra vez. En forma cada vez más intensa, en sus presentaciones a los grupos especiales y al Órgano de Apelación, los Miembros han acudido a los pronunciamientos anteriores en apoyo de sus planteamientos.

Las audiencias del Órgano de Apelación con las partes a veces se asemejan a una inquisición, con preguntas agudas e insistentes que deben parecer interminables para quienes deben contestarlas. Incluso, alguna persona muy capacitada, por cierto, confesó en privado que el hecho de presentarse por primera vez en una audiencia del Órgano de Apelación le había resultado “atemorizante”.

Esta insistencia de la División del Órgano de Apelación que tiene a su cargo la conducción de una demanda responde a dos motivos fundamentales. Uno de ellos radica en que el ESD adjudica al grupo especial que interviene inicialmente en el asunto, el deber de establecer los hechos. La División no debe, pues, pretender cumplir una tarea que no le corresponde. No obstante, al tener a su disposición la totalidad de la documentación del caso, junto con el análisis y recomendaciones del grupo especial, le resulta aconsejable aludir a los hechos, formular preguntas al respecto y analizar las respuestas de las partes, que con frecuencia vierten luz adicional sobre la problemática en cuestión. El segundo motivo es que es sumamente difícil, si no imposible, llevar a cabo la función jurídica del Órgano de Apelación si no se tiene una noción total del proceso que ha desembocado en la demanda, pues es común que surjan nuevas líneas de razonamiento a medida que se va profundizando el análisis.

En algunas oportunidades, la División ha discrepado con la forma en que el grupo especial ha evaluado los hechos al alcanzar sus conclusiones y –por lo tanto– ha reformulado su razonamiento en consecuencia.

En las negociaciones intergubernamentales no es difícil que, ante la premura del tiempo y la imposibilidad de definir a satisfacción todas las áreas de acuerdo, a veces se recurre a las “ambigüedades constructivas” en la redacción, o se omite algún detalle que debería haber sido contemplado en interés de todos. Cuando ello ocurre, resultan textos equívocos que luego se prestan a interpretaciones distintas. En la Ronda Uruguay, cuya normativa abarca casi 600 páginas de texto impreso, era inevitable que algo de eso ocurriese.

El párrafo 2 del artículo IX del Acuerdo de la OMC prevé el procedimiento a seguir para las interpretaciones, como competencia exclusiva de los países Miembros. Es notoria la resistencia manifestada hasta ahora por los gobiernos a recurrir a esta disposición, no obstante que —en el caso de la solución de diferencias— el artículo 3:9 ESD establece el derecho de cualquier Miembro de recabar una interpretación autorizada de las disposiciones de un acuerdo abarcado mediante decisiones adoptadas de conformidad con el Acuerdo sobre la OMC o un acuerdo abarcado que sea un Acuerdo Comercial Plurilateral. Se puede presumir que la alta votación necesaria para aprobar interpretaciones y el hecho de que el trámite seguramente se convertiría más en una renegociación de la cláusula en cuestión que otra cosa, han sido factores disuasivos para que los Miembros se abstuvieran de incursionar en este terreno.

El Órgano de Apelación carece de la facultad de devolver un caso al Órgano de Solución de Diferencia; esta cláusula tiene la ventaja de asegurar la automaticidad de los procedimientos y evitar demoras. Al mismo tiempo, le está prohibido tanto el Órgano de Apelación como los grupos especiales, aumentar o disminuir los derechos y obligaciones que se derivan de los acuerdos abarcados. En consecuencia, el Órgano de Apelación está obligado a dictaminar siempre, sea cual sea el texto de las normas a las que han recurrido las partes en el diferendo.

Pero, como los Miembros de la OMC siguen sin interpretar los textos ambiguos y el Órgano de Apelación debe necesariamente pronunciarse, surge la queja de que está incurriendo en “activismo judicial” y se está abrogando facultades que pertenecen a los Miembros.

Ante esta situación, el Órgano de Apelación ha seguido desde el principio la práctica de efectuar sus pronunciamientos en la medida absolutamente necesaria para resolver cada disputa, sin ir más allá, y se ha rehusado a proporcionar opiniones consultivas cuando le le han sido solicitadas.

En esta forma, busca mantener el difícil equilibrio entre sus obligaciones y la pasividad hasta ahora existente en torno al uso del artículo IX del Acuerdo de la OMC. Pero, es justo reiterar que las mayorías que hay que reunir para enmendar o interpretar el contenido de los acuerdos son altas y difíciles de alcanzar, lo cual explica en muy buena medida la situación en la que se ha desembocado.

Convengamos que en esta materia debe alcanzarse un equilibrio sumamente delicado. Como se ha expresado, el Órgano de Apelación está obligado a dictaminar en torno a todas las demandas que le sean sometidas. Debe, naturalmente, basar sus razonamientos en el sentido de las disposiciones aplicables tal como se desprende de su texto. Se podría alegar que al establecer el sentido de una disposición cualquiera, se le está interpretando. Obviamente, esto no es lo que se prevé en el artículo IX del Acuerdo sobre la OMC. Hay que llegar a la conclusión de que el Órgano de Apelación percibe este matiz y la necesidad de respetar el contenido del artículo IX, y que los Miembros a su vez lo comprenden.

2. INTERPRETACIÓN

El ESD dispone que el Órgano de Apelación debe aplicar las normas de la OMC, como en efecto ocurre; pero al hacerlo no podría perder de vista los principios del Derecho internacional que regulan las relaciones entre las naciones. Los incorpora con frecuencia a sus informes y a menudo cita a la Corte Internacional de Justicia, con lo cual busca asegurar un balance cuidadoso entre las normas de aplicación universal y el mundo único que constituyen las complejas y muy detalladas disposiciones de la OMC.

Desde el primer día, el Órgano de Apelación utiliza la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados para interpretar los textos. Incluso se ha comentado que es la primera vez que se recurre a la Convención en forma tan sistemática.

Lo más probable es que no haya una sola palabra en la normativa de la OMC que no fuera objeto de ardua discusión una y otra vez antes de ser aprobada. Uno puede tener su propia opinión sobre lo que debería ser este contenido, pero es imposible no concluir que se está ante la voluntad expresa de los gobiernos.

Sin embargo, se ha sostenido que el Órgano de Apelación ha pecado por exceso de “textualización”, al haberle asignado una importancia desmedida

al sentido corriente de las palabras en detrimento de otros factores indicados en la Convención de Viena.

El artículo 31 de la Convención reza que un tratado debe ser interpretado de buena fe, de acuerdo con el sentido corriente de sus términos tomados en su contexto (que incluye el preámbulo y los anexos) y en función de su objeto y propósito.

Se observará que lo esencial del artículo 31 es el “sentido corriente” y lo demás constituye un complemento, importante sí, pero complemento después de todo.

Precisamente, las disposiciones de la OMC se caracterizan por su extrema minuciosidad y es por este motivo que se plantea la necesidad de concentrarse en los términos utilizados, todo ello sin perjuicio—obviamente—de contemplar los elementos complementarios para alcanzar la mejor interpretación.

En cuanto a que el Órgano de Apelación, debería asignar más importancia de la que ha manifestado—como se ha dicho—al objeto y propósito de los Acuerdos, debemos tener en cuenta que el preámbulo del Acuerdo de la OMC no siempre constituye una guía clara porque contiene afirmaciones potencialmente excluyentes entre ellas, sin que exista indicación alguna de que permita fijar sus respectivas prioridades.

Incluso, recordemos que algunos de los términos utilizados—por ejemplo, el *medio ambiente*—son objeto hasta ahora de convenios intergubernamentales que constituyen *soft law*, mientras que todo lo referente a la OMC es *hard law*, y que en los distintos acuerdos de la OMC figuran otras tantas series de finalidades que a veces son objeto de “reafirmación”, otras veces se les “nota” y otras veces se les “toma en cuenta”.

En caso de disputa, surgiría la pregunta de qué valor relativo debe asignarse a un principio u objetivo contenido en el Preámbulo del Acuerdo de la OMC, y a otro que figura en uno de los acuerdos puntuales.

Por fortuna, este dilema no se ha planteado en forma acuciante hasta ahora; pero nada obsta a que ocurra en el futuro.

3. FACTORES EXTRAJURÍDICOS

En algún foro académico se ha preguntado si el Órgano de Apelación debería demostrar sensibilidad ante las consideraciones de orden político. Debemos interpretar que se ha hecho referencia a las opiniones y deseos de los gobiernos, vistos en su conjunto o individualmente.

Antes que nada, enfatizamos que el ESD deja un ancho y legítimo margen para que se ejerza la voluntad de los gobiernos.

El establecimiento y la eventual enmienda del propio texto del ESD, los pronunciamientos del Órgano de Solución de Diferencias, las consultas del artículo XXII GATT, el pedido de grupo especial, los acuerdos de parte en todo instante de una controversia, el recurso al arbitraje, la inclusión como tercera parte en una disputa y la negociación de compensaciones son algunos de los aspectos que dependen exclusivamente de las decisiones que adopten los gobiernos dentro del marco jurídico que ellos mismos han establecido.

Por otro lado, los grupos especiales y el Órgano de Apelación tienen la obligación clara e indeclinable de pronunciarse sobre las disputas que les son sometidas, con absoluta imparcialidad y aplicando concienzudamente las disposiciones correspondientes. Es difícil ver cómo cabrían las consideraciones políticas en este cuadro.

Ello no significa que no podría producirse en el futuro una seguidilla de dictámenes sobre controversias de singular envergadura que por perjudicar grandes intereses dieran lugar a fuertes tensiones políticas. Pero, precisamente por su naturaleza política, tales tensiones tendrían que ser encaradas y resueltas por los Miembros de la OMC.

Por ejemplo, si fracasara una ronda de negociaciones o arrojara resultados mezquinos, no sorprendería que se multiplicaran las disputas en la OMC.

Más aun, existen áreas de posible discordia, como las que tienen que ver con las subvenciones y los derechos compensatorios, que se acentuarían si se detuviera la evolución de la OMC hacia un comercio más libre y equitativo.

También, si se precipitara una crisis económica mundial de suma envergadura, despertaría resistencias proteccionistas que seguramente presionarían de manera adversa el funcionamiento de la OMC. Por suerte, ello no ocurrió en la última crisis económica (2008-2014), debido a los fuertes compromisos antiproteccionistas del G-20 y la firme e inmediata acción de transparencia presentada por los frecuentes informes económicos y comerciales de la OMC.

Un escenario de este tipo no es deseable, pero es concebible; si se planteara, no es de descartar que el sistema de solución de diferencias se viera seriamente recargado.

4. ESTADÍSTICAS

El ESD establece que la demanda es un último recurso, el que se utiliza cuando se ha hecho todo lo posible por resolver el diferendo por otras vías. Esta cláusula, con su consejo de moderación, ha sido respetada en forma notoria. No han existido controversias originadas en motivaciones frívolas o carentes de fundamento.

En la vida real, los gobiernos tienen muchos y frecuentes motivos de queja con sus asociados comerciales. Unas se resuelven solas, otras perduran pero son toleradas, y aun otras son objeto de un arreglo en base a negociaciones entre partes, a la intervención de organismos regionales o al arbitraje.

Si fuera posible computar estos diferendos, seguramente alcanzarían muchos centenares anuales a nivel mundial, cuando no más. Son la parte oculta del témpano de hielo de las controversias comerciales.

La parte visible es la que surge de cómo se ha utilizado el sistema desde el primer día. En cuanto a apelaciones con procedimientos originales y recursos al artículo 21.5 ESD, en el período 1995–2013 se han producido tres picos: en 2000 (13), 2005 (13) y 2008 (11). El año 2013 marca el menor movimiento histórico hasta la fecha.

Desde 1996, entre la mitad y 80% de los informes de los grupos especiales fueron apelados; en 2010, ello ocurrió para menos del 40%.

En términos generales, son los países desarrollados los que más han intervenido, ya sea como demandantes o demandados. Estados Unidos con 227 veces y la Unión Europea con 167 veces encabezan la lista. Los siguen bastante lejos Canadá (50), India y China (43), Brasil (41), México (37), Japón (34) y Australia (22). Inevitablemente, los volúmenes del comercio y los distintos mecanismos de política comercial de los países conducen a que algunos de ellos figuren en forma prominente en el mundo de solución de diferencias de la OMC.

Estas cifras son lo bastante exiguas como para afirmar que no se ha abusado del ESD, que ha funcionado exitosamente, y que la extensísima jurisprudencia acumulada representa un elemento cierto de estabilidad y previsibilidad del sistema.

En párrafos anteriores se ha aludido a algunas de las críticas que han sido dirigidas al ESD en general y a veces al Órgano de Apelación en particular. Todo emprendimiento humano es, por su propia naturaleza, imperfecto. Algún error se habrá cometido. Pero lo importante es que el ESD es objeto

de aceptación generalizada y es una garantía cada vez mayor para todos y cada uno de los Miembros de la OMC, de que sus derechos están amparados.

5. MEJORAS AL ESD

Al finalizar la Ronda Uruguay, se convino que el ESD sería objeto de revisión a más tardar cuatro años después de la entrada en vigor del Acuerdo de la OMC. Mediante sucesivas postergaciones, este propósito sigue sin cumplirse. No obstante, en el párrafo 30 de la Declaración sobre la Ronda Doha se dispuso emprender negociaciones destinadas a mejorar y aclarar el contenido del ESD, fijándose el mes de mayo de 2003 para concluir esta tarea. Posteriormente, en Hong Kong, la Reunión de Ministros recomendó la pronta terminación de estos trabajos.

Todo cambio en el ESD debe ser aprobado por consenso, lo cual significa que no será fácil reunir las voluntades necesarias para incorporarle modificaciones. Lo más probable es que cuando ello ocurra será el fruto de una transacción amplia entre muchos puntos de vista, y que no ha de ocurrir sino como parte del eventual acuerdo final que arroje la Ronda de Doha.

En el documento de la OMC, TN/DS/25 de 21 de abril de 2011, se dio cuenta al Órgano de Solución de Diferencias del estado de las conversaciones a esa fecha, y se hizo énfasis que se estaba cerca de concertar textos referentes a los artículos 21 (Vigilancia de la aplicación de las recomendaciones y resoluciones) y 22 ESD (Compensación y suspensión de concesiones), los derechos de las terceras partes, el acortamiento de plazos y el debido cumplimiento de los dictámenes.

Otros aspectos siguen en estudio y donde hay discrepancias de fondo, como en la posibilidad de que el Órgano de Apelación pueda devolver un asunto al grupo especial, la idea de suprimir en ciertos casos el razonamiento básico en el que se basa una conclusión contenida en un informe, o el manejo de la información confidencial, hay que anticipar que los debates en torno a estas cuestiones han de ser largos y difíciles.

Están a consideración algunas Decisiones que se recomendaría que fueran aprobadas más adelante por el OSD, como ser las concernientes a la protección de la información especialmente reservada; a las prácticas de trabajo para la designación de los Miembros de los grupos especiales, y unas orientaciones adicionales destinadas a los órganos de adjudicación de la OMC que abarcan el uso del Derecho internacional público, el enfoque interpretativo a usar en

la solución de diferencias y lo referente a la medida que está a consideración en una disputa.

El texto del borrador legal consolidado que figura en el documento recién citado refleja el mucho trabajo que se ha invertido en este asunto. Abarca la mayoría de los artículos del ESD e indica el deseo de revisar a fondo el funcionamiento del sistema. Con frecuencia se viene trabajando para aclarar y mejor definir los textos, lo que ha de repercutir de manera muy positiva sobre los trabajos de los grupos especiales y del Órgano de Apelación. Estas precisiones surtirán el efecto de eliminar las áreas grises que perduraron al clausurarse las deliberaciones de la Ronda Uruguay, fruto con frecuencia de la imposibilidad de convenir fórmulas de redacción que dieran satisfacción a todos.

En varias disposiciones en estudio se busca contemplar la situación de los países en desarrollo, incluso creando un Fondo de Solución de Diferencias para facilitar su participación en estos asuntos. Se persigue el propósito de acortar los plazos en las disputas sobre medidas de salvaguardia, y se facilita la situación de las terceras partes.

Es muy difícil que la reforma del ESD finalice antes de clausurarse la Ronda Doha. Ello solo podría ocurrir en el caso de que la Ronda se prolongara aún más de lo que ya ha ocurrido, al punto de plantearse una paralización de los trabajos de tal entidad que resultare aconsejable enmendar el sistema de solución de diferencias sin reparar en lo demás.

Tanto los grupos especiales como el Órgano de Apelación son objeto del escrutinio permanente de los Miembros. En las reuniones del OSD, sus informes son —a la vez— elogiados y criticados por las delegaciones. Por su parte, la prensa y el mundo académico ponen estos informes bajo un microscopio singularmente exigente.

Los grupos especiales y el Órgano de Apelación tienen perfecta noción de la existencia de las muy variadas opiniones que se vierten sobre sus trabajos, pero su deber en el marco de la OMC consiste en proceder al margen de las opiniones ajenas. Ningún elemento extraño debe introducirse en sus deliberaciones y quizás la mejor garantía de objetividad y equidad que pueden exigir los Miembros radica en la forma como el mecanismo ha funcionado con independencia total de criterio al formular sus recomendaciones en casos que se destacaron por ser complejos y controvertidos más allá de lo que se pudo anticipar.

En algunos aspectos, el ESD es un factor único en las relaciones comerciales internacionales. Durante más de 15 años ha dado satisfacción gracias

a su uso prudente por parte de los gobiernos y el buen funcionamiento de sus mecanismos. Lo más probable es que al culminar la Ronda Doha, nuevos compromisos en materia de política comercial sean asumidos por los países Miembros. De ser así, y en vista de la forma como las normas que regulan el intercambio se multiplican y se hacen progresivamente más complejas, la comunidad de naciones necesitará un sistema de solución de diferencias cada vez más sólido y confiable que permita resolver en un ambiente pacífico las discrepancias que surjan entre ellas.

CAPÍTULO 25

*La protección de actores no estatales
bajo el Derecho de la OMC*

CHRISTOPH SCHEWE

I. IMPORTANCIA DE LA OMC PARA LOS ACTORES NO ESTATALES

Aunque la OMC sea una organización intergubernamental dirigida y orientada por sus Miembros, no hay duda de que la mayor parte del comercio internacional es realizado por actores privados, es decir, por empresas. No obstante lo anterior, la organización les otorga derechos y obligaciones principalmente a sus Miembros, esto es, los territorios aduaneros y los Estados (artículo XII OMC, artículo XXIV:2 GATT), excluyendo por lo tanto a los no Miembros, los actores no estatales (ANE). Surge la pregunta, entonces, de cómo pueden estos proteger sus intereses.

I. INTERÉS DE ANE EN LA OMC

Las políticas del comercio internacional y las controversias comerciales pueden afectar los intereses económicos de actores privados. De ahí que el mero cumplimiento de la OMC por parte de los Miembros puede tener consecuencias importantes para los actores involucrados.

CASO DE LAS HORMONAS¹

Alfa es un exportador de carne bovina desde Argentina/EE.UU. hacia la UE. Debido a la preocupación de que la carne bovina tratada con hormonas puede tener efectos negativos sobre la salud de los seres humanos, la UE emite una regulación que prohíbe la importación de carne de Argentina, lo cual da término a las exportaciones de Alfa, que tenían un importante volumen comercial.

El ejemplo muestra el interés de la compañía Alfa en mantener los mercados liberalizados. Al asumir que la práctica comercial de la UE no es compatible con el derecho de la OMC, el principal interés del exportador es la defensa de sus intereses frente a medidas nacionales. Sin embargo, el remedio legal más eficiente es plantear una reclamación. Pero ello no es posible puesto que tal opción no está disponible para los ANE, como consecuencia del hecho de que la OMC es una organización dirigida y orientada por sus Miembros².

1 Caso inspirado en *CE – Hormonas, DS26, DS48*.

2 En contraste con este concepto del Derecho del comercio internacional, encontramos el Derecho internacional de las inversiones, según el cual la mayoría de los Tratados Bilaterales de Inversión

Como el comercio internacional se basa en las virtudes de la competencia internacional, los intereses de los ANE nunca representan un solo punto de vista. Generalmente se enfrentan a otros y los intereses opuestos pueden ser los de competidores directos que buscan proteger sus mercados o su participación en los mismos. Pese a ello, el interés en mercados abiertos también puede entrar en conflicto con otros aspectos, como la protección del consumidor, las preocupaciones ambientales o de los derechos humanos. Estos últimos están cada vez más representados por organizaciones no gubernamentales (ONG), que también actúan en el plano internacional. El ejemplo del caso de las hormonas refleja que empresas de carne bovina de la UE (que no usan hormonas) apoyarán la regulación restrictiva de la importación, con miras a proteger o incluso ampliar su participación en el mercado. Además, en este caso, la política UE es secundada por ONG de la rama de protección al consumidor, que tienen fuertes reservas sobre carne proveniente de animales tratados con hormonas por su potencial efecto cancerígeno³.

2. VISIÓN GENERAL DE LAS POSIBLES FORMAS DE INFLUENCIA

Dado que el sistema OMC no les ofrece la posibilidad de iniciar procedimientos de manera directa, los ANE han buscado tener influencia en otros niveles, básicamente vía acciones indirectas, dentro de las cuales podemos distinguir entre los procedimientos formales e informales de influencia. Los primeros están tratados en la sección II, que se refiere a los procedimientos bajo los cuales los interesados pueden iniciar una investigación de potenciales violaciones de la OMC. Entre las opciones informales, los ANE pueden

(TBI) otorgan a los inversionistas el derecho de radicar la reclamación ante tribunales internacionales. Ver, por ejemplo, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI): <<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>>.

3 Ver *CE – Hormonas*, OA, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R; ver también Public Citizen, Institute for Agriculture and Trade Policy, Cancer Prevention Coalition, Community Nutrition Institute, and Earth Justice Legal Defense Fund, *Comments to the Appellate Body of the World Trade Organization Concerning European Communities–Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, Oct. 31, 1997. Disponible en <<http://citizen.org/Page.aspx?pid=2938>>, citado en Ala'i, *Fordham International Law Journal*, 2000, núm. 24, p. 68, nota al pie n.º. 35.

recurrir a la protección diplomática, a métodos denominados de cabildeo y a informes *amicus curiae*.

Cada ordenamiento legal tiene su propia perspectiva y aunque la mayoría de ellos no otorgan a los ANE aplicabilidad directa a la ley de la OMC, algunos sí lo hacen bajo determinadas circunstancias.

II. INFLUENCIA INDIRECTA

Dado que la OMC es una organización interestatal, no otorga ningún derecho a los ANE para proteger sus intereses. Sin embargo, indirectamente dicha protección es posible a través de modalidades formales e informales.

I. PROCEDIMIENTOS FORMALES PARA OBTENER PROTECCIÓN LEGAL

Algunos Miembros de la OMC han establecido procedimientos bajo los cuales interesados y compañías pueden iniciar reclamos ante la autoridad competente, sea ante instituciones gubernamentales, como el Representante Comercial de los Estados Unidos (USTR)⁴, o la Comisión Europea en la UE⁵.

I. I. LEY DE COMERCIO EXTERIOR DE EE.UU. DE 1974 (ARTÍCULO 301-310)

La legislación estadounidense (artículo 301) prevé un procedimiento según el cual cualquier persona puede iniciar investigaciones ante el Presidente –representado por el USTR– respecto de violaciones del Derecho comercial internacional de otro miembro de la OMC. Uno de los requerimientos básicos es que el procedimiento sea iniciado por la persona “interesada”, lo que implica tener intereses económicos sustanciales. Lo anterior beneficia, principalmente, a las empresas o asociaciones de productores o industriales, lo mismo que a los sindicatos.

Entre los variados requerimientos del artículo 301 está el que el solicitante debe demostrar que la medida infringe el Derecho comercial internacional.

4 United States Trade Representative, ver el sitio web del USTR en: <http://www.ustr.gov>.

5 Ver el sitio de la Dirección General de Comercio de la UE en: <http://ec.europa.eu/trade/>.

En un plazo de 45 días a partir de la presentación de la solicitud, el USTR debe decidir si inicia o no una investigación formal. En caso de que se concluya que la solicitud tiene fundamento, el USTR investigará el caso con mayor profundidad y organizará audiencias públicas a nivel nacional, particularmente con asociaciones interesadas y, en paralelo, realizará consultas con el miembro de la OMC involucrado. Si el USTR encuentra que la medida infringe el Derecho de la OMC y el otro miembro no toma medidas para resolver la cuestión, el USTR está formalmente obligado a llevar la controversia ante la OMC (artículo 303a (2)), donde el USTR tiene cierto margen de discrecionalidad.

Los artículos 304-306 establecen que en los 30 días después de planteada la controversia y, en todo caso, no más de 18 meses después del inicio de la investigación, el USTR debe decidir si ha habido una violación y qué medidas deben tomarse. Si se adoptan contramedidas, deberán implementarse en los siguientes 30 días. Si una controversia bajo la OMC no ha finalizado en dicho marco temporal, los artículos 304-306 le otorgan al USTR la facultad de decidir de manera unilateral sobre la situación, incluyendo la adopción de contramedidas.

EE.UU. - ARTÍCULO 301 DE LA LEY
DE COMERCIO EXTERIOR⁶

Las CE consideraron que las acciones unilaterales de los EE.UU. que sancionaban potenciales violaciones de las normas de la OMC (reguladas por el artículo 304-306 de la Ley de Comercio exterior de 1974 de los EE.UU.) no estaban conformes al Derecho de la OMC. Según la opinión de las CE, estas decisiones solo podían ser tomadas bajo el procedimiento de solución de diferencias de la OMC. Por lo tanto, impugnaron la Sección 301 de la Ley de Comercio de los EE.UU. con base en el artículo 23.2(a) y (c) del ESD.

En general, el Grupo Especial siguió la argumentación de las CE al encontrar, *prima facie*, una violación del artículo 23:2 del ESD, vista la superposición potencial de la Sección 301 con los procedimientos de la OMC. Sin embargo, al final, dado que los EE.UU. habían (i) debidamente eliminado esta amenaza a través del “efecto global de la Declaración de Acción Administrativa (DAA)” y (ii) habían hecho una declaración ante el Grupo Especial según la cual tomarían decisiones bajo el artículo 304 de conformidad con sus obligaciones bajo la

6 *Estados Unidos – Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior, GE, WT/DS152/R.*

OMC, el Órgano de Apelación decidió que –no obstante el lenguaje del artículo 304 en sí mismo constituyera una amenaza seria de que posibles decisiones unilaterales contrarias al artículo 23.2(a) del ESD podían ser tomadas– dichas normas no eran contrarias a las disposiciones del ESD aplicables.

1.2. REGLAMENTO DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE OBSTÁCULOS AL COMERCIO (ROC)

En 1984 la UE creó un instrumento similar, denominado Instrumento de nueva política comercial, remplazado en diciembre de 1994 por el ROC⁷. Como ocurre en el artículo 301, el ROC establece normas en favor de las empresas, industrias o asociaciones empresariales y de los Estados Miembros de la UE, para que presenten una queja ante la Comisión Europea. Esta investiga el tema y determina si hay evidencia de violación de las reglas del comercio internacional que se haya traducido en daño o en efecto adverso al comercio⁸. A diferencia del artículo 301, el ROC no establece medidas unilaterales: únicamente aplica si las reglas del ESD permiten posibilidades de impugnar la medida que constituye una barrera al comercio. El ROC, por lo tanto, asegura que las medidas permanezcan solo mientras cumplan con el ESD (artículo 12.2 del Reglamento 3286/94)⁹. Además, el solicitante debe indicar que las barreras al comercio en cuestión generan efectos adversos para el comercio de la UE. Por último, se requiere que el procedimiento sea iniciado en el interés de la UE. Sin embargo, como uno de los objetivos declarados del ROC es “asegurar el ejercicio de los derechos de la Comunidad bajo las reglas del comercio internacional”, se debe presumir que tal requisito se cumple siempre¹⁰.

7 Reglamento (CE) n.º 3286/94 del 22 de diciembre 1994 del Consejo por el que se establecen procedimientos comunitarios en el ámbito de la política comercial común, con objeto de asegurar el ejercicio de los derechos de la Comunidad en virtud de las normas comerciales internacionales, particularmente las establecidas bajo los auspicios de la Organización Mundial del Comercio, *Diario Oficial de la Unión Europea*, N° L 349/1, 31/12/1994, pp. 0071-0078.

8 Comisión Europea, Reglamento de obstáculos al Comercio (ROC), Abrir los mercados a los exportadores europeos. Disponible en <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2005/april/tradoc_122570.pdf>.

9 Ídem.

10 Un ejemplo de reclamación ROC está publicado en la página web de la Comisión: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/february/tradoc_127354.pdf>.

El procedimiento bajo el ROC está dividido en cuatro etapas; la primera empieza con la solicitud de la industria, empresa o Estado Miembro (artículos 3, 4 y 6 ROC); en la segunda instancia, la Comisión examina si la solicitud es admisible bajo el ROC (artículo 5 ROC); la tercera etapa, si las condiciones se han cumplido, consiste en un procedimiento de examen que conduce a la decisión, que sería la cuarta etapa, y las consecuencias que derivan de la misma. La decisión de la Comisión puede consistir en cuatro alternativas posibles:

a. Puede considerar que los intereses de la Comunidad no requieren acción y, por lo tanto, el procedimiento se daría por terminado (artículo 11.1 ROC).

b. Puede estimar necesario que se representen los intereses y derechos de la Comunidad bajo las reglas del comercio internacional y tomar medidas para eliminar el daño o los efectos adversos al comercio que resultan del obstáculo al comercio. Sin embargo, las medidas apropiadas se determinarán sobre la base del procedimiento establecido en el artículo 13 ROC.

c. De conformidad con el artículo 11.2 ROC, la Comisión podrá también dar por terminado el procedimiento si considera que el tercer país ha tomado medidas apropiadas para resolver el caso. Pese a lo anterior, la Comisión continuará vigilando la correcta aplicación de dichas medidas.

d. Alternativamente, la Comisión también puede suspender el procedimiento y negociar con el tercer país, si considera que un acuerdo puede ser el mejor medio para solucionar la controversia (artículo 11.3 ROC).

A diferencia del Artículo 301, las decisiones de la Comisión podrán ser impugnadas por la empresa ante el Tribunal de Justicia de la UE¹¹. Sin embargo, en tal caso la Corte debe tomar en consideración las capacidades discrecionales de que goza la Comisión.

En los 20 años de existencia del ROC, se han iniciado 24 procedimientos de examen, tres de los cuales se encuentran en actual ejecución¹². Si bien no parece ser un número elevado, corresponde casi a un tercio de los casos (82) en los que la UE ha actuado como solicitante. No obstante, hay académicos

11 Esto se podía lograr bien sea a través de un recurso de anulación, artículo 263 y siguientes del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o bien, a través del recurso por omisión, artículo 265 del mismo tratado.

12 Ver información suministrada por la Comisión Europea, Dirección General de Comercio: <<http://ec.europa.eu/trade/tackling-unfair-trade/trade-barriers/investigations/>>.

que la consideran una proporción baja. La renuencia a su utilización por parte de las empresas es interpretada como un signo de escepticismo de la eficacia del instrumento. Las controversias se caracterizan por largas negociaciones políticas y las empresas no quieren poner en riesgo sus relaciones comerciales al criticar abiertamente la política comercial de otro miembro de la OMC.

2. PRÁCTICAS INFORMALES PARA LA DEFENSA DE INTERESES LEGALES

Al considerar el bajo uso del procedimiento previsto en el artículo 301 o el del ROC, se supone que los ANE usan otros medios, informales. Estos les permiten mantenerse en la trastienda sin entrar a la escena pública y evitan afectar sus buenas relaciones en el país que las acoge. Las distintas prácticas informales se asemejan en su estructura. El ANE que desea eliminar una barrera se contacta un miembro de la OMC y busca convencer a los funcionarios relevantes que adopten una posición frente al tema. De ahí en adelante, las prácticas difieren, dependiendo de muchos aspectos: (i) el impacto general de la medida sobre la economía del miembro determinará si se buscará o no un arreglo del tema; (ii) la importancia del sector involucrado y el peso del miembro de la OMC al que se le pidió asistencia pueden ser cruciales, y (iii) el tiempo y el dinero invertido por el ANE para preparar la controversia podrá ser decisivo en la decisión de iniciar la controversia. En todo caso, el alcance y función del ANE dependen de su peso, del tema, de las implicancias políticas¹³ y de la importancia del país en la OMC.

2.1. CUANDO LAS PARTES PRIVADAS DOMINAN LA CONTROVERSIA

El involucramiento de actores privados en controversias ante la OMC puede llegar a niveles en los que estos financian y preparan casi la totalidad del caso. Probablemente el rol más dominante jugado por una empresa se en-

¹³ En la práctica, puede haber cuestiones sobre empleo, derechos humanos o ambiente que pueden tener un impacto sobre las elecciones nacionales.

cuenta en el llamado caso Kodak-Fuji¹⁴, denominado así por las compañías involucradas.

CASO KODAK-FUJI

La compañía estadounidense de fotos Kodak inició el procedimiento consagrado en el artículo 301 con el objeto de abordar las barreras al comercio del mercado japonés (una reclamación de no violación de los artículos XXIII.1(b), II.4, X.1 GATT) que beneficiaban al competidor japonés, Fuji. Antes y durante los procedimientos, ambas compañías colaboraron intensamente con sus respectivos gobiernos. Además de sus propios abogados, las empresas contrataron firmas de abogados especializadas que también estuvieron involucradas en la preparación de los alegatos de los Miembros de la OMC. Adicionalmente, las dos compañías desarrollaron estrategias de campañas públicas cuyo objetivo era influenciar los medios y los políticos nacionales, como por ejemplo, los Miembros del congreso de EE.UU. Además, a través de sus representaciones en Bruselas, ambas trataron de conseguir el apoyo de la UE.

El caso ilustra los intereses involucrados en controversias ante la OMC, así como el apoyo financiero de los privados. Adicionalmente, muestra que en la práctica el concepto de la OMC como organización dirigida y orientada por sus Miembros no es rígido, sino que permite una interacción entre Miembros y partes privadas. Otros casos que ilustran el interés privado son *Brasil – EC (Embraer vs. Bombardier)*¹⁵, *Boeing–Airbus*¹⁶ o *Havanna–Club*¹⁷.

¹⁴ *Japón – Películas*, GE, WT/DS44/R.

¹⁵ *Brasil – Aeronaves*, OA, WT/DS46/AB/R; en este caso se dijo que las industrias aeronáuticas (Embraer en Brasil y Bombardier en la UE) financiaron la diferencia y por lo tanto tuvieron una gran influencia en los argumentos de las partes. Ver Greenpeace (ed.), *Schieflage mit System: Das Streitschlichtungsverfahren der Welthandelsorganisation. Stolperstein auf dem Weg zu einer nachhaltigen Entwicklung*, 2005, p. 466.

¹⁶ Ver por ejemplo: *CE y determinados Estados Miembros – Grandes aeronaves civiles (2.a reclamación)*, WT/DS347 y *CE y determinados Estados Miembros – Grandes aeronaves civiles*, OA, WT/DS316/AB/R.

¹⁷ *Estados Unidos – Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, OA, WT/DS176/AB/R.

2.2. MÉTODOS DIPLOMÁTICOS INFORMALES: EL CABILDEO

Aunque las compañías multinacionales/transnacionales parecen desempeñar un rol importante en la mayor parte de las controversias en la OMC, para la mayoría de los Miembros de la OMC las PYMES juegan un rol aún más importante en lo que respecta el impacto económico total. A diferencia de las corporaciones transnacionales, las PYMES no tienen medios financieros para orquestar controversias en la OMC. Su influencia, por lo tanto, se limita a los niveles más bajos, en general organizándose con otros grupos de interés que comparten su misma preocupación, como pueden ser las cámaras de comercio.

La mayor parte de los grupos de interés multinacionales tienen oficinas en capitales de importantes Miembros de la OMC, para influir en la posición de los gobiernos. Sin embargo, las funciones de estas oficinas no se limitan a las controversias de la OMC, sino que buscan representar sus intereses en todos los niveles políticos. La mayor parte de los cabilderos pretenden promover sus intereses a todos los niveles posibles, incluyendo métodos altamente informales. Dada tal informalidad, no hay estudios confiables que permitan medir el impacto de estas modalidades sobre la decisión final. No obstante, debe presumirse que la forma política –más que judicial– de protección de intereses privados sería la más común y más eficiente en el marco de las diferencias en la OMC.

2.3. INFORMES *AMICUS CURIAE*

La OMC no contiene disposiciones explícitas sobre cómo tratar los llamados informes *amicus curiae*. Sin embargo, la práctica de grupos especiales y del órgano de apelación ha sido la de aceptar los *amicus curiae*, atribuyéndoles por lo tanto una posición híbrida, entre una modalidad formal e informal de participación.

a. DEFINICIÓN Y DISPOSICIONES RELEVANTES EN LA OMC

El término *amicus curiae* es usado para designar informes no solicitados enviados por terceros que no son partes (como por ejemplo, individuos,

ONG, asociaciones e incluso Miembros de la OMC) que están interesadas en el resultado de la controversia. Mientras que en la Roma antigua los *amici* eran una ayuda para las cortes al recopilar información especializada, su función actual es más bien la de representar intereses particulares de la controversia.

El Derecho de la OMC no contiene normas explícitas sobre los informes *amicus curiae*. Sin embargo, los grupos especiales y el órgano de apelación han tratado el tema en varias ocasiones, lo que ha llevado hoy a una cierta práctica sobre su manejo. Inicialmente, el debate se concentró en la interpretación de las normas relevantes del ESD, y luego se desplazó hacia el nivel político, lo que pareció ser decisivo para la situación actual.

Entre las normas del ESD, en especial los artículos 13 y 12.2 ESD, leídos en conjunto con el artículo 11 ESD, son relevantes para analizar el procedimiento aplicable a los *amicus curiae*.

El artículo 11 ESD establece que la función de los grupos especiales es hacer una evaluación objetiva de los hechos y decidir de conformidad con los acuerdos abarcados aplicables. El artículo 13 establece el derecho del grupo especial para

(...) recabar información y asesoramiento técnico de cualquier persona o entidad que estime conveniente.

Adicionalmente, el artículo 12:2 del ESD establece que

(...) en el procedimiento de los grupos especiales deberá haber flexibilidad suficiente para garantizar la calidad de los informes.

En un principio, estas normas y su interpretación dominaron el debate en los casos en que los ANE enviaron informes *amicus curiae*.

b. CASOS RELACIONADOS CON INFORMES *AMICUS CURIAE*

En la práctica del GATT, 47 los grupos especiales no aceptaban informes *amicus curiae*. Sin embargo, luego de algunos intentos iniciales en la OMC¹⁸, sobrevino el caso *EE.UU. – Camarones*, en 1998.

18 *Estados Unidos – Gasolina*, OA, WT/DS2/AB/R y *CE – Hormonas*, OA, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/

EE.UU. – CAMARONES¹⁹

Cuatro países asiáticos²⁰ reclamaron ante la OMC contra la prohibición de los EE.UU. de importar determinados camarones y productos del camarón, dado que algunos métodos de pesca de camarones tenían el efecto colateral de herir o matar tortugas marinas. EE.UU. limitó las importaciones solo a determinados métodos de captura de camarones. Buscaba proteger a las tortugas marinas.

Dado que este era uno de los primeros casos que involucraba preocupaciones ambientales, dos ONG²¹ trataron de influenciar la controversia mandando informes *amicus curiae* al Grupo Especial. A diferencia de casos anteriores en los cuales se habían rechazado los informes, el Grupo Especial de EE.UU. – *Camarones* los aceptó: declaró que las disposiciones del ESD no trataban los informes *amicus curiae* y, dada la naturaleza de la OMC como organización dirigida y orientada por sus Miembros, no tenía la potestad de aceptarlos²². Sin embargo, también señaló que las partes tenían la libertad de integrar los informes de los *amicus curiae* en sus propios alegatos, cosa que los EE.UU. hicieron en parte.

El informe del Grupo Especial siguió substancialmente la argumentación del reclamante. Los EE.UU. apelaron la decisión, fundamentando su argumentación especialmente en la interpretación Grupo Especial acerca de las normas del ESD²³. No obstante que el informe del Órgano de Apelación revocó varias partes del informe del Grupo Especial, la apelación no fue exitosa. En todo caso, el Órgano de Apelación tomó una decisión fundamental en lo que respecta a la práctica del manejo de los informes de los *amicus curiae*.

En su alegato ante el Órgano de Apelación, EE.UU. anexó tres informes escritos por ONG²⁴. Además, una de las ONG envió una versión actualizada de estos anexos al Órgano de Apelación.

AB/R. ver *ala'i*, *Fordham International Law Journal*, 2000, núm. 24, p. 62 y 68. Ver también SCHNEIDER, *Widener Law Symposium Journal*, 2001, núm 87, p. 96.

19 *Estados Unidos – Camarones*, OA, WT/DS58/AB/R, también llamado “Camarones-Tortugas”.

20 India, Malasia, Pakistán y Tailandia.

21 Estas fueron enviadas por el Center for Marine Conservation junto al Center for Environmental Law, el segundo por el Fondo Mundial para la Naturaleza (WWF por su sigla en inglés).

22 *Estados Unidos – Camarones*, OA, WT/DS58/AB/R, párr. 7.7.

23 Ídem, párr. 98.

24 *Estados Unidos – Camarones*, OA, WT/DS58/AB/R, párr. 79. Estas fueron enviadas por el Earth

India, Pakistán y Tailandia emitieron una declaración conjunta contra la práctica de aceptar informes *amicus curiae*. Argumentaron que el ESD, al ser un procedimiento dirigido y orientado por los Miembros, no establecía la posibilidad de informes *amicus curiae*. Agregaron que el artículo 17.6 ESD limitaba la revisión a preguntas de Derecho, mientras que el n.º 21.2 de los Procedimientos de trabajo del Órgano de Apelación requería una “declaración precisa” del reclamante. No obstante, los informes anexos mezclaban argumentos de hecho y Derecho. Además, criticaron que algunas cuestiones relacionadas con el procedimiento quedaban abiertas y no podían ser resueltas sobre la base de las disposiciones del ESD²⁵.

El Órgano de Apelación, en su informe, declaró que aceptaría los argumentos legales remitidos en los informes *amicus curiae*, siempre y cuando fueran pertinentes²⁶. Al dar respuesta a la solicitud del Órgano de Apelación, los EE.UU. declararon que solo se remitirían a los *amicus curiae* incorporados en su alegato²⁷. Esta respuesta de los EE.UU. fue criticada por ser ambigua y el Órgano de Apelación clarificó que

(...) el hecho de que se adjunte un alegato u otro material a la comunicación del apelante o del apelado, con independencia de la manera o el lugar en que se haya podido elaborar el material en cuestión, convierte ese material, al menos *prima facie*, en parte integrante de la comunicación de dicho participante²⁸.

En sus argumentos, el Órgano de Apelación de manera implícita distinguió entre informes aislados y aquellos anexos a los alegatos de las partes, estableciendo que estos últimos deben considerarse como parte integral del mismo alegato²⁹.

Island Institute, the Humane Society of the United States and the Sierra Club; un segundo informe por el Center for Marine Conservation y el Center for International Environmental Law (CIEL), junto con Environmental Foundation Ltd., por el Mangrove Action Project, el Philippine Ecological Network, la Red Nacional de Acción Ecología, por Sobrevivencia, por el WWF y por la Foundation for International Environmental Law and Development.

25 *Estados Unidos – Camarones*, OA, WT/DS58/AB/R, párr. 80.; estos son en particular los requisitos del artículo 13 ESD, es decir que un procedimiento tripartito debe tomar lugar: primero, la decisión del grupo especial sobre la solicitud de recabar información; segundo, la notificación al miembro donde se buscará la información, y tercero, la valoración.

26 *Estados Unidos – Camarones*, OA, WT/DS58/AB/R, párr. 83.

27 Ídem, párrs. 86-91.

28 Ídem, párr. 89.

29 Ídem, párr. 90.

Para dar respuesta a preocupaciones adicionales, sobre el hecho de que no Miembros llegaran a tener acceso al sistema de solución de diferencias de la OMC, el Órgano de Apelación argumentó que de conformidad con el ESD:

(...) únicamente los Miembros que sean parte en una diferencia... están autorizados a presentar comunicaciones y a solicitar que un Grupo Especial las examine. Al mismo tiempo, los Grupos Especiales están legalmente obligados a aceptar y a examinar debidamente sólo las comunicaciones presentadas por las partes y los terceros durante los procedimientos de un Grupo Especial. Estas son proposiciones legales básicas que sin embargo no resuelven la cuestión presentada por la primera reclamación de error por parte del reclamante. Creemos que esta cuestión interpretativa será tratada de manera más apropiada examinando a qué está autorizado un Grupo Especial bajo el ESD³⁰.

Con el objeto de demostrar que el ESD otorga a los grupos especiales/Órgano de Apelación un alto grado de flexibilidad al tratar con informes no solicitados, el Órgano de Apelación socavó el principio al señalar que el artículo 13 del ESD le otorga

(...) al grupo especial la autoridad de “recabar” información y asesoramiento de “cualquier persona o entidad” que estime pertinente³¹.

El Órgano de Apelación además estableció que

(...) Conviene subrayar el carácter amplio de la facultad que se otorga a los Grupos Especiales para “recabar” información y asesoramiento técnico de “cualquier persona o entidad” que estimen conveniente o de “cualquier fuente pertinente”. Dicha facultad no se limita meramente a la elección y evaluación de la fuente de la información o del asesoramiento que pueda recabar un grupo especial, sino que incluye también la facultad de decidir no recabar tal información o asesoramiento en absoluto. Estimamos que los grupos especiales también tienen la facultad de aceptar o rechazar cualquier información o asesoramiento que hayan recabado y recibido o de disponer de ellos de algún otro modo apropiado. La competencia y autoridad de un grupo especial comprenden particularmente la facultad de determinar la necesidad de información y asesoramiento en un caso concreto, de establecer la aceptabilidad y pertinencia de la información o del asesoramiento recibidos y

³⁰ Ídem, párr. 101.

³¹ Ídem, párr. 104.

de decidir qué peso atribuir a tal información o asesoramiento o de concluir que no se debería conferir importancia alguna al material recibido³².

Leído de conformidad con el artículo 12.2 ESD, la redacción estricta de “recabar...información” permitió un manejo flexible³³ en especial en relación con el objetivo general del artículo 11 ESD de lograr una evaluación objetiva del asunto³⁴.

No es correcto equiparar la facultad de “recabar información” con una “prohibición de aceptar información” presentada a un grupo especial sin que este la haya solicitado. Los grupos especiales tienen facultades discrecionales bien para aceptar y examinar, o para rechazar la información o el asesoramiento que les haya sido presentado, con independencia de que la hayan solicitado o no. El hecho de que un grupo especial pudo haber iniciado *motu proprio* una solicitud de información no obliga, en modo alguno, al grupo especial a aceptar y examinar la información que efectivamente se le remita.

Además, la aceptación o el rechazo de información y asesoramiento, tales como los presentados en este caso al Grupo Especial, no requiere que se agote todo el abanico de posibles usos apropiados que se pueda hacer de ellos³⁵.

Como resultado de estas consideraciones, el Órgano de Apelación concluyó:

(...) consideramos que el Grupo Especial actuó en el ámbito de sus competencias bajo los artículos 12 y 13 del ESD al permitirle a cualquier parte de la diferencia anexar informes de organizaciones no gubernamentales, o porciones de los mismos, a sus propios alegatos³⁶.

Varios gobiernos³⁷ criticaron duramente el informe del Órgano de Apelación, por ir más allá de los límites de los acuerdos de la OMC.

En los subsecuentes casos ante grupos especiales y el Órgano de Apelación se trató en varias situaciones de *amicus curiae*, en las cuales se con-

32 Ídem, párr. 104

33 Ídem, párr. 105, 107.

34 Ídem, párrs. 106.

35 Ídem, párrs. 108-109.

36 Ídem, párr. 110.

37 CHARNOVITZ, *Fordham International Law Journal*, 2000, núm. 24, pp. 173-185.

firmaron los criterios establecidos en *EE.UU. – Camarones*. Sin embargo, el debate culminó en el caso *CE – Amianto*³⁸:

CE – AMIANTO

Canadá reclamó contra un decreto francés que prohibía el amianto. La reclamación se basaba en el Anexo I.I. del TBT (regulación técnica), y los artículos III.4 (NT) y XXIII.I(b) del GATT.

Cuatro ONG³⁹ presentaron informes *amicus curiae* ante el Grupo Especial, que los reenvió a las partes de la diferencia. Sin embargo, solo las CE incorporaron dos de esos informes a su alegato, afirmando que los restantes no eran de interés para la diferencia⁴⁰. Durante la segunda audiencia oral, el Grupo Especial le solicitó a Canadá que comentara sobre esos dos informes y respecto de otro informe, que llegó a destiempo, indicó que “esa nota llegaba en una etapa del procedimiento en la que no era posible tomarla en consideración”⁴¹. En el informe, el Grupo Especial encontró, entre otros, que la parte relativa a la “prohibición” del Decreto no era abarcada por el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC) y por lo tanto desestimó la reclamación. Posteriormente, Canadá apelaría esta decisión⁴².

Antes de que se iniciara el procedimiento de apelación, el Órgano de Apelación fomentó el envío de informes *amicus curiae*. Teniendo un número de los mismos⁴³ propuso un “procedimiento adicional” e invitó a los Miembros de la OMC a comentar sobre el particular. Posteriormente, adoptó el procedimiento relativo a los informes *amicus curiae*, los reenvió a las partes y los publicó en el sitio de la OMC⁴⁴. La legitimidad para establecer estos procedimientos se halla en el artículo 17:9 ESD leído conjuntamente con el artículo 16:1 del Procedimiento de Trabajo del Órgano de Apelación.

38 *CE – Amianto*, GE, WT/DS135/R; *CE – Amianto*, OA, WT/DS135/AB/R.

39 Fueron enviados por el Collegium Ramazzini (el 7 de mayo de 1999); el Ban Asbestos Network (26 de julio de 1999), el Instituto Mexicano de Fibro-Industrias A.C. (26 de julio de 1999) y la American Federation of Labor and Congress of Industrial Organizations (28 de julio de 1999).

40 *CE – Amianto*, GE, WT/DS135/R, párr. 6.2.

41 Ídem, párr. 6.4.

42 *CE – Amianto*, WT/DS135/8.

43 *CE – Amianto*, OA, WT/DS135/AB/R, párr. 50.

44 Ídem, párr. 52.

De conformidad con estos procedimientos adicionales, un informe *amicus curiae* no debe exceder las tres páginas y debe cumplir con ciertos criterios, como la indicación del autor, de su fuente de financiación, sus objetivos, el interés en la diferencia y la sección de la misma a la cual se refiere. Además, a los autores se les solicitaba declarar su relación con las partes.

Sobre esta base, el Órgano de Apelación aceptó un informe que había cumplido con los requisitos adicionales⁴⁵. Antes de que el Órgano de Apelación emitiera su informe, varios Miembros de la OMC habían reaccionado negativamente frente a estas actividades de aquel. Así, en representación del Grupo Informal de Países en vía de desarrollo (IGDC), el embajador de Egipto organizó una sesión del Consejo General, que tuvo lugar dos semanas después de adoptados los procedimientos adicionales⁴⁶. La mayoría de los Miembros se encontraba en desacuerdo con la práctica relativa a los informes *amicus curiae* adoptada por los grupos especiales y por el Órgano de Apelación⁴⁷. Algunos países en desarrollo criticaron que el Órgano de Apelación hubiera reinventado las reglas sobre la solución de diferencias⁴⁸. Declararon que solo el Consejo General tenía esta competencia⁴⁹. EE.UU. estuvo de acuerdo con esta forma de abordar el tema⁵⁰.

De los 17 informes *amicus curiae* presentados, el Órgano de Apelación consideró que ‘seis de estos se recibieron después del plazo especificado’⁵¹. Sin embargo, en lo que respecta a las 11 solicitudes restantes⁵² comentó que

45 *CE – Amianto*, OA, WT/DS135/AB/R, párr. 51.

46 SANDROCK, *Allgemeine Rechtsgrundsätze im Verfahrensrecht der WTO*, 2004, p. 232; UMBRIGHT, *An ‘Amicus Curiae Brief’ on Amicus Curiae Briefs at the WTO*, 2001, pp. 773 y 776.

47 Como por ejemplo en el Acta de la reunión del Consejo General del 22 de noviembre de 2000, los siguientes países: Uruguay, párr. 7; Egipto, párr. 12; India, párr. 29-32; Brasil párr. 42; México, párr. 51; Suiza párr. 64; Costa Rica, párr. 70. De opinión distinta los EE.UU. en la misma acta, párr. 74; la posición de las CE era moderada y en favor de una regulación, párr. 96.

48 *CE – Amianto*, OA, WT/DS135/AB/R, párr. 50.

49 *CE – Amianto*, OA, WT/DS135/AB/R, párr. 12.

50 *CE – Amianto*, OA, WT/DS135/AB/R, párr. 74.

51 *CE – Amianto*, OA, WT/DS135/AB/R, párr. 55; estos informes fueron enviados por la Association of Personal Injury Lawyers (Reino Unido); All India A.C. Pressure Pipe Manufacturer’s Association (India); International Confederation of Trade Unions/European Trade Union Confederation (Bélgica); Maharashtra Asbestos Cement Pipe Manufacturers’ Association (India); Roofit Industries Ltd. (India); Society for Occupational and Environmental Health (EE.UU.).

52 Fueron enviados informes por el Profesor ROBERT HOWSE (EE.UU.); la Occupational and Environmental Diseases Association (Reino Unido); la American Public Health Association (EE.UU.); el Centro de Estudios Comunitarios de Rosario (Argentina); Only Nature Endures (India); la Korea Asbestos Association (Corea); el International Council on Metals and the Environment

(...) Examinamos cuidadosamente y consideramos cada una de esas solicitudes de conformidad con el procedimiento adicional y, en cada caso, decidimos denegar la autorización para presentar una comunicación escrita⁵³.

Algunos análisis académicos⁵⁴ ligan esta decisión con la reacción de los Miembros de la OMC en esa reunión especial del Consejo General⁵⁵.

Después del informe del Órgano de Apelación en *CE – Amianto*, cambió la práctica de las instituciones de solución de diferencias. En casos subsecuentes, se desarrolló la práctica de aceptar y considerar informes *amicus curiae* cuando estuvieran integrados a los alegatos de las partes. En otros casos, se aceptaron informes sin referirse a los mismos al final⁵⁶ o declarando que los informes no fueron de ninguna utilidad.

Sin afectar esta práctica, el caso de las *CE – Sardinias* contribuyó también al manejo de los informes *amicus curiae*⁵⁷. La particularidad del caso fue que, a diferencia de los casos precedentes, el informe no fue enviado por una ONG sino por Marruecos, es decir, un miembro de la OMC. Varios Miembros de la OMC, como por ejemplo Perú⁵⁸, Chile y Ecuador⁵⁹ se opusieron a la aceptación de este informe. Argumentaron que así Marruecos lograría una mejor posición frente a los demás Miembros que observaban los procedimientos regulares⁶⁰. El Órgano de Apelación, sin embargo, aceptó el informe y refutó los argumentos al afirmar que esta práctica simplemente les garantizaba a los Miembros de la OMC la misma posición que las ONG. Como las ONG, no tenían

and American Chemistry Industry (EE.UU.); el European Chemical Industry Council (Bélgica); el Australian Center for Environmental Law at the Australian National University (Australia); los profesores asociados JAN MC. DONALD y Mr. DON ANTON (Australia); la Foundation for Environmental Law and Development (Reino Unido); el Center for Environmental Law (Suiza); el International Ban Asbestos Secretariat (Reino Unido); la Ban Asbestos International and Virtual Network (Francia); Greenpeace International (Holanda); World Wide Fund Nature International (Suiza); Lutheran World Federation (Suiza).

53 *CE – Amianto*, OA, WT/DS135/AB/R, párr. 56.

54 MAVROIDIS, *Amicus Curiae Briefs Before the WTO: Much Ado About Nothing*, 2002, p. 2; CHARNOVITZ, *Fordham International Law Journal*, 2000, núm. 24, p. 189; SANDROCK, *Allgemeine Rechtsgrundsätze im Verfahrensrecht der WTO*, 2004, p. 233.

55 CHARNOVITZ, *Fordham International Law Journal*, 2000, núm. 24, p. 189.

56 *Estados Unidos – Medidas compensatorias sobre determinados productos de las CE*, OA, WT/DS212/AB/R.

57 *CE – Sardinias*, OA, WT/DS231/AB/R.

58 Ídem, párrs. 154 y 161.

59 Ídem, párrs. 155 y 164, nota al pie n.º. 69.

60 Ídem, párrs. 154 y 161.

un derecho legal a que se consideraran sus presentaciones, derecho del que los Miembros de la OMC sí gozaban⁶¹, según los procedimientos regulares⁶².

En casos posteriores, como *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*⁶³ y *Neumáticos Recauchutados*⁶⁴, los grupos especiales recibieron informes *amicus curiae*. En el primer caso, el Grupo Especial aceptó el documento pero no lo consideró en su informe⁶⁵.

C. RESUMEN

Con el caso *EE.UU. – Camarones*, los grupos especiales y en particular el Órgano de Apelación desarrollaron dos principios relativos a los *amicus curiae*:

(i) Los grupos especiales y el Órgano de Apelación aceptan *amicus curiae* incorporados a las comunicaciones escritas de las partes. Un mero anexo no es suficiente, se requiere que las partes se refieran al informe *amicus curiae*.

(ii) El órgano de solución de diferencias tiene discreción para determinar la medida en la que el informe pueda ser útil para resolver la diferencia.

No obstante las protestas y presiones de los Miembros de la OMC después del caso *CE-Amianto*, se aplica esta práctica, con la salvedad de que los grupos especiales y el Órgano de Apelación son renuentes a aceptar informes *amicus*

61 Ídem, párr. 158.

62 Ídem, párrs. 162-169.

63 *CE – Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, GE, WT/DS291/R, párrs. 292 y 293. Aquí varios informes *amicus curiae* fueron enviados por profesores universitarios, así como por una coalición de diferentes ONG (GeneWatch UK; Foundation for International Environmental Law and Development, FIELD - UK; Five Year Freeze, UK; Royal Society for the Protection of Birds, RSPB, UK; The Center for Food Safety, USA; Council of Canadians; Polaris Institute, Canadá; Grupo de Reflexión Rural, Argentina; Center for Human Rights and the Environment, CEDHA – Argentina; Gene Campaign, India; Forum for Biotechnology and Food Security, India; Fundación Sociedades Sustentables, Chile; Greenpeace International, Californians for GE – Free Agriculture; International Forum on Globalisation) ver párrs 7.10 ss. y 70-73 del informe intermedio (no oficial). Disponible en <http://www.foei.org/media/2006/WTO_report_findings.pdf>.

64 *Brasil – Neumáticos recauchutados*, OA, WT/DS332/AB/R: aquí dos informes fueron enviados por el Center for International Environmental Law y varios grupos de derechos humanos brasileños, incluyendo la ONG CEDHA, Center for Human Rights and the Environment.

65 *Brasil – Neumáticos recauchutados*, OMC-OA, párr. 7.11.

curiae que no hayan sido incluidos por las partes. El resultado es que no ha habido ninguna decisión en la que el Órgano de Apelación se haya referido a un informe *amicus curiae* presentado de manera aislada⁶⁶.

III. APLICACIÓN DE LA OMC A NIVEL DOMÉSTICO

Secciones anteriores ilustraron las posibilidades para ANE de abordar violaciones por parte de Miembros de la OMC distintos de su propio país. Pero el ANE también podría tener interés en defenderse frente a violaciones de su propio país. Además, los extranjeros también desearían utilizar el derecho de la OMC en procedimientos judiciales. En adición a buscar el apoyo de otros Miembros, la opción más efectiva parece ser la de apoyarse en los tribunales nacionales para obtener la aplicación del Derecho de la OMC, en particular, su aplicación directa.

I. APLICACIÓN DIRECTA

La aplicación directa del Derecho internacional significa que la institución nacional que aplica el Derecho –los tribunales o las instituciones administrativas– tiene la facultad de aplicar las normas internacionales relevantes. Sin embargo, para que el tratado internacional sea directamente aplicable, auto ejecutante, debe cumplir con varios criterios.

Por lo general, esta es una decisión que toman las partes al momento de celebrar un acuerdo internacional⁶⁷. Si las partes no permitieron la auto ejecución –como es el caso de la OMC–, la parte interesada (el miembro de la OMC) debe otorgar dicho efecto. Además, la norma en sí misma debe cumplir con ciertos requisitos para ser directamente aplicable:

- El tratado regula las relaciones entre una persona privada y un miembro de la OMC (o entre Miembros de la OMC).
- La norma es suficientemente clara y precisa.
- La norma no tiene condiciones.

66 Ver la colección de casos en la página web de la OMC: <http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_settlement_cbt_e/cqs3p1_e.htm>.

67 Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

Solo si se cumplen los requisitos, podrán los individuos derivar de manera general derechos específicos del Derecho internacional.

I.1. APLICACIÓN DIRECTA DEL GATT 1947

Aunque las partes contratantes del GATT 47 no trataron explícitamente la cuestión de la aplicabilidad directa, estas no asumieron su aplicabilidad directa. El principal argumento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) era que el carácter diplomático del sistema de solución de diferencias implicaba algún nivel de flexibilidad para que las partes resolvieran la diferencia. Por esa razón, el TJUE pareció asumir que el acuerdo no era ni suficientemente claro y preciso, y no condicionado.

I.2. APLICACIÓN DIRECTA DEL TRATADO DE LA OMC

A diferencia del GATT, el tratado de la OMC contiene un grado mucho más alto de juridicidad, es decir, provee una mayor densidad de normas relativamente más precisas. Aun así, el ESD otorga posibilidades para medios diplomáticos de solución de diferencias. No obstante, ellos tienen que aplicarse de conformidad con el artículo 23.1 ESD, es decir, que los Miembros tengan acceso a las reglas y procedimientos del ESD.

Lo anterior significa, en principio, que los criterios arriba mencionados deben ser cumplidos para hacer que el Derecho de la OMC sea directamente aplicable. En primer lugar, el efecto de la aplicación directa de los tratados internacionales depende de la decisión del legislador nacional, que puede excluirlo desde el principio. Al respecto, la actitud de los Miembros de la OMC y de sus tribunales hacia la aplicación del Derecho de la OMC puede cambiar de manera considerable. En el Acta sobre el Acuerdo de la Ronda de Uruguay (1994), los EE.UU., por ejemplo, excluyeron de manera explícita la posibilidad de reclamar sobre derechos de la OMC a entidades distintas a las instituciones estatales, es decir, los individuos. En otros Miembros de la OMC –siempre y cuando el legislador no haya tomado una decisión explícita al respecto– las Cortes mantienen una discreción sobre la pregunta de la aplicabilidad directa, así como de la interpretación de las normas relativas a los criterios relevantes.

En el caso de la UE, el TJUE decidió que, considerando la falta de reciprocidad de la aplicabilidad directa (pues otros Miembros de la OMC

habían excluido este efecto), las normas de la OMC no eran directamente aplicables en las CE. De no ser así, las CE perderían flexibilidad frente a otros Miembros de la OMC y las concesiones no correspondidas se traducirían en un desequilibrio en el comercio internacional⁶⁸. Además, destacó que el artículo 22 del ESD concedía a los Miembros la posibilidad de no cumplimiento temporal del Derecho de la OMC. La aplicación directa, sin embargo, privaría a las CE de tal posibilidad⁶⁹. Sin embargo dicha excepción es admitida en dos categorías de casos: cuando la medida de la Comunidad se refiere expresamente a los tratados de la OMC, y cuando la medida busca implementar una obligación particular asumida en el contexto de los acuerdos de la OMC⁷⁰.

Dado que hasta el momento el orden legal del MERCOSUR no puede ser considerado como Derecho supranacional ya que ni siquiera sus propios actos legales tienen aplicación directa, los criterios indicados en el párrafo inmediatamente precedente solo aplica a la UE y no son (aún) transferibles a otros Acuerdos Comerciales Regionales. Entre los países latinoamericanos algunos no conceden un efecto directo al Derecho de la OMC, como por ejemplo Brasil⁷¹ o México⁷².

Debe notarse, sin embargo, que otros Miembros de la OMC le han acordado aplicabilidad directa a aquellas normas de la OMC que cumplen con los criterios adecuados. Esto aplica, por ejemplo, para algunos países europeos, como Alemania⁷³ o Estonia, pero también países latinoamericanos, como Chile⁷⁴ o, en principio, Venezuela⁷⁵.

68 C-149/96 – Portugal/Consejo, párr. 40; C-300/98 – Dior y otros, Asuntos acumulados C- 300/98 y C-392/98, párr. 44.

69 Portugal/Consejo, C-149/96, párr. 40.

70 C-70/87 – Fediol/Comisión y C-69/89 – Nakajima All Precision/Consejo.

71 GEORGE y ORAVA (ed.), *A WTO Guide for Global Business*, 2002, p. 71.

72 PADRON, en: GEORGE y ORAVA (ed.), *A WTO Guide for Global Business*, 2002, pp. 264 y 268.

73 En lo que respecta a los Estados Miembros de la UE, hay que recordar que su discreción en temas comerciales está extremadamente limitada, pues hacen parte de la política comercial de la UE. Ver los artículos 206 y 207 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

74 GARCÍA, en: GEORGE y ORAVA (ed.), *A WTO Guide for Global Business*, 2002, pp. 106–108.

75 ANDRADE y OLAVARIA, en: GEORGE y ORAVA (ed.), *A WTO Guide for Global Business*, 2002, pp. 367 ss.

I. 3. EL EFECTO DE LAS DECISIONES DE LOS INFORMES DEL ESD

El argumento de las consecuencias políticas para evitar la aplicación directa del Derecho de la OMC puede ser convincente en ese contexto, pero es discutible si dichas reservas sean válidas respecto del efecto de los informes del ESD.

Los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación especifican las normas relevantes para la controversia, por lo que se podría argumentar que dichas disposiciones son apropiadas y otorgan sin condicionamientos derechos a los individuos. En la práctica, esto puede ser relevante en casos en los cuales la parte perdedora de una diferencia no sigue las recomendaciones explícitas de un informe o retrasa de manera indebida la implementación de las decisiones y, por lo tanto, le causa pérdidas financieras a las empresas involucradas. En consecuencia, estas últimas buscarán reparación o reclamarán por los daños sufridos. Desde la perspectiva del individuo, el incumplimiento de un miembro de la OMC con las decisiones obligatorias del informe del ESD puede considerarse como una violación de la regla del Derecho internacional público.

No obstante los argumentos a favor, el TJUE en general ha negado la posibilidad de aplicar directamente el Derecho de la OMC aunque fuera especificado en los informes del ESD. De manera análoga a las consideraciones arriba indicadas, el TJUE ha señalado que los informes mantienen un margen de discreción para las partes en relación con la implementación de las decisiones del informe. La aplicación directa, sin embargo, impediría a las CE el beneficio de esta discreción.

2. APLICACIÓN INDIRECTA

Aunque la mayoría de los Miembros de la OMC no optaron por la aplicación directa del Derecho de la OMC, el contenido de estas normas puede, posiblemente, tener una validez indirecta. En muchos países, las cortes interpretan el Derecho nacional asegurando su conformidad con el Derecho internacional.

De conformidad con la doctrina sobre *interpretación consistente*, el Derecho internacional –por ende también el Derecho de la OMC– puede ser decisivo en el resultado de una diferencia. De conformidad con esta doctrina, cuando el juez tiene varias opciones, debe optar por la alternativa que esté conforme con las obligaciones internacionales. Sin embargo, este método

no puede aplicarse infinitamente ya que no puede llevar a decisiones *contra legem*, como sería en el caso de ignorar una redacción clara de una norma nacional. El alcance que las Cortes nacionales le dan a esta doctrina depende mucho de la tradición legal. Mientras que muchos sistemas, como por ejemplo los Miembros de la UE y también China, tratan de interpretar el Derecho aplicable de una manera conforme a la OMC, otros países —como EE.UU.— no están dispuestos a darle al Derecho de la OMC una posición decisiva en la jurisprudencia nacional.

IV. RESUMEN Y VISIÓN DE CONJUNTO

En la tradición del Derecho internacional público, la OMC es regida por sus Miembros, es decir, por Estados que son sus actores principales. En las dos décadas de vida del sistema no ha habido ninguna reforma al mismo. Ello, a pesar de la tensión existente entre la aplicación del citado principio y la realidad que surge del hecho de que el no cumplir con el Derecho de la OMC afecta principalmente a actores no estatales. En la práctica, sin embargo, hay varias formas por las cuales los ANE pueden plantear sus intereses ante los gobiernos y los órganos de solución de diferencias.

En primer lugar, los grupos de interés pueden iniciar una investigación de violaciones potenciales del Derecho de la OMC, bien sea acudiendo a los procedimientos formales como el artículo 301 de la Ley de Comercio exterior de los EE.UU. y el Reglamento de la Unión Europea sobre obstáculos al comercio, así como a través de vías informales. Estos últimos procedimientos no formales son altamente politizados, lo que hace que la decisión de iniciar una diferencia comercial sea menos transparente y que las perspectivas de los grupos de interés sean poco predecibles.

Aparte de estas modalidades, los ANE pueden utilizar otros métodos que van desde el cabildeo intenso hasta dirigir las acciones de un miembro de la OMC en una diferencia, pasando por los informes *amicus curiae*. No obstante el intenso debate sobre la reforma para formalizar el procedimiento de los *amicus curiae* (entre 1998 y 2006), hoy tal discusión parece haber sido dejada a un lado.

Probablemente, la opción más eficiente para que un ANE se beneficie directamente de las reglas de la OMC sería su aplicación directa en las jurisdicciones de los Miembros de la OMC. Sin embargo, esta no parece una opción cercana para la mayoría en los próximos años.

En suma, uno puede caracterizar el mecanismo de resolución de diferencias de la OMC como un sistema orientado y dirigido por sus Miembros. No obstante la crítica continua y el debate sobre su reforma durante la primera década posterior a su creación, hoy en día es improbable que el sistema de solución de controversias de la OMC tenga cambios significativos en los años venideros; cambios que podrían otorgarles mayores y más institucionalizados derechos a los ANE⁷⁶.

76 Las razones por las cuales no se implementó la reforma fueron, en parte, la falsa valoración de la oposición existente y de que los cambios relevantes pudieran hacerse rápidamente. Por lo anterior, nunca se integraron al Programa del Doha, para el cual los Miembros otorgan prioridad antes que reformar el ESD. Considerando las dificultades de la DDA, no deben esperarse reformas en el corto plazo en el nivel de la OMC.

CAPÍTULO 26

Mecanismo de examen de las políticas comerciales

WILLY ALFARO

La OMC lleva a cabo exámenes periódicos de las políticas comerciales de sus Miembros, sobre la base del Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales¹ (MEPC)². Fue uno de los primeros resultados de las negociaciones de la Ronda Uruguay del GATT, establecido con carácter provisional en 1989, cuyos exámenes se centran en las políticas comerciales de los Miembros vinculadas al comercio de mercancías.

Por el Acuerdo de Marrakech y la creación de la Organización Mundial del Comercio, el MEPC adquirió el carácter permanente y devino en una de las funciones básicas de la institución³ y en uno de los principales instrumentos de transparencia en la OMC, junto con los requerimientos de notificación y publicación.

Con la entrada en vigor de la OMC, su mandato se extendió al comercio de servicios y a los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio y se convirtió en una fuente primaria de información sobre las políticas y prácticas comerciales de los países Miembros de la Organización, así como sobre los acontecimientos y tendencias en el comercio mundial.

La información contenida en los reportes preparados para los exámenes es extensa y tiende a cubrir todos los temas relacionados con el comercio internacional. Ofrecen un análisis fáctico y objetivo, lo que permite garantizar una mayor transparencia de los aspectos comerciales, proporciona una oportunidad para realizar una evaluación colectiva de las políticas y prácticas de cada Miembro y, al mismo tiempo, asiste a los gobiernos a tomar las decisiones apropiadas en materia de política comercial.

I. TRANSPARENCIA EN LA OMC

La transparencia, entendida como acceso a la información, es particularmente importante en el ámbito de los acuerdos comerciales, como es el caso de la OMC. Facilita la toma de decisiones por parte de los actores económicos mediante la puesta en conocimiento público de los beneficios y costos de

1 Contenido en el Anexo 3 del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio.

2 Con frecuencia se utiliza el acrónimo en inglés TPRM (*Trade Policy Review Mechanism*).

3 Acuerdo de Marrakech, artículo III.4: "La OMC administrará el Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales establecido en el Anexo 3 del presente Acuerdo".

las políticas adoptadas por los gobiernos. Al mismo tiempo, revela a los socios comerciales los cambios resultantes de esas políticas en su intercambio comercial. La complejidad de los acuerdos comerciales, y por ende de su funcionamiento, se ve reducida gracias a la notificación, publicación y supervisión de todos los detalles relacionados con los acuerdos, compromisos y prácticas comerciales. El MEPC expande el concepto de transparencia al sumar la necesidad de interpretar y analizar la información; es lo que se podría denominar una “transparencia activa”.

La teoría económica señala que el acceso a una información perfecta permite a los actores económicos tomar decisiones racionales que maximicen la eficiencia del funcionamiento del mercado. El problema de una información incompleta resulta ser grave en el caso de los acuerdos comerciales⁴. En primer lugar, en los pactos comerciales intervienen gobiernos que asumen compromisos muy minuciosos sobre aranceles y otras disposiciones. Sería difícil mantenerse al tanto de todos esos compromisos si no figurasen en listas abiertas al público. Las estrategias de negociación tienden a mantenerse confidenciales durante el proceso de negociación comercial; al finalizar, la información se vuelve algo parecido a un bien público que, sin mayores costos, los gobiernos pueden poner a disposición de quienes puedan sacar provecho directo de ella, es decir los importadores y los exportadores. Una transparencia efectiva exige que la información esté disponible. En el ámbito de la OMC, se ha hablado de una asimetría en el acceso a la información, sobre todo considerando las dificultades que enfrentan los países pequeños para recabar información sobre todos sus socios comerciales por sí mismos. El funcionamiento del MEPC tiende a corregir esta desigualdad.

Un segundo aspecto es que todos los participantes en un acuerdo comercial deben cumplir las obligaciones contraídas en este. Dada la naturaleza recíproca de la liberalización comercial, las partes tienen un interés legítimo en asegurarse de que sus socios cumplan sus obligaciones. A medida que el número de participantes aumenta, puede llegar a ser muy costoso para un país detectar por sí mismo el nivel de cumplimiento de dichas obligaciones de todos sus asociados. Resulta más económico y eficiente que cada país informe de manera regular a todos los Miembros sobre el estado de cumpli-

4 Los problemas de la información imperfecta y la necesidad de garantizar la transparencia en los acuerdos comerciales fueron analizados por la Secretaría de la OMC en el 2007, OMC, *Informe Sobre el Comercio Mundial 2007*, capítulo II, sección c.

miento de esas obligaciones, o, alternativamente, que exista un mecanismo multilateral que supervise de manera regular la formulación de políticas y su puesta en vigor.

Finalmente, la necesidad de preservar las ventajas del acceso a los mercados resultante de convenios requiere que los países también contraigan compromisos sobre reglamentaciones internas, como normas, reglamentos técnicos, medidas sanitarias y fitosanitarias y similares. Estas pueden incluso tener objetivos no comerciales, pero cuya aplicación puede repercutir en el comercio. La transparencia de las normas y del proceso de regulación puede ayudar a comprender mejor el objetivo preciso de las normas.

En resumen, la transparencia ayuda a alcanzar dos objetivos: el primero tiene que ver con el coadyuvar al mejor cumplimiento de los compromisos contraídos en virtud del acuerdo comercial, por la vía de exigir a los socios la disciplina de notificar y publicar sus medidas, y al supervisar sus prácticas comerciales; segundo, y más allá de las partes en el acuerdo, la transparencia ayuda a los agentes económicos privados a entender mejor el entorno comercial en el que actúan y les permite tomar decisiones económicas racionales. Los mercados funcionan con más eficiencia si los agentes económicos disponen de una información completa.

El objetivo de mayor transparencia está presente en prácticamente todos los Acuerdos de la OMC. El efecto acumulativo de estas disposiciones disminuye la posible opacidad del régimen comercial y su proceso de implementación por parte de los Miembros de la Organización.

Los preceptos sobre transparencia en el marco de la OMC pueden ser agrupados de la siguiente manera:

- a. Mantenimiento de listas específicas que codifican las concesiones y los compromisos contraídos en materia de aranceles y comercio de servicios;
- b. Participación en el Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales, y
- c. Requerimiento de publicación y notificación de todas las medidas comerciales pertinentes⁵.

5 Esta tipología está basada parcialmente en aquella utilizada por WOLFE, donde también se incluye la transparencia interna de la institución para sus Miembros, y la transparencia externa de la institución para los otros actores, por ejemplo, la sociedad civil: Wolfe, *World Trade Review*, 2003, vol. 2, núm. 2, pp. 157-182.

Todos los Miembros de la OMC están requeridos de publicar rápidamente la puesta en vigor de nuevas leyes, la adopción de nuevas medidas o los progresos hechos en el cumplimiento de los compromisos adquiridos en el marco de la OMC. La idea es que Miembros que puedan verse afectados por las medidas tengan una oportunidad de recibir información oportuna acerca de las mismas. Las disposiciones sobre notificación son, por su número, el mecanismo de transparencia más común en los acuerdos de la OMC.

Otro aspecto para reforzar la transparencia en el ámbito del comercio internacional es la vigilancia regular de las políticas y prácticas comerciales nacionales de cada uno de los Miembros de la OMC. Ese es precisamente el objetivo del MEPC. Es imperativo señalar que el Mecanismo no puede servir de base ni para hacer cumplir obligaciones específicas, ni para los procedimientos de solución de diferencias, así como tampoco para imponer a los Miembros nuevos compromisos.

II. EL MECANISMO DE EXAMEN DE LAS POLÍTICAS COMERCIALES

I. EL ÓRGANO DE EXAMEN DE POLÍTICAS COMERCIALES

En la aplicación del MEPC, el Consejo General de la OMC asume el rol de Órgano de Examen de las Políticas Comerciales (OEPC)⁶ para realizar exámenes de las políticas comerciales de los Miembros. Así, pues, todos los Miembros de la OMC deben participar en el OEPC.

En su primera reunión anual, el OEPC elige entre los representantes de los Miembros a la persona que ha de ocupar la Presidencia durante ese año. El OEPC adopta el programa de exámenes anual a más tardar a mediados del año civil anterior.

A diciembre de 2014 se habían realizado más de 400 exámenes que abarcan a todos los Miembros de la OMC en 1995, con excepción de uno. Debido a que su adhesión a la OMC es más reciente, no se ha llevado a cabo aún el primer examen de otros 8 Miembros.

6 Con frecuencia se utiliza el acrónimo en inglés TPRB (*Trade Policy Review Body*).

2. OBJETIVOS

La finalidad principal es coadyuvar a una mayor adhesión de todos los Miembros de la OMC a las normas y disciplinas de los acuerdos comerciales multilaterales y, cuando proceda, a los acuerdos comerciales plurilaterales, y a los compromisos contraídos en su marco⁷. Ello tiende a un mejor funcionamiento del sistema multilateral de comercio. El objetivo principal es, entonces, asegurar una mayor transparencia de las políticas comerciales de todos los Miembros. Sin embargo, existe un debate en la literatura académica sobre la interpretación práctica de los objetivos del MEPC. Algunos autores ponen de relieve la transparencia y una supervisión no legalista de los compromisos, mientras que otros se refieren más a la importancia del Mecanismo como parte del sistema de ejecución de los compromisos legales.

Bajo el MEPC se hace regularmente una evaluación colectiva de las políticas y prácticas comerciales de cada uno de los Miembros de la OMC y de su repercusión en el funcionamiento del sistema multilateral de comercio. En la práctica, si bien el enfoque de los informes de la Secretaría es más bien económico, también suelen ilustrar en algunos casos la consistencia de ciertas medidas o prácticas comerciales con los compromisos comerciales. Por ejemplo, los informes normalmente identifican las situaciones en las cuales los aranceles aplicados a las importaciones por un país son más elevados que los niveles consolidados en la OMC, o cuando la legislación en materia de protección intelectual no cubre los mínimos establecidos en el Acuerdo ADPIC. Frecuentemente, durante la reunión del OEPC, los Miembros cuestionan al país objeto de examen acerca de la observancia de compromisos adquiridos en el marco de la OMC.

Los exámenes son realizados teniendo en cuenta el contexto de las necesidades políticas, económicas y de desarrollo del Miembro sujeto a examen, así como de su entorno externo. El Mecanismo tiene también como función el examinar la repercusión de las políticas y prácticas comerciales de los Miembros en el sistema multilateral de comercio.

De esto se desprende que los objetivos perseguidos por el Mecanismo son:

7 Acuerdo de Marrakech, Anexo 3, A, i).

- a. Aumentar la transparencia y mejorar la comprensión de las políticas y prácticas comerciales de los Miembros de la OMC;
- b. Mejorar la calidad de los debates públicos e intergubernamentales sobre las distintas cuestiones relacionadas con las políticas comerciales, y
- c. Permitir una evaluación multilateral de los efectos de dichas políticas y prácticas en el sistema de comercio mundial.

Por lo general, el proceso de examen abarca cuatro elementos fundamentales de política económica: una clara descripción de la índole de las políticas y medidas comerciales; la justificación de los objetivos económicos perseguidos por estas; los costos de aplicación de las mismas, expresados como gastos o como impuestos no recaudados, y un análisis económico de la eficacia de aquellas para lograr sus objetivos, en comparación con otras posibilidades viables.

3. EVALUACIÓN DEL MECANISMO

El mandato del Mecanismo también indica que los Miembros deben realizar una evaluación periódica del funcionamiento de este, así como una revisión general de la desarrollo del entorno comercial internacional⁸. Desde el establecimiento del Mecanismo, el OEPC ha evaluado cinco veces el funcionamiento del MEPC.

La última evaluación del Mecanismo fue realizada en 2013. En la ocasión se mantuvieron las conclusiones de la cuarta revisión⁹ concluyendo que el mecanismo estaba funcionando de forma eficaz y cumplía satisfactoriamente su misión¹⁰. Sin embargo, sugirió algunas mejoras procesales, como que el Informe de la Secretaría diera mayor énfasis a los cambios intervenidos entre dos exámenes consecutivos del mismo país, y que se promovieran debates más interactivos en el OEPC. En ese sentido, se acordó que el Presidente debería identificar los temas de debate fundamentales, y el ponente, en coordinación con el Presidente, podría examinar los cambios que se hubieran introducido en las políticas comerciales y relacionadas con el comercio del Miembro

8 Acuerdo de Marrakech, Anexo 3, F.

9 OMC-Doc. W/TPR/W/44.

10 OMC-Doc. WT/MIN(13)/5.

examinado desde el examen anterior, y se acordó limitar las declaraciones a un máximo de siete minutos. Asimismo, se convino que podría haber un mayor seguimiento de los exámenes de los Miembros en desarrollo y en particular de los menos adelantados. Tal seguimiento podría consistir en talleres o seminarios destinados a analizar y difundir los resultados del examen e identificar las necesidades del Miembro en materia de asistencia técnica y creación de capacidad relacionadas con el comercio. En la misma línea, se sugirió la posibilidad de difundir las reuniones del OEPC mediante videoconferencia, enlaces en la Web o ficheros *podcast* en los tres idiomas oficiales a petición del Miembro objeto de examen.

Todas estas mejoras procesales son hoy parte del reglamento de las reuniones del OEPC.

4. EVOLUCIÓN DEL ENTORNO COMERCIAL INTERNACIONAL

Anualmente, el Director General de la OMC presenta un informe en el que pasa revista a la situación del comercio internacional, exponiendo los grandes desarrollos y tendencias en materia de medidas comerciales y las principales actividades de la OMC. Ello incluye los mayores problemas de política que afectan al sistema de comercio.

Durante la cuarta evaluación (2011) y en plena crisis económica mundial, hubo un amplio consenso para que se intensificara el ejercicio de vigilancia de las medidas comerciales y relacionadas con el comercio sobre la base del párrafo G del Anexo 3. Ello dio legitimidad a la política de reuniones informativas –cada vez más frecuentes– del Director General en foros internacionales, como el G20. Ello requirió de una decisión en la Octava Conferencia Ministerial¹¹.

Esa fue la base convencional del monitoreo regular de la evolución de las prácticas comerciales en el contexto de la crisis global financiera, y en particular para dar a conocer la evolución de las posibles tendencias proteccionistas generadas por la crisis. Al comienzo de la crisis económica, estos informes se publicaban hasta cuatro veces al año. En la actualidad se elaboran dos cada año, en julio y diciembre¹².

¹¹ OMC-Doc. WT/L/848.

¹² OMC-Doc. WT/TPR/OV/15.

III. LOS INFORMES

Los exámenes de las políticas comerciales son realizados sobre la base de sendos informes preparados, uno por el gobierno del país Miembro sujeto a examen, y el otro, por la Secretaría de la OMC.

Según el mandato del MEPC, todos los Miembros de la OMC son objeto de un examen regular, aunque con una periodicidad diferente. El factor determinante para decidir la frecuencia de los exámenes es la participación de los Miembros en el comercio mundial de bienes y servicios en un período representativo reciente. La idea es que las políticas y prácticas comerciales de aquellos socios que tienen una mayor incidencia en el comercio mundial sean examinadas con una mayor frecuencia. Es así como los cuatro Miembros con mayor participación son objeto de un examen cada dos años (se trata de los Estados Unidos, Japón, China, y la Unión Europea)¹³. Desde el establecimiento del Mecanismo hasta fines de 2014, la Unión Europea y Japón han sido examinados 11 veces y Estados Unidos, 12. Las políticas y prácticas comerciales de China han sido revisadas en 5 ocasiones, desde su ingreso a la OMC. Los 16 siguientes Miembros de la OMC son examinados cada cuatro años, y los demás cada seis años, pudiendo fijarse un intervalo más extenso para los países menos adelantados (Cuadro 2)¹⁴. Una vez que un país Miembro es incluido en este proceso, su próximo examen debe realizarse de acuerdo con este ciclo, de una manera casi automática¹⁵.

I. EL INFORME DEL MIEMBRO

El informe presentado por el país sujeto al examen es, por lo general, una declaración oficial de política comercial (de alrededor de unas 15 páginas) en la cual el gobierno detalla los acontecimientos recientes en la materia y explica los objetivos fundamentales de su política comercial. Por lo general,

13 Canadá perteneció a este grupo hasta el 2003, cuando China, gracias a su rápido crecimiento comercial, fue propulsado al mismo, desplazando así a Canadá al segundo grupo.

14 En algunos casos se realizan exámenes agrupados de países que mantienen una política comercial común, como suele ser el caso del SACU, Suiza-Liechtenstein y otros.

15 En caso de que se produzcan cambios en las políticas o prácticas comerciales de un miembro que puedan tener una repercusión importante en sus interlocutores comerciales, se puede solicitar a ese miembro adelantar su próximo examen.

los gobiernos presentan en este documento los argumentos económicos y políticos que fundamentan las decisiones adoptadas. En el caso de los países en desarrollo, es también la oportunidad de mencionar los problemas que enfrentan en los mercados mundiales y las dificultades que puedan tener para profundizar su participación en el sistema multilateral de comercio. Además, tienden a identificar las áreas en las cuales necesitan una asistencia técnica relacionada con el comercio.

2. EL INFORME DE LA SECRETARÍA

Es un documento más voluminoso en el cual se detalla de manera descriptiva y objetiva la gama de cuestiones relacionadas directa o indirectamente con el comercio internacional del país sujeto a examen. Se pone acento especial en las medidas comerciales aplicadas tanto a las importaciones como a las exportaciones.

Este informe se compone de varios capítulos en los que se describen y se examinan minuciosamente las prácticas y políticas comerciales del país en cuestión, por tipo de medida comercial y por sector económico; se hace una presentación de las instituciones nacionales responsables de la política comercial y del proceso institucional para la elaboración y puesta en vigor de dichas políticas. También se mencionan aspectos relevantes como los acuerdos regionales o bilaterales de libre comercio, o los casos de solución de controversias en el marco de la OMC. Pese a ser un informe principalmente sobre las políticas y prácticas comerciales, incluye también un análisis del entorno macroeconómico en el cual se desarrollan las políticas comerciales (Cuadro 1). Desde hace un par de años, los informes de la Secretaría también incluyen una sección dedicada a la Ayuda para el Comercio, en la cual se esbozan los aspectos pertinentes a una mayor coordinación y puesta en práctica de acciones que permitan a sus actores económicos aprovechar mejor las oportunidades creadas por el comercio mundial.

Los capítulos fácticos están precedidos por un “Resumen” de la Secretaría, en el cual se destacan los principales aspectos que emergen del informe y se registra la perspectiva de la Secretaría de la OMC sobre las políticas comerciales examinadas.

CUADRO I
ESTRUCTURA DEL INFORME DE LA SECRETARÍA

I. Entorno económico

Describe las principales tendencias macroeconómicas que afectan a la economía y al comercio; las tendencias de los flujos comerciales y de las inversiones extranjeras; la situación de la balanza de pagos, y las perspectivas económicas. Pone de relieve la evolución de la producción, el comercio, la inversión, el empleo, las finanzas públicas, las tasas de cambio, y otros aspectos macroeconómicos. El objetivo es describir el entorno económico general bajo el cual se desarrollan las políticas comerciales.

II. Régimen de política comercial y de inversiones

Describe los aspectos institucionales relacionados con la formulación y aplicación de la política comercial; las principales leyes y los reglamentos que norman el comercio; los objetivos de la política comercial; las relaciones comerciales internacionales, incluidos los acuerdos regionales y otros acuerdos preferenciales; los casos de solución de controversias comerciales en el marco de la OMC; el régimen de inversión extranjera, y la ayuda para el comercio.

III. Políticas y prácticas comerciales por medidas

Detalla las medidas que (i) afectan directamente a las importaciones: procedimientos aduaneros; aranceles y otros derechos y cargas aplicados a las importaciones; prohibiciones; restricciones y licencias de importación; medidas comerciales correctivas –*antidumping*, compensatorias y de salvaguardia–; normas sanitarias y fitosanitarias y otras prescripciones técnicas; los requerimientos de contenido local; la contratación pública, y, las operaciones de empresas comerciales del Estado; (ii) las medidas que afectan directamente a las exportaciones: procedimientos aduaneros aplicados a las exportaciones; impuestos, cargas y gravámenes a la exportación; prohibiciones; restricciones y licencias de exportación; subvenciones y ayudas a las exportaciones; y las zonas francas, y, (iii) finalmente, las medidas que afectan a la producción y al comercio: incentivos; reglamentaciones de las actividades empresariales; las empresas de estado; la política de competencia, y los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio.

IV. Políticas y prácticas comerciales por sector

Este capítulo puede cubrir todos los sectores de la economía, particularmente la agricultura y el sector de los servicios, pero también, en caso de que lo amerite, las industrias extractivas, la energía o el sector manufacturero. Se da una mayor cobertura a aquellos que tengan principal importancia en la economía nacional o aquellos que se distinguen por ser altamente protegidos por políticas comerciales especiales.

Para la elaboración de su informe, los economistas de la Secretaría de la OMC utilizan todas las fuentes disponibles. La información de base proviene del gobierno del país sujeto a examen, mediante respuestas a cuestionarios específicos, y de las notificaciones oficiales hechas por el Miembro en el marco de los Acuerdos de la OMC. También se considera información proveniente de otros orígenes, como reportes de otras organizaciones internacionales especializadas (FMI, Banco Mundial, OCDE, las Comisiones regionales de las Naciones Unidas, bancos regionales de desarrollo, etc.), estudios académicos, la prensa e Internet.

Como parte del proceso de elaboración de su informe, los expertos de la Secretaría realizan una visita a la capital, donde entrevistan los funcionarios de gobierno que tienen responsabilidades en el área comercial y económica, así como con otros actores que puedan aportar otras perspectivas al informe. En muchos casos se incluye el sector privado e institutos de investigación económica. Esta visita, que dura por lo general una semana, constituye una ocasión importante para el acopio y verificación de información sobre las políticas y prácticas comerciales. En algunos (muchos o pocos) casos, y especialmente en los países en desarrollo, la visita de la Secretaría de la OMC genera una valiosa oportunidad para mejorar el sistema interno de coordinación entre los distintos ministerios y agencias de gobierno que intervienen en la definición y puesta práctica de las políticas comerciales.

Aunque la Secretaría solicita la colaboración del gobierno para redactar su informe, es la única responsable de los hechos y opiniones expuestos en él. Las autoridades del país tienen la posibilidad de hacer comentarios y clarificaciones sobre los cuatro capítulos fácticos (Cuadro 1). La Secretaría y los funcionarios del gobierno mantienen una interacción frecuente durante todo el proceso de elaboración del informe, lo cual permite asegurarse de la veracidad de la información contenida, mejorar la claridad de la

documentación que se prepara para el examen y reducir las inexactitudes. Por lo general, la Secretaría incluye todos los cambios sugeridos que sean de carácter factual. El Resumen del documento permite a la Secretaría emitir su evaluación de las políticas y prácticas comerciales y del impacto de estas para los socios comerciales. Cabe hacer notar que el Resumen no es conocido por el país sujeto a examen antes de su distribución a todos los Miembros.

El mandato del Mecanismo prevé que se tomen particularmente en cuenta las dificultades que se planteen a los países menos adelantados en la compilación de sus informes. Es por esto que la Secretaría facilita asistencia técnica a los países en desarrollo y los países menos adelantados que así lo solicitan.

IV. EL EXAMEN

La revisión de las políticas y prácticas comerciales propiamente dicha es realizada por el OEPC; participan todos los Miembros de la OMC y no es necesario un quórum especial para este ejercicio. También participan los países que están negociando su adhesión a la OMC y las instituciones internacionales que gozan del estatuto de observador, como el FMI, el Banco Mundial, la OCDE, y la UNCTAD. En la práctica, solo los países Miembros tienen una participación activa en estas reuniones.

Como la mayoría de las reuniones de la OMC, estas no son abiertas al público. Aunque se ha propuesto aquello, la idea ha sido rechazada bajo el argumento de que las delegaciones estarían más disponibles a entablar un diálogo franco en reuniones privadas. Sin embargo, el acta de las reuniones, que refleja todas las intervenciones, después se hace pública.

Las reuniones se realizan en dos sesiones, cuya duración es normalmente de medio día cada una, con un día de intervalo. El objetivo de la pausa es otorgar tiempo a la delegación del país sujeto a examen para obtener información de su capital y preparar sus respuestas, que deberán ser presentadas durante la segunda sesión.

Los informes del gobierno sujeto a examen y de la Secretaría son distribuidos a todos los Miembros por lo menos 5 semanas antes de la reunión del OEPC. Esto permite a todos los actores preparar mejor su participación en la misma, y a los otros Miembros, elaborar y presentar sus preguntas por escrito al país sujeto a examen.

Para contribuir al debate y en consulta con el Miembro objeto de examen, el Presidente del OEPC designa un ponente seleccionado de entre los delegados de los países Miembros con base en Ginebra. Esta persona, normalmente un embajador, hace su presentación a título personal e idealmente debería presentar de manera crítica las políticas comerciales del Miembro que se examina en esa oportunidad. Durante el encuentro, todos los Miembros pueden hacer observaciones sobre el contenido de los dos informes presentados o sobre otros aspectos comerciales de su interés, lo cual pone de relieve la dimensión de transparencia del mecanismo y crea la oportunidad de intercambiar opiniones.

Con anterioridad a la reunión del OEPC, los Miembros que así lo deseen tienen la posibilidad de plantear por escrito preguntas concretas sobre las políticas y prácticas comerciales examinadas. Todas aquellas preguntas, efectuadas con suficiente antelación, deberán ser contestadas por escrito por el Miembro sujeto a examen durante la reunión del OEPC o con una semana de antelación, dependiendo del sistema de calendario elegido por el país en cuestión¹⁶. Esta disposición está destinada a fomentar un debate más interactivo durante la reunión misma, y otorgar un tiempo razonable al país sujeto a examen para la elaboración de sus respuestas.

La reunión del OEPC es abierta por el Presidente del Órgano, quien realiza una introducción general breve. La delegación del país sujeto a examen presenta su política y prácticas comerciales poniendo de relieve las principales tendencias y los últimos acontecimientos. Luego, el ponente hace una presentación de lo que él considera los principales temas a abordar durante el debate. Estas presentaciones son seguidas por las intervenciones de todas las delegaciones que deseen tomar la palabra. La segunda sesión está destinada a que el país sujeto a examen reaccione a los comentarios o preguntas formuladas el primer día y a comentarios suplementarios de los demás Miembros.

La experiencia ha demostrado que si bien las intervenciones de los otros Miembros no son hechas en un tono de confrontación, las inquietudes comerciales son planteadas en algunos casos con fuerza y persistencia. Evidentemente, las reuniones del OEPC para los grandes socios comerciales

16 OMC-Doc. W/TPR/W/44.

atraen una mayor participación tanto en términos de preguntas como en el número de participantes durante la reunión.

La reunión del OEPC termina con la lectura de las conclusiones del Presidente, bajo su propia responsabilidad, las cuales reflejan los principales temas abordados, las preocupaciones expresadas y las respuestas otorgadas por la delegación del país sujeto a examen. Estas conclusiones no son un texto negociado. Es importante recalcar que no existen recomendaciones sobre acciones que el país deba tomar, pero las conclusiones del Presidente constituyen una “insinuación” y es lo que recoge la media de los Miembros en cuestión.

En algunas ocasiones existe interés por parte de la prensa nacional e internacional, y se organiza una conferencia para dar a conocer públicamente los principales aspectos. Los dos informes son hechos públicos en el sitio Web de la OMC, y proporcionados a la prensa con anterioridad a la reunión del OEPC, pero bajo embargo.

V. RESULTADOS DE LOS EXÁMENES

El informe de la Secretaría y la declaración de políticas del país Miembro sujeto a revisión son publicados después del examen realizado por el OEPC, junto con las conclusiones formuladas al término de la reunión por el Presidente del OEPC. En algunos exámenes, no todas las preguntas son respondidas por escrito con antelación o durante la reunión. En estos casos, el país debe proporcionar por escrito las respuestas restantes en un tiempo razonable.

El mandato del MEPC dispone que en el período que media entre los exámenes, los Miembros deben informar acerca de todo cambio importante en sus políticas comerciales. En la práctica esta disposición no ha sido seguida.

En algunos casos de países en desarrollo, los gobiernos solicitan que la Secretaría organice una actividad de difusión a nivel nacional en la cual se presentan a los actores locales los informes preparados para el examen y las conclusiones resultantes de la reunión del OEPC. Esta actividad permite una mayor proyección de los informes y del debate que se haya adelantado en la sede de la OMC.

Los exámenes de las políticas comerciales de los países menos adelantados se han ido convirtiendo, cada vez más, en un elemento importante de asistencia técnica relacionada con el comercio. Han posibilitado, además, un mejor entendimiento de la estructura de la política comercial establecida y

de su relación con los Acuerdos de la OMC. De hecho, desde el año 2000, la preparación de los exámenes de los PMA ha respondido a las necesidades de asistencia técnica en el área comercial. El proceso de examen de un PMA incluye ahora un seminario de dos o tres días para los funcionarios del país sobre la OMC y, en particular, sobre el proceso de examen de las políticas comerciales y el papel del comercio en la política económica. En suma, los exámenes han ayudado a que estos países tengan una mejor comprensión de dichos acuerdos, lo que ha contribuido a mejorar el cumplimiento de las obligaciones y la integración en el sistema multilateral de comercio. Dada la amplitud de los informes, estos permiten detectar las posibles insuficiencias de las políticas y los sectores concretos en que pueden requerir una asistencia técnica adicional.

VI. LECCIONES DEL MECANISMO

El MEPC ha aumentado de manera significativa la transparencia en las políticas y prácticas comerciales de los Miembros de la OMC, poniendo de relieve los beneficios de esta. También ha ilustrado de manera clara las relaciones entre el comercio, las necesidades de reformas económicas, las políticas macroeconómicas, los efectos intersectoriales de la protección comercial y el impacto que las medidas comerciales pueden tener en el sistema multilateral. Muchos de los exámenes han permitido explorar temas actualmente no cubiertos por los Acuerdos de la OMC. Es el caso de la política de competencia y las medidas sobre la inversión extranjera, de alta relevancia en el desarrollo económico de los países. Todos estos aspectos han convertido al MEPC en uno de los pilares de la OMC.

El MEPC ha estimulado la evaluación interna de las políticas comerciales en los países Miembros, redundando en una mejor definición de los objetivos económicos perseguidos por ellas y coadyuvando a una mejor coordinación institucional interna. Los gobiernos tienen una oportunidad para hacer una evaluación sobre la gama de instrumentos de política comercial utilizados y ver en qué medida estos son concordantes entre ellos y con los objetivos económicos generales perseguidos. En muchos casos, el proceso de examen ha constituido el punto de apoyo para las agencias que promueven una mayor apertura comercial y la reforma comercial. Ello, por la vía de ilustrar el costo implícito del proteccionismo y de las distorsiones generadas por ciertas prácticas.

Desde que se estableció el MEPC y hasta finales del 2014, el OEPC ha realizado más de 400 exámenes. Estos han abarcado 140 de los 153 Miembros de la OMC, lo que representa alrededor del 89% del comercio mundial y del 97% del comercio de los Miembros (Cuadro 2).

Los informes preparados por la Secretaría ofrecen un análisis fáctico y objetivo de las políticas y prácticas comerciales de los diferentes Miembros y, por lo general, han sido valorados positivamente tanto por el país objeto de examen como por los demás Miembros. Al presentar una imagen global de la interacción institucional en la formulación, aplicación y efectos de las políticas comerciales, en algunos casos los informes sirven de referencia para la formulación de dichas políticas. Por otra parte, para varios países en desarrollo y menos adelantados los exámenes han resultado valiosos para destacar e ilustrar sus limitaciones de infraestructura y sus necesidades de asistencia técnica.

En el marco del examen se analizan igualmente las repercusiones económicas de las medidas comerciales y sitúan el régimen económico-comercial de cada Miembro en el contexto más amplio de la respectiva región. Dada la creciente importancia de los acuerdos bilaterales y agrupaciones comerciales regionales, el análisis contenido en los informes ha resultado útil para estudiar la repercusión de los acontecimientos económicos en determinadas regiones y las implicancias del regionalismo en el sistema multilateral de comercio.

CUADRO 2
MIEMBROS DE LA OMC EXAMINADOS ENTRE 1989 Y 2014

EUROPA/MEDIO ORIENTE	ASIA-PACÍFICO	ÁFRICA	AMÉRICA
Albania	Australia (6)	Angola ^b	Argentina (4)
Austria	Brunei Darussalam (2)	Botsuana ² (3)	Barbados (2)
Bahréin, Reino de ² (3)	Camboya ^b	Burkina Faso ^{b, 2} (3)	Belice (2)
Bulgaria	China (5)	Burundi ^{b, 2} (2)	Bolivia, Estado Plurinacional de (3)
Croacia	Fiyi (2)	Camerún ² (4)	Brasil (6)
Chipre ¹	Georgia	(Republica) Centro africana ^{b, 2} (2)	Canadá (9)
(República) Checa ¹ (2)	Hong Kong, China (7)	Chad ^{b, 2} (2)	Chile (4)
Unión Europea (11)	India (5)	Congo, Rep. Dem. de ^b	Colombia (4)
Finlandia ¹	Indonesia (6)	Congo, Rep. of ² (2)	Costa Rica (4)
Hungría ¹ (2)	Japón (11)	Côte d'Ivoire (2)	Dominica ² (3)
Islandia (4)	Corea, Rep. de (6)	Djibouti ^{b, 2} (2)	(Rep.) Dominicana (3)
Israel (4)	(Republica) Kirguisia (2)	Egipto (3)	Ecuador (2)

EUROPA/MEDIO ORIENTE	ASIA-PACÍFICO	ÁFRICA	AMÉRICA
Jordania	Macao, China (4)	Gabón ² (3)	El Salvador (3)
Reino de Arabia Saudita	Malasia (6)	Gambia ^b (2)	Guatemala (2)
Kuwait, Estado de	Maldivas (2)	Ghana (4)	Granada ² (3)
Liechtenstein ² (4)	Mongolia (2)	Guinea, República de ^b (3)	Guyana (2)
Noruega (6)	Myanmar ^{a, b}	Guinea-Bissau ^b	Haití ^b
Omán ² (2)	Nepal ^b	Kenia ² (4)	Honduras (2)
Polonia ¹ (2)	Nueva Zelanda (4)	Lesoto ² (3)	Jamaica (3)
Qatar ² (2)	Pakistán (3)	Madagascar ^b (2)	México (5)
Rumania ¹ (3)	Papúa Nueva Guinea (2)	Malawi ^b (2)	Nicaragua (3)
Republica Eslovaca ¹ (2)	Filipinas (4)	Mali ^{b, 2} (3)	Panamá (2)
Eslovenia ¹	Singapur (6)	Mauritania ^b (2)	Paraguay (3)
Suecia ¹ (2)	Salomón, Islas ^b (2)	Mauricio ² (4)	Perú (4)
Suiza ² (6)	Sri Lanka (3)	Marruecos (4)	San Cristóbal y Nieves ² (3)
The FYR of Macedonia	Taipéi Chino (3)	Mozambique ^b (2)	Sta. Lucía ² (3)
Turquía (5)	Tailandia (6)	Namibia ² (3)	S.Vicente & Granadinas ² (3)
Emiratos Árabes Unidos (2)	Tonga ^a	Níger ^{b, 2} (2)	Surinam (2)
	Vietnam	Nigeria (4)	Trinidad y Tobago (3)
		Ruanda ^b (2)	Estados Unidos (12)
		Senegal ^{b, 2} (3)	Uruguay (4)
		Sierra Leona ^b	Venezuela, Rep Bolivaria- na de (2)
		Sudáfrica ² (4)	
		Suazilandia ² (3)	
		Tanzania ^{b, 2} (3)	
		Togo ^b (3)	
		Túnez (2)	
		Uganda ^{b, 2} (4)	
		Zambia ^b (3)	
		Zimbabue (2)	
45 Miembros (74 exámenes)	30 Miembros (109 exámenes)	41 Miembros (108 exámenes)	33 Miembros (114 exámenes)

() Número de exámenes realizados cuando hay más de uno.

a Primer examen en el año 2014.

b Miembro menos adelantado.

¹ Incluido ahora en la Unión Europea (UE 28).

² Examinados conjuntamente, pero contados como Miembros individuales a efectos estadísticos desde 2009.

Exámenes realizados hasta fines de 2014 = 405 exámenes en 302 reuniones de examen.

Miembros de la OMC examinados = 149 de 160 Miembros.

Miembros menos adelantados de la OMC examinados = 31 de 34.

Porcentaje del comercio mundial correspondiente a los Miembros.

de la OMC examinados (con exclusión de los dobles cómputos significativos y del comercio intracomunitario) = alrededor del 89%.

Fuente: WTO-Doc. WT/TPR/340 del 21.11.2014.

TÍTULO VIII

CAPÍTULO 27

Comercio y Desarrollo en la OMC

MIGUEL RODRÍGUEZ

I. INTRODUCCIÓN

Pocos asuntos han sido tan debatidos en la OMC –y previamente en el GATT– como la relación entre el comercio y el desarrollo. Estos debates comenzaron a mediados del siglo pasado, durante las negociaciones para el establecimiento de la Organización Internacional de Comercio (OIC) y el GATT¹. A lo largo de este período, los países en desarrollo insistieron en que sus intereses y necesidades fuesen tomados en cuenta tanto en el diseño de la normativa comercial internacional como en la aplicación de la misma a sus economías. Estas exigencias fueron encapsuladas progresivamente en lo que se conoce genéricamente como el tratamiento “especial y diferenciado” para los países en desarrollo e integradas, en distintas configuraciones, en el GATT y, después, en la OMC, en donde los debates sobre la vinculación entre el multilateralismo y las necesidades de los países en desarrollo continúan formando parte de su agenda de trabajo.

En efecto, desde el establecimiento del GATT, los países en desarrollo exigieron un tratamiento “especial”, que tomase en cuenta la fragilidad de sus economías y una aplicación “flexible” de las disposiciones del Acuerdo que, en su opinión, restringían sus políticas y limitaban su capacidad para proteger las industrias locales. En las décadas siguientes, el debate sobre las cuestiones del desarrollo giró en torno a los mismos argumentos esgrimidos en esta etapa fundacional del sistema multilateral de comercio y, hasta cierto punto, la historia de la participación de los países en desarrollo en el GATT y la OMC se confunde con la historia de estos debates iniciados por ese entonces y aún no del todo resueltos.

El carácter reivindicatorio de los planteamientos formulados por los países en desarrollo, sin embargo, ha perdido fuerza desde que la OMC entró en vigencia. Ya estos países no exigen derogaciones de las disposiciones y principios básicos de la OMC, ni la apertura unilateral de los mercados de los países industrializados, ni acuerdos no recíprocos, como fue el caso durante los años del GATT. Los países en desarrollo tienen en la OMC tantas obligaciones como los países desarrollados, y sus distintas posiciones y propuestas en las negociaciones de la Ronda Doha persiguen la negociación de acuerdos que reflejen adecuadamente su situación particular, pero no su exclusión de

1 Ver Capítulo 1.

los mismos. Los países en desarrollo han dejado de ser espectadores pasivos en las negociaciones y están conscientes de que sus intereses solo pueden ser tomados en cuenta de manera adecuada si participan en forma activa, tanto en el diseño de las disciplinas multilaterales como en el intercambio de concesiones recíprocas, que es consustancial a la dinámica de las negociaciones comerciales en la OMC.

Por otra parte, no se puede hablar a la hora actual de un grupo monolítico de países en desarrollo, con planteamientos comunes en todos los asuntos, como fue el caso durante la primera etapa del sistema multilateral de comercio. El tratamiento “especial y diferenciado” se circunscribe cada vez más a los países menos adelantados (PMA) y existen ahora posiciones diferentes de los países en desarrollo en prácticamente todos los temas bajo negociación en la Ronda Doha. Estos países están, además, sometidos a exigencias para una mayor “diferenciación” entre ellos por parte de los países industrializados, que ya no están dispuestos a tratar de manera similar a países tan disímiles como, por ejemplo, China y Jamaica, ambos considerados como países en desarrollo en el marco de la OMC.

Las consideraciones y debates sobre el desarrollo siguen presentes en la OMC –incluido en el actual ciclo de negociaciones comerciales multilaterales, el Programa de Doha para el Desarrollo– y continúan los llamados para que la OMC responda efectivamente a las exigencias de desarrollo de sus países Miembros, sobre todo aquellos con economías más frágiles. Pero no está claro cómo atender de forma adecuada estas exigencias. El principal desafío es poner en práctica las políticas y acciones necesarias para hacer del comercio y la política comercial verdaderos instrumentos de desarrollo. Una flexibilidad ilimitada y la derogación de la normativa multilateral como la que, en general, disfrutaban actualmente los PMA, no son aconsejables siquiera para estos países, mucho menos para el resto del mundo en desarrollo. El otorgamiento de preferencias unilaterales tampoco es una solución: estas pierden valor a medida que las negociaciones multilaterales progresan y son poco estables. El mantenimiento de mercados abiertos, la transparencia en el manejo de la política comercial y el fortalecimiento institucional deberían ser los ejes de una política activa de la OMC y sus Miembros –todos ellos, desarrollados y en desarrollo– en pos del desarrollo.

Este capítulo trata sobre la génesis y evolución de las reivindicaciones formuladas por los países en desarrollo en el marco del GATT y la OMC, y examina el estado de las discusiones actuales sobre la relación entre el comer-

cio y el desarrollo o, más precisamente, sobre la participación de los países en desarrollo en el sistema multilateral de comercio. Con ese propósito, la Sección II traza la evolución de las exigencias de los países en desarrollo para lograr progresivamente un trato “especial y diferenciado” en el GATT. La Sección III examina los resultados de la Ronda Uruguay y el establecimiento de la OMC y los cambios que se han operado en las estrategias económicas de los países en desarrollo. Por último, la Sección IV trata sobre el estado de las relaciones entre los países en desarrollo y la OMC a la luz de las nuevas realidades de la economía y el comercio mundiales, y se hacen algunas consideraciones sobre la forma como los países en desarrollo se relacionan en la actualidad con el sistema multilateral de comercio.

II. LOS PAÍSES EN DESARROLLO Y EL GATT²

Durante los años del GATT (1947-1995) e incluso antes de que este entrara en vigor, durante las negociaciones relativas a la Organización Internacional de Comercio (OIC), la cual no llegó a entrar en vigencia³, los países en desarrollo exigieron un tratamiento acorde con la situación particular de sus economías y flexibilidad para aplicar la normativa del GATT para que no obstaculizara su política industrial, por ese entonces muy sesgada a favor de la protección de la industria local. Los países desarrollados fueron muy poco receptivos a estas exigencias⁴ y por ello el GATT fue, en sus comienzos, prácticamente silente con respecto a los problemas del desarrollo. Esto trató de corregirse durante las negociaciones de la OIC, la cual incluyó en su acuerdo constitutivo –la Carta de La Habana– una disposición relativa al

2 Gran parte de esta sección se basa en los estudios de ROBERT HUDEC (1934-2003), quien es considerado uno de los principales especialistas en materia de Derecho comercial internacional, una disciplina a la que hizo aportes considerables. Fue profesor de la Universidad de Minesota y entre sus principales publicaciones se cuenta HUDEC, *Developing Countries in the GATT/WTO Legal System*, 1987.

3 Ver Capítulo I.

4 Había una gran ambigüedad en esta postura: los países industrializados se negaban a una aplicación laxa de las disposiciones del GATT por parte de los países en desarrollo, pero no mostraban el mismo celo cuando se trataba de proteger sus intereses comerciales. Estuvieron dispuestos a incorporar en las disposiciones de la OIC –trasladadas luego al GATT– medidas que autorizaban la protección de sectores como el agrícola, la utilización de subsidios a las exportaciones de alimentos, la aplicación de restricciones cuantitativas y otras que consideraban esenciales para el fortalecimiento de sus economías, pero prestaban poca atención a las exigencias de los países en desarrollo. Ver HUDEC, *Developing Countries in the GATT/WTO Legal System*, 1987.

apoyo gubernamental al “desarrollo económico y la reconstrucción”, que autorizaba, bajo ciertas condiciones, la utilización de medidas de protección comercial para el establecimiento, desarrollo o reconstrucción de industrias específicas o determinados sectores agrícolas.

Esta disposición de la OIC fue incorporada al GATT en 1948 sin mayores cambios y se transformó en el artículo XVIII del Acuerdo General. Se permitió así un cierto grado de libertad a los países en desarrollo para proteger sus economías, pero el recurso a las medidas autorizadas por el artículo XVIII GATT fue sometido a autorización previa por los órganos rectores del GATT, lo cual no fue considerado satisfactorio. Los países en desarrollo tuvieron que esperar hasta 1955 para que se flexibilizara un tanto la utilización del artículo XVIII GATT. Luego, a principios de los años sesenta, se incorporó al GATT su Parte IV, en la que se trató de codificar, por primera vez, el tratamiento que debían recibir los países en desarrollo en el marco del sistema multilateral de comercio. Poco después, a finales de la década, se sentaron las bases para el establecimiento del sistema generalizado de preferencias (SGP) y, finalmente, en 1979, al terminar la Ronda Tokio de negociaciones comerciales multilaterales, se adoptó la llamada Cláusula de Habilitación, la cual le dio fuerza legal a los distintos instrumentos a favor de los países en desarrollo.

I. LA SESIÓN ESPECIAL DE 1955

Los países del GATT convocaron en 1955 una reunión especial para evaluar el futuro de la organización a la luz de la ya, de hecho, abandonada Organización Internacional de Comercio (OIC). Se trataba, en esencia, de discutir la posibilidad de otorgarle al GATT un carácter más permanente. Desaparecida la OIC, había que definir el estatus jurídico del GATT y, eventualmente, dotarlo de una estructura más estable. Esto, sin embargo, no se logró y el GATT continuó por el resto de sus días funcionando como un acuerdo “provisional”; era y seguiría siendo un “acuerdo general” para regular los intercambios comerciales entre sus “partes contratantes”.

Los países en desarrollo, en cambio, sí lograron avanzar un poco en sus posiciones. Primero, el artículo XVIII GATT fue modificado para darles más legitimidad a las medidas adoptadas por estos países para proteger sus industrias nacientes, incluida la posibilidad de modificar las concesiones arancelarias que hubiesen acordado (Sección A); también se incorporó al

artículo XVIII GATT una nueva disposición sobre restricciones cuantitativas aplicadas por países en desarrollo para enfrentar desequilibrios en balanza de pagos, que le daba a estos países “flexibilidad” en el uso de las mismas (Sección B), y se contempló la posibilidad para los países en desarrollo de aplicar medidas no conformes con el Acuerdo General, con el propósito de promover su industrialización (Sección C). Segundo, se agregó una nueva disposición al GATT, el artículo XXVIII (*bis*) GATT, relativo a las negociaciones arancelarias, según la cual habría que tener debidamente en cuenta la situación particular de los países en desarrollo —y sus necesidades en materia de protección de su industria nacional— en las condiciones de reciprocidad normalmente exigidas en estas negociaciones⁵.

En suma, durante la sesión especial de 1955, los países en desarrollo lograron imponer varios, aunque no todos los planteamientos que habían impulsado desde los trabajos preparatorios de la OIC. El tema de las preferencias comerciales, por ejemplo, estuvo ausente de las deliberaciones y tuvo que esperar más de una década para ser considerado seriamente. Las modificaciones al artículo XVIII GATT fueron importantes y, en los años siguientes a la sesión especial, el uso de restricciones cuantitativas por motivo de balanza de pagos se generalizó en el mundo en desarrollo⁶. En las negociaciones arancelarias, los países en desarrollo, como era de esperarse, fueron sujetos a menos exigencias, como lo disponía el nuevo artículo XXVIII (*bis*) GATT, pero sus intereses no fueron tomados en cuenta a la hora de entablar el intercambio de concesiones recíprocas, las cuales se concentraron en productos y sectores de interés para los países industrializados.

2. LA PARTE IV DEL GATT

Los problemas particulares de los países en desarrollo comenzaron a ser evaluados más seriamente después de la sesión especial de 1955. En 1958 se publicó el llamado Informe Haberler⁷, en el cual, entre otros, se destacaban

5 OMC, *Developing Countries and the Multilateral Trading System, Past and Present*, Background Note, 1999.

6 A finales de 1959, 13 de los 16 países en desarrollo Miembros del GATT estaban utilizando restricciones autorizadas por el artículo XVIII GATT. Ver HUDEC, *Developing Countries in the GATT/WTO Legal System*, 1987, p. 35.

7 GOTTFRIED VON HABERLER (1900–1995), economista austríaco y profesor de la Universidad de Harvard, fue nombrado por el GATT en 1957 para presidir un grupo de expertos sobre los pro-

las limitadas posibilidades que tenían los países en desarrollo de aumentar sus exportaciones y se abogaba, tímidamente, por la apertura unilateral de los mercados de los países industrializados a favor de aquellos. Este informe también dio cierto sustento a los alegatos de los países en desarrollo en el sentido de que las reglas del GATT no funcionaban a su favor. Como se diría en el informe, “existe cierto contenido en la sensación de insatisfacción que experimentan los países productores de materias primas en el sentido de que las normas y los acuerdos sobre política comercial les son relativamente desfavorables”⁸. El Informe Haberler contribuyó a cambiar de manera importante la actitud del GATT con respecto a los problemas del desarrollo; las preocupaciones por una mayor “flexibilidad” en la aplicación de medidas de protección dieron paso a un mayor énfasis en las condiciones necesarias para incrementar los ingresos de exportación de los países en desarrollo. De allí a exigir el otorgamiento de preferencias comerciales “no recíprocas” por parte de los países industrializados no había más que un paso.

Y ese paso se dio durante los debates que llevaron en 1964 al establecimiento de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD⁹). Bajo el impulso y la influencia intelectual del economista argentino Raúl Prebisch¹⁰, los países en desarrollo renovaron sus peticiones por un tratamiento más adecuado a sus necesidades en el marco del sistema multilateral de comercio. Los argumentos de Prebisch, relativos al deterioro persistente en los términos del intercambio de los países en desarrollo y el informe presentado por Prebisch a la primera UNCTAD¹¹, influyeron considerablemente en las respuestas que el GATT —y la UNCTAD— dieron a estas peticiones. En el GATT, las distintas normas y prácticas sobre asuntos relacionados con los países en desarrollo fueron codificadas en una nueva sección del Acuerdo General —la Parte IV. En la UNCTAD, las exigencias para la

blemas específicos que enfrentaban los países en desarrollo para dinamizar sus exportaciones. Ver GATT, *Trends in International Trade. Report by a Panel of Experts (“Haberler Report”)*, 1958.

8 GATT, *Trends in International Trade. Report by a Panel of Experts (“Haberler Report”)*, 1958.

9 CNUCD, más conocida en sus siglas en inglés “UNCTAD”.

10 RAÚL PREBISCH (1901–1986), economista argentino. Sus tesis sobre el deterioro persistente en los términos de intercambio de los países en desarrollo tuvieron gran influencia en las estrategias de numerosos países en desarrollo y dieron sustento a la adopción del sistema generalizado de preferencias a finales de los años sesenta. Sus ideas al respecto constan en el informe titulado Prebisch, *Hacia una nueva política comercial para el desarrollo*, 1964, presentado a la primera reunión de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (CNUCD o UNCTAD).

11 PREBISCH, *Hacia una nueva política comercial para el desarrollo*, 1964.

implantación de un sistema de preferencias “generalizadas y no recíprocas” revistieron la forma de propuestas cada vez más concretas que terminarían por imponerse durante su segundo período de sesiones, en 1968, como se expone más adelante.

La importancia de la Parte IV del GATT no es fácil de describir. La Parte IV no introdujo nada que no existiera anteriormente en las disciplinas multilaterales —especialmente en las enmiendas al artículo XVIII GATT y el nuevo artículo XXVIII (*bis*) GATT que resultaron de la sesión especial de 1955— y aunque se utilizó un lenguaje formalmente legal, su contenido no obligaba más que a una actitud benevolente de parte de los países industrializados. No obstante, la Parte IV codificó algunos de los principios básicos sostenidos por los países en desarrollo: flexibilidad en la aplicación de las disciplinas multilaterales y no reciprocidad estricta en las negociaciones comerciales, y en ese sentido contribuyó de manera significativa a darles legitimidad a las mismas.

3. EL SISTEMA GENERALIZADO DE PREFERENCIAS (SGP)

La Parte IV del GATT no incluyó ninguna referencia al otorgamiento de preferencias comerciales. Fue la UNCTAD el escenario donde aquellas encontraron eco. Los fundamentos del SGP fueron el complemento necesario de las tesis de Prebisch: puesto que el deterioro de los términos del intercambio de los países en desarrollo implicaba que estos países debían vender cada vez más productos para compensar las pérdidas que ocasionaban los bajos precios de sus materias primas, se requería ampliar el acceso de sus productos a los mercados de los países industrializados en condiciones más propicias y más concesionales que las existentes.

Las tesis de Prebisch también dieron sustento a las políticas de sustitución de importaciones y crecimiento “hacia dentro” que muchos países en desarrollo, especialmente en América Latina, comenzaron a ejecutar con resultados no siempre positivos. Todos estos argumentos respondían a una lógica difícil de refutar: era necesario proteger los débiles mercados nacionales de la competencia externa para poder desarrollar la industria local y capacitarla posteriormente a fin de competir a nivel global. Estos argumentos sonaron como cantos de sirenas en los oídos de los países en desarrollo y fortalecieron sus argumentos en el GATT: preferencias para ampliar sus ingresos de

exportación y contrarrestar el deterioro en sus términos de intercambio en adición a flexibilidad para medidas de protección a la industria local mediante aranceles elevados y restricciones cuantitativas, incluida la posibilidad de aplicarlas de manera discriminatoria, para fortalecer el sector industrial y contrarrestar su excesiva dependencia de los productos primarios.

No escapaba a los comentaristas de la época que esta laxitud les daba a los países en desarrollo un estatus muy particular en el GATT, participando *de jure* en el sistema, pero excluyéndose *de facto* del mismo. Esto tenía necesariamente un costo. Los países en desarrollo alcanzarían sus demandas de ser tratados de manera “especial”, pero su influencia en las actividades y las negociaciones del GATT perdió relevancia. Los países en desarrollo continuaron beneficiándose de las negociaciones comerciales en virtud de la cláusula de la Nación Más Favorecida, de la cual eran acreedores, como todos los Miembros del GATT, pero su papel en el contenido de estas negociaciones y la elaboración de disciplinas se redujo al mínimo.

El SGP fue el logro más concreto alcanzado por los países en desarrollo en sus demandas por un tratamiento “especial y diferenciado” de parte de los países desarrollados. Fue un logro excepcional de los países en desarrollo, que exigieron durante mucho tiempo el otorgamiento de este tipo de preferencias contrarias, por definición, a los preceptos de la cláusula de Nación Más Favorecida. El tema de las preferencias comerciales había sido incluso uno de los asuntos más polémicos de la etapa preparatoria de la conferencia de La Habana, cuando Estados Unidos exigió el desmantelamiento de las preferencias “imperiales” que mantenía Inglaterra con sus ex colonias en África y Asia.

Los lineamientos generales del SGP fueron definidos durante la UNCTAD II en 1968. Tres años después, en 1971, el GATT adoptó una exención o *waiver* del artículo I del Acuerdo General (cláusula de la Nación Más Favorecida), lo que les permitió a los países desarrollados el otorgamiento de preferencias comerciales a los países en desarrollo por un período de 10 años. Antes del final de este período y como parte de los acuerdos de la Ronda Tokio, se adoptó la llamada Cláusula de Habilidad. Esta, entre otros temas, autorizó de forma permanente las excepciones al artículo I GATT cuando se tratase de otorgar preferencias comerciales a los países en desarrollo.

Varios países desarrollados comenzaron así a aplicar desde mediados de los años setenta esquemas de preferencias comerciales a favor de los países en desarrollo. Los países que mantienen actualmente este tipo de esquemas

son Australia, Bielorrusia, Bulgaria, Canadá, Estados Unidos, Japón, Nueva Zelandia, Noruega, Rusia, Suiza y la Unión Europea. Los esquemas de estos países no son idénticos; en algunos, como el estadounidense, los productos incluidos en el esquema entran al mercado de Estados Unidos con arancel cero; en otros, como el de Australia, los productos incluidos gozan de un margen de preferencias de 5 puntos porcentuales sobre los aranceles aplicados. En general, los países otorgantes de preferencias definen los países beneficiarios, los productos cubiertos por las preferencias y las condiciones de acceso al mercado –márgenes de preferencia, normas de origen– y también las condiciones para la exclusión (“graduación”) de países y productos de los beneficios de sus esquemas de preferencias. De allí que no exista un esquema “generalizado” de preferencias igual para todos los países en desarrollo, sino tantos esquemas como países otorgantes y están unidos solo por el hecho de que han sido autorizados simultáneamente por el GATT (y luego la OMC) y deben respetar las obligaciones de notificación establecidas en los documentos respectivos.

Además de estos esquemas “generalizados” de preferencias, numerosos países desarrollados y algunos países en desarrollo han establecido preferencias arancelarias adicionales a favor de grupos específicos de países, en especial países menos adelantados; estas preferencias son, por lo general, más amplias en cuanto a la cobertura de productos y más generosas en el nivel de preferencias otorgado. El caso más notable es tal vez el de la Unión Europea, que cuenta con una amplia gama de preferencias comerciales a favor de países en desarrollo (sus esquemas SGP y SGP+)¹², además de esquemas preferenciales con los países ACP (África, Caribe y Pacífico)¹³ que actualmente están siendo transformados en acuerdos comerciales no preferenciales –los llamados EPA¹⁴– y un esquema de preferencias especiales que beneficia solo a los países menos adelantados, denominado “Todo menos armas”, que

12 EL SGP+, más generoso que el SGP en términos de cobertura de productos, es también más exigente con sus potenciales beneficiarios, los cuales deben suscribir y aplicar “efectivamente” una serie de acuerdos (27 en total) en materia de derechos humanos y laborales, medio ambiente y gobernabilidad. Ver European Commission, *EC Generalized System of Preferences (SGP) 2009–2011*.

13 Ver Anexo de este Capítulo

14 Los acuerdos preferenciales unilaterales (la Convención de Lomé y sus sucesivas modificaciones, incluido el Acuerdo de Cotonou) que han tradicionalmente regulado las relaciones entre la Unión Europea y sus excolonias en África, Asia y el Caribe están siendo sustituidos por acuerdos recíprocos de comercio denominados *Enhanced Partnership Agreements* (EPA).

otorga acceso al mercado europeo, libre de cuotas y aranceles para todos los productos provenientes de los PMA, excepto para armas y municiones. Estados Unidos, por su parte, además de su esquema SGP, cuenta con un programa de preferencias específico para los países africanos del sur del Sahara¹⁵, los países de la Cuenca del Caribe¹⁶ y los países andinos¹⁷. Por su parte, varios países en desarrollo han establecido esquemas de preferencias a favor de países menos adelantados; entre estos se cuentan Brasil, India y China, los cuales han establecido estos esquemas, en general, después de que la OMC tomara una decisión al respecto en su reunión ministerial de Hong Kong¹⁸. Otros países en desarrollo que otorgan tales ventajas son Corea, Chile, Marruecos, Taipéi chino y Turquía, por mencionar algunos.

4. LA CLÁUSULA DE HABILITACIÓN

La Cláusula de Habilitación¹⁹ fue parte de los acuerdos “marco” adoptados la final de la Ronda Tokio en 1979. Fue incorporada al GATT 1994, cuando entraron en vigor los acuerdos de la Ronda Uruguay, y hoy parte integral de la OMC. La Cláusula de Habilitación es el instrumento mediante el cual, finalmente, las reivindicaciones de los países en desarrollo adquirieron fuerza legal. Aunque sus disposiciones tratan sobre asuntos que habían sido discutidos en los años precedentes, su codificación en un instrumento jurídico, generador de derechos y obligaciones, fue una novedad.

La Cláusula de Habilitación incluyó acuerdos en cuatro áreas principales: primero, consagró, como ya se ha indicado, una dispensa permanente del artículo I GATT (cláusula de la Nación Más Favorecida) para el sistema

15 African Growth and Opportunity Act (AGOA), en existencia desde el año 2000.

16 La Iniciativa para la Cuenca del Caribe (CBI, según sus siglas en inglés), fue establecida en 1984 e incluía a los países de América Central y del Caribe. En la actualidad, la CBI se refiere a dos programas de preferencias, distintos aunque complementarios, a favor exclusivamente de países del Caribe. Las relaciones con los países de América Central se rigen ahora por el tratado de libre comercio suscrito por los países de esa región (más la República Dominicana) con Estados Unidos en 2004 (se conoce normalmente como CAFTA, según sus siglas en inglés).

17 La Andean Trade Preferences Act, en existencia desde 1991, fue modificada en 2002 (cuando cambió su nombre por Andean Trade Promotion and Drug Eradication Act).

18 LAIRD, *A Review of Trade Preference Schemes for the World's Poorest Countries*, 2012.

19 Conocida formalmente como *Trato diferenciado y más favorable, reciprocidad y mayor participación de los países en desarrollo*, Decisión de 28 de noviembre de 1979, GATT-Doc. L/4903. Disponible en <http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/enabling1979_s.htm> (ver anexo a este capítulo).

generalizado de preferencias; segundo, eliminó el requisito de autorización previa para la aplicación por los países de desarrollo de medidas de protección (aranceles y restricciones cuantitativas) a su industria nacional; tercero, permitió el otorgamiento de preferencias comerciales y la celebración de acuerdos comerciales entre países en desarrollo, y, por último, autorizó el otorgamiento de un tratamiento particularmente “especial y diferenciado” a los países menos adelantados.

Para aceptar la Cláusula de Habilitación, los países industrializados insistieron en un compromiso de los países en desarrollo de asumir más obligaciones en el GATT, es decir, obligaciones equivalentes a las aplicadas a los países desarrollados, a medida que su situación económica lo permitiera. Este compromiso fue interpretado como una medida tendiente a favorecer lo que desde entonces se conoció como las condiciones de “graduación” de los países en desarrollo, pero su redacción es tan ambigua que aún hoy en día, más de 30 años después de su aprobación, su aplicación es poco más que una aspiración no satisfecha.

La Cláusula de Habilitación fue el único resultado tangible obtenido por los países en desarrollo durante la Ronda Tokio, pero este acuerdo llegó quizás un poco tarde. Ya los países en desarrollo estaban comenzando a cambiar sus políticas y estrategias de desarrollo y el tratamiento “especial y diferenciado”, que buscaron con tanta insistencia, empezó a ocupar un lugar secundario en los debates del GATT. Estas nuevas tendencias se pusieron de manifiesto durante las negociaciones de la Ronda Uruguay y se consolidaron una vez que los países en desarrollo se incorporaron masivamente a la OMC en 1995.

III. DEL GATT A LA OMC

La etapa comprendida entre el fin de la Ronda Tokio y la conclusión de la Ronda Uruguay es el período más crítico por el que había atravesado el sistema multilateral de comercio. Aunque los países en desarrollo habían participado activamente en las negociaciones de la Ronda Tokio –incluso los no Miembros, que fueron autorizados a participar como un incentivo para su eventual adhesión– su evaluación al final de las mismas fue bastante negativa. La mayoría de estos países rehusó incorporarse a los códigos sobre medidas no arancelarias que resultaron de las negociaciones, por considerar que los mismos no tomaban en cuenta adecuadamente sus intereses. En consecuencia, comenzaron a cohabitar en el GATT países con derechos y

obligaciones diferentes, pues estos códigos solo se aplicaban entre los países suscriptores de los mismos.

La Ronda Tokio, por otra parte, fue incapaz de disciplinar la utilización por parte de países desarrollados de medidas restrictivas del comercio que afectaban primordialmente las exportaciones de países en desarrollo. Estas restricciones penalizaban sectores en los que estos comenzaban a ser muy competitivos, como los textiles, el calzado, el acero y otros. Estas medidas, llamadas indistintamente “acuerdos de ordenación de mercados” o “acuerdos de restricción voluntaria de las exportaciones” u otros, se aplicaban al margen del GATT, eran discriminatorias, pues afectaban a un grupo reducido de países y eran también ilegales porque no respetaban las disciplinas del Acuerdo General ni habían sido autorizadas por el mismo. La Ronda Tokio no hizo nada al respecto y tampoco introdujo ninguna disciplina en el sector agrícola, con lo cual las políticas de protección, apoyo interno y subsidios a las exportaciones agrícolas practicadas por los países desarrollados y que tácita o expresamente habían sido autorizadas por el GATT, continuaron afectando de forma negativa la agricultura del mundo en desarrollo.

Esos años fueron testigo, sin embargo, de cambios importantes en las estrategias de muchos países en desarrollo. Las políticas de sustitución de importaciones empezaron a ser remplazadas por estrategias de crecimiento hacia afuera. Se comenzaba a tomar conciencia en estos países de que los limitados mercados nacionales constituían un freno a la expansión de sus economías, y más que exigir derogaciones a la normativa del GATT, muchos países se inspiraban en la misma para impulsar la reforma de sus regímenes comerciales y la apertura de sus economías. Este proceso se acentuó con el estallido de la crisis de la deuda en los años ochenta y el consecuente ajuste estructural en las políticas económicas de numerosos países en desarrollo, especialmente en América Latina. Muchos de estos países, que habían permanecido al margen del sistema multilateral, accedieron al GATT y comenzaron a participar de manera activa en sus negociaciones.

I. LAS NEGOCIACIONES DE LA RONDA URUGUAY

En la etapa preparatoria, y durante las negociaciones de la Ronda Uruguay²⁰, los países en desarrollo dejaron de ser espectadores pasivos. Por primera vez

²⁰ Ver Capítulo 1.

desempeñaron un papel activo en la definición del contenido y los objetivos de las negociaciones y en el curso de las mismas, individualmente o en coaliciones, impulsaron con relativo éxito sus intereses, en especial en materia agrícola y en relación con el comercio de textiles²¹. Lograron bloquear los intentos de concluir las negociaciones con acuerdos que no satisficieran sus aspiraciones²² y, al final, se sumaron masivamente a la nueva organización establecida para administrar los acuerdos, la OMC, de mayor alcance y ambición que el GATT. Para entonces, la apertura comercial y las estrategias de desarrollo “hacia afuera” se habían generalizado y la participación de los países en desarrollo en la OMC se consideraba un elemento central de las mismas.

Así, la Ronda Uruguay comenzó como un escenario de confrontación, en donde se jugó el futuro mismo del sistema multilateral de comercio, y terminó, luego de muchos altos y bajos, avances y retrocesos, con acuerdos de gran envergadura y un fortalecimiento de la cooperación internacional en el ámbito de la política comercial internacional. Los países en desarrollo, que en el casi medio siglo de existencia del Acuerdo General habían logrado un tratamiento “especial y diferenciado” y la aplicación menos estricta de las disciplinas del GATT, al incorporarse a la OMC asumieron un nivel de compromisos y obligaciones sin precedentes.

En este sentido, el establecimiento de la OMC implicó, en efecto, un cambio cualitativo de mucha significación. Los países en desarrollo aceptaron la normativa de la OMC en condiciones prácticamente similares a las de los países desarrollados. En algunos casos, contaron con más tiempo para aplicar los acuerdos; en otros se convinieron medidas de asistencia técnica para facilitar su aplicación; en algunos otros, como en las negociaciones de acceso a los mercados, disfrutaron de más flexibilidad. Sin embargo, el nivel de compromisos de la mayoría de los países en desarrollo en la OMC es comparable al de los países desarrollados.

21 Fue notable el caso del Grupo de Cairns, que agrupó a países desarrollados y en desarrollo exportadores “eficientes” de productos agrícolas no subsidiados. El Grupo de Cairns desempeñó un papel central en la negociación de los acuerdos sobre agricultura que emergieron de la Ronda Uruguay (ver Capítulo 8).

22 La falta de acuerdos en materia agrícola condujo al fracaso de la Reunión Ministerial del GATT de Bruselas 1990, convocada para poner fin a las negociaciones de la Ronda Uruguay. Los países del Grupo de Cairns, incluidos numerosos países de América Latina, desempeñaron un papel crucial en la ruptura de las negociaciones.

A decir verdad, al final de la Ronda Uruguay todos los países asumieron mayores obligaciones. Los países desarrollados aceptaron una mayor disciplina en sus políticas de apoyo interno y subsidios a los productos agrícolas, y se vieron obligados, en virtud del acuerdo sobre salvaguardias, a eliminar sus restricciones “voluntarias” a las exportaciones y sus esquemas de “ordenación” de mercados, con lo cual, por ejemplo, el comercio de productos textiles comenzó a ser liberado progresivamente²³. La contrapartida de este nuevo paradigma institucional fue la puesta en marcha de un mecanismo de solución de controversias, cuya efectividad sería puesta a prueba, una y otra vez, en los años siguientes.

2. EL TRATAMIENTO “ESPECIAL Y DIFERENCIADO” EN LA OMC

Según un informe de la OMC, los acuerdos que resultaron de la Ronda Uruguay contienen un total de 145 medidas a favor de los países en desarrollo, de las cuales 107 fueron adoptadas al concluir las negociaciones —el resto, esto es, 38 medidas, fueron heredadas del GATT—²⁴. Este elevado número de medidas esconde, sin embargo, su poca importancia cualitativa. La mayoría de las medidas incluidas en los acuerdos de la Ronda Uruguay expresan buenas intenciones y no compromisos firmes a favor de los países en desarrollo. Solo una tercera parte de las medidas identificadas en el informe mencionado otorgan un tratamiento especial a estos países. Estas medidas son fundamentalmente de dos tipos: períodos de transición más largos para la aplicación de algunos acuerdos y mayor flexibilidad que los países industrializados en la ejecución de los mismos. Otras medidas se refieren a la provisión de asistencia técnica y otras, finalmente, son ex-

23 La eliminación de las restricciones cuantitativas al comercio de textiles fue uno de los principales logros de los países en desarrollo. Estas restricciones estaban incluidas en el *Acuerdo Multifibras* del año 1974, el cual consagraba las restricciones impuestas por países desarrollados a las importaciones de textiles provenientes de países en desarrollo. Estas restricciones eran contrarias al GATT en virtud de su carácter cuantitativo y debido a su naturaleza discriminatoria penalizaban solo a un grupo de países en desarrollo exportadores de textiles. El *Acuerdo Multifibras* fue sustituido por el *Acuerdo sobre Textiles y Vestido* negociado durante la Ronda Uruguay. En virtud de este, las restricciones cuantitativas fueron eliminadas gradualmente, en un proceso que culminó en 2005.

24 OMC, *Special and Differential Treatment Provisions in WTO Agreements and Decisions*, 8 June 2010, OMC-Doc. TN/CTD/W/33.

hortaciones a los países desarrollados para que actúen en determinadas circunstancias tomando en consideración la situación particular de los países en desarrollo.

En el caso del Acuerdo sobre Agricultura, por ejemplo, los países en desarrollo contaron con mayor “flexibilidad” en relación con los tres “pilares” del acuerdo: acceso a los mercados (podían ejecutar rebajas arancelarias o, alternativamente, consolidar sus aranceles agrícolas), apoyo interno (reducción menos pronunciada de las medidas de apoyo interno que distorsionaban el comercio agrícola) y subsidios a las exportaciones agrícolas (compromisos menos estrictos que los de los países industrializados). En cuanto al Acceso a los Mercados para los bienes industriales, también los países en desarrollo tuvieron más flexibilidad en cuanto a las rebajas de aranceles (debían reducirlos en un porcentaje menor que los países desarrollados) y la consolidación arancelaria (podían establecer un “techo” arancelario por encima de los aranceles que aplicaban); como resultado de esta “flexibilidad”, los aranceles consolidados²⁵ de los países en desarrollo pasaron a representar el 73% de su universo arancelario en comparación con el 21% antes de los acuerdos²⁶, pero sus aranceles aplicados se dejaron por lo general intactos.

En otros instrumentos, como el Acuerdo sobre Propiedad Intelectual (ADPIC), Medidas de Inversión relacionadas con el Comercio (TRIMS), Medidas Sanitarias y Fitosanitarias y Barreras Técnicas al Comercio, el tratamiento “especial y diferenciado” consistió en otorgarles a los países en desarrollo un plazo más largo para la aplicación de los mismos. En la mayoría de los casos, este período de transición fue de 10 años, por lo que, a la fecha, esta “flexibilidad” ha dejado de existir y estos acuerdos están siendo aplicados por todos los países Miembros de la OMC, desarrollados y en desarrollo. En otros acuerdos, como los acuerdos sobre *Antidumping* y sobre Subsidios y Medidas Compensatorias, la “flexibilidad” se expresó mediante la inclusión

25 La OMC (y previamente el GATT) diferencia entre aranceles consolidados y aranceles aplicados. Los primeros reflejan las obligaciones arancelarias de los países Miembros y no pueden ser modificados sin negociación previa con otros países Miembros; los segundos son los aplicados efectivamente por los países, los cuales pueden o no coincidir con los aranceles consolidados. En los países en desarrollo, los aranceles aplicados son, por lo general, muy inferiores a los aranceles consolidados en la OMC.

26 Ver OMC website (<www.wto.org>), Trade Topics, Tariffs. Ver también OMC, ITC, UNCTAD, *World Tariff Profiles 2012*, 2012.

de algunas disposiciones de aplicación general, pero que tienden a favorecer a los países en desarrollo. Por ejemplo, en el Acuerdo *Antidumping* las investigaciones deben darse por terminadas si el volumen de las importaciones con margen de *dumping* son “insignificantes”, esto es, inferior al 3% de las importaciones totales del producto en cuestión, algo que puede beneficiar a los países en desarrollo aunque esta disposición es de aplicación general y puede también favorecer, dado el caso, a productores de países industrializados. En el acuerdo sobre Subsidios y Medidas Compensatorias, los países en desarrollo con un ingreso per cápita menor a 1.000 dólares están excluidos de la prohibición de otorgar subsidios a sus exportaciones y las investigaciones sobre medidas compensatorias deben cesar cuando involucran un nivel *de minimis* de subsidios (2 o 3%), lo que también beneficiaría, en principio, a países en desarrollo.

Asimismo, en el acuerdo sobre Salvaguardias, estas no pueden ser aplicadas a productos originarios en países en desarrollo si estos representan menos del 3% de las importaciones totales, y si el conjunto de países en desarrollo con ese nivel de importaciones representa colectivamente menos del 9% de las importaciones totales del producto en cuestión; también, las salvaguardias aplicadas por países en desarrollo pueden tener una duración de hasta 10 años (4 años iniciales y 6 de extensión), mientras que las aplicadas por los países desarrollados deben ser eliminadas al cabo de 8 años como máximo (4+4).

El Acuerdo sobre el Comercio de Servicios, otra de las innovaciones de la Ronda Uruguay, contempla algunas medidas de “flexibilidad” para los países en desarrollo, los cuales son autorizados a abrir un número menor de sectores que los países desarrollados, incluir menos tipos de transacciones y abrir más lentamente sus mercados de servicios; el acuerdo también contempla medidas de asistencia técnica. En lo que hace al Entendimiento sobre Solución de Controversias, por su propia naturaleza no existe ningún período de transición para su puesta en marcha. Se hacen, sin embargo, algunas consideraciones sobre la manera como los paneles de expertos deben funcionar cuando se trata de controversias que involucran países en desarrollo (incluir, por ejemplo, al menos un nacional de un país en desarrollo en esos casos), y sobre la necesidad de tomar en cuenta, en general, la manera como las medidas sobre trato “especial y diferenciado” a los países en desarrollo son consideradas en los procedimientos respectivos.

3. LOS PAÍSES EN DESARROLLO EN LA OMC

¿Qué queda en la OMC de las exigencias de los países en desarrollo por un tratamiento “especial y diferenciado” a su favor? La respuesta es que queda mucho y, al mismo tiempo, queda poco. Las medidas que fueron adoptadas durante los años del GATT a favor de los países en desarrollo se incorporaron a la OMC sin modificación alguna. Por un lado, la Cláusula de Habilitación se mantiene intacta; los países en desarrollo siguen disfrutando de las preferencias comerciales autorizadas por esta y pueden continuar celebrando entre sí acuerdos comerciales preferenciales sin necesidad de extender los mismos a otros países de la OMC, como se estableció en esa misma disposición. También mantienen los países en desarrollo el derecho a un tratamiento más flexible en la aplicación de restricciones por motivos de balanza de pagos. Sin embargo, esta flexibilidad es cada vez más teórica, pues los países en desarrollo hacen poco uso de ella.

En cuanto a las “flexibilidades” obtenidas en relación con las negociaciones arancelarias, que durante los años del GATT permitieron a los países en desarrollo beneficiarse de las rebajas arancelarias convenidas en las sucesivas rondas de negociaciones multilaterales sin, por su parte, hacer mayores compromisos de apertura de sus mercados. Estas “flexibilidades” les siguen permitiendo una gran laxitud en las negociaciones de acceso a los mercados²⁷, pero no al extremo de mantenerse al margen de las mismas, como en el pasado. Por otra parte, los períodos de transición “flexibles” otorgados a los países en desarrollo para la aplicación de numerosos acuerdos de la Ronda Uruguay ya han caducado y solo siguen vigentes las disposiciones incorporadas en los acuerdos que otorgan una consideración especial a algunos países en virtud de sus niveles de ingresos, o el bajo monto de sus exportaciones, como las señaladas de los acuerdos sobre salvaguardias y derechos compensatorios y *antidumping*.

Al entrar en vigencia la OMC y comenzar a correr los plazos para la aplicación de los acuerdos, numerosos países en desarrollo comenzaron a

27 En las negociaciones de Doha sobre acceso a los mercados, por ejemplo, numerosos países en desarrollo han exigido un tratamiento especial alegando su condición de país “pequeño y más vulnerable”, su reciente adhesión a la OMC u otros, con lo cual la fórmula de desgravación que ya diferencia entre países desarrollados y en desarrollo, no se aplicará uniformemente a todos los países en desarrollo.

cuestionar algunas de sus disposiciones y exigir cambios en las condiciones en que los acuerdos debían ser ejecutados por estos países. Estos debates sobre la “aplicación” de los acuerdos de la OMC se prolongaron hasta el inicio de las negociaciones de la Ronda Doha y las distintas propuestas presentadas por los países en desarrollo pasaron a formar parte de las mismas²⁸.

Aunque las propuestas relativas a la “aplicación” de los acuerdos eran formuladas en nombre de los países en desarrollo, solo un grupo reducido de estos países manifestaba interés en las mismas y, más importante aún, a pesar del alto grado de politización que estos debates alcanzaron, nunca se puso en entredicho la existencia misma de los acuerdos. Solo se cuestionaban algunas de sus disposiciones y se denunciaba el alto costo de su aplicación en los países en desarrollo. En ese sentido, los debates sobre la “aplicación” de los acuerdos de la OMC no hicieron más que reforzar el compromiso de los países en desarrollo con el sistema multilateral de comercio, y anticiparon lo que sería en adelante un comportamiento más acorde con el mismo: participar activamente en el diseño de la normativa multilateral y buscar que la misma refleje mejor sus intereses comerciales, en lugar de buscar su exclusión de los acuerdos o la aplicación laxa de los mismos.

Aunque el tema del desarrollo continúa permeando los debates en la OMC, e incluso puede decirse que estos debates se han intensificado en los últimos tiempos, la actitud de los países en desarrollo en la OMC es muy distinta a la que tenían en el GATT. Pocos esperan que el fin de la Ronda Doha conlleve un relajamiento de las disciplinas multilaterales. Esto no interesa a ningún país, sea desarrollado o en desarrollo. Si hay algo a lo que la OMC ha contribuido por encima de todas las cosas, es a darle estabilidad al complejo de normas y disciplinas que regulan las relaciones comerciales entre sus Miembros. Es en su propio interés, por lo tanto, que las disciplinas multilaterales faciliten la participación de todos los países en la economía global, cada vez más interdependiente, de hoy en día. Es más transparencia y menos discriminación lo que se necesita en todos los países, no disciplinas débiles, de fácil incumplimiento.

A decir verdad, cada vez más el tratamiento “especial y diferenciado” se circunscribe a los países menos adelantados (PMA), los cuales, además del

28 Ver párrafo 12 de la Declaración Ministerial de Doha y la Decisión sobre las Cuestiones y las Preocupaciones relativas a la Aplicación, adoptadas durante la Conferencia Ministerial de la OMC de 2002 en Doha, Qatar.

tratamiento que reciben en general los países en desarrollo, se benefician de concesiones adicionales, por ejemplo, de más tiempo para aplicar las disposiciones del acuerdo ADPIC o del acuerdo sobre restricciones sanitarias y fitosanitarias o del acuerdo MIC o del acuerdo sobre agricultura. También son excluidos estos países de compromisos como la prohibición de subsidios a las exportaciones –entre otras razones porque su ingreso *per cápita* es inferior a 1.000 dólares– y, en algunos casos, su situación particular es tomada en cuenta cuando se aplican salvaguardias en materia de textiles. Más recientemente, se han convenido una serie de medidas para facilitar, en condiciones más consonas con su situación particular, su adhesión a la OMC y su participación en las negociaciones de la Ronda Doha.

La provisión de asistencia técnica para la formulación y ejecución de la política comercial –mediante, principalmente el llamado Marco Integrado para los PMA²⁹– y, en cierta forma, la movilización de recursos financieros mediante la iniciativa de Ayuda para el Comercio, tienen en los PMA sus principales beneficiarios. En general, la actitud hacia los PMA es una de tolerancia y generosidad de parte, principalmente, de los países industrializados, aunque también varios países en desarrollo se han sumado a estos mediante el establecimiento de programas de preferencias unilaterales a favor de los PMA³⁰.

De los 48 países reconocidos por las Naciones Unidas como países menos adelantados (PMA), 34 son Miembros de la OMC y 8 otros están en proceso de adhesión a la organización³¹. Es el único grupo –además del grupo de países en desarrollo, del cual forman parte– reconocido formalmente por la OMC y constituye más del 20% de su membresía total y aproximadamente la mitad del grupo de países en desarrollo.

En suma, aunque el tema del desarrollo y las discusiones alrededor de las medidas necesarias para que los países en desarrollo participen de forma equitativa en el sistema multilateral de comercio continúan permeando las actividades de la OMC, en la práctica la naturaleza de estos debates ha cambiado. Los países en desarrollo se han incorporado plenamente a las negociaciones de la OMC y exigen acuerdos que tomen en cuenta su situación

29 El Marco Integrado es un programa financiado por varios países y organizaciones internacionales destinado a ayudar a los PMA a participar más activamente en el sistema multilateral de comercio.

30 Ver LAIRD, *A Review of Trade Preference Schemes for the World's Poorest Countries*, 2012.

31 Ver <http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org7_e.htm>.

particular, pero no su exclusión de los mismos. El tratamiento “especial y diferenciado”, en su acepción tradicional, se ha focalizado en los PMA, pues son estos países, de todos los Miembros de la OMC, los más necesitados de asistencia y solidaridad.

IV. BALANCE Y PERSPECTIVAS

“Concluir” una discusión sobre el tema del comercio y el desarrollo es quizás una utopía. Como se ha tratado de poner de manifiesto en este capítulo, esta es una discusión que comenzó en el mismo momento en que se sentaron las bases del sistema multilateral de comercio, hace más de 65 años, y está lejos de darse por terminada. Seguirá presente hasta tanto existan países con drásticas diferencias de ingreso y bienestar formando parte de una institución que clama por su universalidad y su carácter inclusivo. Sería inadecuado sostener, sin embargo, que nada ha cambiado y que los debates, aunque versan sobre los mismos temas, se den en los términos de confrontación y hasta animadversión entre países desarrollados y en desarrollo que caracterizaron la primera etapa del sistema multilateral de comercio.

El mundo ha cambiado y también han cambiado los países en desarrollo y el sistema multilateral de comercio.

Primero: los países en desarrollo se han incorporado masivamente a la OMC. En la etapa inicial del GATT participaron solo 12 países en desarrollo; cuando el GATT dio paso a la OMC, en 1995, contaba con más de 90 países en desarrollo. La inmensa mayoría de países Miembros de la OMC son países en desarrollo y la adhesión de estos países a la organización se sucede ininterrumpidamente desde su creación a mediados de los años noventa. Estos países no han decidido ingresar a la OMC para excluirse de sus obligaciones: lo han hecho porque la política comercial y la apertura de sus economías son componentes fundamentales de sus estrategias de desarrollo. Han asumido numerosas obligaciones en la OMC —a diferencia de su actitud en el GATT— y están más dispuestos a defender sus derechos; no es de extrañar, por lo tanto, que los países en desarrollo desplieguen hoy en día en la OMC un activismo que estuvo ausente durante los primeros años del sistema multilateral de comercio.

Segundo: el comercio de los países en desarrollo se ha expandido considerablemente. Los países en desarrollo ya no son el componente marginal e insignificante del comercio internacional que fueron en el pasado. En 2014,

por ejemplo, los países en desarrollo Miembros de la OMC representaron el 48% de las exportaciones totales de mercancías³².

Tercero: la intensidad de los debates sobre el desarrollo en la OMC y, en particular, en la Ronda Doha, oculta muchas veces las nuevas actitudes y estrategias de los países en desarrollo en asuntos hasta hace pocos años considerados vitales en sus exigencias por un tratamiento “especial y diferenciado”, como, por ejemplo, el tema de las preferencias comerciales. Como se discutió en la sección II de este capítulo, el establecimiento del SGP fue una conquista vital de los países en desarrollo y durante muchos años su perfeccionamiento y ampliación –en términos de cobertura de productos y países y mayores márgenes de preferencias– fueron exigidos frecuentemente por estos países. Esto ya no es así: el SGP ha perdido efectividad por el impacto de las rebajas arancelarias convenidas en las negociaciones comerciales multilaterales³³ y su importancia ha pasado a un segundo plano en las discusiones internacionales; de hecho, el tema apenas se menciona y cuando es objeto de debate es en relación con tratamiento a favor de los PMA.

Cuarto: en consonancia con el punto anterior, para muchos países en desarrollo el acceso a los mercados externos para sus exportaciones reviste la forma de acuerdos de libre comercio. Más que depender de preferencias comerciales “unilaterales”, precarias e inestables por definición, muchos países en desarrollo han tomado el camino de la negociación de acuerdos recíprocos de libre comercio con sus principales socios comerciales. Este camino fue abierto por México en 1991 con la negociación del Tratado de Libre Comercio (TLC) con Estados Unidos y Canadá y continuado desde entonces por muchos otros países en desarrollo. Según la OMC, ya para el 2011 existían cerca de 140 acuerdos comerciales preferenciales negociados entre países desarrollados y en desarrollo³⁴. Muchos de estos acuerdos contemplan la eliminación de aranceles y otras restricciones al comercio en la totalidad o una gran parte de los intercambios. Para numerosos países en desarrollo, estos acuerdos se han transformado en su principal mecanismo de penetración de mercados externos y en un instrumento esencial de su

32 Ver OMC, *World Trade Developments* 2014, sección II.B. Disponible en <http://www.wto.org/english/res_e/publications_e/wtr14_e.htm>.

33 Un estudio de la OCDE, por ejemplo, puso de manifiesto que la erosión de preferencias ocasionada por las rebajas arancelarias acordadas durante la Ronda Uruguay fue, respectivamente, de 71% en el caso de Canadá, 50% en Estados Unidos, 34% en Japón y 26% en la Unión Europea.

34 OMC, *World Trade Report* 2011, tabla BI, p. 57.

política comercial. Entre los países en desarrollo más activos en la materia se encuentran Chile, México, Perú y Singapur. Para estos países en desarrollo y muchos otros, por lo tanto, los esquemas de preferencias comerciales unilaterales son cosas del pasado³⁵ y su principal preocupación es la de mejorar su competitividad para aprovechar adecuadamente estos acuerdos de libre comercio. Para estos países, la OMC es un marco propicio, quizás el más importante, pero no el único para promover sus intereses comerciales.

Quinto: ya no se puede hablar indistintamente del grupo de países en desarrollo en la OMC, aunque formalmente siga existiendo. Hay una “diferenciación” de hecho entre los países en desarrollo, un grupo en el que coexisten los más pobres y necesitados –los PMA– y países que desempeñan un papel de primer orden en los intercambios mundiales –como China–; países en desarrollo muy grandes, como Brasil y la India, y pequeños, como Barbados y Samoa, que acaba de ingresar a la OMC; países más avanzados que otros, con economías más sólidas y países con serios problemas estructurales. De hecho, una de las notas características de la economía mundial de hoy en día es la “emergencia” de un cierto número de países en desarrollo, cuya participación en la economía mundial y, especialmente, en el comercio internacional, se ha expandido de forma considerable durante los últimos años. Además, la sección II del nuevo acuerdo de Facilitación de Comercio abre la puerta para el comienzo de la graduación de los países en desarrollo al permitir la auto clasificación en el nivel de compromiso.

Un estudio de la OCDE singulariza en este grupo de países a Brasil, China, India, Indonesia, Rusia y África del Sur –a los que agrupa bajo la denominación BRICS– y destaca los cambios que estos han experimentado en materia comercial. Todos estos países tienen economías más abiertas al comercio y las inversiones y han rebajado sensiblemente sus promedios de protección arancelaria; en Brasil y China, por ejemplo, el promedio de sus aranceles aplicados bordeaba el 40% a principios de los años noventa y hoy en día es menor al 10%. La participación del conjunto de estos países en el comercio mundial ha pasado del 7 a más del 14% en los últimos 20 años, con China experimentando el incremento más espectacular al pasar de representar

35 En los acuerdos comerciales suscritos entre países en desarrollo y países desarrollados, las preferencias unilaterales concedidas por estos se “consolidan” en los nuevos acuerdos, es decir que se hacen permanentes y dejan de ser unilaterales, pues entran a formar parte del balance de los derechos y las obligaciones contenidos en los respectivos acuerdos.

apenas el 1,5% a principios de los años noventa a contar actualmente por más del 7% de los intercambios mundiales³⁶.

La OMC no ha sido ajena a la evolución de la política comercial de los países emergentes. En el caso de China, por ejemplo, las medidas acordadas durante su proceso de adhesión a la OMC han contribuido a afianzar su participación en la economía mundial y consolidar sus políticas de apertura, con resultados a todas luces excepcionales –China se ha transformado en la segunda economía más importante del mundo y sus perspectivas de crecimiento pueden llevarla, según algunos analistas, a desplazar a Estados Unidos del papel central que ha mantenido por décadas. Rusia acaba de ingresar a la OMC y también deberá introducir numerosos cambios en su política y reglamentaciones comerciales. Para otros países emergentes, como Brasil y la India, la OMC desempeña un papel central en sus estrategias económicas y en las negociaciones multilaterales se cuentan entre sus principales protagonistas; aunque en menor medida, este es el caso también de Indonesia y África del Sur.

Sexto: la promoción y defensa de los intereses comerciales de los países en desarrollo ya no se da solo en términos de reivindicaciones de tinte político. Estos países utilizan cada vez más los mecanismos de solución de controversias de la OMC para hacer valer sus derechos. Así, desde el establecimiento de la OMC en 1995, los países en desarrollo han iniciado más de 200 controversias en la OMC, dirigidas contra todo tipo de países, desarrollados y en desarrollo, de una misma región y de otras regiones. Por ejemplo, las controversias entre países en desarrollo se han más que duplicado durante los últimos años y representaron más del 25% de los casos iniciados en el período 2001–2010. Las controversias entre países latinoamericanos también se han incrementado durante el mismo período, en más del 40%³⁷.

No todos los países en desarrollo son activos en este campo, naturalmente. Una buena parte de las de las controversias iniciadas por países en desarrollo –cerca del 40% del total desde la entrada en vigencia de la OMC– fueron responsabilidad de cinco de ellos: Brasil, México, India, Corea y China, lo que es congruente con el mayor desarrollo económico relativo alcanzado por estos países y su creciente participación en los intercambios comerciales globales. De igual manera, son estos cinco países en desarrollo

36 OCDE, *Globalization and Emerging Economies*, marzo 2009.

37 ICTSD, *Developing Country Participation in WTO Dispute Settlement, Facts & Figures* (borrador).

los que han sido acusados más frecuentemente en la OMC, lo que también es consistente con su mayor dinamismo económico. En el caso de estos y otros países en desarrollo, cabe también destacar que los asuntos ventilados en los mecanismos de solución de controversias de la OMC abarcan una gran variedad de asuntos, desde alegaciones de violaciones al acuerdo sobre propiedad intelectual a temas relacionados con el comercio de textiles, el acero o la agricultura, denotando asimismo, la amplia gama de productos en cuyo comercio participan estos países.

Es evidente que para los países “emergentes” el tratamiento “especial y diferenciado” en su sentido tradicional tiene poca significación, como también es el caso para otro grupo de países en desarrollo, más numeroso, que sin contarse entre los países “emergentes”, porque su influencia y participación en la economía mundial son menores, comparten con estos estrategias globales de apertura de sus economía y conquista de mercados externos, tanto en la OMC como a través de acuerdos de libre comercio. Estos países juegan un papel central en las negociaciones de la Ronda Doha y están dispuestos a contribuir activamente al éxito de las mismas con propuestas y planteamientos concretos. Aunque su discurso y sus declaraciones continúan teñidos de reclamos sobre el desarrollo similares a los que han sido formulados desde la primera etapa del sistema multilateral de comercio, en la práctica estos reclamos tienen muy poco eco, inclusive en quienes los formulan.

En síntesis, los países en desarrollo ya no limitan su participación en la OMC a exigir un tratamiento de favor o su exclusión de las reglamentaciones vigentes. Su actitud se dirige primordialmente a la participación activa en las negociaciones comerciales con el propósito de cambiar las reglas que consideran dañinas a sus intereses, crear nuevas reglas que les sean favorables y buscar un mejor acceso a los mercados externos mediante una participación activa en las negociaciones relativas al acceso a los mercados externos. El acceso a los mercados ya no se circunscribe a las negociaciones en la OMC; en muchos casos, y cada vez con mayor frecuencia, reviste la negociación de acuerdos de libre comercio con sus principales socios comerciales, desarrollados y en desarrollo. Y la defensa de sus intereses comerciales ha dejado de ser un reclamo eminentemente político, para pasar a ventilarse en los mecanismos de solución de controversias de la OMC. Estos son cambios de mucha trascendencia, sin duda, y dan fe de las mutaciones tan importantes que se han operado en la participación de los países en desarrollo en el sistema multilateral de comercio.

La OMC es una organización internacional y se encamina hacia una organización cada vez más igualitaria. Sus Miembros tienen iguales derechos y obligaciones, aunque en algunos casos estas obligaciones están matizadas por consideraciones relacionadas con el desarrollo. Existe, por lo tanto, una igualdad formal, legal, y la tarea pendiente es buscar una mayor igualdad económica. Quizás sea necesario un nuevo consenso entre los Miembros de la OMC para enfrentar los problemas del desarrollo de una parte importante de sus países Miembros con políticas activas y acciones concretas, y no más con un relajamiento de las disciplinas multilaterales. Estas disciplinas han contribuido al desarrollo de muchos países y facilitado su participación en la economía mundial, como en el caso de China. Hay que hacer que esas disciplinas coadyuven también al desarrollo de otros países y ese es, tal vez (o quizás), el mayor desafío que enfrenta la OMC en la actualidad.

V. ANEXO: CLÁUSULA DE HABILITACIÓN

CLÁUSULA DE HABILITACIÓN

Decisión de 28 de noviembre de 1979 (L/4903)

Habiendo celebrado negociaciones en el marco de las Negociaciones Comerciales Multilaterales, las PARTES CONTRATANTES deciden lo siguiente:

1. No obstante las disposiciones del artículo primero del Acuerdo General, las partes contratantes podrán conceder un trato diferenciado y más favorable a los países en desarrollo(1), sin conceder dicho trato a las otras partes contratantes.
2. Las disposiciones del párrafo 1 se aplicarán(2):
 - a) al trato arancelario preferencial concedido por partes contratantes desarrolladas a productos originarios de países en desarrollo de conformidad con el Sistema Generalizado de Preferencias(3);
 - b) al trato diferenciado y más favorable con respecto a las disposiciones del Acuerdo General relativas a las medidas no arancelarias que se rijan por las disposiciones de instrumentos negociados multilateralmente bajo los auspicios del GATT;
 - c) a los acuerdos regionales o generales concluidos entre partes contratantes en desarrollo con el fin de reducir o eliminar mutuamente los aranceles y, de confor-

midad con los criterios o condiciones que puedan fijar las PARTES CONTRATANTES, las medidas no arancelarias, aplicables a los productos importados en el marco de su comercio mutuo;

d) al trato especial de los países en desarrollo menos adelantados en el contexto de toda medida general o específica en favor de los países en desarrollo.

3. Todo trato diferenciado y más favorable otorgado de conformidad con la presente cláusula:

a) estará destinado a facilitar y fomentar el comercio de los países en desarrollo y no a poner obstáculos o a crear dificultades indebidas al comercio de otras partes contratantes;

b) no deberá constituir un impedimento para la reducción o eliminación de los aranceles y otras restricciones del comercio con arreglo al principio de la Nación Más Favorecida;

c) deberá, cuando dicho trato sea concedido por partes contratantes desarrolladas a países en desarrollo, estar concebido y, si es necesario, ser modificado de modo que responda positivamente a las necesidades de desarrollo, financieras y comerciales de los países en desarrollo.

4. Toda parte contratante que proceda a adoptar disposiciones al amparo de lo previsto en los párrafos 1, 2 y 3 o que proceda después a modificar o retirar el trato diferenciado y más favorable así otorgado:(4)

a) lo notificará a las PARTES CONTRATANTES y les proporcionará toda la información que estimen conveniente sobre las medidas que haya adoptado;

b) se prestará debidamente a la pronta celebración de consultas, a petición de cualquier parte contratante interesada, respecto de todas las dificultades o cuestiones que puedan surgir. En el caso de que así lo solicite dicha parte contratante, las PARTES CONTRATANTES celebrarán consultas sobre el asunto con todas las partes contratantes interesadas, con objeto de alcanzar soluciones satisfactorias para todas esas partes contratantes.

5. Los países desarrollados no esperan reciprocidad por los compromisos que adquieran en las negociaciones comerciales en cuanto a reducir o eliminar los derechos de aduana y otros obstáculos al comercio de los países en desarrollo, es decir, que los países desarrollados no esperan que en el marco de negociaciones comerciales los países en desarrollo aporten contribuciones incompatibles con las

necesidades de su desarrollo, de sus finanzas y de su comercio. Por consiguiente, ni las partes desarrolladas tratarán de obtener concesiones que sean incompatibles con las necesidades de desarrollo, financieras y comerciales de las partes contratantes en desarrollo ni estas últimas tendrán que hacer tales concesiones.

6. Teniendo en cuenta las dificultades económicas especiales y las necesidades particulares de los países menos adelantados en lo referente a su desarrollo, sus finanzas y su comercio, los países desarrollados obrarán con la mayor moderación en cuanto a tratar de obtener concesiones o contribuciones a cambio de su compromiso de reducir o eliminar los derechos de aduana y otros obstáculos al comercio de los referidos países, de los cuales no se esperarán concesiones o contribuciones que sean incompatibles con el reconocimiento de su situación y problemas particulares.

7. Las concesiones y contribuciones que hagan y las obligaciones que asuman las partes contratantes desarrolladas y en desarrollo de conformidad con las disposiciones del Acuerdo General deberán promover los objetivos fundamentales del Acuerdo, en particular los señalados en el Preámbulo y en el artículo xxxvi. Las partes contratantes en desarrollo esperan que su capacidad de hacer contribuciones, o concesiones negociadas, o de adoptar otras medidas mutuamente convenidas de conformidad con las disposiciones y procedimientos del Acuerdo General, aumente con el desarrollo progresivo de su economía y el mejoramiento de su situación comercial y esperan en consecuencia participar más plenamente en el marco de derechos y obligaciones del Acuerdo General.

8. Se tendrá especialmente en cuenta la gran dificultad de los países menos adelantados para hacer concesiones y contribuciones, dada su situación económica especial y las necesidades de su desarrollo, de sus finanzas y de su comercio.

9. Las partes contratantes colaborarán en todo lo referente al examen de la aplicación de las presentes disposiciones, teniendo en cuenta la necesidad de desplegar sus esfuerzos, individual y colectivamente, con objeto de satisfacer las necesidades de desarrollo de los países en desarrollo y alcanzar los objetivos del Acuerdo General.

Notas:

1. Debe entenderse que la expresión “países en desarrollo”, utilizada en este texto, comprende también a los territorios en desarrollo.

2. Las PARTES CONTRATANTES conservan la posibilidad de considerar caso por caso, de conformidad con las disposiciones del Acuerdo General sobre acción colectiva, todas las propuestas sobre trato diferenciado y más favorable que no estén comprendidas dentro del alcance de este párrafo.

3. Tal como lo define la Decisión de las PARTES CONTRATANTES de 25 de junio de 1971, relativa al establecimiento de un “sistema generalizado de preferencias sin reciprocidad ni discriminación que redunde en beneficio de los países en desarrollo” (IBDD, 18S/26).

4. Estas disposiciones se entienden sin perjuicio de los derechos de las partes contratantes de conformidad con el Acuerdo.

CAPÍTULO 28

Comercio y medio ambiente

MARÍA PÉREZ-ESTEVE

STEFANIA GALLO

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los principales retos a los que se enfrenta la OMC en el siglo XXI es proteger el medio ambiente mundial. Para que el sistema multilateral de comercio tenga éxito, los gobiernos tienen que considerar el impacto de su actividad económica en el medio ambiente. Solo así será legítima y sostenible la liberalización del comercio y las corrientes comerciales se moverán con facilidad, previsibilidad y libertad. A este respecto, las negociaciones sobre el comercio y el medio ambiente en curso en la OMC, buscan reducciones sustantivas, en especial de los países desarrollados, de las ayudas causantes de distorsiones del comercio que puedan ser perjudiciales para el medio ambiente, mejorar las condiciones de acceso a los mercados para las mercancías y servicios ambientales y la eliminación de las subvenciones a la pesca.

Después de más de una década de negociaciones, cuatro conferencias ministeriales, miles de páginas de textos de negociación y varias parálisis, la Ronda Doha no ha prosperado en la materia. Se necesita voluntad política para alcanzar un apoyo mutuo de los regímenes comerciales y ambientales. En caso contrario, el medio ambiente mundial seguirá padeciendo una mayor degradación y los gobiernos habrán perdido la oportunidad de contribuir al desarrollo sostenible y a conseguir una economía mundial más favorable al medio ambiente por medio de la política comercial.

En este capítulo se describe la relación entre el comercio y el medio ambiente en el contexto del sistema multilateral de comercio. Empieza con un repaso histórico al debate que condujo a las actuales negociaciones sobre comercio y medio ambiente de la OMC. En la parte II se presentan las disposiciones pertinentes de la OMC sobre el comercio y el medio ambiente. En la sección III se muestra la situación en que se encuentran las negociaciones. En la parte IV se ofrecen algunos ejemplos de asuntos sometidos al mecanismo de solución de diferencias de la OMC, en los que se aprecia que las preocupaciones por el comercio y el medio ambiente son complementarias. Por último, en la parte V se examinan los elementos que probablemente intervienen en el debate actual y futuro sobre el comercio y el medio ambiente y se plantean algunas preguntas para estimular el debate y el pensamiento crítico.

II. HISTORIA DE LA RELACIÓN ENTRE EL COMERCIO Y EL MEDIO AMBIENTE EN EL GATT/OMC

La utilización de medidas comerciales para proteger los recursos naturales y la salud de las personas o preservar los vegetales es antigua. Ya a principios del siglo XX había varios convenios internacionales en los que se abordaban cuestiones ambientales transfronterizas mediante la reglamentación de las importaciones y las exportaciones, a menudo bajo la forma de restricciones de cuarentena, normas sanitarias y licencias de exportación¹.

La relación entre el comercio y el medio ambiente saltó al primer plano en el decenio de 1970, cuando las corrientes comerciales empezaron a crecer debido al descenso de los aranceles y a la mayor eficacia de los sistemas de comunicación y transporte. Al aumentar las corrientes comerciales, se tomó conciencia de que el desarrollo industrial y el crecimiento económico podían tener consecuencias importantes para el medio ambiente. Esta consideración se convirtió en el centro del debate que se produjo en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio humano, celebrada en Estocolmo en 1972. Durante la fase de preparación de la Conferencia, la Secretaría del GATT preparó el estudio *La lucha contra la contaminación industrial y el comercio internacional*, que contribuyó a tomar conciencia de la necesidad general de proteger el medio ambiente sin levantar obstáculos innecesarios al comercio. En el GATT condujo al establecimiento de un Grupo de las Medidas Ambientales y el Comercio Internacional (el Grupo MACI). El Grupo, sin embargo, se mantuvo inactivo durante 20 años, hasta 1991, cuando los Miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC)² pidieron al Director General del GATT que convocara el Grupo MACI debido a la celebración inminente de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente y el desarrollo.

Esta petición fue consecuencia de la evolución que se había producido en el área del comercio y del medio ambiente en el curso de esos 20 años. Entre 1971 y 1991, el continuo crecimiento de las corrientes comerciales incidió en que se prestara más atención a los efectos en el medio ambiente de

1 Véase CHARNOVITZ, en: SAMPSON y WHALEY (ed.), *WTO, Trade and the Environment*, 2005, pp. 413 ss.

2 En aquel momento eran Miembros de la AELC los siguientes países: Austria, Finlandia, Islandia, Noruega, Suecia y Suiza.

las políticas comerciales. La Ronda de Tokio de negociaciones comerciales (1973-1979) fue la primera ocasión de que dispuso la comunidad comercial para examinar a fondo las cuestiones relacionadas con el medio ambiente y sus consecuencias para el GATT. El debate se centró en la aplicación de los reglamentos técnicos y hasta qué punto las medidas ambientales podían constituir obstáculos al comercio. Esto condujo a la negociación del Acuerdo de la Ronda de Tokio sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC), conocido también como el Código de Normas, que propugnaba que los reglamentos técnicos y las normas

(...) no se elaboren, adopten o apliquen con el fin de crear obstáculos al comercio³.

En 1982, los países en desarrollo levantaron su preocupación por la práctica de los países desarrollados de exportarles productos cuya venta estaba restringida por sus riesgos para el medio ambiente, la salud o la seguridad de las personas. En respuesta a esa inquietud, en 1989 se estableció un Grupo de Trabajo sobre la exportación de mercancías cuya venta está prohibida en el país de origen y otras sustancias peligrosas, para examinar las medidas necesarias para someter a control la exportación de productos prohibidos en el país de origen.

Durante estos años, el debate estuvo influido también por estudios que intentaban analizar la interacción entre el crecimiento económico y la protección del medio ambiente. Por un lado, el libro *Los límites del crecimiento* (1972) llamó la atención sobre los peligros de un crecimiento sin límites de la economía, de la población del planeta frente a los recursos limitados de este, planteando la cuestión de la sostenibilidad del crecimiento económico⁴. Por otro lado, el informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1987), titulado *Nuestro futuro común* y conocido como Informe Brundtland, señaló que la pobreza es causa y efecto principal de los problemas mundiales del medio ambiente. Sugirió que los niveles de crecimiento económico más equitativos y el uso más eficaz de los recursos generarían los medios necesarios para satisfacer necesidades humanas y ambientales a largo

3 Artículo 2 del Acuerdo de la Ronda de Tokio sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (1979).

4 Club de Roma, 40 years 'Limits to Growth'. Disponible en <<http://www.clubofrome.org/?p=326>>.

plazo⁵. En este marco, el sistema multilateral de comercio desempeñaría un papel importante de promoción de una distribución eficiente de los recursos, de la capacitación de los países en desarrollo para diversificar sus economías, renunciando a utilizar en exceso sus recursos básicos tradicionales.

La atención sobre los vínculos entre las políticas de protección del medio ambiente y los acuerdos comerciales multilaterales se agudizó a causa de un asunto sometido por México al GATT en 1991. El asunto guardaba relación con el bloqueo impuesto por Estados Unidos a la importación de atún capturado con redes que provocaban la muerte accidental de delfines. La conclusión del grupo especial del GATT de que el bloqueo era incompatible con las normas del comercio internacional movilizó la atención de la opinión pública y de los defensores del medio ambiente, quienes reavivaron las llamadas para que el GATT fuera más “verde”⁶. En su opinión, la resolución confirmaba la sospecha de que el GATT estaba más inclinado a primar el comercio que el medio ambiente y suscitaba la preocupación de que las normas comerciales fueran un obstáculo importante para la protección de los recursos naturales.

En estas circunstancias, los países de la AELC pidieron que se convocara el Grupo MACI. A pesar de que se pudiera utilizar la protección del medio ambiente como pretexto para introducir nuevas formas de proteccionismo “verde”⁷, las Partes Contratantes del GATT acordaron examinar los posibles efectos de las políticas de protección del medio ambiente. El Grupo MACI concluyó que el sistema del GATT era positivo para la protección del medio ambiente y que, mientras las competencias del GATT claramente eran ajenas a establecer normas o prioridades nacionales en materia medioambiental, no había contradicción entre los valores del sistema multilateral de comercio y la búsqueda de la protección del medio ambiente⁸.

El informe del Grupo MACI, los debates durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, celebrada en 1992, y el *Programa 21* resultante, contribuyeron a poner de manifiesto el papel del comercio internacional de promoción de la reducción de la pobreza

5 Además acuñó el concepto de *desarrollo sostenible*, definido como el desarrollo capaz de “asegurar que satisfaga las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las propias”: Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1987, p. 23.

6 CHARNOVITZ, en: SAMPSON y WHALEY (ed.), *WTO, Trade and the Environment*, 2005, pp. 420-421.

7 GATT-Doc. C/M/250 de 21 de junio de 1991.

8 GATT-Doc. L/7402 de 2 de febrero de 1994.

y de ayuda a los países en desarrollo para hacer frente a la degradación del medio ambiente. La conclusión de la Ronda Uruguay y el establecimiento de la OMC confirmaron este papel del sistema multilateral de comercio. En el preámbulo del Acuerdo de Marrakech se hace referencia, por primera vez en este contexto, al objetivo del desarrollo sostenible y la protección del medio ambiente. Al redactar el Acuerdo sobre la OMC, los Miembros reconocieron que las relaciones comerciales internacionales deben mantenerse de forma tal que permitan

(...) la utilización óptima de los recursos mundiales de conformidad con el objetivo de un desarrollo sostenible y procurando proteger y preservar el medio ambiente e incrementar los medios para hacerlo, de manera compatible con sus respectivas necesidades e intereses según los diferentes niveles de desarrollo económico⁹.

Ello fue el resultado de los debates que llevaron a las Partes Contratantes del GATT a adoptar en 1994 una Decisión sobre comercio y medio ambiente. En la Decisión se reiteraba el apoyo mutuo que debían darse las políticas internacionales sobre el comercio y el medio ambiente e instruyeron al Consejo General de establecer un Comité de Comercio y Medio Ambiente (CCMA), con el mandato de examinar esta relación y hacer recomendaciones oportunas sobre si eran necesarias modificaciones de las disposiciones del GATT/OMC. Los Ministros dejaron también claro que esta labor se realizaría

(...) sin salirse del ámbito del sistema multilateral de comercio, que se limita a las políticas comerciales y los aspectos de las políticas ambientales relacionados con el comercio que pueden tener efectos comerciales significativos para sus Miembros¹⁰.

El trabajo del Comité abarcó todos los aspectos de la labor de la Organización, con inclusión del vínculo entre las disposiciones de la OMC y las de los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente (AMUMA), las prescripciones aplicadas con fines ambientales que tengan efectos comerciales significativos (como las normas y reglamentos técnicos y las prescripciones en materia de envasado y embalaje), el análisis de las disposiciones pertinentes del

9 Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, preámbulo.

10 Decisión sobre Comercio y Medio Ambiente, 14 de abril de 1994.

Acuerdo sobre los ADPIC y la relación entre el comercio de servicios y el medio ambiente¹¹.

El CCMA, en su primer informe a la primera Conferencia Ministerial de la OMC, celebrada en Singapur en 1996, reiteró que el sistema multilateral de comercio tenía capacidad para integrar las consideraciones ambientales y contribuir a la promoción del desarrollo sostenible sin menoscabar el carácter abierto, equitativo y no discriminatorio de sus normas y disposiciones. Al mismo tiempo, reconoció que el carácter transfronterizo de las preocupaciones ambientales requería un enfoque coordinado. En este marco, destacó el papel de la coordinación de las políticas a nivel nacional (entre los funcionarios de comercio y de medio ambiente) y a nivel internacional (mediante la cooperación entre la OMC y las instituciones pertinentes)¹². Aunque el CCMA recibió críticas por no haber sido capaz de recomendar modificaciones de las disposiciones del GATT/OMC, hay que reconocer que sus debates pusieron el medio ambiente en la agenda de la OMC y tuvieron una clara influencia sobre las discusiones posteriores. Algunos de los temas enumerados devinieron en temas de la Ronda de Doha.

En 2001, en la Conferencia Ministerial de Doha, los Miembros de la OMC acordaron iniciar negociaciones sobre algunos aspectos del comercio relacionados con el medio ambiente. Además, se pidió al CCMA que prosiguiera su labor, prestando particular atención a tres puntos: (i) el efecto de las medidas medioambientales en el acceso a los mercados, especialmente en relación con los países en desarrollo y los países menos adelantados; (ii) el examen de las disposiciones pertinentes del Acuerdo sobre los ADPIC, y (iii) las prescripciones relativas al etiquetado para fines ambientales¹³. Hay otros aspectos de la Ronda de Doha vinculados al comercio y el medio ambiente, como las negociaciones sobre la agricultura y las subvenciones a la pesca. Otro resultado importante de Doha fue el mandato al CCMA y al Comité de Comercio y Desarrollo (CCD) de observar cómo se reflejaba el desarrollo sostenible en las negociaciones¹⁴.

11 Para una lista completa de las esferas de trabajo del Comité, véase la Decisión sobre Comercio y Medio Ambiente, de 14 de abril de 1994, y la Decisión sobre el comercio de servicios y el medio ambiente, de 15 de diciembre de 1993.

12 OMC-Doc. WT/CTE/1, de 12 de noviembre de 1996.

13 OMC-Doc. WT/MIN(01)/DEC/1, de 14 de noviembre de 2001, párr. 32.

14 Ídem, párr. 51.

El compromiso de los Miembros de proseguir las negociaciones sobre el comercio y el medio ambiente se reiteró en la Declaración Ministerial de Hong Kong, en la que se encomendaba a los Miembros que intensificaran las negociaciones¹⁵. En aquellos años, cada vez era más fuerte el clamor sobre la posible contribución del comercio internacional a la causa medioambiental, al punto que un autor señaló que la OMC podía devenir en la “Organización Mundial del Comercio y el Desarrollo Sostenible”¹⁶.

III. DISPOSICIONES SOBRE EL COMERCIO Y EL MEDIO AMBIENTE

El objetivo de la OMC de promover el desarrollo sostenible, tal y como se afirmaba en el preámbulo del Acuerdo de Marrakech, se basaba en el supuesto de que

(...) la liberalización del comercio elimina restricciones del mercado, distribuye eficientemente los recursos y contribuye a su utilización óptima¹⁷.

Ello hace, en el extremo, que se disponga de más recursos para el desarrollo económico y social y la gestión medioambiental.

Teniendo presente que la OMC no es un organismo medioambiental, los instrumentos para lograr este objetivo son sus normas multilaterales que orientan la formulación de políticas comerciales a escala nacional. Aunque hasta 2001 no se introdujo el medio ambiente como tema de las negociaciones, los esfuerzos por atender a consideraciones ambientales se reflejan en varias disposiciones del GATT y la OMC. Estas normas reconocen el derecho de los gobiernos de utilizar las medidas relacionadas con el comercio para proteger el medio ambiente, siempre que cumplan las normas comerciales básicas o entren en el ámbito de las excepciones establecidas. La jurisprudencia de la OMC ha reafirmado que las normas comerciales de la OMC no tienen precedencia sobre las preocupaciones ambientales¹⁸. Al contrario, intentan establecer un equilibrio entre los compromisos comerciales internacionales

15 OMC-Doc. WT/MIN(05)/DEC, de 18 de diciembre de 2005, párr. 30.

16 SAMPSON, *WTO and Sustainable Development*, 2005, p. 2.

17 Ídem, p. 2.

18 OMC, *Una introducción al comercio y el medio ambiente en la OMC*. Disponible en <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/envir_s/envt_intro_s.htm>.

y las prioridades nacionales con respecto al medio ambiente y garantizar su apoyo mutuo.

I. LOS PRINCIPIOS DEL GATT

El preámbulo del Acuerdo de Marrakech establece el marco y el alcance de las obligaciones de los Miembros de conformidad con los Acuerdos de la OMC y se considera importante para la interpretación de las disposiciones que contienen otros Acuerdos de la OMC. Los Miembros de la OMC, al reconocer que el desarrollo sostenible es uno de sus objetivos básicos, sostienen que un sistema multilateral de comercio abierto y no discriminatorio y la protección del medio ambiente no están en contradicción, sino que se apoyan mutuamente.

Aunque no haya un Acuerdo de la OMC sobre el medio ambiente, los principios de la no discriminación, la transparencia y la previsibilidad se han utilizado como marco dentro del cual los Miembros pueden aplicar medidas relacionadas con el comercio que respondan a preocupaciones medioambientales, respetando al mismo tiempo sus obligaciones de acceso a los mercados. Hay dos principios de la OMC especialmente importantes para determinar si una medida de protección del medio ambiente es compatible con los derechos y obligaciones de esta: el principio de no discriminación y el de prohibición de las restricciones cuantitativas.

El principio de no discriminación, sobre el que descansa todo el sistema multilateral de comercio, permite a los países beneficiarse de las mejores condiciones comerciales y garantiza que sus productos no serán discriminados frente a los productos nacionales una vez que hayan entrado en el mercado extranjero. Cuando se trata de bienes ambientales, el resultado de los procesos y métodos de producción (PMP) adquiere importancia para definir los productos “similares”. Por ejemplo, ¿la madera obtenida de bosques explotados de forma sostenible es similar a la madera obtenida con otros métodos de producción? ¿Los Miembros de la OMC pueden discriminar uno de los dos tipos de madera? En ambos casos no son reconocibles las características finales del producto, pero su impacto sobre el medio ambiente puede variar considerablemente. Los Miembros están de acuerdo en que los PMP que dejan una huella en el producto final sin duda hacen que algunos productos puedan ser tratados como no similares. La cuestión resulta más compleja cuando se trata de “PMP no relacionados con

productos”, es decir, métodos de producción que no dejan una huella en el producto final.

Otro principio importante del GATT es la prohibición de las restricciones cuantitativas, que figura en el artículo XI GATT y prohíbe a los Miembros imponer restricciones a la importación o venta de productos de otros Miembros de la OMC. El razonamiento que explica esa prohibición estriba en el reconocimiento de que las restricciones de las importaciones son muchas veces discriminatorias por su naturaleza y no garantizan la transparencia ni un mismo terreno de juego para los interlocutores comerciales que compiten entre sí. Dado que la mayoría de las medidas de protección del medio ambiente relacionadas con el comercio adoptan la forma de restricciones de la importación o venta de productos, las disposiciones del artículo XI GATT han adquirido importancia en el debate sobre el medio ambiente y se han alegado muchas veces en las diferencias relacionadas con el medio ambiente.

Estos dos principios son utilizados en el mecanismo de solución de diferencias de la OMC para valorar la conformidad de las medidas comerciales con los derechos y las obligaciones que corresponden a los Miembros de la OMC. Sin embargo, una medida de protección del medio ambiente relacionada con el comercio que incumple los principios antes mencionados puede estar justificada todavía al amparo de las excepciones generales que figuran en el artículo XX GATT.

2. EXCEPCIONES GENERALES: ARTÍCULO XX GATT

Las normas de la OMC dejan espacio para excepciones a sus principios, bajo ciertas condiciones. En el artículo sobre excepciones generales se enumeran algunos casos en los que los Miembros de la OMC pueden justificar una medida incompatible con el GATT. El artículo se compone de un encabezado, que establece las condiciones en que es aplicable, y una lista de 10 excepciones. De ellas, 2 son importantes en el debate sobre el medio ambiente y, junto con el encabezado, constituyen la base de la jurisprudencia de la OMC sobre la relación entre el comercio y el medio ambiente.

FIGURA I :
EXCEPCIONES GENERALES: ARTÍCULO XX GATT

Encabezado:

A reserva de que no se apliquen las medidas enumeradas a continuación en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional, ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas:

Excepciones:

[...]

b) necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y los animales o para preservar los vegetales;

[...]

g) relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales [...].

En virtud del artículo XX GATT, una medida destinada a proteger el medio ambiente tendrá que superar un análisis doble para demostrar su legitimidad. En primer lugar, tendrá que estar incluida en el ámbito de una de las excepciones enumeradas en el artículo XX GATT; en segundo, tendrá que cumplir las condiciones el encabezado.

El párrafo b) del artículo XX GATT exige que la medida sea *necesaria* para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales. Por consiguiente, la medida tiene que superar la prueba de su *necesidad*. El Órgano de Apelación ha identificado una serie de criterios para ello. El análisis tiene que determinar hasta qué punto la medida contribuye al objetivo político, cuál es la importancia del valor común que protege y qué

impacto tiene sobre el comercio internacional. Sobre la base del examen de esas condiciones, si la medida es necesaria, se comparará con otras medidas alternativas posibles para lograr el mismo objetivo y determinar así si hay medidas menos restrictivas del comercio que conseguirían el mismo resultado. La primera vez en que se consideró que una medida cumplía el criterio de necesidad fue en el asunto *CE – Amianto*. Tanto el grupo especial como el Órgano de Apelación consideraron que el objetivo político de Francia, que era reducir la difusión del riesgo para la salud que representaba el amianto, podía justificar medidas estrictas y que la prohibición impuesta por Francia al amianto y los productos a base de amianto era adecuada para el logro de ese objetivo¹⁹.

Para que sea aplicable el párrafo g), las medidas deben ser *relativas a* la conservación de los recursos naturales agotables. Esta disposición se ha interpretado que significa que la medida debe tener una relación sustancial, y no solo accidental, con la conservación de un recurso natural. Además, la medida tiene que aplicarse conjuntamente “con restricciones a la producción o al consumo nacionales” para cumplir el requisito de imparcialidad. En el asunto *Estados Unidos – Gasolina*, el Órgano de Apelación constató que la medida de Estados Unidos para reducir la contaminación atmosférica, consistente en regular la composición y los efectos de las emisiones de las gasolinas, estaba “destinada principalmente a” la conservación de recursos naturales, en este asunto, un aire limpio, a los efectos del párrafo g) del artículo XX GATT. Además, se constató que la medida estadounidense cumplía el requisito de imparcialidad, ya que afectaba tanto a los productos importados como a los nacionales²⁰.

Para que una medida pueda acogerse a una de las excepciones también tiene que cumplir las condiciones del encabezado, es decir, tiene que aplicarse de forma que no constituya

(...) un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre dos países en que prevelezcan las mismas condiciones o una restricción encubierta al comercio internacional.

19 *CE – Amianto*, GE, WT/DS135/R.

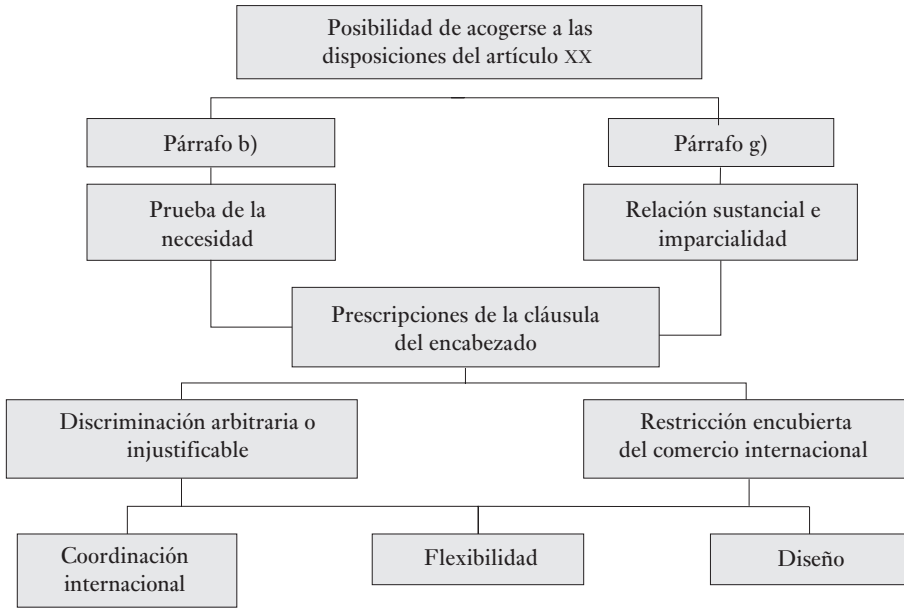
20 *Estados Unidos – Gasolina*, OA, WT/DS2/AB/R, pp. 20 y 22.

El encabezado pretende impedir el uso indebido o el abuso de las excepciones generales por los Miembros al obligar a determinar si una medida concreta se introdujo para conseguir un objetivo político legítimo o bien para eludir obligaciones establecidas en virtud del GATT.

El Órgano de Apelación ha identificado algunas directrices para establecer el cumplimiento del encabezado. En primer lugar, siempre es preferible un enfoque multilateral a uno unilateral, y por eso el Órgano de Apelación considerará si el país que adopta la medida ha realizado actividades de cooperación a escala internacional para conseguir su objetivo político. Por ejemplo, en el asunto *Estados Unidos – Camarones*, las medidas adoptadas por Estados Unidos para negociar con las partes un acuerdo internacional de protección de las tortugas marinas se consideró una prueba suficiente de que la medida no constituía una discriminación arbitraria o injustificable. Otra circunstancia positiva es el nivel de flexibilidad de la medida y si se tienen en cuenta en su aplicación las diferentes situaciones en los distintos países en los que la medida política concreta podría ser inadecuada o inaplicable. En el asunto *Estados Unidos – Camarones*, a fin de cumplir las recomendaciones del Órgano de Apelación, Estados Unidos modificó su medida para conceder acceso a su mercado a los camarones basándose en la adopción de un programa de efecto *comparable* al adoptado por Estados Unidos, en lugar de exigir la adopción por el país desde el que se realizan las importaciones del mismo marco legal. Por último, el Órgano de Apelación considera que el carácter discriminatorio de la medida se puede determinar a través de su diseño. Por ejemplo, en el asunto *Estados Unidos – Camarones*, la revisión de Estados Unidos de la medida, que permitió programas distintos a la utilización de un dispositivo para excluir a las tortugas (DET) y previó la prestación de asistencia técnica, mostraba que la medida ya no constituía una restricción encubierta del comercio internacional.

La Figura 2 muestra las etapas que han de cubrirse en el examen de una medida de protección del medio ambiente para acogerse al artículo XX GATT.

FIGURA 2:
EL ANÁLISIS DE LAS DISPOSICIONES DEL ARTÍCULO XX GATT



Basada en el curso de formación en línea de la OMC dedicado al comercio y el medio ambiente, marzo de 2011.

3. OTRAS DISPOSICIONES PERTINENTES DE LOS ACUERDOS DE LA OMC

La complementariedad entre las obligaciones comerciales y el derecho de los Miembros de procurar el logro de objetivos nacionales está también garantizada por las disposiciones que figuran en los dos Acuerdos de la OMC que responden directa o indirectamente a preocupaciones por el medio ambiente relacionadas con el comercio.

Algunas disposiciones que figuran en los Acuerdos sobre obstáculos técnicos al comercio (OTC)²¹ y medidas sanitarias y fitosanitarias (MSF)²² tienen una especial relación con la protección del medio ambiente. Reconocen el derecho a aplicar medidas destinadas a asegurar la calidad de sus expor-

²¹ Ver Capítulo 10.

²² Ver Capítulo 9.

taciones y a cumplir objetivos legítimos, incluida la protección del medio ambiente, en tanto que se apliquen de manera que no constituyan obstáculos innecesarios al comercio. Así, se pueden utilizar medidas MSF para proteger el medio ambiente frente a la utilización excesiva de plaguicidas u otros contaminantes, así como frente a la entrada y difusión de plagas que puedan dañar los ecosistemas locales. Los OTC pueden responder a preocupaciones por el medio ambiente estableciendo normas destinadas a conseguir un determinado resultado ambiental, como la eficiencia energética, la reducción de las emisiones, el reciclaje, etc. La disposición más importante del OTC es la referente al etiquetado ecológico, porque hace referencia al impacto sobre el medio ambiente del ciclo vital de un producto: producción, consumo y eliminación. En este sentido, desempeñan un papel fundamental los procesos y métodos de producción (PMP). Los PMP que dejan una huella en el producto final claramente caen bajo el ámbito del Acuerdo OTC, pero no hay consenso acerca de si los PMP que no alteran las características físicas del producto final (PMP no relacionados con productos) están incluidos también en su ámbito. Se ha reconocido que el etiquetado ecológico es un importante instrumento político para responder a preocupaciones relacionadas con la salud y el medio ambiente y para despertar la conciencia de los consumidores²³. Sin embargo, algunos Miembros consideran que una discriminación entre mercancías basada en PMP no relacionados con el producto es incompatible con las normas de la OMC; consideran que se trata de un intento de imponer sus prioridades ambientales a otros Miembros. Además, muchos países en desarrollo han manifestado su preocupación respecto a la capacidad de sus empresas, especialmente las PYMES, de cumplir las normas relativas a PMP establecidas por los países desarrollados; ello sería discriminatorio y restrictivo del comercio. El debate está todavía abierto.

La protección del medio ambiente es un aspecto fundamental del Acuerdo sobre la Agricultura (AG)²⁴. En su preámbulo, el Acuerdo establece que los compromisos en el marco del programa de reforma deben contraerse

(...) tomando en consideración (...) la necesidad de proteger el medio ambiente²⁵.

23 OMC-Doc. WT/CTE/I, de 12 de noviembre de 1996, párr. 188.

24 Ver Capítulo 8.

25 Acuerdo sobre la Agricultura de la OMC, preámbulo.

La relación más evidente entre el AG y el medio ambiente estriba en el análisis de los efectos de los programas nacionales de ayuda. En general se reconoce que algunas formas de ayuda interna, en especial de la asistencia relacionada con la producción, pueden conducir a la utilización insostenible de la tierra, la sobreproducción, la degradación de los recursos naturales y la pérdida de diversidad biológica, entre otros aspectos. En el sector de la silvicultura, por ejemplo, las presiones para ampliar la producción agrícola han tenido un efecto negativo sobre la protección, ordenación y conservación de las áreas forestales. En vista del efecto negativo que las subvenciones agrícolas pueden tener sobre el tejido social y el medio ambiente, los Miembros de la OMC acordaron reformar el comercio de productos agrícolas con el objeto de mejorar el acceso a los mercados y al mismo tiempo reducir las subvenciones que causan distorsión del comercio. Esto puede dar lugar a prácticas agrícolas menos intensivas, más sostenibles, con la consiguiente reducción de plaguicidas y abonos y mejores resultados para el medio ambiente. Sin embargo, es importante observar que no todas las subvenciones tienen efectos negativos sobre el comercio internacional o el medio ambiente. También pueden contribuir a la protección del medio ambiente, cuando permiten que los países logren externalidades positivas para este.

En el sector de los productos no agrícolas, las subvenciones están reglamentadas por el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias²⁶. El Acuerdo regula la utilización de subvenciones sobre la base de sus efectos sobre el comercio internacional y, en la medida en que concurran las condiciones adecuadas, otorga a los Miembros espacio político suficiente para promover la utilización y difusión de tecnologías verdes.

El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC)²⁷ contribuye también a la protección del medio ambiente. Establece un marco de protección de la propiedad intelectual que fomenta la creación y la innovación y puede contribuir de manera importante a promover el acceso y la difusión de tecnologías varias. En la Sección 5 de la Parte II del Acuerdo se hace una referencia expresa al medio ambiente, al establecer que los Miembros tienen la posibilidad de excluir de la patentabilidad las inversiones que resulten dañinas para el ecosistema. ADPIC establece también la protección de las obtenciones vegetales,

26 Ver Capítulo 17.

27 Ver Capítulo 22.

lo que ha planteado algunas preocupaciones. Algunos Miembros reconocen que una protección adecuada mediante patente puede contribuir a resolver problemas en áreas tales como la nutrición, la salud y el medio ambiente; pero otros consideran que las patentes de formas de vida pueden originar una amplia gama de problemas, como el desplazamiento de variedades tradicionales por otras variedades y la pérdida de diversidad biológica²⁸. Hay preocupación por las consecuencias de la protección mediante patentes de los conocimientos tradicionales y el folclore, que permitiría a las comunidades locales e indígenas vivir en un entorno ecológicamente sostenible y promover la conservación de los recursos genéticos y naturales²⁹.

IV. LAS NEGOCIACIONES SOBRE EL COMERCIO Y EL MEDIO AMBIENTE

El mandato de la Ronda Doha abrió una oportunidad sin precedentes de reforzar el apoyo mutuo entre el comercio y la de protección del medio ambiente.

I. EL MANDATO MINISTERIAL DE DOHA SOBRE EL COMERCIO Y EL MEDIO AMBIENTE

El mandato de la Ronda de Doha con respecto a las negociaciones sobre el comercio y el medio ambiente, establecido en los párrafos 28 y 31 de la Declaración Ministerial de Doha, abarca los siguientes aspectos: (i) la relación existente entre las normas vigentes de la OMC y las obligaciones comerciales específicas establecidas en los AMUMA; (ii) procedimientos para el intercambio regular de información entre las secretarías de los AMUMA y los Comités pertinentes de la OMC, y los criterios para conceder la condición de observador; (iii) la reducción o, según proceda, la eliminación de los obstáculos arancelarios y no arancelarios a los bienes y servicios ecológicos, y (iv) las subvenciones a la pesca.

Según se estableció en la primera reunión del Comité de Negociaciones Comerciales (CNC), celebrada el 1º de febrero de 2002^[30], las negociacio-

28 OMC-Doc. IP/C/W/369/Rev.1, de 9 de marzo de 2006.

29 OMC-Doc. IP/C/W/370/Rev.1, de 9 de marzo de 2006.

30 OMC-Doc. TN/C/1, de 4 de febrero de 2002.

nes sobre esas cuestiones, con inclusión de la identificación de cuáles son los bienes y servicios ecológicos pertinentes, tendrían lugar en “reuniones extraordinarias” del Comité de Comercio y Medio Ambiente. Las negociaciones sobre el acceso a los mercados de los bienes y servicios ambientales se mantendrían en “reuniones extraordinarias” del Grupo de Negociación sobre el Acceso a los Mercados y del Consejo de Servicios. Por último, las negociaciones relativas al capítulo de la pesca de la Declaración Ministerial de Doha se producirían en el Grupo de Negociación sobre Normas.

2. LAS NEGOCIACIONES SOBRE COMERCIO Y MEDIO AMBIENTE DE DOHA

El último informe del CCMA en Sesión Extraordinaria³¹ refleja la labor realizada a la fecha y presenta proyecto de texto en las esferas de convergencia, por ejemplo, en torno a la idea de un resultado combinado en el marco de los apartados i) y ii) del párrafo 31, como proyecto de una Decisión Ministerial. Si bien tal propuesta deriva de los textos presentados por los Miembros, en algunos casos representa la percepción del Presidente de los debates y las consultas celebradas. El texto contiene algunos corchetes para indicar elementos de divergencia.

3. RELACIÓN ENTRE LAS NORMAS DE LA OMC Y LAS DE LOS AMUMA

La relación entre las normas vigentes de la OMC y las obligaciones comerciales específicas establecidas en los AMUMA, a la que se hace referencia en el apartado i) del párrafo 31 del mandato, se debatió durante algunos años en la OMC como parte del programa de trabajo del CCMA, antes del inicio de las negociaciones de Doha.

Actualmente están en vigor más de 250 AMUMA y aproximadamente 20 de ellos³² contienen disposiciones comerciales, como prohibiciones,

31 OMC-Doc. TN/TE/20, de 21 de abril de 2011.

32 Aunque no haya una lista exhaustiva de los AMUMA que contienen medidas relacionadas con el comercio, el foco de los debates en la OMC se ha situado en: el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación; el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) y el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecno-

prescripciones en materia de licencias y de notificación y prescripciones relativas al envasado o etiquetado³³. Los Miembros de la OMC han estudiado la relación entre las normas de la OMC y los AMUMA y la posibilidad de que sus disposiciones se superpongan. La preocupación se planteó debido a las disposiciones sobre el comercio que contienen algunos de los acuerdos sobre medio ambiente y la posibilidad de que diferencias planteadas en el marco de AMUMA fuesen sometidas al Mecanismo de Solución de Diferencias de la OMC. Aunque sea improbable un caso de diferencias surgidas entre partes que suscriben un AMUMA (las diferencias se solucionarán de conformidad con el AMUMA correspondiente)³⁴, la probabilidad de que surjan diferencias entre un país que sea parte en un AMUMA y otro país que no lo sea, pero que sean los dos Miembros de la OMC, es mayor. Se ha argumentado que la OMC no debería esperar a que esto sucediera y regular la ocurrencia de tal hipótesis.

En el debate actual, los principales *demandeurs* (la Unión Europea y Suiza) consideran que es preciso aclarar más la relación entre las normas de la OMC y las de los AMUMA para asegurar el apoyo mutuo del comercio y el medio ambiente, y evitar cualquier conflicto entre los dos regímenes. Reconocen que las negociaciones sobre la relación entre las normas de la OMC y las de los AMUMA brindan la ocasión de establecer sinergias a nivel internacional entre los dos regímenes. Para la OMC, su objetivo es enviar una señal clara que indique que las normas del comercio no impiden, ni impedirán, la aplicación de ningún AMUMA; que las normas de la OMC y las de los AMUMA son partes equivalentes del Derecho internacional, y que cada

logía; la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (CITES); el Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono; el Convenio de Rotterdam sobre el procedimiento de consentimiento fundamentado previo aplicable a ciertos plaguicidas y productos químicos peligrosos objeto del comercio internacional; el Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes, y la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC) y su Protocolo de Kyoto. En el documento de la OMC *Matriz de las medidas relacionadas con el comercio adoptadas en el marco de determinados acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente*, OMC-Doc. TN/TE/S/5/Rev.3, de 11 de junio de 2011, puede encontrarse más información.

33 OMC, *Aprovechamiento del comercio para el desarrollo sostenible y una economía verde*, 2011.

34 En su informe de 1996, el CCMA recomendaba que “si entre Miembros de la OMC que son partes en un AMUMA surgiera una diferencia acerca del recurso a medidas comerciales que aplican entre sí en cumplimiento del mismo, deberán tratar de resolverla por medio del recurso y los mecanismos de solución de diferencias del propio AMUMA”: OMC-Doc. WT/CTE/1, de 12 de noviembre de 1996, párr. 178.

régimen debe responder a cuestiones que entren en el área de su respectivo ámbito de conocimientos especializados.

Por otro lado, la opinión mayoritaria de los Miembros de la OMC es considerar que la relación entre las normas de la OMC y las de los AMUMA ha funcionado bien, como demuestra la ausencia –hasta la fecha– de conflictos entre el régimen del comercio y el régimen del medio ambiente. Dada esta realidad y el hecho de que el Órgano de Apelación de la OMC ha confirmado repetidas veces que la OMC puede tener en cuenta otros instrumentos del Derecho internacional al interpretar sus propias normas, estos Miembros consideran que no hay necesidad de aclarar o volver a definir de ningún modo la relación entre la OMC y los AMUMA.

Además, la mayoría de los Miembros de la OMC considera que el mandato establecido en el apartado i) del párrafo 31 tiene un alcance mucho más restringido que el que se deduciría de las propuestas de los *demandeurs*. En primer lugar, el mandato se limita expresamente a la “relación entre las normas vigentes de la OMC y las obligaciones comerciales específicas establecidas en los acuerdos multilaterales sobre el medio ambiente (AMUMA)”³⁵. En otras palabras, no abarca todas las medidas comerciales incluidas en los AMUMA. En segundo lugar, el mandato establece claramente que las negociaciones se limitarán a la aplicabilidad de las normas vigentes de la OMC “entre las partes en el AMUMA de que se trate”³⁶, y “se harán sin perjuicio de los derechos que corresponden en el marco de la OMC a todo Miembro que no sea parte en ese AMUMA”³⁷. Según estos Miembros de la OMC, la coordinación a escala nacional es el mejor medio de evitar conflictos entre los dos instrumentos jurídicos.

En 2000 surgió un posible conflicto entre un AMUMA y las disposiciones de la OMC, los que dio lugar al asunto *CE – Pez espada*³⁸. En esta diferencia, la Unión Europea se quejaba de que se negaba a sus buques del Pacífico Sudoriental el desembarco de pez espada en puertos chilenos, infringiéndose así las disposiciones del artículo V GATT (libertad de tránsito) y del artículo XI GATT (prohibición de las restricciones cuantitativas). Por otro lado, Chile invocaba la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho

35 OMC-Doc. WT/MIN(01)/DEC/1, de 20 de noviembre de 2001, apartado i) del párrafo 31.

36 Ídem.

37 Ídem.

38 *Chile – Pez espada*, WT/DS193.

del Mar y argumentaba que, como la Unión Europea no había cooperado con Chile en la conservación de especies altamente migratorias, Chile tenía que recurrir a medidas de conservación para asegurar la sostenibilidad de la pesca de pez espada. En diciembre de 2000, la Unión Europea solicitó el establecimiento de un grupo especial del Órgano de Solución de Diferencias (OSD) y, al mismo tiempo, Chile inició un procedimiento ante el Tribunal Internacional del Derecho del Mar. Sin embargo, el asunto nunca fue examinado. En marzo de 2001, tras haber llegado Chile y la Unión Europea a un arreglo provisional, las partes decidieron suspender tanto la constitución del grupo especial de la OMC como el procedimiento ante el Tribunal Internacional del Derecho del Mar. Aunque la diferencia nunca dio lugar a una resolución, sirve claramente de ejemplo del peligro de que dos órganos que tienen jurisdicción sobre el mismo asunto dicten resoluciones contradictorias.

En fecha más reciente, el asunto sometido al Órgano de Solución de Diferencias por Estados Unidos, el Canadá y la Argentina contra las directivas de la Unión Europea sobre los organismos modificados genéticamente planteaba una cuestión similar³⁹. La Unión Europea argumentaba que el grupo especial debía tener en cuenta el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología, de 2000, que incluía en su ámbito el comercio de organismos modificados genéticamente (OMG) y permitía a sus partes (entre ellas, la UE) utilizar en sus decisiones el principio de precaución. Sin embargo, el grupo especial estableció que el Protocolo de Cartagena no tenía ninguna trascendencia porque ninguno de los reclamantes era parte de él⁴⁰.

Las negociaciones de la Ronda Doha muestran la decisión de los Miembros de adoptar medidas para aclarar la relación entre las normas de la OMC y los AMUMA, en lugar de dejar el asunto en manos del OSD. Es una ocasión única para crear sinergias entre el sistema multilateral de comercio y la agenda internacional de protección del medio ambiente.

Se han presentado tres propuestas principales de resultado sobre la parte del mandato relativa al comercio y el medio ambiente: la primera fue

39 *CE – Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos*, GE, WT/DS 291/R, WT/DS 292/R, WT/DS 293/R.

40 Los Estados Unidos no habían firmado el Protocolo y Canadá y Argentina lo habían firmado, pero no lo habían ratificado.

planteada por la Unión Europea⁴¹; la segunda fue una propuesta conjunta de Australia y Argentina⁴², y la tercera fue presentada por Noruega⁴³.

La UE pretendía incluir en el resultado algunos principios básicos que gobiernen la relación entre la OMC y los AMUMA (como el apoyo mutuo, la no subordinación, la deferencia y la transparencia). También propuso que los comités y grupos especiales de la OMC solicitarán “la opinión especializada” de los AMUMA sobre cuestiones relacionadas con el medio ambiente.

Australia y Argentina hacían hincapié en su propuesta conjunta sobre la importancia de la coordinación a nivel nacional para asegurar una relación de apoyo mutuo entre el comercio y el medio ambiente. Propugnaba que los Miembros siguieran compartiendo su experiencia en la negociación y aplicación de las obligaciones comerciales específicas establecidas en los AMUMA, en el marco de las reuniones ordinarias del Comité de Comercio y Medio Ambiente. La propuesta de Noruega intentaba lograr un equilibrio entre las dos proposiciones antes mencionadas. Además, el Grupo Africano presentó una moción centrada en la cuestión de la asistencia técnica y la creación de capacidad con respecto a la aplicación de las medidas previstas en los AMUMA⁴⁴.

Hasta la fecha, las cuestiones que se han planteado son las siguientes: (i) la importancia de la coordinación nacional para promover el apoyo mutuo entre el comercio y el medio ambiente, y el valor de compartir la experiencia adquirida al respecto; (ii) cómo se pueden reflejar en un resultado los debates mantenidos por el CCMA en Sesión Extraordinaria (CCMA-SE) con respecto a las obligaciones comerciales específicas establecidas en los AMUMA; (iii) solución de diferencias/principios legales; (iv) asistencia técnica a los países en desarrollo Miembros, y (v) principios generales.

En general, los Miembros han llegado a una convergencia sobre ciertos aspectos de estos debates, como la importancia de la coordinación nacional y del intercambio de experiencias. Persisten disensos importantes respecto a la propuesta de que los grupos especiales “se supediten” a la opinión especializada de los AMUMA cuando examinen una diferencia en la que esté implicada una medida prevista en un AMUMA. De hecho, algunos Miembros

41 OMC-Doc. TN/TE/W/68, de 30 de junio de 2006.

42 OMC-Doc. TN/TE/W/72/Rev.1, de 7 de mayo de 2007.

43 OMC-Doc. JOB(08)/33, de 29 de abril de 2008.

44 OMC-Doc. JOB(08)/38, de 8 de mayo de 2008.

argumentan que esta propuesta supera los límites del mandato y puede alterar el equilibrio actual de derechos y obligaciones previsto en los Acuerdos de la OMC⁴⁵.

4. INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN Y CONDICIÓN DE OBSERVADOR

El mandato del apartado ii) del párrafo 31, sobre cooperación entre la OMC y los AMUMA, tiene dos componentes, a saber: procedimientos para el intercambio de información entre las secretarías de los AMUMA y los Comités pertinentes de la OMC, y criterios para conceder la condición de observador a los AMUMA⁴⁶.

Los Miembros consideran que la primera parte del mandato está relativamente clara, teniendo en cuenta que la Secretaría de la OMC ha trabajado durante muchos años con algunas secretarías de AMUMA. Esta colaboración se ha producido, por ejemplo, a través de la organización de reuniones informativas del CCMA con AMUMA y en el marco de las actividades de asistencia técnica organizadas por la OMC en la esfera del comercio y el medio ambiente. Como resultado, las negociaciones se centraron principalmente en la forma de intensificar o formalizar las prácticas de intercambio de información ya existentes.

En la segunda parte del apartado ii) del párrafo 31 se pide que se negocien los criterios para la concesión de la condición de observador a las secretarías de los AMUMA. Esta cuestión está estrechamente relacionada con el *impasse* político para otorgar la condición de observador a las organizaciones internacionales ante el Consejo General. Aunque varios AMUMA tengan ya la condición de observador ante algunos órganos de la OMC, otros han presentado su solicitud después de que se llegara a la situación de bloqueo. Entre las solicitudes de observador en las reuniones ordinarias del CCMA figuran: el Convenio de Basilea sobre el control de los movimientos transfronterizos de los desechos peligrosos y su eliminación, la Secretaría del Ozono del Protocolo de Montreal sobre las Sustancias que Agotan la Capa de Ozono y la Organización Internacional de las Maderas Tropicales. Además, el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) ha pedido que

45 OMC-Doc. TN/TE/20, de 21 de abril de 2011.

46 OMC-Doc. WT/MIN(01)/DEC/1, de 20 de noviembre de 2001, apartado ii) del párrafo 31.

se le conceda la condición de observador en el Consejo sobre los ADPIC, así como en los Comités MSF y OTC.

A la espera de que se desbloquee políticamente la situación en el Consejo General, los Comités de la OMC pueden seguir concediendo la condición de observador a otras organizaciones internacionales, con inclusión de los AMUMA, sobre una base *ad hoc*, reunión por reunión, como se ha hecho en el CCMA-SE.

Respecto al intercambio de información, hay convergencia sobre unas propuestas básicas: la celebración de reuniones para intercambiar información con las secretarías de los AMUMA; el acceso a documentos, y la colaboración entre las Secretarías de la OMC y los AMUMA. En recientes debates se ha examinado el tema de si pueden celebrarse reuniones para el intercambio de información en otros comités pertinentes de la OMC, aparte del CCMA⁴⁷.

Con respecto a la condición de observador quedan pendientes dos temas principales: (i) un texto que facilite la concesión de la condición de observador en el CCMA a los AMUMA adecuados y (ii) responder positivamente a las solicitudes pendientes y otorgar la condición de observador en el CCMA. El proyecto de Decisión Ministerial establece algunos criterios a este respecto, pero es necesario seguir trabajando.

5. BIENES Y SERVICIOS AMBIENTALES

En el apartado iii) del párrafo 31 de la Declaración Ministerial de Doha se hace referencia al componente de acceso a los mercados del mandato de las negociaciones sobre el comercio y el medio ambiente⁴⁸. Instruye que se entablen negociaciones sobre la “reducción o, según proceda, la eliminación de los obstáculos arancelarios y no arancelarios a los bienes y servicios ecológicos”.

Los Miembros han señalado muchas veces que las negociaciones sobre los bienes y los servicios ambientales tienen la posibilidad de generar un resultado que rinda beneficios por partida triple. Hasta la fecha, las negociaciones en el CCMA-SE se han centrado en la identificación de los bienes ambientales a liberalizar. Los servicios ambientales son objeto de negociaciones en el Consejo del Comercio de Servicios en Sesión Extraordinaria.

47 Como queda reflejado en el Anexo II del documento OMC-Doc. TN/TE/19, de 22 de marzo de 2010, y de nuevo en el documento OMC-Doc. TN/TE/20, de 21 de abril de 2011.

48 OMC-Doc. WT/MIN(01)/DEC/1, de 20 de noviembre de 2001, apartado iii) del párrafo 31.

En general se acepta que la eliminación o reducción de los obstáculos a los bienes y servicios ambientales redundará en beneficio del medio ambiente al (i) aumentar el acceso de los Miembros de la OMC a tecnologías ambientales de alta calidad a un costo inferior; (ii) promover el uso de estas tecnologías, lo que a su vez puede estimular la innovación y la transferencia de tecnología a los países en desarrollo, y (iii) tener la posibilidad de influir positivamente en el cambio climático, por la difusión de tecnologías limpias e inocuas para el clima (explotación del viento, el sol, el carbón limpio y una iluminación eficaz) que contribuya a la mitigación del cambio climático. Esto tiene especial interés comercial para los países en desarrollo, en particular para aquellos en crecimiento rápido. Según un estudio del Banco Mundial, la eliminación de los obstáculos arancelarios y no arancelarios al comercio de bienes y servicios ambientales puede producir unas ganancias comerciales hasta de un 13%^[49].

La importancia de la apertura comercial para los bienes ambientales y para las tecnologías respetuosas del medio ambiente se hizo evidente cuando los líderes mundiales trataron de responder a la crisis financiera y el declive económico a través de un “Nuevo Pacto Verde Mundial”⁵⁰: apoyo a políticas verdes de crecimiento a escala nacional que promuevan un crecimiento mundial ambientalmente sostenible, con creación de empleo; facilitar el acceso a bienes y tecnologías verdes puede contribuir a mejorar la eficiencia energética, disminuir las emisiones de gases de efecto invernadero y asegurar un efecto positivo sobre la calidad del aire, el agua, el suelo y la conservación de los recursos naturales.

49 Banco Mundial, *Warming up to Trade? Harnessing International Trade to Support Climate Change Objectives*, 2007.

50 Con el “Nuevo Pacto Verde Mundial” se trata de situar la economía, a escala nacional y mundial, en el camino adecuado para vivir dentro de los límites que impone el medio ambiente. Se trata también de la equidad en un mundo que se está calentando y pide que se establezcan nuevos mecanismos financieros para ayudar a la mayoría del mundo a adaptarse al cambio climático. Así se romperían las cadenas de dependencia del uso de combustibles fósiles. Ver el primer informe del Grupo del “Nuevo Pacto Verde Mundial”, Green New Deal Group, *A Green New Deal: Joined-Up Policies to Solve the Triple Crunch of the Credit Crisis, Climate Change and High Oil Prices*, 2008.

6. IDENTIFICACIÓN DE LAS CATEGORÍAS DE BIENES OBJETO DE DEBATE

Al inicio de las negociaciones, los Miembros convinieron en una división del trabajo entre el CCMA-SE, el Grupo de Negociación sobre el Acceso a los Mercados para los productos no agrícolas y el Consejo de Comercio de Servicios en Sesión Extraordinaria, donde se producen las negociaciones sobre los servicios ambientales. Hasta la fecha, los debates sobre el apartado iii) del párrafo 31 se han desarrollado en el CCMA-SE y se han centrado sobre todo en la identificación de los bienes ambientales.

Desde el inicio de las negociaciones, algunos Miembros listaron bienes que consideraban ambientales, divididos en una amplia gama de categorías y sub-categorías⁵¹: el control de la contaminación atmosférica, la energía renovable, la gestión de desechos y el tratamiento del agua, las tecnologías ambientales, y la captación y almacenamiento de carbono, entre otros.

El objetivo de los distintos enfoques ha sido identificar un universo de productos cuyo carácter ambiental sea creíble y que puedan ser objeto de liberalización de conformidad con el mandato de Doha.

Por varios motivos, la identificación de los bienes ambientales ha sido un reto especial para los Miembros. El primero se relaciona con el hecho de que no hay una definición o criterios convenidos para identificar los bienes ambientales. La “inocuidad ambiental” de los bienes es un concepto relativo. Por ejemplo, algunos bienes considerados inocuos para el medio ambiente en algunos países pueden ser considerados hostiles en otros, o algunos bienes pueden considerarse ambientalmente amigables, en comparación con otros productos, aun siendo nocivos para el medio ambiente.

El tema de los “usos múltiples” de los bienes ha sido una fuente de preocupación para algunos Miembros, en particular para los en desarrollo. Aunque determinados bienes, como las turbinas de viento o los paneles solares, parezcan ser intrínsecamente ambientales, sus componentes pueden no serlo. De hecho, tal es el caso la mayoría de los bienes que han sido propuestos por los Miembros en el marco del apartado iii) del párrafo 31.

Además, los Miembros que han presentado estos bienes también han propuesto descripciones explícitas de estos productos, o las posibles par-

51 OMC-Doc. TN/TE/19, de 22 de marzo de 2010, Anexo III.

tidas “ex”⁵² que permitirían una mayor concreción en las nomenclaturas arancelarias nacionales. Sin embargo, siguen pendientes algunas cuestiones sobre la forma de reflejar en el Sistema Armonizado los productos con usos múltiples, y si los países en desarrollo Miembros pueden establecer partidas “ex” en sus nomenclaturas arancelarias nacionales.

Además, determinados países han manifestado su preocupación por el alcance de la liberalización en el marco del apartado iii) del párrafo 31. Argumentan que la mayoría de los bienes que son objeto de debate en el CCMA-SE son también objeto de negociaciones relativas al acceso a los mercados para los productos no agrícolas y, por consiguiente, los aranceles que los gravan serán objeto de recortes en este último contexto. No obstante, los bienes ambientales han sido señalados expresamente en la Ronda Doha y el CCMA-SE tiene el claro mandato de procurar un resultado inmediato en esta esfera, en paralelo con la labor que se esté realizando en otros grupos.

Con respecto al tipo de bienes, el mandato no sugiere en ninguna de sus partes que las negociaciones deben limitarse a bienes industriales y pueden incluir productos agrícolas. De ahí que algunas delegaciones han indicado su interés por mercancías clasificadas en el Sistema Armonizado como productos agrícolas, como el etanol.

Por último, otro reto que se plantea con respecto a la identificación de los bienes ambientales se relaciona con el hecho de que la tecnología ambiental se está desarrollando rápidamente y unos bienes que hoy son considerados respetuosos con el medio ambiente pueden no ser considerados tales al cabo de unos años. En el marco de las negociaciones en curso, esto plantea la cuestión de si el mandato del apartado iii) del párrafo 31 establece un acto único de liberalización o si debe incluirse en el resultado final un mecanismo de examen que garantice que los bienes objeto de la liberalización son auténticamente ambientales.

7. MODALIDADES O TRATO

Aparte de identificar los bienes ambientales, los Miembros deberán acordar el trato que recibirán, con inclusión de los objetivos numéricos a lograr para cumplir lo instruido por Declaración de Doha.

52 Código utilizado en las bases de datos de la OMC para indicar que un producto definido a un nivel de línea arancelaria está, a su vez, subdividido porque le corresponden dos o más derechos.

Actualmente, se consideran cinco enfoques para reconocer los bienes ambientales:

- i) el enfoque de lista, según el cual los Miembros acordarían multilateralmente una lista básica de bienes (actualmente hay unos 400 productos sobre la mesa);
- ii) el enfoque de proyecto, según el cual los Miembros identificarían las entidades públicas y privadas que llevan a cabo actividades y proyectos ambientales (los bienes y servicios contratados por estas entidades merecerían las concesiones que se determinarían);
- iii) el enfoque de petición/oferta, según el cual los Miembros seleccionarían los productos ambientales mediante un procedimiento de peticiones y ofertas (cada Miembro propondría bienes que considere ambientales);
- iv) el enfoque combinado, según el cual los Miembros seleccionarían autónomamente listas de bienes (los productos que se superpusiesen en las listas confeccionadas autónomamente constituirían una lista básica que se complementaría mediante un proceso de peticiones y ofertas), y
- v) el enfoque híbrido, que combina los diferentes elementos de todas las propuestas presentadas: se convendría en una lista multilateral básica común, una lista complementaria elaborada de forma autónoma por cada uno de ellos, un proceso voluntario de peticiones y ofertas y el reconocimiento de la utilidad del enfoque basado en proyectos para identificar los bienes ambientales⁵³.

Tanto el enfoque combinado como el híbrido intentan recoger los distintos elementos identificados en los tres primeros enfoques. Aunque todas las propuestas siguen sobre la mesa, el híbrido ha recibido muchos apoyos. Los defensores de esta opción han identificado ya 26 bienes para iniciar los debates sobre una lista básica común.

En lo que se refiere a su trato, el hecho de que los bienes ambientales fueran singularizados en el mandato de Doha parece sugerir que los bienes considerados “ecológicos” serían objeto de recortes adicionales de aranceles. Sin embargo, esta es una cuestión sobre la que los Miembros tienen que decidir y que sigue pendiente, en gran medida, del resultado de las negociaciones sobre el acceso a los mercados para los productos no agrícolas,

53 OMC-Doc. TN/TE/20, de 21 de abril de 2011, Anexo II.

en especial en lo que respecta a las flexibilidades otorgadas a los países en desarrollo Miembros.

Los Miembros han examinado distintas posibilidades de trato arancelario, entre ellas:

- i) el enfoque híbrido, según el cual las modalidades se basarían en la eliminación de aranceles (principalmente por los países desarrollados), o en la reducción de los aranceles (cero por X y/o un recorte del X% de los aranceles consolidados);
- ii) el enfoque combinado, según el cual los países en desarrollo Miembros reducirían sus aranceles un 50% adicional a los recortes que resultarían de la aplicación de la fórmula suiza⁵⁴ y los países desarrollados Miembros reducirían sus aranceles a cero;
- iii) el enfoque consistente en reducir los aranceles aplicados a un determinado porcentaje de las líneas arancelarias o convenir modalidades AMNA Plus, y, por último,
- iv) un enfoque según el cual los países en desarrollo Miembros se beneficiarían de una reducción de los aranceles menor, un plazo más largo para la aplicación y flexibilidades para los productos sensibles.

Varios Miembros de la OMC subrayaron la importancia del mandato relativo a los obstáculos no arancelarios observando que estos pueden tener igual o mayor importancia que los aranceles como barreras al comercio de estos bienes. Se ha propuesto que se identifiquen los obstáculos no arancelarios impuestos a bienes concretos y que estos obstáculos se examinen y reduzcan lo máximo posible. Hasta la fecha, los debates sobre los obstáculos no arancelarios han sido relativamente limitados, pero se han mencionado algunos ejemplos, como complicaciones de los procedimientos aduaneros, procedimientos de inmigración, prescripciones de contenido local y falta de protección de los derechos de propiedad intelectual. Se han propuesto varias ideas relativas a un resultado con respecto a los obstáculos no arancelarios, en concreto, referentes a la transparencia. La cuestión de los obstáculos no arancelarios, lo mismo que el trato especial y diferenciado para los países en desarrollo, requiere nuevos debates sobre la base de las propuestas concretas que presenten los Miembros.

⁵⁴ Ecuación bajo la cual se efectuarían las reducciones arancelarias de bienes industriales en Ronda Doha.

Además, algunas propuestas han hecho referencia al problema de la falta de normas internacionales. Por ejemplo, de Japón, con respecto a los bienes eficientes energéticamente, y la del Brasil, con respecto a los alimentos producidos orgánicamente.

Por último, es necesario debatir más a fondo algunos elementos transversales del mandato que guardan relación con los servicios ambientales y con aspectos del desarrollo, como las tecnologías ambientales⁵⁵. En lo que respecta a los servicios ambientales, el grueso de la labor se está realizando en el Comité del Comercio de Servicios en Sesión Extraordinaria, donde se han considerado dos posibilidades: la primera, redactar elementos textuales en los que haya referencias cruzadas a los trabajos relativos al fortalecimiento de los compromisos sobre servicios ambientales, y la segunda sería asociar los compromisos reforzados sobre los servicios ambientales a los bienes ambientales del universo de referencia o a las categorías de referencia o a un conjunto acordado de bienes ambientales. En cuanto a las tecnologías ambientales, es claro que es un elemento que deberá ser parte integrante del resultado de la negociación.

8. SUBVENCIONES A LA PESCA

La Conferencia Ministerial de Doha instruyó “aclarar y mejorar las disciplinas de la OMC con respecto a las subvenciones a la pesca, habida cuenta de la importancia de este sector para los países en desarrollo”⁵⁶. Luego, en la Conferencia Ministerial de Hong Kong, en 2005, hubo un amplio acuerdo en el reforzamiento de esas disciplinas, incluso mediante una prohibición de determinadas formas de subvención a la pesca. Estas negociaciones se llevan a cabo en el Grupo de Negociación sobre las Normas, que abarca también los derechos *antidumping*, las subvenciones y las medidas compensatorias, así como los acuerdos comerciales regionales. El principal reto es desarrollar normas, respetando al mismo tiempo las principales preocupaciones políticas de los Miembros de la OMC, en particular los países en desarrollo y menos adelantados.

⁵⁵ OMC-Doc. TN/TE/20, de 21 de abril de 2011, párr. 19-21.

⁵⁶ OMC-Doc. WT/MIN(01)/DEC/1, de 20 de noviembre de 2001, párr. 28.

8.1. ANTECEDENTES DE LAS NEGOCIACIONES SOBRE LAS SUBVENCIONES A LA PESCA

En 1995, la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) y otros órganos de las Naciones Unidas identificaron el agotamiento de los recursos pesqueros del mundo como cuestión de urgencia y pidieron a todas las naciones que cooperaran para resolver el problema. La FAO estimó que en 1994 aproximadamente el 69% de la población marítima mundial de peces estaría completamente agotada o bien sobreexplotada. En aquel momento, entraron en vigor algunos instrumentos de ordenación internacional de la pesca, como el Código de Conducta para la Pesca Responsable y el Acuerdo de las Naciones Unidas sobre las Poblaciones de Peces, que reflejaban el consenso internacional de que los recursos pesqueros mundiales estaban en peligro y que se necesitaba urgentemente adoptar medidas colectivas.

La conexión entre la reducción de los recursos pesqueros mundiales y las subvenciones se había reconocido mucho antes del lanzamiento de la Ronda Doha. En 1992, la FAO publicó un documento para llamar la atención sobre la posible contribución de las subvenciones al exceso de capacidad y la sobrepesca⁵⁷. En 2000, la OCDE⁵⁸ publicó un informe en el que se reconocía la magnitud de las subvenciones al sector de la pesca y se subrayaba su posible contribución al exceso de capacidad y a la sobrepesca. En 2001, los Miembros de la FAO adoptaron el Plan de Acción Internacional para la Ordenación de la Capacidad Pesquera⁵⁹ y el Plan de Acción Internacional para prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada⁶⁰, en los que se pedía la eliminación de las subvenciones que contribuían al exceso de capacidad de pesca y a la sobrepesca. Además, diferentes instrumentos internacionales reconocían la importancia del sector de la pesca para los países en desarrollo como fuente de alimento, y su papel como fuente de empleo de último recurso cuando las demás oportunidades de empleo es-

57 FAO, *La pesca marítima y el derecho del mar*, 1992.

58 OCDE, *Transition to Responsible Fisheries*, Parte 3, 2000.

59 FAO, *Plan de Acción Internacional para la Ordenación de la Capacidad Pesquera*, 1999. Disponible en <<http://www.fao.org/docrep/006/X3170S/x3170So4.htm>>.

60 FAO, *Plan de Acción Internacional para prevenir, desalentar y eliminar la pesca ilegal, no declarada y no reglamentada*, 2001. Disponible en <<http://www.fao.org/docrep/003/y1224s/y1224soo.htm>>.

casearan. No obstante, también se reconocía que determinadas poblaciones de peces estaban sometidas a una intensa y creciente presión en los países en desarrollo, a causa de la pesca.

Mientras tanto, la OMC empezaba a abordar la cuestión de las subvenciones a la pesca. En 1997, en el CCMA algunas delegaciones señalaron la reducción de las subvenciones a la pesca como una posible ganancia triple, para el comercio, el desarrollo y el medio ambiente. En 1998, el CCMA examinó el trato que se otorgaba a las subvenciones a la pesca en las normas de la OMC y analizó las notificaciones presentadas a la OMC que aparentemente se relacionaban con la pesca. Como resultado de esa labor, en 1999 se incluyó en el proyecto de Declaración Ministerial de Seattle un mandato de negociar la creación de nuevas disciplinas para las subvenciones a la pesca, inexistentes a la fecha.

En la Conferencia Ministerial de Doha, los Ministros reconocieron la necesidad de iniciar negociaciones. Dado el mandato general aprobado y la novedad de los debates sobre las subvenciones a la pesca en la OMC, los primeros años se dedicaron a estudiar una gama de amplias cuestiones conceptuales con el fin de identificar, entre otros aspectos, la necesidad de disciplinas específicas para las subvenciones a la pesca; los objetivos subyacentes a las nuevas disciplinas; cómo se relacionarían estas disciplinas con las normas horizontales sobre las subvenciones; la arquitectura básica de las nuevas disciplinas, y las categorías de actividades relacionadas con la pesca que serían afectadas por las disciplinas. Las opiniones sobre cada una de esas cuestiones variaban mucho y fue necesario cierto tiempo para moverse hacia una convergencia.

A medida que progresaban los debates en la OMC, se reforzaba el apoyo de la comunidad internacional fuera de la OMC porque hubiera normas nuevas y efectivas sobre las subvenciones a la pesca. Por ejemplo, en el Plan de Aplicación de las Decisiones de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, de 2002, se propugnó la eliminación de las subvenciones a la pesca consideradas nocivas para el medio ambiente, y que, en las negociaciones de la OMC, se debían aclarar y mejorar las disciplinas sobre aquellas.

Desde que se lanzaron las negociaciones de Doha, las expectativas mundiales sobre los posibles resultados en esta esfera no han hecho más que crecer.

8.2. SITUACIÓN ACTUAL DE LAS NEGOCIACIONES

En el marco de las negociaciones, los *demandeurs* –un grupo informal auto-denominado “Amigos de los peces”, integrado por la Argentina, Australia, Chile, Colombia, Estados Unidos, Islandia, Noruega, Nueva Zelandia, Pakistán y Perú– afirmaron que las subvenciones otorgadas al sector de la pesca se estimaban entre 14.000 y 20.500 millones de dólares EE.UU. anuales y que daban lugar a un exceso de capacidad y a la sobrepesca. Por otro lado, Japón, la República de Corea y el Taipéi Chino han expresado escepticismo acerca del vínculo entre las subvenciones y la sobrepesca. Además, un gran número de países en desarrollo piden flexibilidad con respecto a la concesión de subvenciones a sus sectores pesqueros.

El centro de los debates ha evolucionado considerablemente desde el momento en que se lanzaron las negociaciones: han dejado de centrarse en la cuestión de si se establecerán nuevas disciplinas para centrarse en cambio en cómo enfocar y estructurar esas nuevas disciplinas. En los debates se ha prestado también gran atención al trato especial y diferenciado para los países en desarrollo.

La Conferencia Ministerial de Hong Kong encomendó a la OMC intensificar y acelerar el proceso de negociación sobre las subvenciones a la pesca y dio mandato a la Presidencia de esas negociaciones a preparar textos consolidados de los Acuerdos *antidumping* y de subvenciones, que formarían la base para la etapa final de las negociaciones. El Presidente distribuyó, en noviembre de 2007, los primeros proyectos de textos refundidos, que incluían las subvenciones a la pesca. En estos se proponían cambios específicos del Acuerdo *Antidumping* y del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias vigentes.

Por primera vez en el GATT/OMC, se proponía una serie de normas para someter a disciplina las subvenciones a la pesca, consideradas por muchos responsables del agotamiento de las poblaciones de peces de todo el mundo. Estas disciplinas figuraban en un proyecto de nuevo Anexo VIII al Acuerdo sobre Subvenciones. La estructura del texto de 2007 del Presidente consistía en una prohibición, excepciones generales, trato especial y diferenciado, disciplinas generales, disposiciones de ordenación de la pesca, disposiciones de notificación y vigilancia, períodos de transición y solución de diferencias.

La base de las prohibiciones propuestas en el texto de 2007 está formada por una lista de subvenciones⁶¹ que incluye, entre otras, las subvenciones a la construcción de nuevos barcos de pesca y las destinadas a cubrir los costos de explotación de la pesca. El alcance de las prohibiciones de algunos tipos de subvenciones recogidos en la lista quedaría limitado por unas excepciones generales. El acceso a estas excepciones estaría condicionado al cumplimiento de determinadas disposiciones relativas a la ordenación de la pesca. Los países menos adelantados (PMA) quedarían exentos de las nuevas disciplinas. Para los países en desarrollo, además de las excepciones generales, estaría previsto un trato especial y diferenciado. Reconocería importantes excepciones a las prohibiciones concretas, sobre la base del carácter, la escala y el ámbito geográfico de las actividades de que se tratase, en especial, la pesca en pequeña escala en sus aguas territoriales. Las excepciones a las disciplinas estarían condicionadas al cumplimiento de determinadas obligaciones de ordenación de la pesca y estarían basadas en las mejores prácticas reconocidas internacionalmente y sometidas a un examen en un órgano de la FAO antes de que se pudiera utilizar una subvención al amparo de una excepción.

Tras la publicación del texto del Presidente, entre diciembre de 2007 y mayo de 2008 hubo una serie de reuniones informales en las que se manifestaron opiniones claramente enfrentadas sobre muchas de las cuestiones incluidas en el texto. El principal mensaje de los Miembros era que no debía reconocerse a ningún documento elaborado por el Presidente el carácter de documento elaborado por acumulación progresiva y que no se acogían apropiadamente las propuestas de compromiso para salvar las distancias entre las posiciones de los Miembros.

En diciembre de 2008, cuando el Presidente distribuyó un proyecto de texto revisado de los Acuerdos *antidumping* y sobre subvenciones y medidas compensatorias, en lugar de revisar el texto de 2007 sobre la pesca, distribuyó una serie de preguntas detalladas (documento al que se denominó Hoja de ruta) con la misma estructura que el texto de 2007 sobre la pesca, para orientar futuros debates. Al centrarse más en el debate conceptual, se esperaba que se hiciera alguna claridad sobre la forma de avanzar hacia la necesaria convergencia.

61 En el sentido del párrafo 1 del artículo 1 SMC, en la medida en que sean específicas en el sentido del párrafo 2 del artículo 1 del Acuerdo.

En 2009, el Grupo de Negociación examinó una por una las preguntas planteadas en la hoja de ruta y los Miembros reiteraron sus observaciones. Entre el final de 2010 y abril de 2011, fue presentada una serie de propuestas que reflejaban y reiteraban posiciones ya conocidas, en lugar de aportar nuevos elementos y enfoques para abordar las cuestiones sometidas a debate.

El 21 de abril de 2011, el Presidente publicó un informe, que mantenía muy de cerca la estructura del texto de 2007. El Presidente señaló que

“(...) estas negociaciones están bloqueadas desde hace tiempo a pesar de que, según el firme consenso existente entre las delegaciones de todos los tamaños y niveles de desarrollo, la situación de los recursos pesqueros mundiales es alarmante y sigue empeorando”.

Señaló que el problema era que los Miembros parece que “pretenden centrarse principalmente en mantener su statu quo dejando que la responsabilidad principal por aplicar soluciones recaiga en “los otros” y minimizando la repercusión de las disciplinas en sus propias actividades”.

Agregó que “la pesca no es un juego de suma cero”, y que “el éxito de las negociaciones sobre las subvenciones puede ayudar a crear una situación en que la rentabilidad y la estabilidad económica y medioambiental se refuerzan mutuamente, contribuyendo así a la creación de riqueza sostenible”.

V. CONTROVERSIAS RELACIONADAS CON EL COMERCIO Y EL MEDIO AMBIENTE

El debate sobre el comercio y el medio ambiente muchas veces se ha intensificado a causa de algunas decisiones adoptadas por el mecanismo de solución de diferencias de la OMC que han concitado la atención de los grupos defensores del medio ambiente.

En esta sección se analizan las diferencias más representativas que se han planteado con respecto a medidas destinadas a la protección del medio ambiente.

I. BRASIL - MEDIDAS QUE AFECTAN A LAS IMPORTACIONES DE NEUMÁTICOS RECAUCHUTADOS⁶²

En 2005, la Unión Europea reclamó contra la prohibición impuesta por el Brasil a la importación de neumáticos recauchutados. La prohibición había sido establecida para reducir la acumulación de neumáticos usados, reduciendo así el riesgo para la salud humana y el medio ambiente que suponen las enfermedades transmitidas por mosquitos y los residuos tóxicos. Los neumáticos recauchutados son neumáticos usados sometidos a un proceso de reacondicionamiento. De conformidad con las normas internacionales de seguridad, los neumáticos para automóviles de turismo solo se pueden recauchutar una vez.

La prohibición de la importación se consideró incompatible con el artículo XI GATT, que prohíbe las restricciones cuantitativas. Brasil intentó justificar su medida al amparo del apartado b) del artículo XX GATT, como medida “necesaria para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales”. El Grupo Especial constató que el objetivo de la medida estaba amparado por las disposiciones del apartado b) del artículo XX GATT. El análisis de la necesidad concluyó que el objetivo declarado era una cuestión de importancia y que la contribución de la medida a la consecución de este objetivo era más importante que su grado de restricción del comercio. Además, la medida contribuía mucho a reducir el número de neumáticos de desecho y mejorar las condiciones de la salud y del medio ambiente, ya que alentaba a los productores locales a recauchutar neumáticos producidos localmente, que en otras condiciones no hubieran sido recauchutados, y sustituía el uso de neumáticos recauchutados por el uso de neumáticos nuevos que tenían una vida útil más larga y, por consiguiente, producían menos desechos. Por último, la medida se comparó con las alternativas sugeridas por la Unión Europea, que no se consideraron “medidas alternativas razonablemente al alcance”, porque no tenían en cuenta la capacidad del país de aplicar medidas correctivas.

Aunque la prohibición se consideró provisionalmente justificada al amparo del apartado b) del artículo XX GATT, no lo estaba en virtud de las disposiciones de la cláusula introductoria de dicho artículo. Ello, porque la

62 *Brasil – Neumáticos recauchutados*, WT/DS332.

medida constituía una discriminación arbitraria e injustificable dado que la prohibición no se aplicaba a los neumáticos recauchutados originarios de países del MERCOSUR, excepción que contradecía el objetivo legítimo de la medida. En segundo lugar, aunque se prohibía la importación de neumáticos usados al Brasil, se importaban neumáticos usados como consecuencia de decisiones de tribunales brasileños, lo que daba como resultado una discriminación arbitraria e injustificable. Por consiguiente, el Órgano de Solución de Diferencias pidió al Brasil que pusiera su medida en conformidad con las disciplinas de la OMC. En septiembre de 2009, Brasil informó de que, después de consultas con la UE, había cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD.

2. COMUNIDADES EUROPEAS - MEDIDAS QUE AFECTAN AL AMIANTO Y A LOS PRODUCTOS QUE CONTIENEN AMIANTO⁶³

Fue el primer caso en el que una medida de protección del medio ambiente fue declarada legítima en virtud de una de las excepciones. En 1998, Canadá presentó una reclamación contra la prohibición francesa de las importaciones de amianto y de los productos que contenían fibras de amianto. Francia, a través de la Unión Europea, justificó su prohibición como una medida para proteger la salud de las personas frente a la exposición a fibras de amianto, que se consideraban de alta toxicidad. Canadá reconocía el riesgo para la salud que planteaba el amianto, pero impugnaba en particular la prohibición de las fibras de amianto que se habían sellado en una matriz de cemento alegando que estos productos tenían las mismas características que los productos que contenían materiales sustitutivos del amianto, como las fibras de alcohol polivinílico (APV). Además, Canadá alegaba que el uso controlado de productos a base de amianto podía limitar los riesgos para la salud. Por consiguiente, impugnaba el Decreto de Francia por infringir el artículo III GATT, pues discriminaba entre productos nacionales que contenían fibras sustitutivas de origen francés y fibras de amianto procedentes de Canadá.

63 CE - *Amianto*, WT/DS135.

A petición de la Unión Europea, en nombre de Francia, se estableció un grupo especial, que constató que Francia efectivamente había quebrantado las disposiciones del párrafo 4 del artículo III GATT, ya que la medida discriminaba entre productos “similares”, conclusión basada en el análisis de su utilización final. Sin embargo, el Grupo Especial constató que la medida estaba justificada al amparo del apartado b) del artículo XX GATT como medida necesaria para proteger la vida y la salud de las personas.

El Órgano de Apelación confirmó la resolución del Grupo Especial en favor de la Unión Europea, pero sobre una base distinta: revocó las conclusiones del Grupo Especial sobre la compatibilidad de la medida con el artículo III GATT, alegando que el Grupo Especial debió haber considerado el riesgo para la salud que suponían los productos a base de amianto al determinar la semejanza de los dos productos. El carácter de las fibras de amianto se traducían en que las características físicas de los productos a base de amianto eran distintas de las de productos similares que contenían sustitutivos menos peligrosos. Además, a la vista de los conocidos riesgos asociados con el amianto, era probable que las preferencias de los consumidores fueran distintas con respecto a estos productos. Por tanto, el Órgano de Apelación concluyó que la prohibición francesa no constituía una infracción del principio del trato nacional y, por consiguiente, era compatible con el párrafo 4 del artículo III GATT.

El Órgano de Apelación reiteraba en su resolución el derecho de los Miembros a determinar el nivel de protección de la salud que consideraban adecuado. La decisión francesa de fijar un nivel de protección de la salud que pusiera término a la difusión del riesgo para la salud que suponía el amianto era totalmente legítima, en especial porque había pruebas científicas de que el riesgo para la salud que significaban los productos a base de amianto era mayor que el que suponían otros productos sustitutivos. Desestimó el argumento de Canadá de que una medida alternativa razonable a la prohibición hubiera sido el uso controlado del producto prohibido, ya que constató que no había seguridad científica de la eficacia de la medida alternativa sugerida por el país americano y reiteró que Francia no tenía obligación de aceptar medidas que contradijeran el nivel de protección de la salud que había elegido. Con respecto al apartado b) del artículo XX GATT, el Órgano de Apelación confirmó la constatación del Grupo Especial de que el objetivo de proteger la vida y la salud de las personas por medio de la eliminación o disminución del riesgo para la salud, bien documentado, que planteaba

la exposición a fibras de amianto era un valor que era “vital y de la máxima importancia”⁶⁴ y la prohibición era adecuada para el logro de este objetivo.

3. ESTADOS UNIDOS – PROHIBICIÓN DE IMPORTAR CIERTOS CAMARONES Y SUS PRODUCTOS⁶⁵

Este asunto ha sido con frecuencia descrito como el caso referente a la protección del medio ambiente más importante sometido a la OMC, ya que pone de manifiesto la tensión existente entre el comercio, el medio ambiente y el desarrollo. En 1997, la India, Malasia, Pakistán y Tailandia impugnaron una prohibición de la importación de ciertos camarones y productos del camarón. Estados Unidos tenía en vigor desde 1975 un reglamento que protegía a las tortugas marinas de la muerte accidental en redes de arrastre, mediante la exigencia de que los camarones se pescasen con redes que dispusieran de dispositivos para excluir a las tortugas (DET) que dirigían a las tortugas marinas fuera de las redes. En 1989, Estados Unidos amplió el ámbito de este reglamento para incluir la prohibición de la importación de camarones y productos del camarón pescados con redes que no tuvieran el DET.

El Grupo Especial constató que la prohibición estadounidense era incompatible con el artículo XI GATT (prohibición de las restricciones a la importación). La prohibición resultó también incompatible con las excepciones generales previstas en el artículo XX GATT. En efecto, tanto el Grupo Especial como el Órgano de Apelación concluyeron que aunque la medida estuviese destinada a lograr un objetivo ambiental de los previstos en el apartado g) del artículo XX GATT, no cumplía los requisitos establecidos en el encabezado de dicho artículo. El Órgano de Apelación consideró que la frase “recursos naturales agotables” del apartado g) del artículo XX GATT

(...) no se limita a la conservación de recursos naturales “minerales” o “inertes” sino que abarca también especies de animales vivientes que “en ciertas circunstancias pueden estar expuestos a la disminución, el agotamiento y la extinción, como resultado a menudo de las actividades humanas”⁶⁶.

64 *CE – Amianto*, OA, WT/DS135/AB/R, párr. 172.

65 *CE – Régimen para la importación, venta y distribución de bananos*, WT/DS158.

66 *Estados Unidos – Camarones*, OA, WT/DS58/AB/R, párr. 128.

Según el Órgano de Apelación, las tortugas marinas se pueden considerar un “recurso natural agotable”, en especial porque las siete especies reconocidas de tortugas marinas están incluidas en la lista del Apéndice I de la Convención sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres (CITES) de 1973, que incluye

(...) todas las especies amenazadas de extinción que son o pueden ser afectadas por el comercio⁶⁷.

El Órgano de Apelación reconoció también que Estados Unidos podían legítimamente aplicar sus políticas más allá de sus fronteras nacionales para lograr su objetivo de proteger las tortugas marinas. Sin embargo, en lo que respecta a la forma como se aplicaba la medida, el Órgano de Apelación constató que esta carecía de flexibilidad ya que exigía que los barcos pesqueros de arrastre extranjeros aplicaran la misma política que los estadounidenses sin tener en cuenta las diferentes condiciones que pudieran existir en esos países. Además, Estados Unidos había prestado a determinados países del Caribe y del Atlántico Occidental asistencia técnica y períodos de transición más largos para empezar a utilizar DET, mientras que no ofrecía el mismo trato a los cuatro reclamantes. Por último, el Órgano de Apelación reiteró también que un enfoque multilateral era siempre preferible a un enfoque unilateral. Estados Unidos había efectivamente negociado con determinados países la Convención interamericana de 1996 para la protección de las tortugas marinas, pero no había demostrado suficiente compromiso con la negociación de arreglos semejantes con todas las partes exportadoras afectadas antes de aplicar la prohibición de la importación. Por consiguiente, a pesar de que se reconocía la importancia del objetivo de protección del medio ambiente, se consideró que quebrantaba las normas de la OMC por la forma como se aplicaba. A raíz de esta resolución, Estados Unidos revisó su medida para integrar las constataciones del Órgano de Apelación.

En 2000, Malasia volvió reclamar contra Estados Unidos, pero las constataciones del Órgano de Apelación fueron bastante distintas. Malasia alegó que la medida revisada carecía todavía de flexibilidad y que Estados Unidos no habían suscrito un acuerdo internacional pertinente, por lo que la medida seguía constituyendo un método arbitrario o injustificable de

67 Ídem, parr. 132.

discriminación. El Órgano de Apelación señaló que Estados Unidos había demostrado su buena fe al intentar llegar a un acuerdo multilateral con las partes implicadas, aunque no hubieran alcanzado ningún acuerdo. Además, la medida ahora mostraba flexibilidad al exigir que los países exportadores aplicaran programas de “eficacia comparable” al de Estados Unidos con respecto a los DET, en contraposición con la prescripción anterior que exigía que los Miembros que adoptasen “esencialmente la misma política”. Esta vez, la medida estadounidense se consideró justificada al amparo del artículo XX GATT.

4. ESTADOS UNIDOS - PAUTAS PARA LA GASOLINA REFORMULADA Y CONVENCIONAL⁶⁸

En 1995, Venezuela y el Brasil impugnaron la compatibilidad de la Ley de Estados Unidos de Protección de la Calidad del Aire, de 1990, con las normas de la OMC. Los reclamantes alegaban que la Ley prescribía pautas más estrictas a la gasolina importada, discriminándola así negativamente al aplicarle normas más exigentes. La Ley de 1990, promulgada por la Agencia de Protección del Medio Ambiente de Estados Unidos, pretendía reducir los niveles de contaminación. La norma establecía que solo se podía vender a los consumidores de las zonas más contaminadas del país gasolina reformulada. En el resto del país, solo se podía vender gasolina que no fuera más sucia que la vendida en 1990, considerado el año de base. Para los refinadores de gasolina que operasen en 1990, la calidad de su gasolina debía ser igual –y no inferior– a la de su línea de base individual de 1990. A los refinadores de gasolina que no operasen en 1990, y a los importadores de gasolina, se les exigía en cambio que cumplieren la línea de base establecida por ley y calculada como promedio de la calidad de la gasolina de Estados Unidos en 1990. Los reclamantes alegaban que la medida era incompatible con las disciplinas de la OMC, puesto que impedía la exportación a Estados Unidos de gasolina que era tan limpia como la gasolina de producción nacional conforme con la línea de base individual de 1990.

Al examinar el caso, el Grupo Especial constató que los Estados Unidos infringía las normas de la OMC al incumplir las obligaciones impuestas por el

68 *Estados Unidos – Gasolina*, WT/DS2, WT/DS4.

artículo III GATT, porque daba un trato menos favorable a la gasolina extranjera que el que daba a la gasolina de producción nacional, al permitir que los refinadores nacionales midieran la calidad de la gasolina en función de su línea de base individual, mientras que la calidad de la gasolina importada se medía aplicando un criterio diferente. El Grupo Especial rechazó también el argumento de que la Ley estaba amparada por una de las excepciones del artículo XX GATT, ya que constató que no había una conexión directa entre esa ley y el objetivo político de protección del medio ambiente, y consideró que la ley no era la medida menos restrictiva para conseguir dicho objetivo.

El Órgano de Apelación modificó algún razonamiento del Grupo Especial, pero llegó a la misma conclusión. Determinó que la medida estaba amparada por las disposiciones del apartado g) del artículo XX GATT, referente a las medidas relativas a la conservación de los recursos naturales agotables. Sin embargo, la medida incumplía las disposiciones del encabezado del artículo XX GATT, ya que se aplicaba en forma que constituía un medio de discriminación arbitrario o injustificable contra el producto importado. Por este motivo, el Órgano de Apelación corroboró la conclusión final del Grupo Especial de que la medida era incompatible con la OMC.

Después de esta decisión, la Agencia de Protección del Medio Ambiente de Estados Unidos promulgó unas directrices revisadas que autorizarían, pero no obligarían, a los refinadores extranjeros a establecer su línea de base individual. A efectos medioambientales, se vigilaría la calidad media de la gasolina importada⁶⁹.

5. ESTADOS UNIDOS - MEDIDAS RELATIVAS A LA IMPORTACIÓN, COMERCIALIZACIÓN Y VENTA DE ATÚN Y PRODUCTOS DE ATÚN⁷⁰

El asunto suscitado por México contra Estados Unidos a causa de las condiciones para el uso de una etiqueta *Dolphin-safe* en los productos de atún es el último ejemplo de asunto en el que se analiza el efecto del etiquetado ecológico para proteger los recursos naturales de conformidad con el Acuerdo OTC.

69 BAUGHEN, *International Trade and the Protection of the Environment*, 2007, p. 31.

70 *Estados Unidos - Atún II*, WT/DS381.

En octubre de 2008, México solicitó la celebración de consultas con Estados Unidos acerca de determinadas medidas adoptadas por Estados Unidos que regulaban las condiciones para poder optar a una etiqueta *Dolphin-safe* para productos de atún. La concesión de la etiqueta se basaba en unas condiciones que variaban en función de la zona donde se capturaba el atún y del tipo de barco y método de pesca que se utilizaba para ello. La medida excluía la posibilidad de obtener la etiqueta para el atún capturado por medio de “lances sobre delfines”⁷¹, –método usado principalmente por los barcos mexicanos de pesca– haciendo así que la mayoría de los productos de atún mexicanos no pudieran optar a una etiqueta *Dolphin-safe* en el mercado estadounidense. México alegaba que la medida estadounidense era discriminatoria y más restrictiva del comercio de lo necesario. En 2009, se estableció un grupo especial para que examinara la compatibilidad de los instrumentos legales estadounidenses con los párrafos 1, 2 y 4 del artículo 2 OTC y en enero de 2012 se presentó una apelación contra determinadas constataciones del Grupo Especial. Tanto el Grupo Especial como el Órgano de Apelación resolvieron de forma favorable a México, pero sobre la base de razonamientos diferentes.

El Grupo Especial constató que la medida en litigio era compatible con el párrafo 1 del artículo 2 OTC, pues no discriminaba de forma inherente según la nacionalidad del producto e indicó que

(...) cualquier efecto adverso particular que haya para los productos de atún mexicanos en el mercado de los Estados Unidos” era “principalmente el resultado de ‘factores o circunstancias que no guardan relación con el origen extranjero del producto’, incluidas las opciones elegidas por la propia flota pesquera y las fábricas de productos enlatados de México⁷².

El Órgano de Apelación revocó las constataciones del Grupo Especial sobre la base de que eran difíciles de conciliar

71 La técnica del “lance sobre delfines” se aprovecha del hecho de que el atún tiende a nadar por debajo de las bandadas de delfines en el Océano Pacífico Tropical Oriental (PTO). Este método de pesca supone cercar a los delfines con redes para capturar los túnidos que nadan por debajo de ellos.

72 *Estados Unidos – Atún II (México)*, GE, WT/DS381/R, párr. 7.378.

(...) con el hecho de que una medida puede ser incompatible de facto con el párrafo 1 del artículo 2 aun cuando por los términos en que está formulada sea neutral con respecto al origen⁷³.

Se estableció que el acceso a la etiqueta *Dolphin-safe* era una ventaja en el mercado estadounidense debido a las preferencias de los minoristas y consumidores finales. El Órgano de Apelación constató que la medida modificaba las condiciones de competencia en el mercado estadounidense en detrimento de los productos de atún mexicanos. En efecto,

(...) en vista de las prácticas seguidas actualmente por las flotas atuneras de los Estados Unidos y México, la mayor parte del atún pescado por los buques mexicanos, por haber sido capturado en el PTO mediante lances sobre delfines, no podría, con arreglo a las disposiciones estadounidenses sobre el etiquetado “Dolphin-safe”, ser incluido en un producto inocuo para los delfines”, mientras que “la mayor parte del atún capturado por los buques estadounidenses tiene la posibilidad de ser etiquetado⁷⁴.

Además, observó que, en virtud de la disposición estadounidense, el atún capturado fuera del PTO con métodos de pesca distintos del lance sobre delfines podría optar a obtener la etiqueta oficial estadounidense aunque durante la pesca se hubieran capturado o herido gravemente delfines. Ambas partes reconocían que los lances sobre delfines podían causar la muerte de delfines o heridas graves a estos, pero el Órgano de Apelación señaló el hecho de que la medida estadounidense no era imparcial, ya que no combatía los efectos negativos que otras técnicas de pesca utilizadas por los Estados Unidos u otros países podían tener para los delfines. El Órgano de Apelación, al considerar las condiciones de competencia y el requisito de imparcialidad, revocó las conclusiones del Grupo Especial y constató que las disposiciones estadounidenses sobre el etiquetado otorgaban un trato menos favorable a los productos de atún mexicanos que a los productos de atún estadounidenses o a los productos de atún originarios de otros países y, por consiguiente, eran incompatibles con las disposiciones del párrafo 1 del artículo 2 OTC.

El Órgano de Apelación concluyó con respecto a la constatación del Grupo Especial de que las disposiciones estadounidenses sobre la etiqueta

73 *Estados Unidos – Atún II (México)*, OA, WT/DS381/AB/R, párr. 225.

74 Ídem, párr. 234.

Dolphin-safe eran más restrictivas de lo necesario, que el Grupo Especial había realizado una comparación errónea entre la medida estadounidense en litigio y la medida alternativa propuesta por México, que pedía la coexistencia de la etiqueta estadounidense *Dolphin-safe* y la etiqueta de conformidad con el Acuerdo sobre el Programa Internacional para la Conservación de los Delfines (APICD)⁷⁵, y que esta segunda etiqueta no haría una contribución equivalente al logro de los objetivos estadounidenses de informar a los consumidores y proteger a los delfines. Por consiguiente, la resolución del Grupo Especial quedaba revocada y se constataba que la medida era compatible con el párrafo 2 del artículo 2 OTC, ya que no era más restrictiva del comercio de lo necesario para cumplir su objetivo.

Con respecto al alcance del párrafo 4 del artículo 2 OTC (el concepto de “norma internacional”), tanto el Grupo Especial como el Órgano de Apelación constataron que el Acuerdo sobre el Programa Internacional para la Conservación de los Delfines (APICD) no era un medio eficaz y apropiado para lograr los objetivos de los Estados Unidos al nivel de protección escogido por ese país. Sin embargo, el Grupo Especial y el Órgano de Apelación difirieron en algunos puntos intermedios. El Órgano de Apelación concluyó que el Grupo Especial había incurrido en error al constatar que el APICD era un organismo internacional de normalización porque no estaba

“(…) abierto a las instituciones competentes de por los menos todos los Miembros” y, por consiguiente, revocó la conclusión de que “la definición y la certificación APICD *Dolphin-safe* constituyen una ‘norma internacional pertinente’ en el sentido del Acuerdo OTCC”⁷⁶.

El Órgano de Apelación recomendó que el OSD pidiera a los Estados Unidos que pusieran sus medidas en conformidad con las obligaciones que les corresponden en virtud del Acuerdo OTC. Los informes del Órgano de Apelación y del Grupo Especial, este último modificado por el informe del Órgano de Apelación, fueron adoptados el 13 de junio de 2012. El 17 de septiembre de 2012, los Estados Unidos y México informaron al OSD que habían acordado que el plazo razonable para que los Estados Unidos apli-

75 El Programa es uno de los acuerdos multilaterales que se negocian como respuesta a las pruebas de que anualmente se mataba a muchos delfines en el PTO.

76 *Estados Unidos – Atún II (México)*, OA, WT/DS381/AB/R, párr. 399.

caran las recomendaciones y resoluciones del OSD expiraría el 13 de julio de 2013. En enero de 2014, México cuestionó la forma como Estados Unidos había implementado la decisión precedente⁷⁷.

VI. FUTURO DEL DEBATE SOBRE EL COMERCIO Y EL MEDIO AMBIENTE

En esta sección se examina el futuro del debate sobre el comercio y el medio ambiente, dado el actual bloqueo de las negociaciones de la Ronda de Doha.

La OMC aporta un sistema multilateral sólido para poner el comercio al servicio del desarrollo sostenible gracias a sus objetivos, su misión de abrir los mercados, su universo de normas y mecanismos institucionales. Al mismo tiempo, los principios de no discriminación, la previsibilidad y transparencia, y sus normas constituyen una buena base para avanzar hacia el logro de objetivos como la protección del medio ambiente. El límite de ello es que las medidas no se apliquen de forma arbitraria y no sean un proteccionismo encubierto. La conclusión de la Ronda Doha traerá consigo un aumento de las reducciones de los aranceles y un reforzamiento de las normas y contribuirá a promover el desarrollo sostenible y una economía mundial más verde. Además, nivelar el campo de juego contribuirá a una distribución más eficiente de los recursos, incluidos los recursos naturales, en todo el globo⁷⁸.

La liberalización del comercio de bienes y servicios ambientales, como paneles solares y calentadores solares de agua, turbinas de producción hidroeléctrica y equipo para la producción de biogás, y servicios similares a la consultoría medioambiental o de conservación del suelo y de protección de la naturaleza y el paisaje, puede ser beneficiosa para el medio ambiente. Además, el acuerdo entre los Miembros sobre la utilización legítima de las subvenciones a las actividades de investigación y desarrollo (I+D) de las energías renovables y otras innovaciones respetuosas con el medio ambiente contribuirá a aumentar las inversiones en nuevos conocimientos sobre tecnologías inocuas para el clima.

La conclusión de las negociaciones sobre la relación entre los AMUMA y la OMC contribuirá a promover la coherencia entre las distintas instituciones

⁷⁷ *Estados Unidos – Atún II (México)*, WT/DS381/22.

⁷⁸ OMC, *Aprovechamiento del comercio para el desarrollo sostenible y una economía verde*, 2011.

que se enfrentan a los problemas mundiales que plantea la conservación del medio ambiente. Por último, las disciplinas multilaterales sobre las subvenciones a la pesca pueden contribuir a asegurar la sostenibilidad de las poblaciones de peces, de forma que todos los países, incluidos los dependientes de la pesca, puedan tener acceso a largo plazo a una fuente fiable de recursos pesqueros en el futuro. Eliminar las distorsiones del comercio en este caso ayudaría a conservar los recursos naturales, demostrando así que las agendas del comercio y el medio ambiente pueden sin duda coincidir⁷⁹. Si las negociaciones de la Ronda de Doha fracasan, no habrá disciplinas significativas para las subvenciones a este sector en el futuro previsible, ya que no existe, en la actualidad, ningún foro aparte de la OMC donde puedan desarrollarse o aplicarse tales disciplinas.

Otras esferas de negociación de la Ronda de Doha, incluida la agricultura, los bienes industriales y los servicios, ofrecen la posibilidad real de conseguir que el objetivo de la OMC de liberalización del comercio contribuya a un desarrollo sostenible y una economía mundial más limpia. Además, la OMC mantiene también a raya el proteccionismo verde. Las normas de la OMC permiten a los Miembros procurar el logro de objetivos legítimos de protección del medio ambiente y desarrollo sostenible sin ser causa de discriminación arbitraria o injustificable o sin crear restricciones disfrazadas del comercio. La OMC establece el criterio para distinguir entre protección y proteccionismo y, al hacerlo, promueve el logro de objetivos ambientales legítimos y del desarrollo sostenible.

El comercio de recursos naturales es otro tema de creciente importancia en las relaciones comerciales internacionales⁸⁰. Los recursos naturales constituyen un elemento fundamental para algunas economías, y su participación en el comercio mundial está en aumento. Una de las características de los recursos naturales es que se pueden encontrar en un número bastante limitado de sitios de todo el globo. Esto permite que haya lucrativas perspectivas de comercio entre países. Otra característica es que son finitos o agotables. En ambos casos, las políticas actuales tienen una estrecha relación con las perspectivas de las generaciones futuras. Es fundamental establecer en qué grado se extraen o explotan recursos naturales. Este hecho hace

79 Ídem.

80 OMC, *Informe sobre el Comercio Mundial 2010. El comercio de recursos naturales*, 2010.

más problemático el análisis de las políticas e incrementa la necesidad de cooperación mundial⁸¹.

En el Informe sobre el Comercio Mundial 2010 de la OMC se examina la compleja relación entre el comercio y los recursos naturales, como combustibles y recursos forestales, mineros y de la pesca⁸². Se examinan las características del comercio de recursos naturales, las opciones de política de que disponen los gobiernos y el papel de la cooperación internacional, principalmente de la OMC, en la gestión adecuada del comercio en este sector. Una de las cuestiones fundamentales analizadas es hasta qué punto los países obtienen ganancias del comercio libre de recursos naturales. Entre la gama de políticas que afectan al comercio de recursos naturales, las que plantean más problemas parecen ser las subvenciones y las políticas de exportación⁸³. Las normas del GATT/OMC no se escribieron pensando especialmente en los mercados de recursos naturales; sin embargo, muchas afectan al comercio de recursos naturales y algunas de ellas permiten diferentes interpretaciones y no abarcan todas las cuestiones que plantean las realidades políticas del comercio de recursos naturales. A este respecto, la conclusión de la Ronda de Doha puede contribuir a que se diseñen normas para el comercio en esta esfera, que busquen el logro de objetivos como la protección del medio ambiente y la gestión adecuada de los recursos naturales en todo el mundo.

La relación entre el comercio y el cambio climático también constituye un enorme desafío en el marco del debate sobre el comercio y el medio ambiente. El cambio climático desafía las fronteras y supone soluciones tanto a nivel nacional como mundial⁸⁴. Aunque el tema del cambio climático, en cuanto tal, no forma parte del actual programa de trabajo de la OMC y las normas de la OMC no abordan expresamente el cambio climático. Sin embargo, la apertura del comercio puede contribuir a mitigar el cambio climático y a adaptarse a él. Ello, mediante la distribución eficiente de los recursos mundiales, entre ellos, los recursos naturales, mejorando los niveles de vida, aumentando la demanda de mayor protección del medio ambiente y mejorando el acceso a bienes y servicios ambientales.

81 Ídem.

82 Ídem.

83 Ídem.

84 OMC-PNUMA, *El comercio y el cambio climático*, 2009.

Además de la OMC, hay otros marcos donde se puede avanzar en el logro de los objetivos de protección del medio ambiente. Con un reto como el cambio climático, la cooperación a escala multilateral es fundamental. En el centro de ello se encuentran las negociaciones mundiales en curso sobre el cambio climático.

En lo que respecta a la elaboración de una lista de bienes ambientales sometidos a recortes arancelarios, se han logrado algunos avances en foros distintos del de la OMC. En septiembre de 2012, los líderes que participaban en el Foro de Cooperación Económica de Asia y el Pacífico (APEC) convinieron una lista de bienes ambientales que serían objeto de recortes de los aranceles, según el compromiso adquirido en 2011, que los llevarían en 2015 al nivel del 5% o menos. Por primera vez, las negociaciones comerciales daban como resultado una lista semejante de bienes ambientales que serían objeto de recortes arancelarios⁸⁵. Bajo dicho impulso, pero en el marco de OMC, un subconjunto de Miembros de APEC más algunos no Miembros, lanzaron en enero de 2014 un proceso plurilateral de liberalización de bienes ambientales, sobre la base de Nación Más Favorecida.

Otro foro en el que se está promoviendo el crecimiento verde y el desarrollo sostenible durante los últimos decenios es la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible. Uno de los mensajes principales de su última reunión, la Conferencia Río+20 (Río de Janeiro, Brasil) en junio de 2012, es que, a pesar de los importantes logros conseguidos durante los últimos dos decenios, queda mucho por hacer para volver a situar al mundo en un camino de desarrollo sostenible. El documento en que se plasman los resultados de la Conferencia, titulado *El futuro que queremos*, presenta la si-

85 La Lista de bienes ambientales del APEC incluye 54 bienes ambientales, entre ellos productos fundamentales, como: tecnologías para la generación de energía de forma renovable y limpia, como paneles solares y turbinas de gas y viento, que están gravados en la región por aranceles que pueden llegar al 35%; tecnologías de tratamiento del agua usada, como filtros y equipo de desinfección ultravioleta, que están gravados actualmente en la región por aranceles que pueden llegar al 21%; tecnologías de control de la contaminación atmosférica, como filtros de carbono y convertidores catalíticos, gravados actualmente en la región por aranceles que pueden llegar al 20%; tecnologías de tratamiento de residuos sólidos y peligrosos, como incineradoras y maquinaria para aplastar y seleccionar residuos, que están gravados en la región por aranceles que actualmente pueden llegar al 20%, y equipo ambiental de vigilancia y evaluación, como monitores de la calidad del aire y el agua, y manómetros y grifería, que están gravados actualmente en la región por unos aranceles que pueden llegar al 20%.

tuación en diferentes esferas del desarrollo sostenible y alerta a la comunidad internacional sobre los formidables retos que habrá que resolver.

Además, muchos AMUMAS y otros acuerdos intergubernamentales contienen normas destinadas a satisfacer objetivos de protección del medio ambiente. Se necesita una mayor cooperación internacional y una coherencia efectiva entre los diferentes grupos de normas diseñadas para promover un crecimiento verde.

Completar las negociaciones de la Ronda Doha sería un aporte importante a la visión del desarrollo sostenible. Luego del acuerdo de Bali, en diciembre de 2013, pareciera ser que la forma más eficaz y pragmática de seguir avanzando es moverse a pequeños pasos, gradualmente, logrando mejoras en las partes de la Ronda Doha que están maduras y donde se puede conseguir un consenso. El colapso de la Ronda de Doha puede producir un aumento de los acuerdos comerciales preferenciales (ACP) al buscar más Miembros de la OMC vías alternativas para promover el cumplimiento de sus objetivos de apertura del comercio.

El multilateralismo está sometido a muchos retos. Sin embargo, la gobernanza multilateral necesita liderazgo, legitimidad, eficacia y coherencia. De ahí que se requiera que la OMC reafirme y promueva un comercio favorable al desarrollo sostenible y una economía verde.

CAPÍTULO 29

El comercio y las normas laborales

PABLO LAZO

I. INTRODUCCIÓN

Una de las razones que obstaculiza la liberalización comercial reside en la percepción instalada en algunos países de que la apertura comercial empuja a la búsqueda de una mayor competitividad por la vía de reducir salarios y condiciones de trabajo. Igualmente, los detractores de los acuerdos comerciales temen que se origine pérdida de puestos de trabajo como consecuencia de los desplazamientos de capitales en busca de países de costos de producción más bajos. Aducen que todo esto originaría una perversa competencia a la baja en la que ganaría el país que genera condiciones de menos costos en salarios y condiciones de trabajo.

Por otra parte, en muchos países en desarrollo estiman que es el proteccionismo de los países desarrollados lo que bloquea su crecimiento y el empleo en los países en desarrollo, además de constituir una actitud paternalista inaceptable.

Estas sensibilidades han obligado a los gobiernos respectivos a exhibir posiciones que reclaman altos estándares laborales en las negociaciones comerciales proponiendo a sus contrapartes la suscripción de la llamada cláusula social. Estos debates han tenido lugar fundamentalmente en la ONU, OMC y OIT, pero hasta hoy no se ha podido formar un Grupo de Trabajo en la OMC en el que se pueda discutir este tema, el más delicado de la agenda comercial internacional¹.

Algunos países desarrollados han dictado legislación unilateral (SGP² de EE.UU. o SGP Plus de la UE) y establecido algunos parámetros laborales mínimos para acceder a ciertas preferencias arancelarias.

En las negociaciones comerciales, los temas laborales han sido incorporados por la vía de acuerdos laborales paralelos a los acuerdos comerciales o cláusulas sociales incorporadas como capítulos de dichos acuerdos por la vía bilateral o regional³.

En el contexto del Pacto de las Naciones, los redactores de la Constitución de la OIT, consagraron en 1919, en el Preámbulo:

¹ HOWSE, *Journal of Small and Emerging Business Law*, 1999, vol. 3, núm. 1, p. 131.

² Ver Capítulo 27.

³ Para mayores detalles, ver OIT, *The Social Dimensions of Free Trade Agreements*, 2013; Lazo, *Los acuerdos comerciales y su relación con las normas laborales: Estado actual del arte*, 2009.

Si cualquier nación no adoptare un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que desean mejorar la suerte de los trabajadores de sus propios países⁴.

La Carta de La Habana mencionaba en forma explícita los temas laborales:

1. Los Miembros reconocen que las medidas relativas al empleo deben tener plenamente en cuenta los derechos de los trabajadores, conforme a las declaraciones, convenciones y convenios intergubernamentales. Reconocen también que todos los países tienen un interés común en el logro y mantenimiento de normas de trabajo equitativas en relación con la productividad y, por consiguiente, en el mejoramiento de los salarios y de las condiciones de trabajo en la medida en que lo pueda permitir la productividad. Los Miembros reconocen que las condiciones inequitativas de trabajo, especialmente en la producción destinada a la exportación, crean dificultades en el comercio internacional y, por consiguiente, cada Miembro adoptará cualesquiera medidas que sean apropiadas y factibles para hacer desaparecer tales condiciones dentro de su territorio. 2. Los Miembros que lo sean también de la OIT, cooperarán con esa Organización para dar efectividad a este compromiso⁵.

Los análisis teóricos y empíricos de la relación entre el comercio y las normas laborales han puesto atención especial a los argumentos de la competencia a la baja y la “congelación” de las normas⁶. Se han desarrollado diversos modelos para apreciar el impacto de las normas fundamentales del trabajo en los sectores de exportación de los países en desarrollo y en su competitividad⁷. Contrariamente a lo que algunos piensan, un comportamiento deficiente en el cumplimiento de las normas fundamentales del trabajo por lo general reduce la competitividad debido a los efectos distorsionadores que tal incumplimiento acarrea. En cambio, la aplicación de las normas fundamentales del trabajo aumenta la productividad y reduce los costos reales de contratación de los trabajadores. Las excepciones serían la explotación del trabajo infantil, que puede expandir las exportaciones en sectores que necesitan muchos trabajadores y el tiempo de trabajo⁸.

4 Constitución de la OIT y Reglamento de la Conferencia Internacional del Trabajo.

5 OMC, *Informe sobre el Comercio Mundial 2007*, pp. 380ss.

6 Ídem, p. 393.

7 Ídem, pp. 393-394.

8 Ídem, pp. 196 y 380; ver también CHARNOVITZ, *Brooklyn Journal of International Law*, 1999, núm. 25, pp. 113 ss.

Los debates efectuados en la OMC tuvieron su nuevo epicentro en Ginebra, especialmente en la Conferencia Internacional del Trabajo de OIT (CIT), en junio de 1998, cuando se aprobó la *Declaración relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento* (1998) (en adelante Declaración de OIT de 1998)⁹. Este es un instrumento fundamental, que en el plano bilateral ha servido de base para fijar los compromisos en materia laboral con motivo de los acuerdos comerciales.

Los debates previos a la Declaración de OIT de 1998 abordaron la relación entre el progreso social y la liberalización del comercio y se hizo hincapié en que no debería entenderse que tal Declaración ofrecía un pretexto para medidas proteccionistas. A este respecto, la Declaración de OIT de 1998 se hizo eco de la Declaración Ministerial de Singapur de la OMC, a la vez que definió los principios y derechos laborales fundamentales, temas de la competencia de la OIT. Subrayó que

[L]as normas del trabajo no deberían utilizarse con fines comerciales proteccionistas y que nada en la presente Declaración y su seguimiento podrá invocarse ni utilizarse de otro modo con dichos fines; además, no debería en modo alguno ponerse en cuestión la ventaja comparativa de cualquier país sobre la base de la presente Declaración y su seguimiento (artículo 5)¹⁰.

Otro aspecto muy importante de la Declaración de OIT de 1998 reside en su enfoque promocional y no punitivo, basado en la cooperación que la OIT pueda brindar a los Estados para alcanzar los objetivos de la Declaración y crear un entorno favorable de desarrollo económico y social (artículo 3).

Otra pieza fundamental de este engranaje de consensos normativos a nivel multilateral se configuró cuando la OIT adoptó por unanimidad la *Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*, en junio de 2008 (en adelante Declaración de OIT de 2008)¹¹. Esta es la cuarta declaración¹² de principios y políticas de gran alcance adoptada por la CIT desde la Constitución de la OIT en 1919 y actualiza la visión de la organización en

9 Ver texto de la Declaración de OIT de 1998. Disponible en <www.ilo.org>.

10 Ver KELLERSON, *Revista Internacional del Trabajo*, 1998, vol. 117, núm. 2. Disponible en <http://training.ilo.org/ils/foa/library/labour_review/1998_2/spanish/kellerson_es.html#top>.

11 Ver texto en <www.ilo.org>.

12 La segunda Declaración después de la Declaración de Filadelfia fue en 1964, sobre el Apartheid en

la era de la globalización luego de la Declaración de Filadelfia de 1944. La Declaración de OIT de 2008 institucionaliza el concepto de Trabajo Decente¹³ desarrollado desde 1999, y requiere que los Estados formulen políticas relativas a sus cuatro objetivos estratégicos: empleo, derechos fundamentales en el trabajo, protección social y diálogo social.

Un interesante aspecto de la Declaración de OIT de 2008 y que incidirá en la agenda de comercio y trabajo dice relación con la facultad que los mandantes otorgan a la OIT para

(...) proporcionar asistencia, cuando la soliciten, a los Miembros que deseen promover conjuntamente los objetivos estratégicos en el marco de acuerdos bilaterales o multilaterales, siempre y cuando sean compatibles con sus obligaciones respecto de la OIT¹⁴.

Complementando la Declaración de OIT de 1998, la Declaración de OIT de 2008 establece que

(...) la violación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo no puede invocarse ni utilizarse de modo alguno como ventaja comparativa legítima.

Por otro lado, la Declaración de OIT de 2008 consagra que la OIT mantendrá una lista de instrumentos denominados “actualizados”, la que se revisa con regularidad¹⁵. Existe una clasificación básica de los convenios actualizados efectuada por el Consejo de Administración (CA) de la OIT que distingue entre aquellos considerados fundamentales (8), los prioritarios (4), y los demás¹⁶.

En la actualidad, los consejos y comités de la OMC no están trabajando formalmente en el tema del comercio y el trabajo¹⁷, no obstante lo cual y de conformidad con la posición decidida en la Conferencia de Singapur, las

la República Sudafricana. Disponible en <www.ilo.org/public/spanish/bureau/leg/download/apartheid-es.pdf>.

13 OIT, *Trabajo decente. Memoria del Director General ante la 87ª. Conferencia Internacional del Trabajo*, 1999.

14 Declaración de OIT de 2008, párr. IV.

15 Hasta 2014, la OIT había aprobado 189 convenios y 203 Recomendaciones.

16 Los gobiernos deben presentar memorias a la OIT año por medio sobre los convenios fundamentales y prioritarios y cada cinco años en los restantes casos.

17 OMC, *Sesenta Años, Informe 2007*, 2007, p. 393.

Secretarías de la OMC y la OIT han seguido colaborando e intercambiando información, así como elaborando informes conjuntos o en colaboración con otras agencias multilaterales¹⁸.

En los acuerdos comerciales bilaterales, se ha apreciado una evolución de los modelos planteados por la UE y EE.UU. en materia laboral, respecto de los compromisos asumidos y los mecanismos de control o de cumplimiento.

El modelo europeo ha sido replicado también por la Asociación Europea de Libre Comercio (conocida por sus siglas en inglés, EFTA) con Hong-Kong, China.

Se ha desarrollado también un cuarto modelo para tratar los temas laborales a propósito de negociaciones comerciales. Este ha sido impulsado con algunas pequeñas diferencias tanto por Nueva Zelandia como por Chile. Está basado en compromisos sustantivos pero con un enfoque de cooperación y sin sanciones comerciales. Ambos países tienen la experiencia de haber negociado, por separado, acuerdos con China y otros países de Asia y América Latina.

En la actualidad, hay algunas negociaciones que podrían generar una evolución en esta materia: una es la renegociación del Acuerdo Transpacífico, en el cual a los Miembros originales, Brunei Darussalam, Chile, Nueva Zelandia y Singapur se han sumado hasta ahora Australia, Canadá, EE.UU., Japón, Malasia, México, Perú y Vietnam. La importancia, número y heterogeneidad de los Miembros de la negociación permiten pensar que se generará un modelo que será objeto de atención particular. El laboral es uno de los temas de esta negociación.

Otra negociación que ciertamente puede generar una evolución es aquella entre EE.UU. y la UE (conocido como TTIP¹⁹, en inglés).

18 Ver Estudio Conjunto de la Oficina Internacional del Trabajo y la Secretaría de la Organización Mundial del Comercio, JANSEN y LEE, *Comercio y empleo, los retos de la investigación sobre las políticas*, 2007; ver asimismo informe de OCDE de fecha 23 de mayo de 2012, OCDE, *Policy Priorities for International Trade and Jobs*, 2012 con participación de OIT y OMC, además de otros siete organismos internacionales.

19 Transatlantic Trade and Investment Partnership.

II. PRINCIPIOS Y NORMAS PARA ANALIZAR TEMAS LABORALES EN EL CONTEXTO DE OMC

En este capítulo se abordan los mecanismos que la normativa OMC ofrece para invocar materias laborales como justificación de medidas comerciales²⁰.

El principal pronunciamiento realizado sobre los temas laborales por parte de la OMC ha sido la Declaración de Singapur de 1996, que establece:

Normas fundamentales del trabajo: “4. Renovamos nuestro compromiso de respetar las normas fundamentales del trabajo internacionalmente reconocidas. La OIT es el órgano competente para establecer esas normas y ocuparse de ellas, y afirmamos nuestro apoyo a su labor de promoción de las mismas. Consideramos que el crecimiento y el desarrollo económicos impulsados por el incremento del comercio y la mayor liberalización comercial contribuirán a la promoción de esas normas. Rechazamos la utilización de las normas del trabajo con fines proteccionistas y convenimos en que no debe cuestionarse en absoluto la ventaja comparativa de los países, en particular de los países en desarrollo de bajos salarios. A este respecto, tomamos nota de que las Secretarías de la OMC y la OIT proseguirán su actual colaboración²¹.

Aunque esta declaración no crea obligaciones que se puedan llevar a un panel en OMC, los Miembros de OMC reiteraron en dicho foro que ellos observarán las normas laborales fundamentales y apoyarán su promoción, a la vez que declararon que esas normas serán administradas y monitoreadas en otro foro, el de OIT. Esto sugiere, por una parte, que los Miembros de OMC confirmaron que dentro de su competencia para adoptar y hacer cumplir reglas en la OMC también deben promover las normas laborales fundamentales²².

Por otra parte, el consenso de Singapur implica además que corresponde a la OIT determinar si existe violación de normas laborales internacionales. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la competencia de OIT se agota en dicha determinación. No abarca ni tiene jurisdicción para determinar si las

20 Para una visión general de las cláusulas sociales incorporadas en los tratados de libre comercio, ver DOUMBIA-HENRY y GRAVEL, *Revista Internacional del Trabajo*, 2006, vol. 125, núm. 3, pp. 207 ss.; LAZO, *Los acuerdos comerciales y su relación con las normas laborales: Estado actual del arte*, 2009.

21 OMC-Doc. WT/MIN (96) DEC, de 13 de diciembre 1996. Ver OMC, *Informe del Comercio Mundial*, 2007, pp. 392 ss.

22 MARCEAU, en: BETHLEHEM, McRAE, NEUFELD y VAN DAMME (ed.), *The Oxford Handbook of International Trade Law*, 2009, p. 543.

sanciones comerciales adoptadas por sus Miembros bajo reglas comerciales son o no consistentes con las normas del GATT u otros tratados de la OMC y mucho menos para anular tales sanciones en caso de inconsistencia. Ello, además, queda expresamente bajo la esfera de competencia de los órganos de solución de controversias de la OMC²³.

III. MARCO GENERAL NORMATIVO

I. EL DERECHO INTERNACIONAL Y LA OMC

El Derecho Internacional impone la obligación a todos los Estados de cumplir simultáneamente y de buena fe con todas sus obligaciones internacionales a la vez de ejercer sus derechos. Por consiguiente, no es aceptable que ignoren algunas de sus obligaciones, por ejemplo como Miembros de la OIT, u otros compromisos relativos a materias laborales o sociales²⁴. Conforme a la Jurisprudencia de OMC, las reglas de interpretación de los tratados de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena son normas del Derecho y por tanto el GATT no debe ser leído “aislándolo clínicamente del resto del Derecho Internacional Público”²⁵.

Sin embargo, las fuentes fundamentales de Derecho para efectos de diferencias en OMC son los denominados “acuerdos abarcados” que menciona el artículo 1 del Entendimiento relativo a las normas y procedimiento por los que se rige la solución de diferencias y que se refieren en su Apéndice 1. Igualmente, se consideran fuentes para estos efectos los acuerdos internacionales incorporados en los acuerdos abarcados²⁶.

En el Derecho Internacional solo tienen preeminencia las normas del *ius cogens* y el artículo 103 de la Carta de la ONU²⁷ y, por consiguiente, al interpretar disposiciones de la OMC, los principios generales de Derecho,

23 HOWSE, *Journal of Small and Emerging Business Law*, 1999, vol. 3, núm. 1, p. 132.

24 FERNÁNDEZ, *Comercio de mercancías y protección del medio ambiente en la OMC*, 2008, pp. 267 ss. y 323.

25 *Estados Unidos – Gasolina*, OA, WT/DS2/AB/R, párr. 19; *ver también India – Patentes (EE.UU.)*, OA, WT/DS50/AB/R, párr. 46; *Estados Unidos – Acero al carbono*, OA, WT/DS213/AB/R, párrs. 61-62; Condon, *La Interpretación del Derecho de la OMC y su Efecto en los Sistemas Jurídicos Nacionales*. Disponible en <http://cdei.itam.mx/medios_digitales/archivos/educacion/Monografia_interpretacion.pdf>.

26 MATSUSHITA, SCHOENBAUM y MAVROIDIS, *The World Trade Organization*, 2003, p. 25.

27 Artículo 53 de la Convención de Viena.

así como otras reglas internacionales relevantes aplicables entre las Partes, pueden ser tenidas en cuenta aún si se originan en otros foros²⁸.

El ejemplo es el artículo XX letra g) GATT, excepciones generales sobre medidas “relativas a la conservación de los recursos naturales agotables”. En este caso, los órganos de solución de controversias de la OMC han recurrido a tratados multilaterales ambientales complementarios o a otras fuentes del Derecho para desentrañar en cada caso concreto el sentido de la mencionada disposición, y específicamente a la Convención CITES²⁹. A lo anterior debe agregarse la circunstancia de que algunas normas laborales son consideradas como protectoras de derechos humanos, lo que las deja igualmente cubiertas por principios generales de Derecho también relevantes al interpretar el lenguaje del Tratado de OMC³⁰. En este sentido, a partir de la Declaración de la OIT de 1998, se entiende que violaciones graves a los derechos contemplados en dicha declaración implican violaciones de derechos humanos³¹. No está de más recordar que en el pasado hubo aplicación de sanciones comerciales frente a severas violaciones de derechos humanos en contra de Sudáfrica, en tiempos del *apartheid*, y de Serbia.

Se ha sostenido, además, con base en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, que en ausencia de tratados no existen obligaciones comerciales entre los Estados y que estos pueden en tal caso suspender tales relaciones³².

28 MARCEAU, en: BETHLEHEM, McRAE, NEUFELD y VAN DAMME (ed.), *The Oxford Handbook of International Trade Law*, 2009, p. 543.

29 MATSUSHITA, SCHOENBAUM y MAVROIDIS, *The World Trade Organization*, 2003, pp. 24 y 30. En el mismo sentido ver VAN DEN BOSSCHE, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, 2ª ed., 2008, p. 42.

30 BARTELS, en: LESTER, MERCURIO y BARTELS (ed), *Bilateral and Regional Trade Agreements: Commentary, Analysis and Case Studies*, 2 ed, 2015; CHABROL, DA SILVA, MESTRE y MORVANNEAU, *Droits fondamentaux de l'Homme au travail dans le commerce international. Quelles voix opérationnelles? Quel rôle peut-on confier à l'OMC?*, 2008.

31 Los derechos mencionados en la Declaración de la OIT de 1998 son: a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; c) la abolición efectiva del trabajo infantil, y d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

32 Ver CIJ, *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, arrêt, *C.I.J. Recueil* 1986, p.14, párr. 276; HOWSE, *Journal of Small and Emerging Business Law*, 1999, vol. 3, núm. 1, p. 134.

2. EL PREÁMBULO DE LA OMC

En el Preámbulo del Acuerdo de la OMC se menciona como metas el “logro de niveles de vida más altos” y “consecución del pleno empleo y de un nivel elevado, cada vez mayor, del ingreso real”. También se hace referencia al concepto de “desarrollo sostenible”. Este incluye las dimensiones económica, ambiental y social y que en una interpretación evolutiva³³ de las disposiciones de OMC se podría fundamentar la consideración de principios sociales o laborales en circunstancias relevantes, como de hecho ha ocurrido en el caso *EE.UU. – Camarones*³⁴. No está de más subrayar que el Derecho Internacional está en constante evolución, marcado por el principio de la gradualidad.

De este modo, no es dable presumir que los constituyentes de la OMC establecieron estas consideraciones en el preámbulo sin un propósito y por ende, al interpretar las normas en un caso específico, estos elementos deben forzosamente ser considerados para apreciar la intencionalidad general de las normas a interpretar.

3. PRINCIPIOS BÁSICOS PARA LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE OMC

Al efectuar un análisis cruzado de las diferentes normas sustantivas del Tratado de la OMC, cabe resaltar que ellas suponen la aplicación de dos principios básicos: (i) todas las disposiciones de OMC son simultáneamente aplicables y (ii) deben ser interpretadas de manera armónica para asegurar la efectividad de todas las disposiciones de la OMC. De este modo, una medida laboral con ventajas condicionadas a consideraciones laborales puede ser vinculada simultáneamente ya sea con compromisos de acceso a mercados, listas de compras públicas, Acuerdo de Licencias y el GATT o como parte de programas de subsidios o inversiones.

33 FERNÁNDEZ, *Comercio de mercancías y protección del medio ambiente en la OMC*, 2008, pp. 327 y 347. Ver también el Informe Brundtland que define “desarrollo sostenible” como aquel que puede “satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las del futuro para atender sus propias necesidades”, Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, *Nuestro Futuro Común*, ONU-Docs. A/42/427, 1987 (Informe Brundtland).

34 *Estados Unidos – Camarones*, OA, WT/DS58/AB/R, párrs. 130 y 153-155.

4. REFERENCIA A OTRAS NORMAS INTERNACIONALES

Algunas disposiciones de la OMC otorgan valor jurídico a normas negociadas internacionalmente y así, por ejemplo, el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Acuerdo SFS) estipula que si un Miembro fundamenta sus normas nacionales en una norma *codex*³⁵, tales normas nacionales se presumen consistentes con el Acuerdo SFS. Una disposición similar existe para regulaciones técnicas, bajo el acuerdo OTC, con respecto a normas relevantes que pueden incluir normas laborales.

IV. REGLAS GENERALES BÁSICAS

I. PRINCIPIOS DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA Y TRATO NACIONAL

Los principios generales consagrados en los artículos I y III GATT fueron considerados cuando se discutió el caso *Bélgica – Subsidios Familiares*. Allí el Panel afirmó que la medida adoptada por Bélgica –en orden a un impuesto adicional para productos provenientes de países cuyos sistemas de asignaciones familiares no contemplaran determinados requerimientos fijados en la legislación belga– era una denegación del principio de NMF respecto de productos similares provenientes de Noruega y Dinamarca que no tenían el requerido sistema de subsidios familiares³⁶. El Panel señaló que la medida

(...) estaba basada en un concepto difícilmente reconciliable con el espíritu del Acuerdo General³⁷.

No obstante que el Panel no contuviera consideraciones para arribar a sus conclusiones, dicho informe ha sido invocado en casos posteriores³⁸. Simi-

35 Colección de normas internacionales sobre inocuidad de los alimentos, adoptada por la Comisión Codex Alimentarius, con sede en Roma y financiado conjuntamente por la FAO y la OMS.

36 Ver *Bélgica – Subsidios familiares*, GE-GATT, IBDD 1S/59, párr. 8. Ver comentario de HOWSE, *Journal of Small and Emerging Business Law*, 1999, vol. 3, núm. 1, p. 135.

37 FERNÁNDEZ, *Comercio de mercancías y protección del medio ambiente en la OMC*, 2008, p. 276.

38 *Estados Unidos – Camarones*, OA, WT/DS58/AB/R.

lares conclusiones fueron adoptadas en el Informe del Grupo Especial sobre Ajustes Fiscales en Frontera³⁹.

Las principales obligaciones con respecto a las regulaciones o normas domésticas son que ellas no pueden mantener discriminación injustificada o ser más restrictivas de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo⁴⁰.

2. EL CONCEPTO DE “SIMILITUD” Y EL DEBATE DE LOS PROCESOS Y MÉTODOS DE PRODUCCIÓN (PPM)

En el contexto de comercio y trabajo, se trata de dilucidar si dos productos similares pueden ser considerarlos como “disímiles” debido a las condiciones laborales en que ellos han sido producidos.

Cuando las medidas se relacionan con el producto, la referencia es a las propiedades físicas e intrínsecas del producto final y, en cambio, cuando se trata de medidas sobre los PPM, se trata de los procesos, tales como su elaboración, transporte, almacenamiento u otros⁴¹.

En la época del GATT se emitieron por los paneles dos informes –no adoptados al no alcanzar el consenso necesario. Fueron los casos *EE.UU. – Atún* ^{1A2} y

39 Ver GATT, *Informe del Grupo de Trabajo sobre ajustes fiscales en frontera*, IBDD 18S/106, adoptado el 2 de diciembre 1970, párr. 18; MARCEAU, en: BETHLEHEM, McRAE, NEUFELD y VAN DAMME (ed.), *The Oxford Handbook of International Trade Law*, 2009, p. 546; FERNÁNDEZ, *Comercio de mercancías y protección del medio ambiente en la OMC*, 2008, p. 277.

40 HOWSE, *Journal of Small and Emerging Business Law*, 1999, vol. 3, núm. 1, p. 143.

41 Ver Fernández, *Comercio de mercancías y protección del medio ambiente en la OMC*, 2008, pp. 267ss.

42 Ver *Estados Unidos – Restricciones a la importación de atún*, GE-GATT, IBDD 39S/183. El caso *EE.UU. – Atún 1* se refiere a que en las aguas orientales de la zona tropical del Océano Pacífico frecuentemente nadan por debajo de los grupos de delfines bancos de atún aleta amarilla. Cuando el atún se pesca con redes de cerco, los delfines quedan atrapados en ellas, muriendo muchos de ellos. EE.UU. dictó una Ley de Protección de los Mamíferos Marinos con medidas de protección de los delfines a cumplir tanto por su flota pesquera como los países que pesquen atún aleta amarilla en esa parte del Pacífico. Si el exportador de atún a los EE.UU. no demuestra que ha cumplido las normas estadounidenses de protección del delfín, el gobierno impide todas las importaciones de pescado procedentes de ese país. México era el país exportador en cuestión. Sus exportaciones de atún a Estados Unidos fueron prohibidas y México recurrió en 1991 al GATT. El embargo afectó también a los países “intermediarios” (Costa Rica, Italia, Japón y España, Francia, las Antillas Neerlandesas y el Reino Unido) en el comercio entre México y EE.UU. Frecuentemente el atún es procesado y enlatado en uno de estos países. El grupo especial presentó su informe en septiembre de 1991, concluyendo: a) los EE.UU. no pueden imponer un embargo de las importaciones de productos del atún procedentes de México por el simple motivo de que los reglamentos mexicanos sobre la forma en que se produce el atún no respeten los reglamentos estadounidenses. (Pero EE.UU. puede reglamentar la calidad o el contenido del atún importado.) Esta cuestión plantea

*EE.UU. – Atún II*⁴³. En ellos se introdujeron distinciones sobre las regulaciones impidiendo dar aplicación a aquellas que se refirieran a los PPM⁴⁴. En apoyo de la tesis contraria se esgrime la decisión adoptada por un panel que aplicó la norma de Trato Nacional cuando la medida se relacionaba con violaciones de propiedad intelectual de un producto, en el que claramente la medida no se basaba en ninguna característica física del producto⁴⁵.

El concepto de PPM es por lo general entendido en el sentido de que normalmente dos productos “similares” no pueden llegar a ser “disímiles” sobre la base de su método o proceso de producción. En la diferencia *CE – Amianto*, la OMC clarificó que establecer la “similitud” de dos productos es esencialmente una determinación de su relación competitiva⁴⁶, lo que es un criterio más amplio que las características físicas, porque las preferencias de los consumidores pueden ser afectadas por un PPM.

En el caso *CE – Amianto*, el Panel estimó infringido el párrafo 4 del artículo III GATT, a la vez que consideró innecesario pronunciarse sobre el artículo XI GATT. No obstante, resolvió que la medida era “necesaria” para

así un caso de “producto” contra “proceso”. b) las normas del GATT no permiten que un país adopte medidas comerciales con el fin de intentar que se cumpla su legislación interna en otro país, ni siquiera para proteger la salud de los animales o conservar recursos naturales agotables. Se trata de la “extraterritorialidad”. También se pidió al GE que decidiera sobre la política estadounidense de exigir que los productos del atún llevaran la etiqueta “Dolphin-safe” (dejando a los consumidores la elección de comprar o no el producto). Su conclusión fue que no existía una infracción de las normas del GATT porque el objetivo era impedir las prácticas de publicidad engañosa de los productos del atún en su totalidad, tanto los importados como los de producción nacional.

43 En 1992, la UE presentó otra reclamación, *Estados Unidos – Restricciones a la importación de atún (EE.UU. Atún II)*. El informe del GE fue distribuido en junio de 1994. Este informe aceptó algunas constataciones del primer grupo especial, pero no fue adoptado. Ver HOWSE, *Journal of Small and Emerging Business Law*, 1999, vol. 3, núm. 1, p. 136 e informe <www.worldtradelaw.net/reports/gattpanels/tunadolphinII.pdf>.

44 Según HOWSE, esta distinción no tiene asidero en el texto o en la historia de la negociación del GATT, HOWSE, *Journal of Small and Emerging Business Law*, 1999, vol. 3, núm. 1, p. 136.

45 HOWSE, *Journal of Small and Emerging Business Law*, 1999, vol. 3, núm. 1, p. 136, citando caso *Estados Unidos – Artículo 337 de la Ley Arancelaria de 1930*, GE-GATT, BISD 36S/345.

46 *CE – Amianto*, OA, WT/DS135/AB/R, párr. 101. En este caso, se incluyeron como criterios a determinar la relación competitiva entre los productos los siguientes: i) las propiedades físicas de los productos; ii) la medida en que los productos pueden destinarse a los mismos usos finales o a usos finales similares; iii) la medida en que los consumidores perciben y tratan a los productos como distintos medios posibles de cumplir determinadas funciones a fin de satisfacer una necesidad o demanda determinada, y iv) la clasificación internacional de los productos a efectos arancelarios.

proteger la salud y la vida de las personas y que estaba justificada al tenor del artículo XX b) GATT.

Sin embargo, en el mismo caso anterior, el OA sentó jurisprudencia, revocando lo resuelto por el GE, y resolvió que dicho GE había incurrido en error al excluir del examen de la “similitud” los riesgos para la salud asociados con el amianto. El OA estableció en su informe que el Reglamento francés no era incompatible con los Acuerdos de la OMC; que el Acuerdo OTC se aplicaba pero que no se podía examinar la alegación de Canadá de incompatibilidad de la medida con el Acuerdo OTC; que Canadá no había acreditado la existencia de “productos similares” en el sentido del artículo III GATT, confirmando además lo informado por el GE en el sentido que el Decreto francés se ajustaba al apartado b) del artículo XX GATT, y que era “necesario para proteger la salud y la vida de las personas”⁴⁷.

En el caso *CE – Amianto*, tanto el GE como el OA utilizaron criterios comerciales en el examen de la similitud de los productos, los mismos que se utilizan en la indagación de la “similitud” del artículo III:2 GATT, pero el OA aclaró que no cabe trasladar la consideración de “producto similar” del párrafo 2 al 4 sin tener en cuenta las diferencias entre uno y otro.

El OA consideró en dicho caso que

El objetivo general y fundamental del Art. III es evitar el proteccionismo en la aplicación de los impuestos y medidas reglamentarias interiores. Más concretamente, el propósito del Art. III “es el de que las medidas interiores no se apliquen a los productos importados o nacionales de manera que se proteja la producción nacional”. A este fin, el Art. III obliga a los Miembros de la OMC a facilitar para los productos importados unas condiciones de competencia igual a las de los productos nacionales⁴⁸.

Más adelante, el Informe agrega que el objetivo general del artículo III GATT informa el párrafo 4 del mismo artículo y por tanto su interpretación debe ser acorde al mismo y que

(...) debe por tanto reflejarse que, al tratar de asegurar las “condiciones de competencia”, el “principio general” del Art. III procura impedir que los Miembros apliquen impuestos y reglamentos interiores de una manera que afecte a la relación

47 *CE – Amianto*, OA, WT/DS135/AB/R, párr. 100.

48 *Ídem*, párr. 97.

de competencia, en el mercado, entre los productos de origen nacional y los productos importados de que se trata, de manera que proteja a la industria nacional⁴⁹.

En el caso *República Dominicana – Importación y Venta de Cigarrillos*⁵⁰, el OA continúa esta línea al establecer que

(...) la existencia de efectos perjudiciales de detrimento sobre un determinado producto importado resultantes de una medida no implica necesariamente que esa medida otorgue un trato menos favorable a las importaciones si los efectos perjudiciales se explican por “factores o circunstancias que no guardan relación con el origen extranjero del producto”, como en dicho caso la cuota de mercado de los importadores⁵¹.

En el caso *CE – Productos Biotécnicos*, el informe concluyó que la discriminación no crearía trato menos favorable cuando la diferencia está justificada en políticas no proteccionistas basadas en percepciones gubernamentales o de consumidores. El Panel en este caso concluyó que no hay necesidad de determinar si la biotecnología y la no biotecnología eran productos similares desde que

(...) no es evidente por sí mismo que el invocado trato menos favorable de productos biotécnicos se explique por su origen foráneo en vez de, por ejemplo, una diferencia percibida entre los productos biotécnicos y no biotécnicos en términos de su seguridad⁵².

En este último caso, el Panel rechazó la queja de violación de trato nacional. Adicionalmente, y como lo recoge el OA también en el caso *CE – Amianto*,

En el informe del Grupo de Trabajo sobre los Ajustes fiscales en frontera se indican las líneas generales de un enfoque para el análisis de la “similitud” que ha sido seguido y desarrollado ulteriormente por varios grupos especiales y por el Órgano de Apelación. Este enfoque consistía principalmente en aplicar cuatro criterios generales para analizar la “similitud”: i) las propiedades, naturaleza y calidad de

49 Ídem, párr. 98.

50 República Dominicana – Importación y venta de cigarrillos, OA, WT/DS302/AB/R, párr. 96.

51 Ídem, citado por MARCEAU, en: BETHLEHEM, McRAE, NEUFELD y VAN DAMME (ed.), *The Oxford Handbook of International Trade Law*, 2009, p. p. 548.

52 CE – Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos, GE, WT/DS291/R, párrs. 7.2509 – 7.2516.

los productos; ii) los usos finales de los productos; iii) los gustos y hábitos del consumidor –más ampliamente denominados percepciones y comportamiento del consumidor– con respecto a los productos, y iv) la clasificación arancelaria de los productos. Señalamos que estos cuatro criterios comprenden cuatro categorías de “características” que pueden compartir los productos de que se trata:

i) las propiedades físicas de los productos; ii) la medida en que los productos pueden destinarse a los mismos usos finales o a usos finales similares; iii) la medida en que los consumidores perciben y tratan a los productos como distintos medios posibles de cumplir determinadas funciones a fin de satisfacer una necesidad o demanda determinada, y iv) la clasificación internacional de los productos a efectos arancelarios⁵³.

Y agregaron:

(...) debemos señalar que ni el texto del párrafo 4 del artículo III ni la práctica de los grupos especiales o del Órgano de Apelación indican que debe excluirse a priori ningún elemento de prueba del examen de la “similitud” de los productos por esos grupos. Además, como ya hemos dicho, al examinar la “similitud” de los productos, los grupos especiales deben apreciar todas las pruebas pertinentes. En nuestra firme opinión, las pruebas relacionadas con los riesgos para la salud que conlleve un producto pueden ser pertinentes en un examen de la “similitud” hecho en el marco del párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994. No obstante, no pensamos que las pruebas relacionadas con los riesgos para la salud asociados con las fibras de amianto crisotilo deban examinarse en el marco de un criterio separado, ya que creemos que éstas pueden evaluarse dentro de los criterios, ya existentes, de las propiedades físicas del producto y de los gustos y hábitos de los consumidores, a los que nos referiremos más adelante⁵⁴.

De este modo, cabe hacer una distinción entre los PPM que afectan al producto de aquellos que no tienen incidencia en sus características⁵⁵. En la determinación sobre si la relación de competencia realmente existe, el Órgano de Apelación (OA) parece enfocarse generalmente en las características físicas de los productos, en particular, en su cancerogenicidad o su toxicidad. Por lo tanto, cuando los productos son físicamente “similares”, sería difícil probar que no están compitiendo entre ellos.

53 *CE – Amianto*, OA, WT/DS135/AB/R, párr. 101.

54 *Ídem*, párr. 113.

55 FERNÁNDEZ, *Comercio de mercancías y protección del medio ambiente en la OMC*, 2008, pp. 268-273.

En el ámbito de comercio y medio ambiente, muchos países en desarrollo han reclamado que se invoque el modo en que los productos han sido producidos o procesados, lo que consideran un medio disfrazado de proteccionismo y que se pretenda imponer por esta vía niveles propios de países desarrollados, lo que se ha traducido en numerosas disputas impugnando los PPM en OMC⁵⁶.

En el GATT, el tema de si las normas laborales pueden condicionar acciones relacionadas con el comercio, está también estrechamente vinculada a la cuestión de si una regulación puede hacer diferencias sobre la base de criterios diferentes o desvinculados de los productos mismos. ¿Se pueden aplicar medidas de comercio vinculadas a los procesos laborales en que un producto fue fabricado, tomando en consideración medidas relativas a condiciones de trabajo en los países de origen de tal producto?

Considerando los fundamentos precedentes, es posible afirmar que existe base jurisprudencial para sostener que la “similitud” no se explica simplemente por las características físicas de un producto y que otros factores, como los laborales eventualmente, pueden permitir diferenciar productos fundados en los PPM, en especial el de las percepciones y hábitos de los consumidores.

Por último, se ha argumentado que este razonamiento aplicable a medidas que imponen trato diferente podría tal vez extenderse en el caso de que fuera fundado en el respeto de normas laborales fundamentales por países exportadores alegando la percepción de diferencias que afectan los “límites morales” de los países importadores⁵⁷.

3. TERRITORIALIDAD, EXTRATERRITORIALIDAD Y LOS PPM

En el caso del GATT como *EE.UU. – Atún*, la jurisprudencia habría rechazado la hipótesis de la protección extraterritorial de intereses distintos de los comerciales (en este caso la protección de los delfines cazados en las redes de los atunes), y rechazó aplicar las medidas de etiquetado en ese sentido⁵⁸.

56 Ídem. Ver definición de la Comisión Bruntland, Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, *Nuestro Futuro Común*, ONU-Docs. A/42/427, 1987.

57 MARCEAU, en: BETHLEHEM, McRAE, NEUFELD y VAN DAMME (ed.), *The Oxford Handbook of International Trade Law*, 2009, p. 548.

58 *Estados Unidos – Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún*.

Adicionalmente, debemos considerar que atendido el desarrollo de los procesos de apertura comercial y la creciente liberalización para la circulación de los flujos de capital, no resulta indiferente a los Estados la forma como los demás países se comportan en ámbitos tales como el laboral.

De allí que hemos visto la aparición de regulaciones unilaterales, como los SGP o de tratados de libre comercio aparejados de cláusulas laborales. En estos casos, se trata de regulaciones que buscan efectos extraterritoriales.

El GATT no prohíbe medidas con efectos extraterritoriales, sino aquellas que son discriminatorias o proteccionistas. Incluso, las excepciones del artículo XX GATT están concebidas para tener impacto extraterritorial.

En el caso *EE.UU. – Camarones*⁵⁹, el GE y el OA analizaron si una medida aplicada a animales que se encontraban fuera de la jurisdicción de EE.UU. podía ser invocada con base en el artículo XX, letras b) y g) GATT. Aunque el OA finalmente rechazó la medida de EE.UU., en un considerando especial destacó

(...) lo que no habían decidido (...)

185. Al llegar a estas conclusiones, deseamos subrayar aquello que no hemos decidido en esta apelación. No hemos decidido que la protección y preservación del medio ambiente no tenga importancia para los Miembros de la OMC. Evidentemente la tiene. No hemos decidido que los países soberanos que son Miembros de la OMC no puedan adoptar medidas eficaces para proteger las especies amenazadas, tales como las tortugas marinas. Evidentemente pueden o deben hacerlo. Y no hemos decidido que los Estados soberanos no deban actuar conjuntamente en forma bilateral, plurilateral o multilateral, en el marco de la OMC o en otros foros internacionales, para proteger a las especies amenazadas o proteger de otra forma al medio ambiente. Evidentemente, deben hacerlo y de hecho lo hacen.

Y agregó

(...) lo que sí habían decidido (...):

186. Aquello que hemos decidido en esta apelación simplemente es lo siguiente: aunque la medida de los Estados Unidos objeto de la diferencia sometida a esta apelación cumpla un objetivo de protección medioambiental reconocido como legítimo en virtud del apartado g) del artículo XX del GATT de 1994, esta medida ha

59 *Estados Unidos – Camarones*, WT/DS58.

sido aplicada por los Estados Unidos en forma que constituye una discriminación arbitraria e injustificable entre Miembros de la OMC, en contra de lo prescrito en el preámbulo del artículo XX. Por todas las razones específicas señaladas en el presente informe, esta medida no reúne las condiciones para beneficiarse de la exención que el artículo XX del GATT de 1994 concede a las medidas que cumplen determinados objetivos reconocidos y legítimos de protección del medio ambiente pero que, al mismo tiempo, no se aplican en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre países en los que prevalecen las mismas condiciones o una restricción encubierta al comercio internacional. Como lo pusimos de relieve en el asunto Estados Unidos – Gasolina, los Miembros de la OMC tienen amplia autonomía para establecer sus propias políticas encaminadas a proteger el medio ambiente en tanto, al hacerlo, cumplan sus obligaciones y respeten los derechos de los demás Miembros dimanantes del Acuerdo sobre la OMC⁶⁰.

Sin embargo, se ha argumentado que el tema de la territorialidad constituye un falso debate desde que una medida comercial dirigida en dicho caso a la protección del medio ambiente produce efectos extraterritoriales por definición y que los Estados tienen a su alcance medidas restrictivas si un producto puede afectar a las personas o al medio ambiente⁶¹ (y en nuestro caso, a los trabajadores).

Como aparece del caso *EE.UU. – Camarones*, fue el elemento de imposición unilateral de determinados comportamientos y el de no colaboración lo que llevó al GE a denegar este tipo de medidas, junto con la consideración que ello conllevaba una discriminación arbitraria. En la especie, EE.UU. había decidido de manera unilateral que las tortugas estaban en situación de peligro y, además, los métodos aplicables para su protección.

En síntesis, manteniéndose la regla general de la territorialidad, se aprecia cierto espacio para plantear medidas de efecto extraterritorial, fundamentalmente por la apertura pactada en ACR. Las medidas no tienen fuente explícita en la actual normativa de OMC, pero se observa una evolución de la jurisprudencia hacia la justificación de medidas de carácter extraterritorial. No obstante, hasta hoy estas han tenido aplicación fundamentalmente en materia ambiental y no se registran debates similares respecto de temas laborales en la jurisprudencia de OMC hasta esta fecha.

60 *Estados Unidos – Camarones*, OA, WT/DS58/AB/R, párr. 185.

61 FERNÁNDEZ, *Comercio de mercancías y protección del medio ambiente en la OMC*, 2008, pp. 292 ss.

4. CONDICIONES DEL ARTÍCULO II: I B) GATT - LISTAS DE CONCESIONES

Este artículo se refiere al trato no menos favorable que cada Parte contratante concederá al comercio de las demás Partes contratantes con respecto a las listas de concesiones. La letra b) de dicha disposición menciona la posibilidad de tomar en consideración “condiciones o cláusulas especiales”⁶² en las Listas.

En el antiguo caso de *Bélgica – Subsidios familiares*, el informe pareció haber condenado la invocación de condiciones sociales. Sin embargo, el argumento del rechazo fue porque no estaban incluidas en la lista de Bélgica y porque tal condición no estaba formulada en términos generales⁶³.

Cabe tener presente que las “condiciones” mencionadas en el artículo II: 1b) GATT no pueden incluir limitaciones sobre el origen de un producto, ni incluir cláusulas especiales relativos a restricciones cuantitativas. En efecto, el artículo II GATT permite que las Partes contratantes reduzcan o aminoren sus propios derechos bajo el GATT –lo que puede quedar reflejado en sus listas–, pero pueden disminuir sus obligaciones bajo dicho acuerdo⁶⁴.

Cabría interrogarse si las condiciones laborales podrían ser negociadas en una Lista, y si ellas están explícita o implícitamente prohibidas por el GATT. Resulta difícil afirmar que los criterios sobre derechos laborales estén explícitamente prohibidos por una regla del GATT⁶⁵. Una vez más, no hay mayores criterios en la jurisprudencia que arrojen más luz sobre este punto.

62 Nótese la diferencia del término “condiciones y cláusulas especiales” de la versión en castellano, versus la expresión en inglés: *terms, conditions or qualifications*.

63 *Bélgica – Subsidios familiares*, *GE-GATT*, IBDD 1S/59. Se trataba de una discriminación arancelaria introducida por la ley belga contra productos provenientes de países que no tenían un sistema de asignaciones familiares.

64 Este criterio había sido usado en *CE – Banano III* cuando el Panel concluyó que la nota a pie de página incluida en la lista de la CE impuso lo que fue considerado ser una cuota arancelaria discriminatoria a favor de Países de África-Caribe-Pacífico (ACP), inconsistente con el artículo XIII GATT, *CE – Banano III*, OA, WT/DS27/AB/R, párr. 154.

65 MARCEAU, en: BETHLEHEM, McRAE, NEUFELD y VAN DAMME (ed.), *The Oxford Handbook of International Trade Law*, 2009, p. 548.

V. LAS EXCEPCIONES GENERALES DEL ARTÍCULO XX GATT

I. REQUISITOS

Desde su vigencia, el GATT ha reconocido la legitimidad de medidas que, aun contradictorias con las obligaciones básicas del GATT, se fundan en la protección de la moral pública, la salud o el medio ambiente. Aunque no hay una referencia directa a las normas laborales en el artículo XX GATT, tres subpárrafos son invocados para fundamentar consideraciones laborales: los literales (a), (b) y (e) de dicha norma. En efecto, el artículo XX GATT dispone:

(...) Excepciones generales: A reserva de que no se apliquen las medidas enumeradas a continuación en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones o una restricción encubierta al comercio internacional, ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas:

- a) necesarias para proteger la moral pública;
- b) necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales;
- e) relativas a los artículos fabricados en las prisiones.

Ha sido subrayado el hecho de que el artículo XX GATT establece excepciones “generales”, lo que ha suscitado la cuestión de si tratándose de reglas excepcionales deben ser interpretadas restrictivamente (*singularia non sunt extendenda*). El OA

(...) ha propugnado un enfoque de equilibrio o balance entre la regla general y las excepciones generales, considerando los valores que existen detrás de cada norma y ha descartado en consecuencia un enfoque restrictivo aunque se emplee la expresión “excepciones”⁶⁶.

66 *Estados Unidos – Gasolina*, OA, WT/DS2/AB/R, p. 21; VAN DEN BOSSCHE, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, 2ª. ed., 2008, p. 618.

Desde su inicio, el GATT siempre ha reconocido que legítimas políticas de gobierno pueden justificar medidas que sean contrarias a disciplinas básicas del GATT. Por consiguiente, en algunas circunstancias, valores no comerciales pueden imponerse a reglas comerciales generales a condición de que la acción gubernamental se refiera o haga necesaria una de las políticas no comerciales listadas en el artículo XX GATT y que sea invocada de buena fe. Las políticas listadas en el artículo XX GATT pueden justificar medidas inconsistentes con alguna de las otras disposiciones del GATT.

2. EL PROCESO DE DOBLE ANÁLISIS O TEST DE DOS VÍAS

El OA ha articulado un proceso que contempla dos pasos a seguir⁶⁷ para determinar si una restricción comercial puede ser justificada bajo el artículo XX GATT (o al XIV GATS), a pesar de ser inconsistente con las obligaciones fundamentales del GATT⁶⁸.

En el caso *EE.UU. – Gasolina*, el OA estableció claramente el mecanismo de doble análisis del artículo XX GATT:

(...) Para que a la medida de que se trate pueda hacerse extensiva la protección del artículo XX que la justifique, dicha medida no sólo debe estar comprendida en el ámbito de una u otra de las excepciones particulares –párrafos a) a j)– recogidas en el artículo XX; debe además satisfacer las prescripciones exigidas por las cláusulas iniciales del artículo XX. En otras palabras, el análisis es doble: primero, la justificación provisional de la medida por su carácter de medida comprendida en el apartado g) del artículo XX; segundo, nueva evaluación de la misma medida a la luz de las cláusulas introductorias del artículo XX⁶⁹.

De este modo, la medida disputada debe contribuir a la promoción de la meta de política subyacente (por ejemplo, protección de la moral pública), lo que requiere un examen de la naturaleza, objeto y estructura de la medida, y en segundo lugar, si se cumplan los requisitos del preámbulo del artículo XX GATT.

67 Ver Capítulo 7. Ver también VAN DEN BOSSCHE, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, 2ª. ed., 2008, p. 620.

68 *Estados Unidos – Gasolina*, OA, WT/DS2/AB/R, párr. 292.

69 Ídem, p. 26.

Es importante tener presente que el orden en el que debe realizarse el doble análisis no es irrelevante. En el caso *EE.UU. – Camarones*, el OA revirtió la decisión del GE al determinar con exactitud el orden lógico a seguir en la comparación de los requisitos del artículo XX GATT, a saber: en primer lugar, el carácter de la medida comprendida en el artículo XX GATT y en segundo lugar, una nueva evaluación de la misma a la luz de las cláusulas introductorias del artículo XX GATT (*chapeau*)⁷⁰⁻⁷¹.

Luego, hay que determinar si la medida ha sido aplicada de buena fe y que el recurso a una excepción no ha conducido a un abuso de los derechos conferidos por los tratados. Específicamente, la aplicación de la medida no debe constituir una discriminación arbitraria o injustificable o conducir a un proteccionismo disfrazado.

Por lo tanto, si se plantease una incompatibilidad de una regulación vinculada a trabajo con las reglas de OMC fundada en las excepciones generales del artículo XX GATT, las cuestiones a revisar deberían ser las siguientes: (i) si se trata de derechos laborales fundamentales cubiertos por algunas de las políticas y valores no comerciales mencionados en el artículo XX GATT; (ii) si la medida laboral específica cumple con la disposición de excepción y, (iii) si ha sido aplicada de buena fe bajo el marco del artículo XX GATT.

Sin embargo, debe dejarse constancia de que no existe jurisprudencia fundada en medidas laborales excepcionadas de las reglas generales fundadas en el artículo XX GATT⁷².

3. MEDIDAS NECESARIAS PARA LA PROTECCIÓN DE LA MORAL PÚBLICA (ARTÍCULO XX, LETRA A GATT)

Aunque ciertos GE de la OMC no acordaron relevancia al artículo XX GATT, sí existe en el GATS una norma similar que fue objeto de debate jurisprudencial. El caso más citado sobre la excepción de moral pública es el de *EE.UU. – Juegos de Azar*⁷³ (artículo XIV GATS –similar a la del artículo XX (a) GATT–), en que el GE declaró que

70 *Vé* *Estados Unidos – Camarones*, OA, WT/DS58/AB/R, párr. 121 y 137.

71 *Ídem*, párr. 120.

72 MARCEAU, en: BETHLEHEM, McRAE, NEUFELD y VAN DAMME (ed.), *The Oxford Handbook of International Trade Law*, 2009, pp. 549 ss.

73 *Estados Unidos – Juegos de Azar*, OA, WT/DS285/AB/R, párrs. 286-296.

[E]l significado de esos conceptos para los Miembros puede variar en el tiempo y en el espacio, en función de diversos factores, incluidos los valores sociales, culturales, éticos y religiosos que prevalezcan. Además, el Órgano de Apelación ha afirmado en varias ocasiones que los Miembros, al aplicar conceptos sociales similares, tienen derecho a determinar el nivel de protección que consideran adecuado⁷⁴.

La protección de algunas normas laborales, especialmente las relativas a derechos laborales fundamentales, podría ser invocada como tema de moral pública, en especial aquellos referidos a trabajo forzoso, trabajo infantil y no discriminación e incluso los relativos a libertad sindical y negociación colectiva en la medida que la Declaración de la OIT de 1998 los considera derechos fundamentales y han sido incorporados como tales en diversos tratados internacionales. En la literatura aparecen explícitamente mencionados los casos de importaciones de productos realizados con trabajo infantil, comparándolos con bebidas alcohólicas, pornografía o diamantes ensangrentados⁷⁵. Se sostiene que algún miembro podría sugerir que el respeto de ciertas normas laborales en el país exportador es un tema de tal importancia moral en su país que esos productos no pueden circular en él⁷⁶.

Otro tema discutido ha sido el de las contramedidas. En el caso *México – Impuestos sobre los refrescos*, se rechazó una contramedida unilateral contraria a las disposiciones del artículo III GATT –una reacción en contra de las acciones ilegales reclamadas contra el miembro exportador–, pese a que esta se fundaba en las excepciones del artículo XX GATT⁷⁷.

Ha habido casos de condenas morales públicas hechas en forma colectiva, por ejemplo apoyadas por resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (lo que está contemplado en el artículo XXI (c) GATT) o como fue el caso de Myanmar (medidas recomendadas por el Consejo de Administración de la OIT bajo el artículo 33 de su Constitución –implementación de recomendaciones contenidas en el Informe de la Comisión de Encuesta

74 Ídem, párr. 6.461.

75 La expresión diamantes ensangrentados alude a aquellos obtenidos con el objeto de financiar guerras civiles, especialmente en algunos países de África. Ha dado lugar al “Proceso de Kimberley” para certificar el origen de los diamantes y cuyo objetivo es exigir el cumplimiento de un protocolo que determina su legitimidad. Ver también VAN DEN BOSSCHE, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, 2ª. ed., 2008, pp. 639s. y 654 ss.

76 MARCEAU, en: BETHLEHEM, McRAE, NEUFELD y VAN DAMME (ed.), *The Oxford Handbook of International Trade Law*, 2009, p. 550.

77 *México – Impuestos sobre los refrescos*, GE, WT/DS308/R.

titulada “Trabajo Forzado en Myanmar (Birmania)”⁷⁸. En este último caso, la determinación no solo fue hecha colectivamente por la Comisión Internacional de la OIT en un marco jurídico establecido, sino que además la OIT llamó a tomar acciones colectivas sobre tales bases.

Para que opere esta excepción se requieren ciertos requisitos:

3.1. MEDIDAS “NECESARIAS”

Además de resolver si los temas laborales pueden ser calificados como asuntos de moral pública en el país importador, restaría por dilucidar si la medida específica relacionada con trabajo es “necesaria”.

En el caso *Corea – Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, el OA señaló que la expresión “necesaria” no se limita a lo que es “indispensable”:

Las medidas que son indispensables o de absoluta necesidad o inevitables para lograr la observancia cumplen sin duda las prescripciones del apartado d) del artículo XX. Pero otras medidas también pueden quedar comprendidas en el ámbito de esa excepción. La palabra “necesaria”, tal como se utiliza en el apartado d) del artículo XX, se refiere, a nuestro juicio, a una variedad de grados de necesidad. En un extremo de este continuo, “necesarias” se entiende como “indispensables”; en el otro extremo, en el sentido de “que contribuyen a”. Consideramos que una medida “necesaria” está, en este continuo, situada significativamente más cerca del polo de lo “indispensable” que del polo opuesto, de lo que simplemente “contribuye a”⁷⁹.

El OA desarrolló además en el mismo caso ciertos requisitos para declarar cuando una medida es “necesaria”, incluyendo, entre otros: (i) la contribución de la medida al cumplimiento de la legislación o regulación de que se trata; (ii) la importancia de los intereses comunes o valores protegidos por dicha legislación o regulación, y (iii) el impacto comercial de la legislación o regulación sobre las importaciones o exportaciones⁸⁰. Ha sido subrayado que

78 Conferencia de OIT, Informe Preliminar 6-4, 88° sesión, Ginebra 2000.

79 *Corea – Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, OA WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, párr. 161.

80 Ver *Corea – Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, OA WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, párrs. 162s.; República Dominicana – Importación y venta de cigarrillos, OA, WT/DS302/AB/R, párrs. 7205-7209; Estados Unidos – Juegos de Azar, OA, WT/DS285/AB/R, párrs. 304-311.

(...) mientras más vital o importante sean los intereses comunes o valores, más fácil será que se acepten las medidas como “necesarias”⁸¹.

En el caso *Brasil – Neumáticos recauchutados*, el OA clarificó que una medida necesita “contribuir” al logro de su objetivo; una contribución existe cuando hay una genuina relación de fines y medios entre el objetivo y la medida⁸².

3.2. MATERIALIDAD O RELEVANCIA DE LA MEDIDA

La medida requiere ser “material”⁸³ después de haber sido sopesada contra su “restrictividad” comercial. Una vez que el demandado ha hecho un caso *prima facie* de que la medida desafiada es “necesaria” según este nuevo test, corresponde a la parte demandante presentar la medida alternativa consistente con la OMC que, en su visión, la parte demandada debiera haber tomado⁸⁴. Este es un *onus probandi* muy pesado para el miembro exportador que desafía la medida, especialmente si el nivel de riesgo fijado por el país importador elegido es cero⁸⁵.

Aplicando este test a una medida nacional basada, por ejemplo, en normas de la OIT, se requeriría sopesar y balancear si la medida específica protege valores fundamentales de moral pública a la vez que contribuye al respeto de las metas políticas y considera la importancia del impacto comercial. En este caso, los GE y el OA deberían requerir información relevante de OIT, conforme al artículo 13 del ESD, discutir con las Partes y asegurarse de que la información ha recibido el correspondiente peso legal. En ausencia de una regla especial que otorgue valor legal específico a las decisiones y acciones de la OIT, los instrumentos relevantes de OIT debieran ser tenidos en cuenta de un modo u otro por un GE, al determinar si una medida específica relacionada con trabajo es consistente con las disposiciones sobre excepciones del GATT.

81 Ver *Corea – Diversas medidas que afectan a la carne vacuna*, OA WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, párr. 162.

82 *Brasil – Neumáticos recauchutados*, OA, WT/DS332/AB/R, párr. 210.

83 En el sentido de substantiva.

84 Ver *Estados Unidos – Juegos de Azar*, OA, WT/DS285/AB/R, párrs. 308-311.

85 Ver *Australia – Salmón*, OA, WT/DS18/AB/R, párr. 125, que establece que los Miembros pueden fijar el nivel de riesgo que quieran, incluido el nivel cero.

4. MEDIDAS NECESARIAS PARA LA PROTECCIÓN DE LA SALUD DE LAS PERSONAS (ARTÍCULO XX, LETRA B GATT)

¿Podemos esperar lo mismo de Estados que tienen diverso grado de desarrollo relativo? En el caso *CE – Amianto*, el Panel estaba preocupado con las regulaciones técnicas bajo la legislación laboral de Francia y se pronunció de este modo:

(...) consideramos que la existencia de una medida razonablemente disponible debe ser establecida a la luz de las realidades económicas y administrativas que enfrentan los Miembros respectivos, pero también, tomando en consideración el hecho que es el propio Estado el que debe proveer los medios para la implementación de sus políticas⁸⁶.

De este modo, el GE consideró que era legítimo esperar de un país avanzado como Francia niveles superiores de legislación y servicios administrativos especializados y *contrario sensu*, que no es dable tener las mismas expectativas o requerimientos respecto de países menos desarrollados. Este tema ha sido recurrente respecto de los requerimientos sociales de países en vías de desarrollo.

Otro tema que se ha suscitado en esta materia es si pueden justificarse las consideraciones laborales restrictivas del comercio con medidas que contribuyan a la protección de la salud de los trabajadores en el extranjero, lo que incide en la aplicación extraterritorial del artículo XX GATT. Resulta muy difícil pensar cómo un país importador podría justificar la restricción al acceso de mercados, invocando que está contribuyendo a la protección de los trabajadores extranjeros de los impactos relativos a la salud o de condiciones de trabajo insatisfactorias, tomando en cuenta que la lógica y el vínculo efectivo entre la medida y la meta de política sería en este caso difícil de demostrar⁸⁷.

86 *CE – Amianto*, GE, WT/DS135/R, párr. 8.208-8.209.

87 *Estados Unidos – Camarones*, OA, WT/DS58/AB/R, párr. 133.

5. MEDIDAS RELATIVAS A LOS PRODUCTOS HECHOS CON TRABAJO EN PRISIÓN (ARTÍCULO XX, LETRA E) GATT)

En oposición a las excepciones anteriores, el trabajo en prisión claramente admite una aplicación extraterritorial, aunque en este caso más que en razones humanitarias nos encontramos con fundamentos de carácter esencialmente económico, de evitar una competencia desleal⁸⁸.

En ese sentido, cabe preguntarse si el “trabajo forzoso” se encuentra subsumido bajo el concepto de “trabajo en prisión”. Para responder a esta pregunta, se cita al Convenio N° 29 sobre Trabajo Forzoso (1930), que explícitamente excluye el trabajo en prisión como trabajo forzoso (artículo 2 párr. 2 (c))⁸⁹. Sobre la base de la disposición aludida, el Comité de Expertos sobre la Aplicación de los Convenios y Recomendaciones (CEACR) de OIT se ha pronunciado en el sentido de que esta excepción no se aplica a trabajos en prisión privada si no es llevado a cabo “bajo condiciones que se aproximen a una relación laboral libre”⁹⁰. La lógica del Comité parece ser convergente aquí con la del artículo XX cuando aquel razona de que “hay una necesidad de evitar competencia desleal” entre una fuerza de trabajo cautiva y otra libre⁹¹.

De este modo, para beneficiarse de la aplicación del artículo XX GATT, la medida específica relacionada con trabajo, debería cumplir con las disposiciones específicas de uno de los subpárrafos antes mencionados en (a), (b) y (c). Adicionalmente, la medida específica debiera también cumplir con la consistencia y buena fe requeridas en el párrafo inicial del artículo XX GATT⁹².

88 MARCEAU, en: BETHLEHEM, McRAE, NEUFELD y VAN DAMME (ed.), *The Oxford Handbook of International Trade Law*, 2009, p. 552.

89 Sin embargo, a los efectos del presente Convenio, la expresión trabajo forzoso u obligatorio no comprende: (c) cualquier trabajo o servicio que se exija a un individuo en virtud de una condena pronunciada por sentencia judicial, a condición de que este trabajo o servicio se realice bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas y que dicho individuo no sea cedido o puesto a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado; ver MARCEAU, en: BETHLEHEM, McRAE, NEUFELD y VAN DAMME (ed.), *The Oxford Handbook of International Trade Law*, 2009, p. 552.

90 Ver OIT, *Erradicación del Trabajo Forzoso, Examen General del Comité de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, 2007, párrs. 54-61 y 81-122.

91 Ver OIT, *Erradicación del Trabajo Forzoso, Examen General del Comité de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones*, 2007, párr. 122, citado por MARCEAU, en: BETHLEHEM, McRAE, NEUFELD y VAN DAMME (ed.), *The Oxford Handbook of International Trade Law*, 2009, p. 552.

92 Ver MARCEAU y TRACHTMAN, en: BERMAN y MAVROIDIS (ed.), *Trade and Human Health and Safety*, 2006, p. 9; VILLANUEVA, *Revista de Derecho Económico Internacional*, 2012, vol. 3, núm 1, pp. 67ss.

Han surgido interpretaciones de doctrina que asimilan el trabajo en prisiones con aquel realizado en violación de derechos fundamentales de los trabajadores, en especial con aquellos trabajos que presentan mayores semejanzas con la esclavitud, los que conforme a un criterio de interpretación evolutivo estarían autorizados por la jurisprudencia de OMC en el caso *EE.UU. – Camarones*⁹³. Algunos estimarían que podría ampliarse la analogía al trabajo infantil cuando los niños carecen de posibilidades de elección o autodeterminación. Sin embargo, se estima que dados los términos del artículo 3 (2) ESD, se estima difícil poder aceptar una interpretación que permita aplicar una norma como el artículo XX letra e) GATT por analogía a situaciones no previstas por dicha disposición⁹⁴.

6. CONSISTENCIA CON EL PÁRRAFO INICIAL DEL ARTÍCULO XX GATT

Como ya se ha establecido, cualquiera de los subpárrafos del artículo XX GATT requiere el cumplimiento adicional del principio de la buena fe y la no aplicación abusiva de las excepciones: prohibición de cualquier discriminación arbitraria o injustificable entre países donde prevalezcan las mismas condiciones, así como de cualquier restricción disfrazada al comercio. Estos son parámetros muy difíciles de cumplir para quien pretenda invocar tales medidas.

Pese a ello, y sobre la base de que todos los Miembros de OMC están obligados a cumplir los tratados de buena fe y dando por sentado que existen convenios considerados fundamentales por los mismos Miembros de OMC en sede OIT, ¿se podrían invocar tales convenios como una presunción para presumir *prima facie* la no existencia de un propósito proteccionista o discriminatorio?

7. ÁMBITO DE LAS NORMAS DE OMC

Otro aspecto general a considerar es que el ámbito de competencia de OMC y de sus órganos de diferencias está dado por aquellas diferencias que se

93 *Estados Unidos – Camarones*, OA, WT/DS58/AB/R, párr. 130.

94 VILLANUEVA, *Revista de Derecho Económico Internacional*, 2012, vol. 3, núm 1, pp. 84 ss.

suscitan con motivo de normas de OMC y no de otros instrumentos internacionales, como los ACR.

Una aplicación práctica de este tema se dio en el caso *México – Impuestos sobre los refrescos*⁹⁵, en que el OA decidió que el sistema de Solución de Diferencias de la OMC no tiene jurisdicción para determinar si una restricción comercial puede justificarse como contramedida contra una violación reclamada en el NAFTA⁹⁶. El OA estableció que

(...) Aunque los términos “leyes y reglamentos” no llegan a abarcar los Acuerdos de la OMC, como alega México, la interpretación de México implicaría que, para resolver la diferencia, los grupos especiales de la OMC y el Órgano de Apelación tendrían que suponer que existe una infracción del acuerdo internacional pertinente (como el TLCAN) por la parte reclamante, o tendrían que evaluar si se ha infringido el acuerdo internacional pertinente. Los grupos especiales de la OMC y el Órgano de Apelación se convertirían, por tanto, en órganos jurisdiccionales que entenderían en diferencias ajenas a la OMC. Como señalamos anteriormente, ésa no es la función de los grupos especiales y del Órgano de Apelación, conforme a lo previsto en el ESD⁹⁷.

En otros términos, el intento de México de justificar su restricción comercial fue rechazado porque una violación del NAFTA por los Estados Unidos no correspondería a ninguna de las justificaciones de política bajo el artículo XX GATT.

Lo anterior sugiere que utilizar las restricciones comerciales exclusivamente como contramedidas por violación de otros tratados (como los convenios de OIT) sería inconsistente con la OMC, a menos que tales contramedidas pudieran fundarse en uno de los subpárrafos del artículo XX GATT.

95 *México – Impuestos sobre los refrescos*, OA, WT/DS308/AB/R, párr. 78.

96 Ver MARCEAU, *Finnish Yearbook of International Law*, 2006, vol. XVII, p. 5.

97 *México – Impuestos sobre los refrescos*, OA, WT/DS308/AB/R, párr. 78.

VI. DISCIPLINAS

I. ACUERDOS SOBRE OBSTÁCULOS TÉCNICOS
AL COMERCIO (OTC)

I. I. REGLA GENERAL

Cabe mencionar que las disciplinas específicas sobre “regulaciones técnicas” del Acuerdo OTC⁹⁸ parecieran autorizar cualquier regulación técnica que no sea “más comercialmente restrictiva que lo necesario para cumplir un “objetivo legítimo”⁹⁹. Las normas laborales podrían ser consideradas como regulaciones técnicas al comercio¹⁰⁰; sin embargo, ¿podría ser considerado un “objetivo legítimo” el respeto de las disposiciones de la OIT, en particular de la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento de 1998?

Según el OA, el Acuerdo OTC reconoce el derecho de cada Miembro de OMC de establecer para sí los objetivos de sus regulaciones técnicas, a la vez que otorga a cualquier otro Miembro oportunidades adecuadas para obtener información sobre dichos objetivos¹⁰¹. El OA no excluyó objetivo alguno¹⁰². En caso de una diferencia, corresponde al Miembro que cuestiona la regulación invocar y probar que el objetivo de ella no es legítimo y al GE de la OMC y al OA, determinar si el objetivo invocado es en realidad “legítimo”.

I. 2. REGULACIONES TÉCNICAS BASADAS
EN NORMAS LABORALES

La OMC reconoce normas internacionales desarrolladas en otros foros en el artículo 2, numerales 4 y 5 OTC. El Acuerdo SFS, por ejemplo, establece que cuando una norma nacional cumple con las normas desarrolladas en la

98 Ver Capítulo 10.

99 Artículo 2.2 OTC.

100 En *CE – Amianto*, OA, WT/DS135/AB/R, el OA concluyó que la medida en dicho caso, una prohibición del uso de amianto establecida por la legislación laboral de Francia, era una regulación técnica conforme al Acuerdo OTC.

101 *CE – Sardinias*, OA, WT/D231/AB/R, párr. 276.

102 Ídem, párr. 262. El artículo 2-4 OTC requiere un examen y una determinación sobre si los objetivos de una medida en cuestión son “legítimos” (*CE – Sardinias*, GE, WT/D231/R, párr. 8.722).

Comisión *Codex Alimentarius*¹⁰³ se puede presumir el cumplimiento con las normas de OMC¹⁰⁴, por lo que bien se podría pensar que las normas laborales internacionales relevantes también podrían llevar a tal presunción. Vale la pena notar que el artículo 2.4 OTC solo requiere que las normas nacionales “estén basadas en” normas internacionales existentes.

Para el GE y el OA, las palabras

“estén basadas en” significa que la norma internacional debiera ser “el principal elemento o principio fundamental para el propósito de sancionar la regulación técnica”¹⁰⁵.

En el caso *CE – Sardinias*, la norma *Codex* no se refería exactamente a las mismas sardinias incluidas en la regulación técnica de la CE y el GE concluyó que dicho argumento no era suficiente para rechazar la relevancia de la norma *Codex* 94, lo que fue confirmado por el OA¹⁰⁶. Es importante notar que la exigencia de que la regulación técnica “tenga su base” en una norma internacional no significa que sea completamente idéntica a dicha norma, pues no se utiliza la expresión “conforme a”. Por lo tanto, basta que no exista contradicción entre las normas para que pueda ser utilizada¹⁰⁷.

De lo anterior se podría desprender que si una regulación técnica laboral fuera adoptada teniendo como base una norma de OIT, no significa que dicha regulación debería ser idéntica a dicha norma OIT y que bastaría que fuera consistente o no enteramente contradictoria con ella, y un Panel de la OMC podría interactuar con la OIT si sus normas fueren invocadas, basándose en el artículo 13 ESD. Este autoriza a los GE (no los obliga) a consultar con cualquier persona o entidad o expertos para una diferencia específica.

1.3. ACUERDO OTC Y NORMAS SOBRE PPM

Un tema controvertido es la compatibilidad con el Acuerdo OTC de normas técnicas referidas a condiciones de trabajo en los países de origen. Ello ha

103 FAO/WHO Food Standards.

104 Artículo 3.2 SFS.

105 *CE – Sardinias*, GE, WT/D231/R, párr. 7.110; *CE – Sardinias*, OA, WT/D231/AB/R, párr. 243.

106 Ídem, párr. 233.

107 VAN DEN BOSSCHE, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, 2ª. ed., 2008, pp. 821, 849s. y 856s, ver también *CE – Sardinias*, GE, WT/D231/R, párr. 7.110.

sido especialmente cuestionado por países en desarrollo, bajo el argumento de que el OTC no cubre regulaciones basadas en criterios que no tengan algún impacto físico en el producto comercializado.

1.4. ETIQUETADOS

Bajo el Acuerdo OTC, se establecieron reglas para las regulaciones técnicas que los Estados pueden adoptar para los productos de exportación. Se parte de la base de que se persiguen objetivos legítimos, sujetos a varios principios como la no discriminación, evitar obstáculos innecesarios al comercio, armonización, equivalencia y reconocimiento mutuo, y transparencia respecto de las regulaciones técnicas. Al igual que para aplicar una excepción del artículo XX GATT, en este caso se requiere el test de la “necesidad” de la regulación técnica, la que se mide por la circunstancia de no existir otra medida menos restrictiva del comercio para cumplir el objetivo o la meta perseguida (artículo 2.5 OTC).

El artículo 1 del Anexo 1 del Acuerdo OTC define “reglamento técnico” como

“Documento en el que se establecen las características de un producto o los procesos y métodos de producción con ellas relacionados...” el que “puede incluir... prescripciones en materia de ...embalaje, marcado o etiquetado aplicables a un producto, proceso o método de producción”¹⁰⁸.

Al respecto, el Comité OTC ha señalado que

(...) los Miembros están obligados a notificar todos los requerimientos obligatorios de etiquetado que no están substancialmente basados en normas internacionales relevantes y que pueden tener un efecto significativo en el comercio de otros Miembros. Esta obligación no depende del tipo de información que es proveída en la etiqueta, sea que esté en la naturaleza de la especificación técnica o no¹⁰⁹.

Sin embargo, pareciera innecesario que los Miembros deban notificar al Comité OTC de una regulación de etiquetado que el mismo Comité no ten-

108 LÓPEZ-HURTADO, *Journal of International Economic Law*, 2002, vol. 5, núm. 3, p. 719.

109 Comité OTC, *Decisiones y Recomendaciones Adoptadas por el Comité desde 1° de Enero 1995. Nota del Secretariado*, OMC-Doc. G/TBT/1/Rev.7, del 28 de noviembre 2000, sección III:10.

dría obligación de examinar, si se estimase que las reglas substantivas de OTC no cubren el etiquetado de los PPM¹¹⁰. El tema fue debatido en el Comité de OTC en dos sesiones, durante 2001. En dichos debates, uno de los temas de discusión fue la cobertura del OTC de medidas basadas en criterios PPM no relacionados con productos, lo que ser volvió a plantear en Singapur 1996, Ginebra 1998 y Seattle 2000^[111].

Aun cuando no existe jurisprudencia sobre el *test* de necesidad en ámbito OTC, la determinación unilateral del objetivo legítimo parece ser consistente con OMC en la medida que no sea proteccionista. Es así como en el año 2011 un GE emitió un informe favorable a México y Canadá en su diferencia con EE.UU. sobre etiquetado de país de origen, ya que las exigencias en el país de destino, EE.UU., eran más restrictivas de lo necesario para cumplir con el objetivo de proporcionar información veraz a los consumidores de dicho país.

I.5. NORMAS VOLUNTARIAS Y PRIVADAS

La creciente interacción de los ciudadanos consumidores con sus proveedores de bienes y servicios ha provocado una creciente preocupación por los comportamientos de las empresas transnacionales, especialmente en países en vías de desarrollo. Como consecuencia de lo anterior se han producido innumerables Códigos de Conducta privados, así como instrumentos internacionales vinculados a la Responsabilidad Social.

Algunos de estos códigos han sido patrocinados por ONG o por corporaciones multinacionales. La mayoría de tales códigos han incluido normas laborales. Las normas privadas están generando preocupaciones entre los países en desarrollo, pues crearían ventajas discriminatorias y constituirían restricciones *de facto*.

Un debate semejante se produjo con motivo de las discusiones para aprobar la norma ISO 26.000, sobre Responsabilidad Social. Se adujo que podría generar obstáculos técnicos al comercio. Se estima que algunas de

110 Ídem, p. 556.

111 Ídem, p. 741. Cabe agregar que las discusiones en el Comité OTC tuvieron lugar desde marzo 2001 hasta marzo 2002. Ver OMC-Doc. G/TBT/M/23, del 8 de mayo 2001, párr. 9-18; OMC-Doc. G/TBT/M/24, del 14 agosto 2001, párrs. 16-26; OMC-Doc. G/TBT/M/25, del 21 de noviembre de 2001, párrs. 49-54; OMC-Doc. G/TBT/M/26, del 6 mayo de 2002, párrs 50-53; citado por MARCEAU, en: BETHLEHEM, McRAE, NEUFELD y VAN DAMME (ed.), *The Oxford Handbook of International Trade Law*, 2009, p. 556 (pie de página).

estas normas voluntarias y privadas podrían caer bajo el Acuerdo OTC y de su Código de Buenas Prácticas, pero hasta ahora no han sido objeto de litigación.

2. ACUERDOS EN MEDIDAS DE DEFENSA COMERCIAL

Los acuerdos sobre Defensa Comercial de la OMC —el Acuerdo *Antidumping*, el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (SCM) y el Acuerdo sobre Salvaguardias¹¹² contienen disciplinas sobre las acciones tomadas por los Miembros contra importaciones para la protección de su industria nacional afectada en circunstancias específicas. Ellas requieren una declaración del daño ocasionado a una industria local y regulan los criterios para imponer tales medidas. Deja a los GE la determinación de establecer la compatibilidad de tales medidas nacionales con las normas OMC en caso de diferencias.

En cuanto al concepto de *dumping*, ha habido un uso masivo del slogan *dumping social* para referirse a una competencia desleal fundada en bajos estándares laborales y/o en su falta de cumplimiento. Conforme al artículo VI GATT, el *dumping* se produce cuando existe introducción de los productos de un país en el mercado de otro a un precio inferior a su valor normal o se vende bajo su precio de costo de producción en el país de origen. De acuerdo con esta definición, es muy difícil sostener que la competencia desleal basada en prácticas laborales pueda quedar cubierta por las normas de *dumping* de la OMC¹¹³.

No obstante, conviene resaltar que el artículo 3.4 del Acuerdo *Antidumping* y el artículo 15 del Acuerdo SMC se refieren a “empleo, salarios, utilización de capacidad y productividad” entre los criterios obligatorios a ser evaluados cuando se trate de establecer el “daño a la industria nacional”. El Acuerdo de Salvaguardias se refiere en su artículo 3 a “productividad, utilización de capacidades y empleo”, entre los criterios para determinar el daño.

La referencia a la posibilidad de extender medidas de salvaguardia para “facilitar ajustes”¹¹⁴ lleva a la pregunta de si los principios de “desarrollo

112 Ver Capítulos 12, 17 y 18, respectivamente.

113 HOWSE, *Journal of Small and Emerging Business Law*, 1999, vol. 3, núm. 1, p. 134.

114 El Preámbulo del Acuerdo sobre Salvaguardias señala “la importancia del reajuste estructural” y los artículos. 5.1 SG y 7.1 SG establecen que un Miembro aplicará medidas de salvaguardia únicamente durante el período que sea necesario para prevenir y reparar el daño grave y facilitar el reajuste. El artículo 7.4 SG establece “(a) fin de facilitar el reajuste (...)”.

sustentable” y “pleno empleo” del Preámbulo del GATT podrían ser utilizados para interpretar tales términos y para incluir ajustes comerciales definidos según las disposiciones de OIT. Estas son las únicas referencias explícitas a consideraciones laborales contenidas en el Acuerdo OMC que podrían servir para el uso de normas laborales relevantes en su interpretación.

3. EL ACUERDO DE SERVICIOS (GATS) Y SUS LISTAS

El GATS contiene obligaciones generales aplicables a todo el comercio de servicios. Las obligaciones de acceso a mercado y trato nacional son aplicables a servicios específicos incluidos en las listas de los Miembros. Por lo tanto, los temas vinculados a trabajo que se han levantado en el contexto de los principios de no discriminación para el comercio de bienes son también relevantes para los principios de NMF y Trato Nacional del GATS.

Sin embargo, la jurisprudencia sobre “servicios similares” o “productores similares” no ha esclarecido los criterios a ser utilizados en materia de similitud, incluyendo si las consideraciones de política social y laboral podrían servir para tal fin.

Por otra parte, las excepciones del GATS son claramente paralelas a las del GATT¹¹⁵, refiriéndose a medidas necesarias para la protección de la moral pública y para la protección de la salud de las personas, animales y plantas. No se incluyen referencias al trabajo en prisiones.

El artículo V bis GATS regula explícitamente los acuerdos regionales de comercio y menciona la plena integración de los mercados de trabajo. Debe subrayarse la importancia de la nota al pie de página sobre el tema que señala:

(...) Tal integración se caracteriza por conferir a los ciudadanos de las Partes en el acuerdo el derecho de libre acceso a los mercados de empleo de las Partes e incluir medidas en materia de condiciones de pago, otras condiciones de empleo y beneficios sociales¹¹⁶.

El artículo VI GATS se inspiró en las disciplinas OTC sobre mercancías.

115 *Estados Unidos – Juegos de Azar*, OA, WT/DS285/AB/R, párr. 295.

116 Dice la Nota 2 al pie de página del artículo V GATS.

Aunque temas relevantes del GATT y del GATS pudieran ser similares, el carácter específico de las acciones de comercio referidas a servicios y proveedores de servicios proporcionan dudas sobre la relevancia del debate de PPM en el GATT (la forma como son producidos o entregados los servicios) en el GATS.

En esta materia cabe preguntarse si podrían los Miembros de la OMC incluir consideraciones laborales en sus listas del GATS como condición que modifica la obligación de trato nacional, restringiendo de este modo el acceso a mercado o como un compromiso adicional¹¹⁷.

En su nota a pie de página en Compromiso Horizontal, Modo 4, la lista del GATS de la CE se refiere a la obligación de los proveedores de servicios de conformarse a

(...) todos los demás requisitos de las leyes y reglamentos comunitarios y de los Estados Miembros acerca de la entrada, la estancia, el trabajo y el régimen de seguridad social...incluidas las reglamentaciones relativas a la duración de la estancia, los salarios mínimos, así como los convenios colectivos sobre salarios¹¹⁸.

Hasta ahora esto no ha sido cuestionado, pero no hay restricciones de plazo para efectuar tal desafío¹¹⁹. Desde que los beneficios de programas de seguridad social están comúnmente solo disponibles para aquellos que contribuyeron por períodos más largos que los plazos de los contratos del Modo 4, algunos Miembros han argüido que el pago de tales beneficios podría constituir un trato nacional discriminatorio *de facto*.

De manera más general, en las actuales negociaciones de servicios algunos Miembros, como Brasil e India, han expresado sus puntos de vista de que los proveedores de servicios no deberían ser obligados a respetar los salarios mínimos en vigor en los países de destino, un tema que está ahora bajo discusión en el Modo 4 de las negociaciones de Doha. Sin embargo, lo que pareciera ser todo un desafío, más que la referencia *per se* a consideraciones sociales, es el nivel de la protección social¹²⁰.

117 MARCEAU, en: BETHLEHEM, MCRAE, NEUFELD y VAN DAMME (ed.), *The Oxford Handbook of International Trade Law*, 2009, p. 558.

118 Ver Lista CE GATS, GATS/SC/31(15 Abril 1994), p. 7.

119 CE – *Subvenciones a la exportación de azúcar*, OA, WT/DS265/AB/R, WT/DS266/AB/R, WT/DS283/AB/R, párr. 7.69.

120 MARCEAU, en: BETHLEHEM, MCRAE, NEUFELD y VAN DAMME (ed.), *The Oxford Handbook of International Trade Law*, 2009, p. 559.

4. EL ACUERDO SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA (ACP) Y SUS LISTAS¹²¹

El ACP provee un marco legal internacional para la liberalización y gobernanza de los mercados de compras públicas, pero obliga solo a aquellos Miembros de OMC que se han hecho Partes de él. Impone la obligación de no discriminación para las medidas de las Partes relativas a compras de mercancías, servicios y servicios de construcción cubiertos, según se establece, en las listas de cada Parte, y con sujeción a varias excepciones y exclusiones. También impone normas sobre procesos de compras que están orientadas a asegurar que las compras de las Partes se lleven a cabo de una manera transparente y competitiva que no anule los compromisos de no discriminación.

El ámbito para acomodar preocupaciones relacionadas con trabajo bajo el ACP no ha sido discutido ni en el Comité de Compras Públicas (Comité ACP) ni en la jurisprudencia. Sin embargo, se ha argumentado que existe una serie de mecanismos a través de los cuales estas preocupaciones podrían ser tratadas.

Por ejemplo, se ha sugerido que en algunos casos podría ser posible estructurar condiciones relacionadas con trabajo con el cuidado de no violar los requerimientos básicos del Acuerdo en lo relativo a trato nacional y no discriminación. Se ha argumentado igualmente que los requerimientos del ACP en lo relativo a criterios de incentivos en las propuestas, que permiten premios a contratos con base en la “propuesta más ventajosa”, podrían permitir consideraciones de “criterios secundarios”, tales como “consideraciones de empleo”¹²².

Ciertamente, el Comité ACP puede, al tiempo que autoriza a un país en desarrollo su acceso al Acuerdo, permitir también que dicho país pueda usar “compensaciones”. Estas incluyen

(...) elementos nacionales, licencias para utilizar tecnología, inversiones, comercio de compensación y otras medidas análogas¹²³.

¹²¹ Ver Capítulo 23.

¹²² MARCEAU, en: BETHLEHEM, McRAE, NEUFELD y VAN DAMME (ed.), *The Oxford Handbook of International Trade Law*, 2009, p. 560 citando a ARROWSMITH, S., “Government Procurement in the WTO, The Hague, 2003.

¹²³ Ver artículo XVI ACP, incluyendo nota 7 al pie de página.

Se podría argumentar que la capacitación y las medidas de empleo local podrían quedar cubiertas en tal definición. Por otra parte, la lista de excepciones contenida en el artículo XXIII ACP se refiere a

(...) medidas necesarias para proteger la moral, el orden o la seguridad públicos y la salud y la vida humana, animal y vegetal o relacionados con artículos fabricados o servicios prestados por minusválidos, o en instituciones de beneficencia o penitenciarias¹²⁴.

Además, para acomodar las preocupaciones relacionadas con trabajo, algunas Partes han pensado en cubrir tales inquietudes a través de flexibilidades escritas en sus compromisos de cobertura bajo el Acuerdo.

De este modo, pareciera que la utilización exclusiva de restricciones comerciales como contramedidas por violación de otros tratados, como los convenios del trabajo, sería inconsistente con la OMC a menos que la contramedida pudiera encontrar aplicación en uno de los subpárrafos del artículo XX GATT (en el contexto ambiental, por ejemplo, las contramedidas comerciales por violaciones de un tratado medio ambiental pueden justificarse bajo los artículos. XX (g) GATT o XX (b) GATT, especialmente cuando un tratado ambiental mandata o permite una restricción comercial).

5. MECANISMO DE EXAMEN DE LAS POLÍTICAS COMERCIALES (MEPC)

Como se explica en el Capítulo 26, a veces los informes del MEPC han mencionado temas laborales, no solo en los asuntos relevantes al examen de política comercial, sino también explícitamente a requerimiento de Miembros que tienen libertad para plantear “otro temas” en las reuniones de Examen de Política Comercial.

Cuando hay implicaciones laborales que se estiman relevantes para el crecimiento económico, la Secretaría plantea tales materias. Esto puede ser ilustrado con el caso de Mauricio, cuando el OEPC hizo presente su creciente preocupación por el vínculo entre la protección fiscal y social, causada por la economía dual en el país. Por una parte, una economía altamente protegida y, por la otra, zonas de exportación muy abiertas. El OEPC resaltó las

124 Artículo XXIII.2 ACP.

tensiones entre los sindicatos, originadas en las diferencias de legislación laboral aplicadas en ambos sectores de la economía¹²⁵. Adicionalmente, en su examen sobre China, el OEPC se refirió extensamente a temas laborales, en especial a aquellos relativos a reformas de mercado de trabajo, desigualdad social y migración laboral¹²⁶.

Los Miembros también han insistido en algunas ocasiones en la inclusión de temas laborales en el MEPC. En las discusiones sobre los informes de Política Comercial (PC), ciertos Estados han hecho preguntas relacionadas con temas laborales. Sin embargo, los países bajo examen no siempre han contestado tales preguntas y la falta de respuesta nunca ha sido cuestionada.

VII. COMENTARIOS FINALES

Del análisis de las experiencias en OMC se observa que las normas laborales han sido raramente invocadas como tales en el marco de diferencias comerciales de OMC y que, si bien existirían numerosas entradas para plantear medidas o contramedidas fundadas en temas laborales, ello no ha ocurrido hasta la fecha.

Sigue pendiente la discusión del vínculo entre comercio internacional y trabajo y se advierte una clara oposición entre los países en torno a la inclusión de estos temas en la agenda comercial internacional, en especial en el ámbito multilateral de la OMC.

Se constata además un fortalecimiento del rol de OIT en la medida que los pronunciamientos de dicha institución hoy cobran un mayor valor para determinar si un país vulnera las disposiciones laborales, en especial los convenios fundamentales o aquellas que se refieren a la agenda del trabajo decente.

En el ámbito de la OMC aún no hay el consenso necesario para establecer un grupo de trabajo que pudiera abordar el tema del vínculo entre comercio y trabajo y discutir sobre una cláusula laboral en dicha sede, aun con referencia a la OIT.

125 OEPC, *Examen de Política Comercial, Mauricio – Informe del Secretariado*, OMC-Doc. WT/TPR/S/90, del 5 octubre 2001, párr. 2, Entorno Económico, párr. 1-24.

126 OEPC, *Examen de Política Comercial República Popular China – Informe de la Secretaría*, OMC-Doc. WT/TPR/S/161, del 28 febrero 2006, párr. 2, Entorno Económico, párr. 1.57.

Se puede esperar que los roles de la OMC y de la OIT evolucionen, así como las relaciones entre ambas instituciones, en la medida que se produzca mayor consistencia en las políticas públicas nacionales entre autoridades económicas y sociales/laborales.

CAPÍTULO 30

OMC y las agrupaciones económicas regionales

ALEJANDRO JARA

Por razones múltiples, los Estados han tenido interés o necesidad de establecer controles en la frontera para los efectos de cumplir con algún propósito de política. Por ejemplo, bajo la Inquisición española se utilizó para vigilar que el material impreso estuviese acorde con las prescripciones políticas o morales; en otros se buscaba asegurar el abastecimiento de alimentos a la población local antes de permitir su venta a otras jurisdicciones. Del mismo modo, estos controles han sido un medio para recaudar impuestos cobrados a las importaciones, con el añadido de que aquello protegía a la producción local. De la misma manera, en ciertas épocas se han usado para alentar procesos de integración de algunas economías, sea por razones políticas y/o económicas. Incluso, fueron herramientas de movimientos de re-unión nacional, como ocurrió en Alemania, Italia y EE.UU.

Más allá de los procesos de unificación, en el siglo XIX y parte del XX fueron varios los tratados celebrados entre países para eliminar o reducir barreras aduaneras y no arancelarias al comercio. Obviamente, esto implica una discriminación respecto de abastecedores de otros países que no son parte del acuerdo, pues deben pagar los derechos de aduanas o someterse a otras medidas en frontera.

La economía política, reflejo del instinto mercantilista, dicta que la liberalización se ha de realizar en condiciones de reciprocidad. Según esa lógica, los productores de un país que no han participado de un acuerdo comercial para liberalizar el comercio no deben beneficiarse de las concesiones negociadas entre otros, ya que no han otorgado ninguna ventaja a los signatarios del acuerdo. Lo más eficiente, en este contexto, sería lograr que todos los países (que quieran) se involucren y contribuyan a un proceso de “desarme” multilateral de las barreras al comercio. En otras palabras, elevar el nivel y profundidad de la cooperación internacional a una órbita superior, con claras ganancias de bienestar y eficiencia.

Sin embargo, el proceso multilateral que se consagró en el del GATT 1947 no podía ser tan ambicioso como para lograr el libre comercio total y de manera inmediata. De ahí que se vislumbró un mecanismo que apuntara a un comercio más libre mediante “rondas” de negociación. No obstante este diseño, el sistema debió hacer frente al hecho de que países ya tenían acuerdos vigentes y el propósito de otros por avanzar en una integración económica más acelerada y profunda que la que podía realizarse bajo el proceso

multilateral. En otras palabras, los negociadores debieron definir bajo qué condiciones podía ser permisible que los países hicieran acuerdos comerciales cuyos beneficios no se extenderían automática e incondicionalmente a las demás partes contratantes. Eso explica por qué, desde su inicio, el GATT 1947 contempló las disposiciones sobre la integración económica actualmente contenidas en el artículo XXIV GATT y que se verán a continuación¹.

La negociación fue controvertida, pues había países que deseaban preservar sus acuerdos preferenciales, otros que querían disponer de la posibilidad de realizar tales acuerdos, y un tercer grupo, como los EE.UU., que querían la eliminación de las preferencias existentes (como las preferenciales imperiales de la Commonwealth). Hay evidencia documental que revela que si bien EE.UU. fue el principal opositor a permitir acuerdos preferenciales, al final accedió pues –en secreto– estuvo gestionando la celebración de un acuerdo de libre comercio con Canadá². El resultado fue aceptar formas de integración económica bajo condiciones muy estrictas como, por ejemplo, que la cobertura de productos fuera amplia y que los derechos de aduana y otros obstáculos al comercio recíproco fueran eliminados. Los acuerdos preferenciales existentes fueron preservados como una excepción al trato de la Nación Más Favorecida en el artículo I, párrafos 2 al 4 GATT. Tales preferencias hoy no tienen más que un interés histórico.

II. LAS DISPOSICIONES SOBRE INTEGRACIÓN ECONÓMICA EN LA OMC

I. GATT

El artículo XXIV GATT trata de (i) la aplicación territorial, (ii) el tráfico fronterizo y (iii) de las uniones aduaneras y zonas de libre comercio. Estas últimas son las dos formas de integración económica previstas en el GATT desde 1947, y constituyen las principales excepciones a la cláusula de la Nación Más Favorecida del artículo I del mismo acuerdo. En otras palabras, las ventajas, favores, privilegios o inmunidades concedidos por una parte a los productos de otra parte, en el marco de un proceso de integración eco-

1 Salvo que se indique lo contrario, las referencias a un artículo con números romanos debe entenderse que se trata del GATT de 1994.

2 CHASE, *World Trade Review*, 2006, vol. 5, núm. 1, pp. 1-30.

nómica, no necesitan hacerse extensivos automática e incondicionalmente a los productos similares de otros Miembros de la OMC. De esta manera, los acuerdos de integración que permiten a los países profundizar sus relaciones económicas pueden coexistir con el sistema multilateral de comercio.

Las disposiciones de este artículo presentan muchas ambigüedades, como consecuencia de lo cual hay una débil congruencia entre los procesos de integración económica y el GATT/OMC. Pese a los más de 60 años de sistema multilateral de comercio, los Miembros han realizado tímidos esfuerzos por esclarecer las reglas sobre las uniones aduaneras y las zonas de libre comercio, ya sea por la vía de la acción colectiva o de la jurisprudencia. Lo realizado está recogido en los siguientes cuatro cuerpos legales, dispuestos en orden cronológico:

- i. La Decisión sobre Trato Diferenciado y Más Favorable, Reciprocidad y Mayor Participación de los Países en Desarrollo de 1979 (en adelante “la Cláusula de Habilitación”)³,
- ii. El Entendimiento relativo a la Interpretación del artículo XXIV del GATT de 1994⁴ (en adelante “el Entendimiento”),
- iii. La Decisión que crea el Comité de los Acuerdos Comerciales Regionales (CRTA)⁵ y
- iv. El Mecanismo de Transparencia para los Acuerdos Comerciales Regionales⁶.

2. ACUERDO GENERAL SOBRE COMERCIO DE SERVICIOS (AGCS O GATS⁷)

Además, los artículos V y V bis AGCS contemplan disciplinas relativas a los acuerdos de integración económica en materia de comercio de servicios⁸,

3 Decisión del 28 de noviembre de 1979, OMC-Doc. L/4903. Ver Capítulo 27.

4 Aprobado como parte de los resultados de la Ronda Uruguay (1994).

5 Decisión del 6 de febrero de 1996.

6 Decisión del 14 de diciembre de 2006.

7 Siglas en inglés de General Agreement on Trade in Services.

8 Aprobado como parte de los resultados de la Ronda Uruguay (1994).

exceptuando sus beneficios de la aplicación del trato de la Nación Más Favorecida (artículo II AGCS)⁹.

3. RONDA DE DOHA

Uno de los mandatos de la Ronda de Doha para el Desarrollo apunta a aclarar y mejorar las disciplinas y procedimientos previstos en las disposiciones vigentes de la OMC aplicables a los acuerdos comerciales regionales¹⁰. En los más de diez años de negociaciones, y pese a las iniciativas de unos pocos Miembros, no existe la masa crítica de apoyo para concretar este mandato.

III. APLICACIÓN TERRITORIAL DEL GATT Y DE LA OMC¹¹

I. A QUIÉN SE DESTINA

Antes de entrar en el análisis de las disposiciones sobre integración económica, hay que examinar aquellas que definen el ámbito territorial. En efecto, los dos primeros párrafos del artículo XXIV GATT establecen a quiénes se aplica el Acuerdo General. El primero establece que

(...) Las disposiciones del presente Acuerdo se aplicarán a los territorios aduaneros metropolitanos de las partes contratantes, así como a cualquier otro territorio aduanero con respecto al cual se haya aceptado el presente Acuerdo de conformidad con el artículo XXVI o se aplique en virtud del artículo XXXIII o de conformidad con el Protocolo de aplicación provisional.

La alusión a “cualquier otro territorio aduanero con respecto al cual se haya aceptado el presente Acuerdo” permite a un país aceptar las obligaciones también respecto de otro territorio aduanero bajo su control, como fue el

9 El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio (ADPIC) tiene una obligación (artículo 4 ADPIC) de trato de la nación más favorecida pero entre sus excepciones no hay ninguna relativa a la integración económica.

10 Párrafo 29 de la Declaración de Doha (noviembre de 2001).

11 Las disposiciones sobre aplicación territorial son inicialmente para el GATT pero como el título indica también son válidas para la OMC.

caso de numerosas colonias y otros territorios. Por ejemplo, en su momento el Reino Unido aceptó el GATT en nombre de Hong Kong que, pese a que entonces era una colonia británica, pudo actuar con independencia en lo que se refiere a su participación en el GATT.

2. ALGUNOS CONCEPTOS IMPORTANTES

El segundo párrafo establece que por “territorio aduanero” se entenderá

(...) todo territorio que aplique un arancel distinto u otras reglamentaciones comerciales distintas a una parte substancial de su comercio con los demás territorios.

El artículo XI (Miembros iniciales) OMC conserva la figura del territorio aduanero indirectamente, pues permite que todas las partes contratantes del GATT sean Miembros de la nueva organización. El artículo XII OMC, por su parte, permite la adhesión mediante negociaciones

(...) de Todo Estado o territorio aduanero distinto que disfrute de plena autonomía en la conducción de sus relaciones comerciales exteriores y en las demás cuestiones tratadas en el presente Acuerdo y en los Acuerdos Comerciales Multilaterales¹².

Por su parte, el último párrafo del artículo XXIV GATT se refiere a la aplicación interna en un territorio aduanero, obligando a cada miembro a

(...) tomar las medidas razonables que estén a su alcance para lograr que, dentro de su territorio, los gobiernos y autoridades regionales y locales observen las disposiciones del presente Acuerdo.

¹² Los Miembros de la OMC suman 160 a diciembre de 2014, incluyendo los territorios aduaneros de Macao, China, Hong Kong China y Taipéi Chino. Los siguientes países están activamente negociando su adhesión a la OMC: Afganistán, Argelia, Azerbaiyán, Bielorrusia, Bahamas, Bután, Bosnia y Herzegovina, Comoras, Etiopía, Guinea, Irán, Iraq, Kazajstán, Libia, Rep. Árabe Siria, Rep. de Liberia, Rep. Libanesa, Santo Tomé y Príncipe, Serbia, Seychelles, Sudán, Uzbekistán, y Yemen.

3. PAÍSES LIMÍTROFES

El párrafo tercero contempla una excepción a la cláusula de la Nación Más Favorecida¹³ bajo la forma de

(...) las ventajas concedidas por una parte contratante a países limítrofes con el fin de facilitar el tráfico fronterizo.

Esta disposición fue originalmente una propuesta de los EE.UU. para permitir facilidades al tráfico fronterizo cuando por ejemplo una frontera cruza una ciudad, estimándose que esto no debería cubrir un área que supere las 15 millas de la frontera¹⁴.

IV. LA INTEGRACIÓN ECONÓMICA: COMERCIO DE BIENES

I. ALGUNAS DEFINICIONES

En materia de integración económica, el artículo XXIV GATT reconoce la conveniencia de aumentar la libertad de comercio mediante acuerdos de integración, a condición de no erigir obstáculos al comercio de otros Miembros con el de las partes de tales acuerdos.

I. I. ZONA DE LIBRE COMERCIO

Es definida como

(...) un grupo de dos o más territorios aduaneros entre los cuales se eliminen los derechos de aduana y las demás reglamentaciones comerciales restrictivas (excepto, en la medida en que sea necesario, las restricciones autorizadas en virtud de los artículos XI, XII, XIII, XIV, XV y XX) con respecto a lo esencial de los intercambios

¹³ También permite exceptuar de la NMF a las ventajas concedidas por al comercio con el Territorio Libre de Trieste por países limítrofes de este territorio. Hoy solo tiene importancia histórica.

¹⁴ Ver JACKSON, *World Trade and the Law of Gatt: a Legal Analysis of the General Agreement on Tariffs and Trade*, 1969, p. 581.

comerciales de los productos originarios de los territorios constitutivos de dicha zona de libre comercio¹⁵.

I . 2 . UNIÓN ADUANERA

La unión aduanera es

(...) la substitución de dos o más territorios aduaneros por un solo territorio aduanero, de manera que sea (i) una zona de libre comercio y ii) que (...) cada uno de los Miembros de la unión aplique al comercio con los territorios que no estén comprendidos en ella derechos de aduana y demás reglamentaciones del comercio que, en substancia, sean idénticos¹⁶.

I . 3 . ZONA DE LIBRE COMERCIO *VERSUS* UNIÓN ADUANERA

Ambas formas de integración implican la liberalización del comercio recíproco, empezando por las medidas en frontera como los derechos de aduana, y crecientemente regulando otras medidas como estándares técnicos o medidas sanitarias y fitosanitarias. Una zona de libre comercio permite a los países que la conforman mantener plena independencia sobre sus políticas de comercio exterior, de tal manera que no cambian los derechos de aduana que cada uno aplica al comercio con terceros países. De la misma forma, la zona de libre comercio no conlleva la necesidad de tener una posición común en negociaciones comerciales internacionales. Puede sostenerse que esta forma de integración es limitada a un acuerdo comercial. Por ejemplo, la serie de acuerdos de libre comercio suscritos con otros países por México y Chile, son zonas de libre comercio conforme a la definición de la OMC.

La unión aduanera, en cambio, por definición implica tener el mismo derecho de aduana para las importaciones provenientes de otros países. Como resultado, sus signatarios deben mantener políticas comunes en muchos otros ámbitos, como industriales, agrícolas, apoyos del Estado, compras de gobierno, estándares, ambientales, entre otras. De la misma forma, una unión aduanera mantiene una posición común en las negocia-

15 Artículo XXIV:8:b GATT.

16 Artículo XXIV:8:a GATT.

ciones comerciales multilaterales o con otros países. Como consecuencia, bajo la unión aduanera la soberanía de los países que la integran es mucho más limitada que bajo una zona de libre comercio. Dado que el grado de integración y cooperación que se requiere es profundo y amplio, además de aumentar con el tiempo, son escasos los ejemplos de uniones aduaneras que funcionan de manera efectiva. La Unión Europea es el mejor ejemplo, y la Unión Aduanera Euroasiática (Federación Rusa, Kazajstán y Bielorrusa) que, aun cuando comenzó a operar en 2010, ha hecho notables progresos. Entre los ejemplos de uniones aduaneras con serias deficiencias se cuenta en América Latina al MERCOSUR, la Comunidad Andina y el Mercado Común Centroamericano. Para indicar un ejemplo práctico, un producto proveniente de cualquier parte del mundo, puede ingresar a la Unión Europea a través de Francia, España, Holanda, Malta, Suecia, etc. Cualquiera que sea el punto de ingreso, el derecho de aduana va a ser el mismo, y una vez transpuesto el territorio aduanero, ese producto podrá circular libremente entre los 27 Estados Miembros de la Unión.

2. SE NECESITA UN PROGRAMA

Desde un inicio se contempló que para lograr la liberalización de lo esencial del comercio recíproco, probablemente sería necesario un proceso gradual, por lo cual el artículo también ampara

(...) la adopción de un acuerdo provisional necesario para el establecimiento.

de los procesos de integración. Sin embargo, tales acuerdos provisionales deben comprender

(...) un plan y un programa para el establecimiento, en un plazo razonable, de una unión aduanera o zona de libre comercio.

En otras palabras, no basta que un acuerdo disponga la mera intención de lograr el libre comercio entre sus partes (por ejemplo, el Tratado de Montevideo de 1980 que establece la ALADI¹⁷) sino que se requiere un programa

17 La ALADI es la Asociación Latinoamericana de Integración que ampara acuerdos bilaterales o plurilaterales entre sus Miembros sin aplicación de una cláusula de la Nación Más Favorecida

de desgravación arancelaria, dentro de plazos y condiciones definidos (como lo fue el Tratado de Montevideo de 1960, que creó la ALALC¹⁸). El Entendimiento esclarece que el “plazo razonable” no deberá ser superior a 10 años, salvo en casos excepcionales, para lo cual las partes del acuerdo provisional deben proporcionar una “explicación completa” de las razones por las cuales es necesario tiempo adicional. En la generalidad de los casos, los países liberalizan lo sustancial de sus intercambios en pocos años, dejando algunos productos muy sensibles con plazos largos cuando no quedan excluidos del todo. A medida que los países negocian más acuerdos, los ajustes al aumento de la competencia van siendo menores y, por lo tanto, es menor la necesidad de emplear plazos demasiado largos para la liberalización.

3. LA GRAN EXCEPCIÓN

El artículo XXIV GATT establece las condiciones para que una zona de libre comercio o una unión aduanera puedan exceptuarse de la aplicación de la NMF, y una de ellas es la eliminación de

“(...) los derechos de aduana y las demás reglamentaciones comerciales restrictivas... con respecto a lo esencial de los intercambios comerciales (...) de los territorios constitutivos” del acuerdo.

¿Qué es “lo esencial” del comercio recíproco? ¿95%, 90%, 80%? ¿Cuándo se calcula: a la entrada en vigor del acuerdo, o cuando termina la fase de transición (por ejemplo 10 años)? ¿Se calcula por el comercio recíproco preexistente al acuerdo o por el intercambio con el resto del mundo (comercio potencial)? ¿Se calcula en función del valor del comercio o por las líneas arancelarias cubiertas? Estas son algunas de las ambigüedades que impiden precisar el estándar que deben cumplir dos o más países que celebran un acuerdo de integración para estar cubiertos por la excepción de la NMF. Por lo mismo, la aplicación no ha sido uniforme. Así, por ejemplo, ha sido posible que se celebren acuerdos que excluyen lo esencial del comercio agropecuario.

entre ellos. La ALADI tiene como meta programática la integración regional, sin ningún mecanismo o proceso predefinido conducente a ello.

18 ALALC es la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio cuyo Tratado constituyente disponía de un mecanismo y proceso de negociación que al cabo de un plazo (12 años) habría de concluir en una zona de libre comercio.

Aunque en la literatura abundan ideas sobre cómo deben resolverse las ambigüedades, estas no han sido consideradas seriamente en las negociaciones ni han sido objeto de reclamos que hayan requerido el pronunciamiento del Órgano de Solución de Controversias.

El texto del artículo XXIV GATT sugiere que la excepción a la NMF está permitida para todo Miembro que celebre un acuerdo de integración con otro Miembro¹⁹, pero no cuando uno de los participantes no es Miembro de la OMC. Los que no son Miembros del club no deberían tener un trato más favorable que los Miembros. Sin embargo, una breve mirada a las bases de datos sobre los acuerdos de integración revela numerosos acuerdos de Miembros celebrados con países no Miembros de la OMC sin que los beneficios de tales acuerdos se hagan extensivos a todos los Miembros de la OMC²⁰. Tampoco hay registro de que un miembro de la OMC haya reclamado tales beneficios. Ello revela, por una parte, el pragmatismo con que han actuado los Miembros, en particular cuando se trata de volúmenes de comercio relativamente bajos. Además, la mayoría de los no Miembros están negociando su adhesión a la OMC por lo que un reclamo semejante solo tendría un impacto transitorio.

4. LAS CONDICIONES

El artículo XXIV:5 GATT dispone que en el caso de una unión aduanera los derechos de aduana que se apliquen al comercio con los demás Miembros

(...) no sean en conjunto,...de una incidencia general más elevada, ni las demás reglamentaciones comerciales resulten más rigurosas (...)

...que la situación pre-existente. Esta condición implica llevar a cabo una evaluación de la incidencia general de los derechos y de las reglamentaciones comerciales vigentes antes y después del establecimiento de la unión.

19 El párrafo 5 del artículo XXIV GATT expresa “Por consiguiente, las disposiciones del presente Acuerdo no impedirán, *entre los territorios de las partes contratantes*, el establecimiento de una unión aduanera ni el de una zona de libre comercio (...)” (destacado por el autor).

20 Con frecuencia se menciona a Andorra, San Marino y Mónaco como ejemplo de ello. Sin embargo, los dos primeros tienen una Unión Aduanera con la UE, sobre todo para productos no agrícolas y Mónaco tiene una asociación con Francia y, a través de ella, es “cuasi” parte de la UE. Bahamas, en cambio, tiene un acuerdo de libre comercio con la UE y no es miembro de OMC.

El Entendimiento aportó más precisión pues dispuso que, respecto de los derechos y demás cargas, tal evaluación debe basarse en un

(...) cálculo global del promedio ponderado de los tipos arancelarios y los derechos de aduana percibidos. Este cálculo se basará a su vez en las estadísticas de importación de un período representativo anterior que facilitará la unión aduanera, expresadas a nivel de línea arancelaria y en valor y volumen, y desglosadas por países de origen Miembros de la OMC²¹.

Los tipos arancelarios son los aplicados. Le corresponde a la Secretaría de la OMC calcular los promedios ponderados conforme a la metodología empleada en la evaluación de las ofertas arancelarias en la Ronda Uruguay. Obviamente, la evaluación cuantitativa respecto de las reglamentaciones comerciales puede ser difícil y, por lo tanto, se reconoce que no siempre es posible hacerlo con precisión. Tanto es así que el Entendimiento expresa que

(...) quizá sea preciso el examen de las distintas medidas, reglamentaciones, productos abarcados y corrientes comerciales afectadas²².

De igual forma, para las zonas de libre comercio, el artículo XXIV:5:b GATT dispone que ni los derechos de aduana ni las demás reglamentaciones comerciales resulten más elevados o rigurosos que la situación pre-existente a la zona.

En ambos casos, es decir de las uniones aduaneras y zonas de libre comercio, la condición de no aumentar los derechos de aduana se aplica aunque esos derechos no estén consolidados. Pero, su aplicación se refiere al momento en el que se constituye la zona o la unión, incluyendo un acuerdo provisional. Expresado de otra manera, si el Derecho no está consolidado bajo el artículo II GATT, dicha condición no implica congelar o consolidar el arancel, conservando la parte de una zona o las partes de una unión libertad para elevarlo después.

A pesar de que una unión aduanera pueda cumplir con la condición de que los nuevos derechos “no sean en conjunto, (...) de una incidencia general más elevada”, puede darse que en algunos productos tales derechos

21 Entendimiento relativo a la Interpretación del artículo XXIV del GATT de 1994, párrafo 2.

22 Ídem.

resulten superiores a los que una o más partes habían consolidado. En tales circunstancias, el artículo XXIV:6 GATT prevé que debe aplicarse el procedimiento establecido en el artículo XXVIII GATT sobre “Modificación de las Listas” o, en otras palabras, la renegociación de una consolidación²³. En todo caso, el mismo párrafo 6 considera la posibilidad de que mientras una parte de una unión vulnera una consolidación anterior, para otra parte el nuevo Derecho puede resultar en una disminución del arancel, lo que debe ser tomado en cuenta al momento de determinar la compensación. Podría darse el caso de que la reducción de los derechos sobre algunos productos exceda la compensación por la pérdida incurrida en el mercado de otro integrante de la unión que aplica un Derecho superior al consolidado sobre otros productos. El Entendimiento aclara que los Miembros que se beneficien de una reducción de derechos resultante del establecimiento de una unión aduanera no tienen obligación alguna de otorgar un ajuste compensatorio a los constituyentes de la unión²⁴. En otras palabras, una compensación en exceso no se paga. Además de reiterar ciertos conceptos centrales del artículo XXVIII GATT, el Entendimiento dispone que las negociaciones a que haya lugar deben iniciarse

(...) antes de que se modifiquen o retiren concesiones arancelarias a raíz del establecimiento de una unión aduanera²⁵.

5. PROCEDIMIENTOS

El artículo XXIV:7 GATT dispone que los Miembros que decidan participar en una zona de libre comercio o una unión aduanera deban notificarlo “sin demora” a los demás Miembros, con todas las informaciones pertinentes que permitan a estos “formular las recomendaciones que estimen pertinentes”. Cuando se trate de un acuerdo provisional (que ha sido siempre el caso), luego de haber estudiado el plan y programa respectivo, los Miembros pueden formular recomendaciones a las partes en el acuerdo, cuando estimen que es improbable que llegue a formarse la zona o la unión dentro del plazo

23 Ver Capítulo 7.

24 Entendimiento relativo a la Interpretación del artículo XXIV del GATT de 1994, párrafo 6.

25 El Entendimiento también reafirma la aplicación de los procedimientos acordados en las directrices adoptadas en 1980 (GATT-Doc. IBDD 27S/27-28).

previsto, o cuando consideren que el plazo no es razonable. Agrega dicha disposición que las partes no mantendrán o no pondrán en vigor el acuerdo

(...) si no están dispuestas a modificarlo de conformidad con tales recomendaciones.

El texto sugiere que tras la notificación y examen que los Miembros realicen, estos pueden formular observaciones o recomendaciones solo respecto de la viabilidad del perfeccionamiento de la zona de libre comercio o la unión aduanera dentro del plazo previsto o si consideran que el plazo no es razonable. En virtud del Entendimiento, el plazo por lo general no debe ser superior a los 10 años.

Mediante el examen de fondo, debe apreciarse el conjunto del acuerdo a la luz de todas las disposiciones del artículo XXIV GATT y determinar si acaso es previsible que habrá plena compatibilidad cuando se cumpla el plazo razonable. Además, el Entendimiento deja en claro que podrá recurrirse al sistema de solución de diferencias con respecto a cualesquiera cuestiones derivadas de la aplicación de las disposiciones del artículo XXIV GATT.

6. LA VIGENCIA

Este procedimiento, además, implica que no hay un requisito de aprobación previa de un acuerdo provisional o definitivo para que pueda entrar en vigencia y tener validez. La desaprobación debe ser el resultado de una acción positiva y colectiva de los Miembros. Hasta que ello no ocurra, debe presumirse que el acuerdo notificado es válido y cumple con el artículo XXIV GATT, sin perjuicio de que un informe de un panel u el Órgano de Apelación dictamine lo contrario. En otras palabras, la intención de los negociadores del GATT fue inclinar la balanza a favor de los acuerdos de integración, dejando amplia latitud a los Miembros. Como consecuencia, se sentaron desde temprano las bases jurídicas y políticas para permitir los acuerdos que profundizan la liberalización pero discriminan en contra de los terceros. Visto en el contexto de la posguerra, cuando se hizo imperativo propiciar la integración de Europa Occidental y resistir la competencia del bloque soviético, revela una vez más el pragmatismo de los gobiernos en la instrumentación de la cooperación comercial.

Este procedimiento debe, además, ser visto a la luz de la práctica y normas sobre la adopción de decisiones de los Miembros. Desde temprano, en el

GATT se consagró la práctica de decidir sobre la base del consenso, y evitar las votaciones. Como consecuencia, es improbable, acaso ingenuo, creer que las partes de un acuerdo de integración examinado y que deben concurrir al consenso, acepten que se formulen recomendaciones cuyo impacto sea la modificación de su acuerdo. Así lo demuestra la experiencia de las numerosas tentativas de formular recomendaciones que se estrellaron ante este muro, y particularmente en el caso de acuerdos suscritos por países europeos, que excluían de manera total o parcial de la liberalización recíproca a una proporción importante de productos agrícolas.

Pese a cuatro décadas de experiencia de inoperancia de este mecanismo de control, el Entendimiento desarrolló los mismos procedimientos.

V. INTEGRACIÓN ECONÓMICA Y LOS PAÍSES EN DESARROLLO

I. ARTÍCULO XXIV GATT Y LOS PAÍSES EN DESARROLLO

Entre las 23 “partes contratantes” que suscribieron el GATT en 1947, aproximadamente la mitad eran países en desarrollo²⁶, algunos de los cuales habían suscrito con otros países acuerdos preferenciales que no cumplían con las exigencias del artículo XXIV GATT. Así, por ejemplo, los sendos acuerdos de Chile con Argentina, Bolivia y Perú, y los acuerdos entre la Unión Aduanera Líbano - Siria con Palestina y Transjordania. Dado que el Protocolo de Aplicación Provisional²⁷ no se aplica a la parte I del GATT que incluye la cláusula de la Nación Más Favorecida, el artículo I:2 GATT contempló las excepciones pertinentes²⁸.

El impacto del artículo XXIV GATT se hizo sentir en la medida en que más países en desarrollo ingresaban al GATT y deseaban suscribir acuerdos

26 12 eran países en desarrollo: Birmania, Brasil, Ceilán, Cuba, Chile, China, India, Líbano, Pakistán, Rhodesia del Sur, Siria y la Unión Sudafricana (aunque esta última se consideraba como una parte contratante desarrollada).

27 Dicho Protocolo permite que una parte contratante mantenga una medida incompatible con alguna disposición de la Parte II del GATT y preexistente a su adhesión al GATT.

28 En esa misma disposición también se “legalizaron” las preferencias “imperiales” de la Commonwealth, de la Unión Francesa, de la Unión Aduanera de Bélgica, Luxemburgo y Países Bajos, así como las preferencias mantenidas entre EE.UU., sus territorios y la República de Filipinas.

preferenciales. Por ejemplo, los países de América del Sur y México suscribieron el Tratado de Montevideo de 1960, que estableció la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC). Mediante dicho Tratado, las partes se comprometían a crear una zona de libre comercio que debería estar funcionando en un plazo de 12 años, es decir, en 1972. Dicho plazo fue extendido hasta 1980. Este proceso sería gradual mediante dos listas (nacional y común) en virtud de las cuales se eliminarían todas las restricciones, cupos y gravámenes al comercio entre los Estados Miembros. En otras palabras, un acuerdo provisional de zona de libre comercio, con plazo, plan y programa para que pudiera quedar al amparo del artículo XXIV GATT. Otro ejemplo fue el Acuerdo de Cartagena (1969) mediante el cual, ante el estancamiento de ALALC, los países Andinos²⁹ decidieron avanzar, con plazos más acelerados y planes y programas más profundos para establecer una unión aduanera. Sin embargo, estos y otros esfuerzos chocaron con las políticas de sustitución de importaciones aplicadas en muchos países en desarrollo que conducían a mantener altos niveles de protección para amplios sectores productivos poco competitivos.

El artículo XXIV GATT presentaba, entonces, una limitación para los países en desarrollo. Estos no podían emplear la integración económica como medio para ampliar los mercados en sectores competitivos y así lograr economías de escala, en circunstancias que la dimensión de los sectores sensibles obligaban a celebrar acuerdos con demasiadas excepciones, por lo que no podían, en consecuencia, cumplir con las disciplinas de dicha disposición.

Esta no era la única tensión en el sistema para atender a las necesidades crecientes de países en desarrollo. Por ejemplo, la compatibilidad de las preferencias arancelarias en virtud del Sistema Generalizado de Preferencias (SGP) lo que se resolvió mediante una exención temporal (*waiver*) para darle cobertura legal³⁰.

29 Bolivia, Chile (se retiró en 1976), Colombia, Ecuador y Perú. Venezuela se incorporó en 1973 y se retiró en 2006.

30 Decisión de las PARTES CONTRATANTES de 25 de junio de 1971, relativa al establecimiento de un "sistema generalizado de preferencias sin reciprocidad ni discriminación que redunde en beneficio de los países en desarrollo" (GATT-Doc. IBDD, 18S/26).

2. LA CLÁUSULA DE HABILITACIÓN³¹

Estas rigideces motivaron un nuevo enfoque promovido por los países en desarrollo, liderados por Brasil, que se consagró en la Cláusula de Habilitación (1979)³². Además de legalizar en forma permanente las preferencias bajo el SGP y cualquier trato especial a los países menos adelantados, esta Cláusula exime de la NMF

(...) a los acuerdos regionales o generales concluidos entre partes contratantes en desarrollo con el fin de reducir o eliminar mutuamente los aranceles y, de conformidad con los criterios o condiciones que puedan fijar las PARTES CONTRATANTES, las medidas no arancelarias, aplicables a los productos importados en el marco de su comercio mutuo³³.

Este nuevo estándar permite que los países en desarrollo suscriban entre ellos acuerdos comerciales preferenciales que, por ejemplo, no eliminen sino que reduzcan los derechos de aduana, o que no alcancen a cubrir lo sustancial del comercio recíproco, como lo exige el artículo XXIV GATT.

Nótese que la Cláusula de Habilitación solo se refiere a acuerdos que reduzcan o eliminen mutuamente los derechos de aduana, pero no cubre medidas no arancelarias. Respecto de estas se aplican las disposiciones del GATT, salvo que los Miembros de la OMC fijen criterios o condiciones, cosa que no ha ocurrido hasta ahora.

Los acuerdos suscritos al amparo de esta cláusula deben notificarse al Comité de Comercio y Desarrollo, con toda la información pertinente, para su correspondiente examen.

³¹ Ver Capítulo 27.

³² La Decisión sobre Trato Diferenciado y Más Favorable, Reciprocidad y Mayor Participación de los Países en Desarrollo de 1979, negociada en contexto de las Negociaciones Comerciales Multilaterales de la Ronde Tokio celebradas entre 1973 y 1979.

³³ Párrafo 2.c de la Cláusula de Habilitación.

VI. ACUERDOS DE INTEGRACIÓN EN MATERIA DE COMERCIO DE SERVICIOS

I. LAS CONDICIONES

El artículo V AGCS trata de los acuerdos de integración económica en materia de comercio de servicios, mientras que el artículo V bis AGCS trata de los acuerdos de integración de los mercados de trabajo. El artículo exceptúa de la aplicación del trato de la Nación Más Favorecida previsto en el artículo II AGCS, cuando Miembros de la OMC celebren acuerdos para liberalizar el comercio de servicios entre sí bajo dos condiciones.

I. I. COBERTURA SECTORIAL SUSTANCIAL

La primera condición se refiere a tres aspectos que deben cumplirse copulativamente:

a. NÚMERO DE SECTORES

Aunque no hay una nomenclatura o clasificación de los servicios aceptada oficialmente por los Miembros, la literatura por lo general hace referencia a 12 sectores que, a su vez, se descomponen en 72 subsectores.

b. VOLUMEN DE COMERCIO AFECTADO

Se refiere a la cantidad del comercio recíproco de servicios que es liberalizado. Esta condición presenta la dificultad de contar con las cifras pertinentes que no siempre están disponibles o son confiables.

c. MODOS DE SUMINISTRO

Bajo el AGCS³⁴, cuatro son los modos de suministro³⁵. Para estos efectos, se dispone que a fin de cumplir esta condición, los acuerdos no deben establecer la exclusión *a priori* de ningún modo de suministro.

³⁴ Ver Capítulo 19.

³⁵ Modo 1 es el suministro de un servicio desde el territorio de un Miembro al de otro Miembro

I . 2 . SECTORES

La segunda condición dispone que para los sectores cubiertos por el acuerdo debe existir, “en lo esencial”, un pleno trato nacional, es decir, que los servicios o los proveedores de servicios de una parte reciban en el territorio de la otra un trato no menos favorable que el dispensado a sus propios servicios o proveedores de servicios similares. Ello requiere, por lo tanto, de la eliminación de cualquier discriminación existente y/o la prohibición de nuevas medidas discriminatorias o que aumenten la discriminación.

Asimismo, se contempla la posibilidad de que el trato nacional no se otorgue de inmediato sino que sobre la base de un “marco temporal razonable”. Hay medidas que, por su propia naturaleza, no necesariamente han de ser eliminadas, como las previstas en los artículos XI AGCS (Pagos y Transferencias), XII AGCS (Restricciones para proteger la balanza de pagos), XIV AGCS (Excepciones generales) y XIV bis AGCS (Excepciones relativas a la seguridad).

Para determinar el cumplimiento del trato nacional, puede tomarse en consideración la existencia de un proceso de integración más amplio entre las partes. Por ejemplo, la gradualidad para lograr el trato nacional puede explicarse por la necesidad de lograr equilibrios con la liberalización del comercio de productos en un proceso de integración más amplio. Este lenguaje³⁶ reconoce de forma indirecta la posibilidad de que haya acuerdos de integración de servicios independientemente de lo que suceda entre las partes en materia de comercio de bienes. Las dos condiciones enunciadas admiten flexibilidad cuando una o ambas partes en un acuerdo de integración sean países en desarrollo.

(transporte marítimo, por ejemplo). Modo 2 corresponde al suministro de un servicio en el territorio de un Miembro a un consumidor no residente (turismo). Modo 3 es inversión extranjera y Modo 4 se produce mediante el desplazamiento temporal de personas naturales prestadoras de un servicio.

36 Artículo V.2 AGCS.

2. OTRAS CONDICIONES Y CIRCUNSTANCIAS

2.1. EL MEJOR TRATO

Para evitar que las personas jurídicas proveedoras de servicios de un Miembro (país A) que estén constituidas en el territorio de otro Miembro (país B) sean discriminadas en virtud de un acuerdo de integración entre este último (país B) y otro Miembro (país C), el artículo V.6 AGCS dispone que los primeros tendrán derecho al trato acordado entre los otros dos Miembros,

(...) a condición de que realicen operaciones comerciales sustantivas en territorio de las partes en ese acuerdo.

Esto implica que la inversión extranjera de un tercer país tiene derecho al mejor trato aunque este derive de un acuerdo de integración entre otros Miembros. Sin embargo, cuando las partes en un acuerdo de integración sean únicamente países en desarrollo, podrá concederse un trato más favorable a las personas jurídicas que

(...) sean propiedad o estén bajo el control de personas físicas de las partes en dicho acuerdo.

...y por lo tanto discriminar contra la inversión extranjera de terceros Miembros, aunque estos sean de otros países en desarrollo³⁷.

2.2. NIVEL DE PROTECCIÓN

El artículo V.4 AGCS dispone que un acuerdo de integración no elevará, respecto de los Miembros no partes,

(...) el nivel global de obstáculos al comercio de servicios dentro de los respectivos sectores o subsectores con relación al nivel aplicable con anterioridad.

Sin embargo, el siguiente párrafo dispone la aplicación del artículo XXI AGCS, sobre la modificación de los compromisos asumidos, mediante una nego-

37 Artículo V:3:B AGCS.

ciación de una compensación, cuando tales compromisos son limitados o reducidos con ocasión de un acuerdo de integración económica. A la inversa, el artículo V:8 AGCS deja en claro que si como resultado de un acuerdo de integración otros Miembros resultan beneficiados, ninguna de las partes en el acuerdo puede pedir compensación a estas.

2.3. PLENA INTEGRACIÓN

El artículo V bis AGCS permite eximir del trato de la Nación Más Favorecida a cualquier acuerdo por el que se establezca “la plena integración” de los mercados de trabajo entre las partes del acuerdo.

Por “plena integración” debe entenderse el derecho de los ciudadanos de las partes de acceder libremente a los mercados de empleo de las partes, incluyendo disposiciones sobre las condiciones de pago, empleo y beneficios sociales. Tales acuerdos deben cumplirse con la condición sustantiva de eximir a los ciudadanos de las partes de los “requisitos en materia de permisos de residencia y de trabajo”. Este artículo trata de acuerdos de integración que van más allá del movimiento temporal de personas naturales para suministrar un servicio, y por lo tanto excede el marco del artículo V AGCS que, por definición, se circunscribe al Modo 4. De ahí que sea necesario que tal tipo de acuerdo sea tratado de manera independiente. Asimismo, su texto deja abierta la posibilidad de que la plena integración de mercados de trabajo se realice mediante acuerdos no relacionados con la integración de otros modos de suministro de servicios.

VII. EL EXAMEN DE LOS ACUERDOS DE INTEGRACIÓN

I. EL COMITÉ DE LOS ACUERDOS COMERCIALES REGIONALES (CACR)

Bajo el GATT se había establecido la práctica de que Consejo de las Partes Contratantes GATT creara sendos Grupos de Trabajo abiertos a todas las partes, para examinar los acuerdos de integración notificados. Esa práctica se extendió a los acuerdos notificados al amparo de la Cláusula de Habilitación, que eran examinados de forma directa por el Comité de Comercio y Desarrollo o por Grupos de Trabajo establecidos por dicho órgano. El AGCS instauró un procedimiento semejante. En 1996 se tomó la decisión de

unificar estos procedimientos mediante la creación de un Comité de Acuerdos Comerciales Regionales (CACR), cuya misión fundamental es realizar el examen de los acuerdos de integración de comercio de bienes, de servicios o los notificados bajo la Cláusula de Habilitación. En otras palabras, el Comité pasó a ser un órgano permanente que reemplazó a los grupos de trabajo *ad hoc*, con lo que le dio mayor coherencia y jerarquía a esta función. Otro aspecto importante del mandato es

(...) examinar las consecuencias sistémicas de esos acuerdos e iniciativas regionales sobre el sistema multilateral de comercio y la relación que existe entre ellos.

Lo anterior posibilita un análisis global sobre el impacto del acuerdo.

Es notable que el nombre del Comité refleje la creencia de que los procesos de integración económica se dan única o principalmente entre países contiguos o de una misma región. La evidencia abrumadora, pocos años después de su creación, muestra que crecientemente estos procesos alcanzan países o grupos de países ubicados en continentes diferentes. De ahí que, en la actualidad, la tendencia es referirse a estos entendimientos como acuerdos comerciales preferenciales y no regionales.

2. EL MECANISMO DE TRANSPARENCIA DE LOS ACUERDOS DE INTEGRACIÓN

De manera tradicional, el examen de los acuerdos se hizo sobre la base de una notificación que las partes en el acuerdo presentaban a los Miembros que, a su vez, sobre esa base así como de otras fuentes de información realizaban preguntas. Estas, junto a las respuestas, se recogían en el informe del examen.

Dejando de lado la profundidad de la integración en las Comunidades Europeas, hasta principios de los años noventa los acuerdos de integración eran en su mayor parte relativamente simples, pues trataban de aranceles aduaneros y normas de origen. Con el paso del tiempo, los acuerdos en otras regiones también reflejaron la necesidad de regular otros aspectos de la política comercial, y no solo las medidas en frontera. El Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA) es un buen ejemplo de ello.

En paralelo, el sistema multilateral resultante de la Ronda Uruguay reflejó estas nuevas dimensiones, tanto en materia de comercio de bienes y servicios como respecto de la protección de la propiedad intelectual. Los

acuerdos de integración de nueva generación se tornaron mucho más complejos y extensos. Se suma a ello la explosión demográfica de los acuerdos de integración. En resumen, la capacidad y el tiempo de los gobiernos para absorber y analizar el impacto de estos acuerdos ha ido disminuyendo de manera considerable, inclusive en países desarrollados. En cuanto a la notificación realizada por las partes, aun ciñéndose a un formato convenido, obviamente no revelaba los detalles más controversiales de un acuerdo. En otras palabras, había una enorme asimetría de información, pues solo unos pocos gobiernos con recursos y capacidades podían leer, entender y analizar los impactos comerciales de estos acuerdos.

El sistema multilateral de comercio reaccionó de manera típica: en una acción conjunta e informal, la Secretaría de la OMC, la(s) Presidencia(s) del CACR y unas pocas delegaciones pusieron en práctica, a título experimental, un mecanismo en virtud del cual la Secretaría se encargó de “leer y describir” el contenido de los acuerdos. Unos pocos experimentos permitieron vencer resistencias, y a fines de 2006 se creó el nuevo mecanismo³⁸.

La Decisión que crea el Mecanismo es detallada en los procedimientos y en el uso de los medios informáticos para comunicar y divulgar la información. También es rigurosa para prescribir que la función de la Secretaría es la de realizar presentación “fáctica”. Agrega el texto que la

(...) presentación fáctica de la Secretaría de la OMC no se utilizará como base para procedimientos de solución de diferencias ni para crear nuevos derechos y obligaciones de los Miembros.

Con todo, se dispone que la Secretaría, que debe basarse principalmente en la información facilitada por las Partes, también puede, si fuera necesario, utilizar datos disponibles de otras fuentes, teniendo en cuenta las opiniones de las Partes en pro de la exactitud fáctica, pero sin formular cualquier juicio de valor.

38 Este mecanismo es formalmente parte de la Ronda de Doha que aún no concluye. Por lo tanto, su aplicación es provisional (“cosecha temprana”) sujeta a la aprobación del conjunto de resultados de la Ronda.

3. COMITÉ DE ACUERDOS COMERCIALES REGIONALES VERSUS COMITÉ DE COMERCIO Y DESARROLLO

El mecanismo de transparencia se aplica a todos los acuerdos notificados al amparo del artículo XXIV GATT, del artículo V AGCS y de la Cláusula de Habilitación. Pese al lenguaje explícito de la decisión que creó el CACR mediante la cual disponía que ese órgano fuera el foro para realizar el examen de todos los acuerdos, algunos países en desarrollo temieron que el análisis bajo el CACR –en lugar del Comité de Comercio y Desarrollo (CCD)– vería cercenados sus derechos de contar con mayor flexibilidad. De ahí que obligaron a que el examen de los tratados notificados bajo el amparo de la Cláusula de Habilitación continuara realizándose en el Comité de Comercio y Desarrollo. Ello explica por qué la Decisión sobre este Mecanismo dispone que tanto el CACR como el CCD la apliquen a los acuerdos notificados en sus respectivos foros.

También es digno de destacar que esta Decisión pone mucho énfasis en la transparencia y examen de la evolución de los acuerdos notificados, aumentando potencialmente el grado de control, ya que lo habitual es que los acuerdos de integración se perfeccionen a lo largo de varios años y evolucionen en su cobertura y profundidad.

Pese a su calidad de provisional, este mecanismo ya cuenta con varios años de experiencia. Es indudable que el nivel y calidad de la transparencia ha mejorado de forma sustancial, tanto para los Miembros como para el público en general. Curiosamente, la principal resistencia ha sido encontrada por parte de aquellos países en desarrollo que por lo general suscriben acuerdos al amparo de la Cláusula de Habilitación. Sin embargo, es un hecho que cada vez más países en desarrollo celebran acuerdos con otros países en desarrollo, que son de amplia cobertura y notificados bajo los artículos XXIV GATT y V AGCS. Dicha resistencia refleja una cuestión de forma y no de sustancia. En el fondo, revela una desconfianza de que algunos emplearán el examen en un foro para imponer mayores obligaciones a otros.

VIII. LA INTEGRACIÓN ECONÓMICA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA OMC

Cualquier Miembro puede cuestionar la compatibilidad de un acuerdo de integración económica con obligaciones de la OMC ante el mecanismo de solución de controversias. Esto fue confirmado por el Órgano de Apela-

ción en el caso que examinó ciertas medidas aplicadas por Turquía a las importaciones de textiles³⁹. El peso de la prueba recae sobre la parte que alega la existencia de una zona de libre comercio o unión aduanera como defensa para justificar una medida. En este caso, el Órgano de Apelación estableció que la parte que alega la defensa de una unión aduanera debe demostrar dos condiciones: (i) que la medida es aplicada con motivo de la formación de la unión que cumple con los requisitos de los artículos XXIV:8.a y XXIV:5.a GATT, y (ii) el que alega esa defensa debe demostrar que la unión aduanera no habría podido establecerse de no mediar la medida cuestionada.

Una serie de informes han abordado la aplicación de salvaguardias y las disposiciones del artículo XXIV GATT (*Argentina – Calzado*⁴⁰; *EE.UU. – Gluten de trigo*⁴¹; *EE.UU. – Acero*⁴²; *EE.UU. – Tubos*⁴³). En todos estos casos, un Miembro fue cuestionado por aplicar una medida de salvaguardia que excluía de su aplicación a los socios comerciales partes de un acuerdo de integración económica. Si la OMC permite que se produzcan tales exclusiones en acuerdos suscritos al amparo del artículo XXIV GATT, es una cuestión que no ha sido zanjada. En la totalidad de dichos casos, el análisis sobre el perjuicio de las importaciones *incluyó* a las importaciones del socio en un acuerdo de integración, las que fueron excluidas al momento de aplicar la medida de salvaguardia. La jurisprudencia ha establecido, con razón, que si se han de excluir dichas importaciones de la aplicación de la salvaguardia, también deben ser ignoradas para los efectos de hacer el análisis del perjuicio.

En otros dos casos, el país demandado (*Brasil – Neumáticos recauchados*⁴⁴; y *México – Impuestos a las bebidas gaseosas*⁴⁵) alegaron sin éxito que las medidas aplicadas eran consecuencia de un acuerdo de integración económica. Brasil lo hizo para justificar por qué había excluido a los países del MERCOSUR

39 *Turquía – Textiles*, OA, WT/DS34/AB/R.

40 *Argentina – Calzado (CE)*, OA, WT/DS121/AB/R.

41 *Estados Unidos – Gluten de trigo*, OA, WT/DS166/AB/R.

42 *Estados Unidos – Salvaguardias sobre el acero*, OA, WT/DS248/AB/R, WT/DS249/AB/R, WT/DS251/AB/R, WT/DS252/AB/R, WT/DS253/AB/R, WT/DS254/AB/R, WT/DS258/AB/R, WT/DS259/AB/R. Reclamos de la UE, Japón, Corea, China, Suiza, Noruega, Nueva Zelandia y Brasil.

43 *Estados Unidos – Tubos*, OA, WT/DS202/AB/R.

44 *Brasil – Neumáticos recauchutados*, OA, WT/DS332/AB/R.

45 *México – Impuestos sobre los refrescos*, OA, WT/DS308/AB/R.

de una medida que pretendía justificar bajo el artículo XX.b GATT, y México sostuvo que la medida era en retorsión al incumplimiento de los EE.UU. de una obligación bajo el NAFTA.

En conclusión, las reglas son muy ambiguas y no hay voluntad o consenso para esclarecerlas. En dicho contexto, no parece razonable –y así lo han entendido los Miembros– que sea el sistema de solución de controversia el que esclarezca las ambigüedades. El sistema multilateral ya tuvo una experiencia en la materia, pues las reglas sobre subsidios agrícolas también eran tan ambiguas –pese al intento de esclarecimiento con el Código sobre Subvenciones y Derechos Compensatorios– que no permitían exigir su cumplimiento mediante el sistema de solución de controversias. Si no hay un consenso básico sobre las reglas del juego, difícilmente se le puede pedir al sistema de solución de controversias que resuelva la discrepancia sin un fundamento de interpretación jurídica que sea aceptable y estable. Esto, en gran medida, explica por qué pese a los grandes intereses que se sienten discriminados por acuerdos comerciales entre otros países, los Miembros de la OMC han optado por no forzar una definición “judicial”, en ausencia de un acuerdo político. Por lo demás, exigir una definición puede ser contraproducente pues es posible que una solución “judicial” pueda ser empleada en contra del país demandante. Ante la discriminación por parte de otros, la respuesta de política es (i) avanzar en la liberalización multilateral y/o (ii) hacer acuerdos preferenciales con los que discriminan.

IX. EL NÚMERO DE ACUERDOS COMERCIALES REGIONALES

Con frecuencia se cita el aumento explosivo en el número de acuerdos notificados por los Miembros a la OMC y que figuran en una base de datos de la Secretaría⁴⁶.

Es indudable que hay muchos más acuerdos celebrados. Prácticamente todos los Miembros, con la excepción de Mongolia, han suscrito al menos un acuerdo. Probablemente el número aumentará, en la medida en que cada nuevo acuerdo implica un incentivo para que terceras partes traten de ne-

46 <<http://rtais.wto.org/UI/PublicMaintainRTAHome.aspx>>.

gociar un acuerdo con todas o una de las partes del acuerdo, a fin de evitar ser discriminados en sus mercados.

Los números, sin embargo, hay que verlos con alguna precaución, al menos por dos motivos. Primero, porque varios acuerdos notificados son de baja cobertura, aprovechando la flexibilidad de la Cláusula de Habilitación. Un acuerdo que reduce 300 líneas arancelarias entre dos países en desarrollo, mal puede llamarse un acuerdo de libre comercio. Así, por ejemplo, se puede encontrar en la base de datos de la Secretaría que figura ALADI entre los acuerdos notificados, en circunstancias que –como se ha visto– esta Asociación no ha liberalizado nada directamente, sino que es un paraguas que ampara una red de acuerdos entre sus Miembros. También figura el Sistema Global de Preferencias Comerciales entre Países en Desarrollo (SGPC) de muy baja cobertura y escasa relevancia comercial. Segundo, se puede producir un doble conteo. Por ejemplo, la base de datos muestra un acuerdo entre Chile y Singapur, mientras que también muestra el Acuerdo Transpacífico o P4⁴⁷ que incluye a ambos. El CAFTA⁴⁸ se aplica entre todos sus Miembros, pero se cuentan por separado en el Acuerdo del Mercado Común Centroamericano.

Gran parte de la literatura ve esta explosión de acuerdos preferenciales como una amenaza y obstáculo al sistema multilateral de comercio. En realidad, esto tiene de dulce y de agrio. En lo dulce, todos estos acuerdos tienden a apuntar en la dirección “correcta”, es decir, liberalizan el comercio y de manera contractual que es difícil revertir. Si bien estos acuerdos discriminan, también es cierto que cuantos más acuerdos existan menor será el grado de discriminación. Además, no puede ser verdad que estos acuerdos sean antisistémicos, puesto que el propio sistema los contempla y regula (aunque de manera deficiente). Hay un control multilateral y una creciente transparencia. Por último, hay materias que por razones económicas o políticas solo pueden ser abordadas multilateralmente como, por ejemplo, subsidios agrícolas, medidas *antidumping*, subsidios pesqueros, entre otras.

47 El Acuerdo Estratégico Trans-Pacífico de Asociación Económica (en inglés: *Trans-Pacific Strategic Economic Partnership* o *Trans-Pacific Partnership*, TPP), también conocido como el Acuerdo P4, es un tratado de libre comercio multilateral que tiene como objetivo liberalizar las economías de la región del Asia-Pacífico. El tratado fue firmado originalmente por Brunéi, Chile, Nueva Zelandia y Singapur, el 3 de junio de 2005 y entró en vigencia el 1º de enero de 2006.

48 Acuerdo de Libre Comercio de Centro América y EE.UU. (*Central America Free Trade Agreement*, y por sus siglas en inglés, CAFTA).

Donde está el real peligro es en el ámbito regulatorio, y particularmente en áreas en las que en la actualidad no hay ningún control multilateral, como pueden ser las esferas de inversiones, política de competencia, entre otras, en las que se pueden estar estableciendo modelos que más tarde pueden ser obstáculos para la convergencia en reglas multilaterales.

CAPÍTULO 31

Comercio y competencia

EDUARDO PÉREZ MOTTA

I. INTRODUCCIÓN

Es indudable que el objetivo principal de las políticas públicas es, o al menos debería ser, promover el mayor bienestar posible para la sociedad. Uno de los aspectos fundamentales para alcanzar ese objetivo es orientar las políticas a la generación de condiciones que permitan a los mercados operar de manera eficiente, esto es, en un contexto de competencia.

Cuando existe competencia, el mercado genera los incentivos para que las empresas ofrezcan más bienes y servicios, a menores precios y de mejor calidad. La competencia también promueve la innovación, la inversión y la productividad de la economía en su conjunto, lo que impulsa el crecimiento económico.

Las políticas de apertura y facilitación del comercio internacional han representado, para diversos países, una de las fuentes más importantes de competencia en los mercados internos. Por otro lado, una competencia vigorosa en los mercados internos puede impulsar mejoras en la productividad de las empresas y, con ello, generar mayor producción e intercambio comercial. Este punto es especialmente importante en el caso de los sectores no comerciables, muchos de ellos mercados de servicios, que son la base de la productividad del sector manufacturero.

De esta manera, al menos en teoría, la política de competencia y la política comercial tienen una finalidad común: generar más opciones y un mayor intercambio de bienes en la economía, en beneficio de los consumidores.

El incremento en el intercambio comercial ha generado, sin duda, importantes beneficios para la sociedad. Sin embargo, la apertura (reducción de aranceles y restricciones a la inversión) no debe verse como el único componente necesario para lograr mayores niveles de crecimiento y desarrollo económicos, e incluso para incrementar el volumen de comercio. Las condiciones de competencia y las distorsiones al desempeño eficiente de los mercados determinan, de manera fundamental, la productividad de los países, la cual se traduce en una mayor actividad económica y, por tanto, en un mayor intercambio de bienes.

Si bien diversos países han tenido un avance importante en lo que respecta a estas dos políticas y en general en la implementación de políticas favorables a la competencia y a la eficiencia de los mercados, aún existen retos importantes. La crisis económica que afectó a la mayoría de las economías

en el mundo generó fuertes presiones proteccionistas por parte de grupos de interés económicos bien organizados, que buscan proteger sus intereses y trasladar sus pérdidas a un consumidor desorganizado.

Las presiones de grupos no se limitan a impedir el libre comercio entre países, sino que frecuentemente buscan eliminar la competencia que se da o que puede darse al interior de los países. De esta manera, puede decirse que la política de competencia y la comercial no solo comparten objetivos, sino también dificultades.

Además, conforme se fue desarrollando la política de competencia en el marco de una economía cada vez más global, se gestó la preocupación de que los estándares dispares de las leyes de competencia pueden tener una influencia negativa en el comercio internacional.

Por lo anterior, es conveniente cuestionarnos acerca de la conveniencia de analizar ambas políticas de manera conjunta. Los esfuerzos llevados a cabo de 1998 a 2004 por incluir la política de competencia en la agenda Organización Mundial del Comercio (OMC) fueron infructuosos, entre otras razones debido a que el tema se utilizó como ficha de cambio en otras negociaciones, existía desconfianza con respecto al establecimiento de nuevos compromisos y, finalmente, a la inflexibilidad de algunos de sus proponentes.

Sin embargo, una de las razones principales fue que algunos países en desarrollo temían que sus autoridades de competencia a nivel nacional no estuviesen suficientemente desarrolladas. Esta situación está cambiando. El número de países con autoridades de competencia se ha incrementado de manera importante en los últimos años y más países están en vías de aprobar una legislación en la materia.

Mediante la política comercial y la política de competencia, es posible fomentar el intercambio comercial, a fin de promover el desarrollo y el crecimiento económicos. En el futuro, la OMC podría ser un foro crucial desde donde podría impulsarse la competencia en todos los mercados de diferentes países, en beneficio de los consumidores.

II. ANTECEDENTES

El desarrollo histórico del libre comercio fue ampliamente descrito en los primeros capítulos del presente libro, y ha sido discutido a profundidad por una diversidad de autores. Por ello, en el presente capítulo solo se realizan una breve descripción y un análisis general de los antecedentes de la aper-

tura económica y la liberalización de los mercados, desde la perspectiva de la competencia.

Al terminar la Segunda Guerra Mundial, muchos países cerraron sus fronteras al comercio internacional, con la intención de recuperar sus economías afectadas por la crisis. El objetivo de este modelo de sustitución de importaciones era impulsar a la industria doméstica incipiente, apoyándola en el mercado interno. Algunos de los mecanismos empleados fueron los aranceles *ad valorem*, los precios oficiales de importación y las restricciones cuantitativas a las importaciones.

Sin embargo, en algunos países en desarrollo, en especial los latinoamericanos y los asiáticos, la política económica fue más allá de la simple sustitución de importaciones, al proteger a las empresas ya establecidas no solo de la competencia internacional, sino de la competencia en general. Los Estados controlaban la actividad económica en diversos sectores, ya sea participando de manera directa en la producción de bienes y servicios, regulando la entrada y salida de competidores, aplicando controles de precios, otorgando subsidios, muchos de ellos discriminatorios entre industrias, o imponiendo restricciones a la inversión extranjera. Además, frecuentemente los subsidios se canalizaban hacia actividades específicas con criterios basados en consideraciones políticas y no económicas, o con base en criterios de eficiencia o productividad.

Por ejemplo, en 1982, el gobierno mexicano llegó a controlar más de mil empresas en diferentes sectores de la economía, aplicaba subsidios generalizados y mantenía los precios de distintos productos controlados. De igual forma, en la India, poco después de iniciarse un plan de privatización en 1991, el Estado controlaba alrededor de 1.180 empresas¹.

Así, el crecimiento de algunas empresas que estaban protegidas artificialmente de la competencia, se generó a costa del desarrollo de otras actividades económicas y del bienestar de la sociedad en general, la cual tenía que soportar la mayor parte de la carga de este esquema. En consecuencia, la política industrial generó condiciones que impedían la creación de riqueza, introdujo distorsiones a la asignación eficiente de los recursos y desincentivó la innovación. Esto resultó en industrias altamente concentradas y deterioró la productividad y la competitividad de muchos países.

1 GOYAL, en: GOPAL (ed.), *Privatization in South Asia: Minimizing Negative Social Effects through Restructuring*, 2000.

A principios de los años ochenta, después de la recesión más severa desde la Gran Depresión, las economías de la mayoría de los países en desarrollo estaban seriamente deterioradas. Como respuesta, los países implementaron una serie de medidas para estabilizarlas. Estas medidas incluyeron, principalmente, la reducción del gasto público, la apertura comercial y la desregulación.

Los resultados han sido positivos. Muchas de las actividades económicas se liberalizaron. Las privatizaciones de empresas, la desregulación y la apertura comercial fomentaron la eficiencia y la productividad de las empresas, lo que generó mejores precios para los consumidores, mayores cantidades de inversión y empleos mejor remunerados. Entre 1990 y 2003, 120 países en desarrollo realizaron casi 8 mil privatizaciones, con lo que recaudaron alrededor de 410 miles de millones de dólares².

El tamaño de los aparatos gubernamentales y el gasto público se redujeron en la mayoría de los países como parte de una mayor disciplina fiscal, lo que incentivó a los países a evaluar la efectividad de sus políticas fiscales y monetarias, así como a ajustar sus esquemas de recaudación. Con ello, la inflación se controló a niveles aceptables.

La evidencia empírica respecto de los beneficios que acarrearón estas políticas es abundante. En México, por ejemplo, Alberto Chong y Florencio López de Silanes³ han señalado que la política de privatización llevó a una mejora importante en el desempeño de las empresas públicas al incrementar su rentabilidad en 24%, convergiendo a los niveles de las empresas privadas. De este incremento, el 64% lo atribuyen a mejoras en la productividad.

Sin embargo, en la actualidad persiste el problema de bajo crecimiento económico de muchos países y la pobreza en el mundo alcanza niveles exorbitantes. En un futuro, esta situación puede poner en riesgo el sistema económico actual y podría implicar un retroceso importante al desarrollo económico y, en especial, a los logros obtenidos en los últimos años.

Esta situación obliga a repensar el modelo de política pública, sin regresar al intervencionismo estatal vigente a mediados del siglo pasado. Un complemento fundamental a la aplicación de las medidas en esta sección

2 KIKERI y KOLO, *Privatization: Trends and Recent Developments*, 2005. Disponible en <<http://catalogue.nla.gov.au/Record/3670774>>.

3 CHONG y LÓPEZ DE SILANES, *Privatization in Mexico*, 2004. Disponible en <http://www.iadb.org/research/pub_hits.cfm?pub_id=WP-513&pub_file_name=pubWP-513.pdf>.

descritas, y olvidado por muchos países, es la aplicación de medidas favorables a la competencia.

III. POLÍTICA COMERCIAL Y POLÍTICA DE COMPETENCIA: ¿COMPLEMENTARIAS?

No existe una definición precisa o comúnmente aceptada de lo que debe entenderse por políticas públicas. Los diferentes enfoques y áreas en las que intervienen los gobiernos pueden implicar énfasis distintos, además de que las políticas son parte de un proceso dinámico que se modifica de manera importante dependiendo del tiempo y el lugar en los que se implementan.

Sin embargo, diversas definiciones coinciden en que la política pública es la acción por parte del Estado dirigida a cumplir ciertos objetivos. Con base en esta definición, es posible plantear diferentes políticas para atender los mismos objetivos o una misma política que atienda varios de ellos.

Al respecto, pocos podrían negar que el objetivo principal de la política pública es, o al menos debería ser, promover el mayor bienestar posible para la sociedad. El Estado tiene la responsabilidad de actuar como un instrumento para servir al interés público.

En términos económicos, el bienestar de una sociedad es mayor conforme se incrementa la cantidad de bienes o servicios que consume, es decir, cuando se mejora la eficiencia de la economía. Por ello, el Estado tiene el deber de orientar las políticas a la generación de condiciones que permitan a los mercados operar de manera eficiente, en un contexto de competencia.

La política comercial y la política de competencia son dos herramientas fundamentales con las que cuentan los Estados para cumplir, entre otros, con un objetivo central: incrementar la eficiencia y la productividad de las economías.

Definida de manera general, la competencia económica se refiere a una situación en la que las empresas rivalizan entre sí de manera independiente para vender o comprar sus productos, con la finalidad de obtener mayores ingresos, ventas o participación en el mercado. Esta rivalidad puede generarse en términos de precio, calidad, servicio o ubicación, entre otros factores, o una combinación entre ellos.

En un mercado en el que existe competencia, se generan los incentivos para que las empresas desarrollen nuevos productos, servicios o tecnologías que se traducen en mayores opciones para los consumidores, mejores

precios y mejor calidad de los productos y servicios que adquieren. Así, la competencia económica promueve el bienestar de la sociedad, pues permite a cada consumidor elegir a aquellos proveedores que le suministran bienes y servicios bajo las condiciones más adecuadas.

La competencia también tiene efectos dinámicos que favorecen la productividad y el crecimiento de la economía en su conjunto. Como resultado de todos estos efectos, el ingreso real de las familias es mayor y la distribución del ingreso se vuelve menos desigual.

De esta manera, se dice que la competencia maximiza el bienestar de la sociedad al aumentar tanto la eficiencia asignativa (al permitir al consumidor adquirir lo que quiere o demanda) como la eficiencia productiva (produciendo bienes o servicios al costo más bajo, por ende utilizando los menos recursos posibles).

Sin embargo, en algunos mercados, en especial aquellos que están altamente concentrados o en los que existen considerables barreras a la entrada, las empresas también tienen incentivos para realizar prácticas que afectan seriamente la competencia. Estas conductas pueden ser, por lo general, de dos tipos: verticales u horizontales.

Las verticales se presentan cuando existe una empresa con poder sustancial en el mercado, y utiliza ese poder de forma indebida para desplazar a sus competidores. Las horizontales (comúnmente denominadas como cárteles) son aquellas en las que un grupo de empresas se ponen de acuerdo para incrementar el precio de sus productos, restringir cantidades, repartirse mercados o fijar sus posturas en las licitaciones.

Por lo anterior, diversos países han implementado sistemas jurídicos de defensa de la competencia en los mercados. Uno de los pioneros en la materia fue Estados Unidos, que desde 1890 aprobó una legislación antimonopolios, conocida como la Ley Sherman. Sin embargo, la mayoría de los países implementó leyes en esta materia casi un siglo después. A partir de entonces, la política de competencia se ha convertido en una herramienta fundamental para mejorar el desempeño de las economías.

No obstante, en el marco de una economía global, la competencia ya no solo se circunscribe a cuestiones domésticas. La política de apertura comercial y de liberalización de los mercados ha representado, para muchos países, una de las fuentes más importantes de competencia. Con el comercio internacional, los mercados se benefician de la participación de más empresas extranjeras en los mercados internos y de la participación de empresas

locales en los mercados extranjeros. También se genera una mayor variedad y precios más bajos de bienes para el consumidor final, así como de insumos que hacen más vigorosa las industrias locales. Todo esto incentiva la creación y ampliación de las actividades productivas, expande los mercados y genera mayores oportunidades de empleo.

La apertura comercial también favorece el acceso de los productores locales a tecnologías más desarrolladas, lo que les permite lograr niveles mayores de eficiencia en su labor. Además, les permite abastecerse de insumos en mercados internacionales a precios más bajos. Todo esto, sumado a la vigorosa competencia del exterior, obliga a los productores a innovar y a volverse más eficientes y productivos.

Por el contrario, en los mercados donde la competencia del exterior es limitada, se generan efectos perniciosos sobre la economía. Por ejemplo, en Japón, los sectores que presentan menores niveles de productividad son precisamente aquellos que están menos expuestos a la competencia proveniente del exterior y en donde existen regulaciones que limitan la competencia, tales como el manufacturero, el de construcción y el de alimentos procesados⁴.

Joseph E. Stiglitz⁵, por su parte, ha señalado que el comercio internacional puede crear competencia, pero no de forma automática. Señala que, por ejemplo, en caso de que la liberalización ocurra en una economía con un monopolio importador, las rentas simplemente serán transferidas hacia el monopolista, con una baja reducción de los precios. Así, señala que la promoción de la competencia en sectores que previamente habían estado protegidos de la competencia proveniente del exterior es tan importante como la promoción de la competencia en el sector exportador. Para él, la promoción de la competencia en el sector exportador fue clave en el éxito de las economías del este asiático.

Así, puede concluirse que un componente esencial para fortalecer la competencia en los mercados es la apertura al comercio internacional. No obstante, el comercio internacional también requiere de una competencia vigorosa para detonar el volumen de comercio y, con ello, generar mayores beneficios para la sociedad. Esto cobra especial relevancia en el caso de los

4 LEWIS, *The Power of Productivity. Wealth, Poverty and the Threat to Global Stability*, 2004.

5 STIGLITZ, *More Instruments and Broader Goals: Moving Toward the Post-Washington Consensus*, 1998. Disponible en <http://www.wider.unu.edu/publications/annual-lectures/en_GB/AL2/_files/78091860534299239/default/annual-lecture-1998.pdf>.

sectores de no comerciables, que en su mayoría son mercados de servicios, los cuales definen la plataforma de productividad de las industrias de bienes comerciables y que, sin embargo, han permanecido aislados de la competencia en muchos países.

Los grandes cárteles internacionales o las concentraciones entre empresas que operan en distintos países son analizados en distintas jurisdicciones. Así, con la apertura comercial, los efectos en materia de competencia trascienden las fronteras de los países. En esta medida, la aplicación de la política de competencia con frecuencia se relaciona con el comercio internacional.

Las prácticas monopólicas, en particular los cárteles de empresas, tienen el efecto de incrementar los precios o reducir la cantidad de bienes comerciados. Existen diversos ejemplos de cárteles a nivel internacional que han tenido efectos perniciosos sobre los mercados, tales como el cártel de la lisina a mediados de los años noventa, que involucró empresas de nacionalidades norteamericana, coreana y japonesa.

Las empresas dominantes también pueden emplear prácticas anticompetitivas, a fin de desplazar a sus competidores de los mercados. En ausencia de una fuerte política de competencia, los agentes económicos con poder sustancial tendrán incentivos para usar ese poder para desplazar a sus competidores, sean locales o internacionales. Ejemplos de estas conductas son las investigaciones por dominancia en el mercado de los procesadores (CPU, por sus siglas en inglés) en contra de Intel, llevadas a cabo por la Comisión Europea, que resultó en una de las sanciones en materia de competencia más altas en la historia.

En conclusión, además de tener objetivos comunes, la política de competencia y la comercial son también interdependientes y complementarias.

En concordancia con lo planteado, Evenett⁶ argumenta que la aplicación de la política de competencia es un mecanismo complementario para fomentar la innovación y la productividad, y que, a su vez, derivará en mayor comercio y crecimiento de la economía. En particular, destacan las siguientes razones. En primer lugar, la existencia de competencia entre empresas genera incentivos a minimizar los costos de forma que dichas firmas puedan maximizar utilidades o, al menos, asegurar su permanencia en el mercado.

6 EVENETT, *Study on Issues Relating to a Possible Multilateral Framework on Competition Policy*, OMC-Doc. WT/WGTCP/W/228, 19 de mayo de 2003.

El segundo argumento se relaciona con la necesidad de asegurar que los beneficios derivados de la eliminación de barreras al comercio no sean absorbidos por agentes privados mediante el uso de prácticas anticompetitivas. Al no existir una aplicación eficiente de la legislación de competencia, las empresas, a través de cárteles, abuso de poder sustancial u otros mecanismos, pudieran apropiarse de los excedentes derivados de la liberalización del comercio, en perjuicio del bienestar tanto de consumidores como de otros productores.

La tercera fuente de complementariedad se asocia con el impacto que tiene la aplicación de la política de competencia en los flujos de inversión extranjera directa que recibe una economía: a mayor competencia, mayor inversión extranjera.

El cuarto argumento plantea que a mayor competencia en el mercado, mayores serán los incentivos de las empresas a innovar.

No obstante, algunos autores sostienen que, en la práctica, ha surgido un conflicto entre ambas políticas, principalmente debido a que la política de competencia busca “proteger la competencia y no a los competidores”, en beneficio del consumidor, mientras que la política comercial ha sido utilizada para proteger los intereses de los productores locales y no el bienestar de la sociedad. Esta situación se abordará más adelante.

IV. RETOS Y OBSTÁCULOS COMUNES

A pesar de los avances que diversos países han logrado en la implementación de estas dos políticas y, en particular, respecto de la aplicación de los principios de la competencia en otras políticas públicas, por ejemplo en los sectores sujetos a regulación, aún existen retos importantes en ambas materias.

Una de las razones que pueden explicar lo anterior radica en la teoría de la acción colectiva. Es natural que los agentes económicos busquen formar grupos para defender legítimamente sus intereses. Estos grupos, que van desde organizaciones sindicales, asociaciones de empresas o movimientos sociales, se han vuelto actores cada vez importantes en la mayoría de los sistemas políticos. Estas organizaciones han evolucionado para funcionar como un conducto para trasladar las propuestas de la sociedad hacia quienes diseñan e implementan la regulación y la política pública de un país.

Sin embargo, diversos autores han estudiado y expresado su preocupación respecto de los efectos que pueden tener en la práctica estos grupos.

El economista Douglas North, Premio Nobel de Economía en 1993, señala que las instituciones son las reglas del juego en una sociedad o, más formalmente, son las fronteras creadas por el hombre que dan forma a la interacción humana⁷. Las instituciones no son permanentes, sino que son parte de un proceso dinámico que evoluciona con el tiempo. Por otra parte, considera que las organizaciones son grupos de individuos atados por un propósito común de alcanzar ciertos objetivos *dentro* del marco de las instituciones, pero que a su vez juegan un papel fundamental como agentes del cambio institucional. Concluye al señalar que algunas instituciones crean ambientes favorables al desarrollo económico, en tanto que otras producen estancamiento.

Mancur Olson⁸, por su parte, describe cómo emergen las organizaciones a lo largo del tiempo y muestra cómo sus esfuerzos pueden influir en las políticas públicas, con el objetivo de hacer la regulación más compleja y afín a sus intereses, lo que repercute en la eficiencia de los mercados y frustra el crecimiento económico. Incluso sostiene que estos grupos pueden intervenir en las sociedades hasta volverlas ingobernables.

Lo anterior se explica porque los grupos formados por un número reducido de individuos (por ejemplo, los productores de acero) pueden organizarse más fácilmente que los grupos grandes (por ejemplo, los consumidores). Esto conduce a un resultado indeseable en términos sociales. Los grupos de interés capaces de organizarse, es decir, minoritarios, son los que influirán en el diseño e implementación de las políticas públicas o la regulación, a fin de que estas sean favorables a sus intereses, aunque perjudiquen al resto de la sociedad.

En conclusión, la creación de grupos para la protección de sus intereses es una práctica legítima y justificada. Sin embargo, cuando las instituciones del Estado son débiles y ceden a las pretensiones privadas, anteponiéndolas al interés público, pueden establecerse trabas al desarrollo económico.

Sin importar su nivel de desarrollo económico, ningún país es ajeno a esta situación. La crisis económica de los años 2008-2011, que afectó a la mayoría de las economías en el mundo, detonó serias presiones proteccionistas por

7 NORTH, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance (Political Economy of Institutions and Decisions)*, 1990.

8 OLSON, *The Rise and Decline of Nations: Economic Growth, Stagflation, and Social Rigidities*, 1982.

parte de grupos de interés económicos bien organizados, que buscan proteger sus intereses y trasladar sus pérdidas a un consumidor desorganizado.

Algunos gobiernos reaccionaron con la imposición de medidas comerciales *antidumping* o incrementos de aranceles, en tanto que otros optaron por subsidios o incentivos fiscales e incluso restricciones a la exportación. También se adoptaron medidas sanitarias y fitosanitarias o barreras técnicas que tienen el efecto de limitar el comercio internacional.

Un reporte de la OMC con respecto a las economías del G20, emitido en conjunto con otras organizaciones en mayo de 2011, señaló que de octubre de 2008 a abril de 2011, los países que integran el G20 implementaron alrededor de 550 medidas que restringían o distorsionaban el comercio internacional. De estas, solo el 18% fueron retiradas, lo que indica que la mayoría de las medidas que se introdujeron durante el periodo permanecen vigentes⁹.

Lo más grave es que durante el periodo que transcurrió entre octubre de 2010 y abril de 2011, se produjo la introducción de medidas restrictivas respecto de productos químicos, cárnicos, hierro y acero, plástico, maquinaria, equipo y maquinaria eléctrica, lácteos y vehículos, entre otros. Esta reacción proteccionista fue más pronunciada que en el pasado, al alcanzar un total de 122 medidas en comparación con las 56 y 54 impuestas en los dos periodos anteriores. Con respecto a las restricciones a la exportación, las más frecuentes fueron en productos alimenticios y algunos minerales.

Además, mediante la política comercial se ha generado el desarrollo de regulaciones y restricciones no arancelarias, que han sido diseñadas para responder a necesidades específicas de control en temas de salud y medio ambiente y, en su caso, para la atención de coyunturas particulares.

Esto ha ocasionado el desarrollo de medidas aparentemente necesarias, protectoras del comercio o de los consumidores, que en realidad tienen como finalidad detener el comercio. De este modo, mientras caen los aranceles, se suben las cuotas compensatorias, las medidas *antidumping*, las normas y los requisitos excesivos (con criterios nacionalistas).

Existe una característica común en muchos de los sectores arriba descritos. La mayoría de ellos se distingue por contar con grupos bien organizados o por tener un número limitado de competidores, es decir, grupos en los cuales los costos de transacción que enfrentan son pequeños, por lo que

9 OMC/OECD/UNCTAD, *Report on G20 Trade Measures (Mid-October 2010 to April 2011)*, 2011.

cuentan con los incentivos alineados para formar grupos capaces de influir en la política pública.

Sin embargo, las presiones de grupos no se limitan a impedir el libre comercio entre países, sino que frecuentemente buscan eliminar la competencia que se da o que puede darse al interior de los países.

El sector de las telecomunicaciones es un sector intensivo en capital, por lo que los costos de capital son esenciales para determinar los costos de los servicios que se prestan a la sociedad y, en consecuencia, de su precio. Por este motivo, en caso de que existan restricciones a la inversión extranjera, los concesionarios o potenciales concesionarios se enfrentan a un acceso limitado al financiamiento. Esta situación incrementa el costo de capital en sus operaciones, lo que puede generar una baja competitividad, escasa penetración y deficiente calidad de servicios, así como altas tarifas, en perjuicio de los usuarios.

Ante esta situación, una forma como pueden mejorar las condiciones en las que se prestan los servicios de telecomunicaciones consiste en adoptar medidas que permitan reducir el costo de capital de las empresas, mejorando sus condiciones de acceso a los mercados de capital extranjero.

Sin embargo, los concesionarios de redes de telecomunicaciones en algunos países han cabildeado para impedir el libre flujo de inversión extranjera, a fin de dificultar el ingreso de más competidores y, con ello, conservar su posición de dominio en los mercados locales.

En otro ejemplo de intentos por restringir la competencia tanto del exterior como del interior, en México los productores de leche han presionado a las autoridades para frenar las importaciones de la presentación en polvo de ese producto, debido a que afecta “severamente” a la industria nacional. En paralelo, estos mismos grupos han cabildeado ante el Congreso de la Unión, a fin de que se establezca un esquema de regulación de precios que les garantice un precio mínimo por el producto, lo cual eliminaría la competencia en el mercado, en perjuicio del bienestar de los consumidores y el ingreso de las familias. Por el momento, ninguno de estos esfuerzos ha sido exitoso, pero el riesgo continúa latente.

A lo anterior pueden agregarse las acciones de política pública que desarrollan los gobiernos para beneficiar a algunos sectores de la población por consideraciones político-electorales, y que también introducen fuertes ineficiencias en los mercados y limitan el crecimiento económico. En 2011, entró en vigor la Norma 29 en la Ciudad de México, la cual prohíbe la

instalación de tiendas de autoservicio, supermercados o los denominados “minisúper” en ciertas zonas geográficas de la ciudad, con lo cual se protege indebidamente a los negocios ya establecidos, de la competencia potencial que deberían enfrentar.

De esta manera, puede decirse que la política de competencia y la comercial no solo comparten objetivos, sino que también tienen obstáculos y dificultades comunes.

Así, cuando se habla de que la política de competencia busca proteger el bienestar del consumidor, mientras que la política comercial busca proteger los intereses de los productores, en el fondo persiste, en gran medida, un mismo problema. Ambas políticas están sujetas a presiones de grupo similares; la capacidad para hacerles frente depende del arreglo institucional que adopte cada país. La política de competencia frecuentemente se ha delegado a autoridades autónomas, en tanto que la política comercial ha permanecido en manos del gobierno central.

Todo este grupo de acciones tiene efectos negativos en la competencia y en el libre funcionamiento de las fuerzas del mercado, lo que impide el uso óptimo de los recursos de producción, limita la innovación e impone trabas al potencial de crecimiento económico de una economía. Por ello, en la medida que se carezca de una política de competencia sólida y de instituciones públicas que antepongan y favorezcan en sus decisiones el interés público sobre los intereses privados, permanecerán los problemas de bajo crecimiento y desarrollo económicos.

V. ¿COMPETENCIA EN LA OMC?

Por sus principios básicos y sus efectos económicos, la política de competencia y la política comercial son ampliamente interdependientes y complementarias, además de que están expuestas a las mismas presiones de grupo.

Además, conforme se fue desarrollando la política de competencia en diversas latitudes, en el marco de una economía globalizada surgió la preocupación de que los estándares dispares de las leyes de competencia, o la inexistencia de esta política en algunos países, podrían representar una influencia negativa en el comercio internacional.

Para hacer frente a esta situación, diferentes países han suscrito multitud de acuerdos en materia de competencia económica, los cuales abarcan la cooperación y las obligaciones previstas tanto en los tratados regionales o

bilaterales de libre comercio, como en los acuerdos de bilaterales específicos de competencia.

Ejemplos de negociaciones bilaterales fuera del marco institucional de la OMC han logrado culminar con la convergencia de las políticas comerciales y de competencia entre los Estados. Un ejemplo es la abolición de las leyes *antidumping* entre Australia y Nueva Zelanda, quedando las cuestiones de *dumping* bajo la tutela de las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas de la legislación de competencia de ambos países¹⁰. De igual manera, en el Tratado de Libre Comercio entre la República de Chile y Canadá se estipula que ninguna de las partes iniciará investigaciones o revisiones *anti-dumping* con respecto a bienes de la otra parte, y se establece la obligación de adoptar o mantener medidas que prohíban prácticas de negocios contrarias a la competencia, así como de brindar asistencia legal mutua e intercambiar información respecto de la aplicación de las leyes y políticas en materia de competencia.

Brusik y otros¹¹ concluyen que las disposiciones en materia de competencia contenidas en acuerdos regionales de comercio pueden complementar los esfuerzos para desarrollar un sistema comercial abierto, basado en reglas, predecible y no discriminatorio, y con una distribución de beneficios justa para todos los países en desarrollo. Por otro lado, Anderson & Evenett¹² señalan que es prematuro emitir un juicio definitivo a este respecto, pero que la evidencia sí parece sostener el argumento de que el sector privado no es indolente respecto de tales disposiciones, lo cual muestra su eficacia y fortalece el argumento de que la política comercial y la política de competencia están estrechamente vinculadas.

Sin embargo, también se ha señalado que existen razones por las cuales un enfoque limitado únicamente a acuerdos bilaterales no puede hacer frente a los desafíos que presenta la globalización¹³:

10 SPIER, *The Interaction Between Trade and Competition Policy: The Perspective of the Australian Competition & Consumer Commission*, 1997. Disponible en <<http://www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/95970>>.

11 BRUSICK, P., ALVAREZ, A.M. y CERNAT, L., *Competition Provisions in Regional Trade Agreements: How to Assure Development Gains*, 2005.

12 ANDERSON y EVENETT, *Incorporating Competition Elements into Regional Trade Agreements: Characterization and Empirical Analysis*, 2006. Disponible en <<http://www.evenett.com/research/workingpapers/CompPrincInRTAs.pdf>>.

13 GARCÍA BERCERO, *Comercio y competencia*, 2000. Disponible en <http://www.revistasice.com/CachePDF/ICE_785_37-49_9E7D9900A5A8268D646844D5CoCD9623.pdf>.

En primer lugar, los acuerdos bilaterales se han concluido entre países que cuentan con enfoques similares en materia de política de competencia, por lo que estos no abordan problemas relativos a la ausencia, deficiencia o lagunas en la legislación doméstica o la falta de una aplicación efectiva de la legislación.

Lo señalado por el autor puede aplicar a la mayoría de los acuerdos bilaterales específicos en materia de competencia. Sin embargo, el argumento es un tanto impreciso, ya que existen ejemplos en los cuales los acuerdos bilaterales han contribuido efectivamente a la adopción de sistemas jurídicos en materia de competencia. Cuando se negoció —e incluso cuando se firmó— el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, México aún no contaba con una legislación de ese tipo. El tratado fue determinante para lograr la aprobación de la Ley Federal de Competencia Económica en ese país, lo cual ocurrió tan solo unos días después de que las autoridades firmaron el tratado.

En segundo lugar, los acuerdos bilaterales cubren un número limitado de autoridades de competencia. En efecto, si se considera que actualmente existen más de 120 países con legislación en materia de competencia y alrededor de 10 están en proceso de implementar una legislación, resultaría muy complicado establecer una red completa de acuerdos bilaterales, cuyos costos de transacción serían muy elevados para las autoridades que los lleven a cabo.

Continuando con el razonamiento del autor, esto implicaría el riesgo de que se ignoren los intereses de aquellos países que no han concluido acuerdos bilaterales, siempre que una investigación en materia de competencia afecte a varios países y solo algunos de entre ellos hubieran concluido un acuerdo bilateral.

En tercer lugar, los acuerdos bilaterales se basan en la reciprocidad y tienden a concluirse entre autoridades de competencia que tienen una capacidad semejante para responder a las demandas de cooperación de la otra parte.

En virtud de lo anterior, es conveniente volver a hacer la pregunta de si conviene adoptar un acuerdo multilateral en materia de competencia e incluirlo como parte integrante de la agenda de la Organización Mundial del Comercio (OMC). La adopción generalizada de regímenes domésticos fuertes en materia de competencia, que se lograría mediante un acuerdo multilateral, podría hacerse frente a las prácticas anticompetitivas que tienen

un efecto negativo sobre el comercio internacional y contribuiría a mejorar el bienestar de los consumidores de todos los países Miembros¹⁴.

La inclusión del tema de competencia como parte de una agenda multilateral fue, en un inicio, propuesta por la Comisión Europea (CE) en la Ronda Uruguay, con el argumento de que las prácticas anticompetitivas pueden servir como restricciones privadas al comercio internacional. A esta propuesta se sumó un grupo académico, denominado el Grupo de Munich, el cual presentó un proyecto en la Ronda Uruguay, el denominado Código de Competencia Internacional, a fin de que se considerara parte de un posible acuerdo multilateral¹⁵. Las propuestas no fructificaron en ese momento.

No obstante, en el marco de la Conferencia Ministerial de la Organización Mundial del Comercio llevada a cabo en Singapur en diciembre de 1996, se ordenó crear un “Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia”¹⁶. El Grupo fue creado en 1998 y sus avances fueron muy útiles. Con base en las propuestas presentadas por los países Miembros de la OMC, se elaboraron estudios sobre los principios fundamentales del comercio y la competencia, la interacción entre estas dos políticas y los temas relacionados con una posible negociación de un marco multilateral en materia de competencia.

En el marco de la Cuarta Sesión de la Conferencia Ministerial de Doha, Qatar, en 2001, se reconoció la necesidad de establecer un marco multilateral para fortalecer la contribución de la política de competencia al comercio internacional y al desarrollo, así como la necesidad de incrementar la asistencia técnica y la capacitación en esa materia. En este contexto, se sentaron las bases para comenzar con las negociaciones del acuerdo multilateral, lo cual representó un avance importante respecto de las discusiones que se generaron al interior del grupo.

Desafortunadamente, en la Conferencia Ministerial de Cancún no pudo llegarse a un consenso, pero los Ministros reafirmaron el compromiso de la Ronda de Doha para continuar con las negociaciones. Sin embargo, en

14 Para profundizar sobre este tema, ver GARCÍA BERCERO, *Comercio y competencia*, 2000. Disponible en <http://www.revistasice.com/CachePDF/ICE_785_37-49_9E7D9900A5A8268D646844D5CoCD9623.pdf>.

15 CHANG, *Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 14, núm. 1, 2004.

16 Ver <www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/mino1_e/mino1_e.htm>.

julio de 2004, el Consejo General de la OMC decidió que la interacción entre comercio y política de competencia ya no formaría parte del Programa de Trabajo establecido en la Declaración Ministerial y, por lo tanto, los trabajos encaminados a la negociación de estos temas no se realizarían en el marco de la Ronda Doha.

Diversas razones concurren para que se produjera este resultado. Primero, el tema se utilizó como ficha de cambio en otras negociaciones, como las relacionadas con temas de desarrollo. Segundo, existía una desconfianza natural con respecto al establecimiento de nuevos compromisos. Algunos países en desarrollo consideraban que sus autoridades de competencia no estaban lo suficientemente maduras, e incluso llegaron a argumentar que el tema de competencia correspondía principalmente a los países desarrollados. Tercero, su principal proponente, la Comisión Europea, mostró cierta inflexibilidad respecto de sus propuestas y Estados Unidos adoptó una actitud pasiva.

En la actualidad, la situación está cambiando. La Red Internacional de Competencia Económica (RICE)¹⁷ y los foros de discusión en esta materia, organizados por instituciones de cooperación internacional, han contribuido a mejorar la cultura de la competencia en el mundo y a compartir metodologías y criterios, de tal modo que existe ya un amplio consenso respecto de los beneficios que genera la aplicación de una política de competencia fuerte y eficaz en todos los mercados de la economía.

La RICE ha generado una diversidad de documentos con propuestas y recomendaciones sobre temas específicos en materia de competencia económica, los cuales han contribuido de manera importante a la convergencia de criterios alrededor del mundo.

La RICE desarrolló un documento con recomendaciones específicas sobre defensa de la competencia, el cual ha sido reconocido por muchas autoridades como uno de los elementos que han mejorado su desempeño en la promoción de la política de competencia en sus jurisdicciones. Además, produjo un cuaderno de buenas prácticas en materia de estudios de mercado, el cual goza de amplia popularidad entre los Miembros de la Red.

En materia de cárteles ha generado una gran cantidad de documentos, entre los que destaca un manual para el combate de cárteles, que han contri-

¹⁷ International Competition Network (ICN).

buido a crear una estrategia sólida para el combate de este tipo de prácticas, especialmente en el caso de las autoridades de reciente creación.

Con respecto al análisis de concentraciones, muchas de las autoridades que conforman la Red han reformado sus procedimientos con base en recomendaciones de la RICE. Por último, en materia de conductas unilaterales, la RICE desarrolló una serie de recomendaciones que han servido como una guía de referencia, y contribuido al análisis que realizan las autoridades de competencia de diversas jurisdicciones.

El número de autoridades que son Miembros de la Red pasó de 14 en 2001 a 129 en 2014^[18], lo que representa un gran avance y es muestra de la amplia disposición de las autoridades en materia de competencia para cooperar internacionalmente con sus contrapartes. Con respecto a los países de la OMC, casi 100 ya cuentan con una legislación de competencia y más de 10 están en vías de adoptar una.

VI. CONCLUSIONES

Mediante la política comercial y la política de competencia, es posible fomentar el intercambio comercial, a fin de promover un mayor desarrollo y crecimiento económicos. Sin embargo, presiones de grupo han impedido consolidar ambas políticas en muchos países, particularmente en los menos desarrollados.

En el futuro, la OMC podría ser un foro crucial desde donde podría impulsarse la competencia en todas las economías. Un acuerdo multilateral relativo a estas dos políticas podría contener acciones que se pueden agrupar en tres rubros principales: desarrollar una cultura de la competencia, adoptar una legislación de competencia con estándares mínimos y mantener un marco regulatorio basado en principios de competencia.

Independientemente o no de la adopción de un enfoque multilateral, debe tenerse cuidado de no caer en el argumento de que la política de competencia corresponde solo a los países desarrollados. Los gobiernos de todos los países deben asegurar que sus políticas promuevan el mayor bienestar posible para la sociedad, mediante la generación de condiciones que permitan

18 <www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/.../doc975.pdf>.

a los mercados operar de manera eficiente. Esto únicamente se logra con la aplicación de una política de competencia sólida.

En especial, es necesario incrementar la productividad de los sectores de bienes comerciables, para lo cual se requiere la aplicación de políticas de competencia vigorosas en sectores de servicios no comerciables, ya que estos definen la plataforma de productividad del resto. Con ello, se promoverán condiciones más favorables para el comercio internacional y para la integración de los países en vías de desarrollo al sistema multilateral de comercio.

La oportunidad en términos de capacidad institucional que enfrentan las autoridades de competencia de los países en desarrollo es una realidad y un reto importante que no debe hacerse a un lado. Por ello, su solución debe formar parte de cualquier discusión.

Los esfuerzos que se realicen para consolidar la política de competencia valen la pena: está en juego el bienestar de millones de consumidores en el mundo.

TÍTULO IX

CAPÍTULO 32

Facilitación de Comercio

MARTA BONET

I. INTRODUCCIÓN

El Acuerdo sobre Facilitación de Comercio se aprobó en la IX Conferencia Ministerial de la OMC (2013 en Bali, Indonesia). Este acuerdo –el primero de la OMC desde su creación en 1991– contiene una serie de disposiciones cuyo objetivo es agilizar las operaciones comerciales internacionales de bienes, disminuir las barreras burocráticas a nivel aduanero y los plazos de espera de las mercancías en aduana.

Este acuerdo no solo contribuirá al incremento comercial y económico de los países industrializados, sino principalmente a las economías en desarrollo. Ello porque, además de las trabas habituales (materias sanitaria y fitosanitarias, estándares técnicos, tráfico en tránsito y semejantes), la complejidad de los trámites aduaneros eleva enormemente el valor de sus operaciones comerciales, lo que perjudica la competitividad de sus exportaciones.

Además, la agilización de los flujos comerciales incide de forma positiva en la incorporación de los países en desarrollo y menos adelantados a las Cadenas Globales de Valor. Un ejemplo de ello son las reglas obligatorias para la admisión temporal de bienes importados liberados de impuestos cuando estos ingresan para procesamiento, manufacturación –es decir, incorporación de valor– a condición de que después sean exportados. Mirado más de cerca, el Acuerdo no solo tendrá un impacto en el intercambio de bienes, sino también en el ámbito de los servicios.

Según análisis de la OCDE y del Banco Mundial, el acuerdo podría reducir los costos empresariales por entre 350 mil millones dólares y mil millones y contribuir a un incremento del comercio mundial de entre 33 mil millones de dólares y 100 mil millones de dólares en exportaciones globales por año y 67 mil millones de dólares en el PIB mundial. Por otra parte, el potencial de expansión comercial a largo plazo podría traducirse en aumentos de 960 mil millones de dólares del PIB mundial, cada año¹.

La OCDE se encuentra recalibrando los potenciales beneficios a la luz del texto del acuerdo aprobado, sobre la base de los indicadores de facilitación del comercio de la propia organización, pero considerando que varias de

1 HUFBAUER, y SCHOTT, *Payoff from the World Trade Agenda 2013*, 2013. Disponible en <www.iie.com/publications/papers/hufbauer-schott20130614ppt.pdf>.

las disposiciones previstas en el acuerdo se adoptaron sobre una base de “mejor esfuerzo”².

II. ANTECEDENTES DEL ACUERDO

La idea de un Acuerdo sobre Facilitación de Comercio no es nueva. Desde hace décadas, los países han buscado de manera unilateral, bilateral y regional el establecimiento de prácticas que faciliten sus operaciones comerciales. De hecho, se han llevado a cabo intentos por regular la materia en foros, como APEC, e iniciativas regionales, como el fallido Acuerdo de Libre Comercio de las Américas (ALCA), y varias organizaciones han emprendido esfuerzos similares al de la OMC, estableciendo programas, estándares y actividades de cooperación tendientes a fomentar la facilitación en las operaciones de intercambio comercial.

INSTRUMENTOS JURÍDICOS VINCULADOS A LA FACILITACIÓN DE COMERCIO

- Convenio sobre Aviación Civil Internacional de la OACI (Convenio de Chicago), 1944.
- Convenio de Facilitación del Tráfico Marítimo Internacional de la Organización Marítima Internacional (Convenio FAL), 1965.
- Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional de la OACI (Convenio de Montreal), 1999.
- Convenio aduanero relativo al transporte internacional de mercancías al amparo de los cuadernos TIR (Convenio TIR) UNECE, 1975.
- Convención Internacional sobre la Armonización de los Controles de Mercancías en las Fronteras, UE 1982.
- Convenio Internacional sobre el Sistema Armonizado (Convención SA) de la OMA, 1988.
- Convenio Internacional para la Simplificación y Armonización de los Regímenes Aduaneros (Convenio de Kioto revisado) OMA, 1999.

2 OECD, *The WTO Trade Facilitation Agreement Potential Impact on Trade Costs Trade and Agriculture Directorate*, 2014. Disponible en <www.oecd.org/trade/tradedev/OECD_TAD_WTO_trade_facilitation_agreement_potential_impact_trade_costs_february_2014.pdf>.

- Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (Convenio de Comunicación Electrónica), 2005.
- Acuerdo sobre Valoración de la OMC, 1994.

En cuanto a los programas de cooperación, particularmente emblemático ha sido el Programa Sistema Aduanero Automatizado (SINUDEA)³ de la UNCTAD, establecido en 1985 y que se ha implementado en más de 90 países en desarrollo y economías en transición. Se trata de un sistema de gestión automatizado que cubre la mayor parte de las operaciones aduaneras: manifiestos, declaraciones de aduana, contabilidad, tránsito y regímenes suspensivos. Con ello se pretende agilizar las operaciones comerciales utilizando de manera eficiente los recursos, añadiendo transparencia y facilitando el cobro de los impuestos, derechos y cargas. Además genera datos para análisis estadísticos. El programa se basa en los códigos y normas internacionales desarrolladas por la Organización Internacional de Normalización (ISO, en inglés), la Organización Mundial de Aduanas (OMA) y Naciones Unidas y permite adaptarlos al sistema aduanero nacional.

Pese lo anterior, es necesario reconocer que la mayor parte de las disposiciones contenidas en el Acuerdo sobre Facilitación de Comercio encuentran sus raíces en las normas y directrices de la OMA⁴, el Convenio de Kioto Revisado, el Convenio de Estambul sobre la admisión temporal, las Convenciones de Nairobi y Johannesburgo sobre Cooperación Aduanera, así como el Modelo de Acuerdo Bilateral sobre Asistencia Mutua para la adecuada aplicación de la ley de aduanas y para la prevención, investigación y represión de las infracciones aduaneras y el Programa SAFE (Framework of Standards to Secure and Facilitate Global Trade).

El Convenio de Kioto Revisado trata los procedimientos y prácticas básicos para el despacho de mercancías que son comunes a la mayor parte de los sistemas aduaneros: desaduanamiento, pago de derechos e impuestos, garantías, recursos, entre otros.

³ Automated System for Customs Data (ASYCUD), en inglés.

⁴ Ver en Anexo Toolkit WCO OMA.

Además, en sus anexos específicos detalla distintos procedimientos aduaneros: la llegada de las mercancías al territorio aduanero, la importación, la exportación, depósitos aduaneros y zonas francas, tránsito, perfeccionamiento, admisión temporal, infracciones, regímenes especiales y origen.

Por encima de los instrumentos mencionados, el Acuerdo sobre Facilitación de Comercio destaca por su vocación multilateral y por su obligatoriedad al someter sus normas al Sistema de Solución de Diferencias de la OMC.

Además, hay temas tales como Cooperación Aduanera, que nunca habían sido posibles multilateralmente y que hoy encuentran en el Acuerdo de Facilitación su marco de referencia, con carácter vinculante.

III. HISTORIA DE LAS NEGOCIACIONES

Desde la suscripción del GATT en 1947, las barreras formales al comercio entre los países –entendidas como aranceles, medidas sanitarias y fitosanitarias, obstáculos técnicos al comercio, salvaguardias y otras– han venido disminuyendo de forma considerable, lo que ha impulsado el intercambio comercial internacional como motor de desarrollo económico.

No obstante, los países Miembros de la OMC reconocieron que aún persistían otras barreras que impedían el tránsito fluido de las mercancías a través de las fronteras en la forma de procedimientos aduaneros engorrosos, exceso de papeleo, desconocimiento de la normativa nacional, etc.

La conferencia ministerial de Singapur de 1996 encargó al Consejo de Mercancías de la OMC iniciar trabajos exploratorios y analíticos

(...) sobre la simplificación de los procedimientos comerciales, a fin de evaluar si procede establecer normas de la OMC en esta materia aprovechando los trabajos de otras organizaciones internacionales pertinentes.

Las negociaciones formales comenzaron después de la decisión del Consejo General del 1º de agosto de 2004 (conocida como “el paquete de julio”) sobre el Programa de Doha para el Desarrollo y que en su Anexo D estableció las “Modalidades para las Negociaciones sobre Facilitación del Comercio”.

EL MANDATO⁵

Aclarar y mejorar los aspectos de los arts. V, VIII y X del GATT de 1994. Potenciar la asistencia técnica y el apoyo a la creación de capacidad. Establecer disposiciones tendientes a la cooperación efectiva entre aduanas.

Con tales directrices, en octubre de 2004 se estableció el Grupo de Negociación sobre la Facilitación de Comercio. Los países Miembros comenzaron a presentar propuestas y el primer proyecto de texto legal se obtuvo en diciembre de 2009. Luego de ello y a causa de lo que sucedía en los otros frentes de negociación, el proceso entró en una pausa.

Las labores del Grupo de Negociación recobraron vigor luego de la VIII Conferencia Ministerial (Ginebra, 2011). Para entonces, los Miembros reconocieron que no era posible concluir la Ronda Doha en un futuro cercano. En dicha oportunidad, los ministros adoptaron el documento “Elementos de Guía Política”, en el cual expresaron

(...) su determinación de hacer avanzar las negociaciones, allí donde se pueda progresar, incluso centrándose en los elementos de la Declaración de Doha que permitan a los Miembros llegar a acuerdos provisionales o definitivos sobre la base del consenso antes de la plena conclusión del todo único.

Aunque un poco crítico, este lenguaje permitió que los Miembros identificaran temas en los cuales el acuerdo sería posible. Así, utilizando la metáfora de “recolectar los frutos de las ramas más bajas”, se concordó en que el tópico de Facilitación de Comercio sería uno de aquellos posibles para una cosecha temprana de Doha. Erróneamente se pensó que no habría desafíos de orden político, dado su carácter técnico.

La negociación, sin embargo, se presentó compleja y puso en evidencia los cambios que ha venido experimentando el sistema multilateral de comercio en los últimos años, con posiciones antagónicas e inflexibles por parte de los nuevos actores. Por ello, el acuerdo fue alcanzado gracias a un delicado

5 OMC-Doc. WT/L/579, decisión adoptada por el Consejo General de la OMC el 1º de agosto de 2004.

balance entre las distintas visiones de los Miembros y al convencimiento de que habría una ganancia para todas las partes involucradas.

En el marco de estas negociaciones, los Miembros se agruparon en diferentes coaliciones: el Grupo Colorado⁶, el Core Group⁷, el Grupo Africano⁸, el Grupo ACP⁹, el Grupo de los Estados sin Litoral y en última instancia de las negociaciones, el grupo ALBA¹⁰. El Grupo Colorado fue el principal proponente de las normas sustantivas de alto estándar. Los demás, suavizaban tales obligaciones y propugnaban amplias flexibilidades para los países en desarrollo y menos adelantados.

IV. ESTRUCTURA DEL ACUERDO SOBRE FACILITACIÓN DE COMERCIO

I. OBLIGACIONES SUSTANTIVAS (SECCIÓN I)

I. I. TRANSPARENCIA

Los cinco primeros artículos se refieren a la obligación de publicar la información relacionada con el comercio, complementando lo estatuido en el artículo X GATT. Es decir, las obligaciones de publicación de las normas nacionales relativas a los trámites de importación, exportación, tránsito y al establecimiento de un proceso de revisión de las decisiones administrativas de las autoridades en frontera. Además, se refuerzan los procedimientos de

6 Coalición de Miembros con intereses ofensivos: Australia, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Corea, EE.UU, Hong Kong, Japón, México, Noruega, Nueva Zelandia, Paraguay, Suiza, Singapur y Unión Europea.

7 Bangladesh, Botsuana, China, Cuba, Egipto, India, Indonesia, Kenia, Malasia, Nigeria, Filipinas, Tanzania, Uganda, Venezuela, Zambia y Zimbabue.

8 Angola, Benín, Botsuana, Burkina Faso, Burundi, Cabo Verde, Camerún, Chad, Congo, Costa de Marfil, Djibouti, Egipto, Gabón, Gambia, Ghana, Guinea, Guinea-Bissau, Kenia, Lesoto, Madagascar, Malí, Malawi, Marruecos, Mauricio, Mauritania, Mozambique, Namibia, Nigeria, Níger, República Centroafricana, República Democrática del Congo, Ruanda, Senegal, Sierra Leona, Sudáfrica, Suazilandia, Túnez, Tanzania, Togo, Uganda, Zambia, Zimbabue.

9 El Grupo africano, más: Antigua y Barbuda, Barbados, Belice, Dominica, Fiyi, Granada, Guyana, Haití, Islas Salomón, Jamaica, Papúa Nueva Guinea, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, Samoa, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Tonga, Trinidad y Tobago y Vanuatu.

10 Bolivia, Cuba, Ecuador, Nicaragua y Venezuela.

inspección, control, detención y prueba, en caso de riesgo de la vida y la salud de las personas y los animales o vegetales.

1.2. SIMPLIFICACIÓN Y ARMONIZACIÓN

Los siguientes cinco artículos (del 6 al 10) tienen por objetivo perfeccionar las disposiciones del artículo VIII GATT, es decir, derechos y formalidades referentes a la importación y exportación, mediante la simplificación y armonización de los procedimientos, la documentación y los requisitos aduaneros en el uso de sistemas automatizados. Además, dispone que estos procedimientos deben ser guiados por criterios objetivos que eviten la discrecionalidad de las autoridades nacionales y la discriminación entre operadores comerciales en circunstancias similares.

1.3. TRÁNSITO

Busca mejorar las disciplinas contenidas en el artículo V GATT sobre Derecho de Tránsito, cuyo objetivo es que los Estados Miembros de la OMC concedan libre circulación a través de su territorio para el transporte de mercancías hacia o desde el territorio de los demás Estados Miembros de la OMC.

1.4. COOPERACIÓN ADUANERA

Es una materia nueva dentro de las reglas de la OMC y obliga a los Miembros a compartir información aduanera en caso de existir duda sobre el valor declarado de las importaciones y exportaciones.

1.5. INSTITUCIONALIZACIÓN

Se establece el Comité de Facilitación de Comercio y los comités nacionales en la materia.

2. TRATO ESPECIAL Y DIFERENCIADO (SECCIÓN II)

Se refiere a las modalidades de implementación por parte de los países en desarrollo y menos adelantados, teniendo en consideración el trato especial y diferenciado.

V. DETALLE DE LAS NUEVAS OBLIGACIONES SUSTANTIVAS

Cabe hacer notar que la mayoría de las normas acordadas son de carácter imperativo y, por tanto, sujetas al sistema de solución de diferencias de la OMC. Sin embargo, existe un número inusualmente alto para la tradición OMC de disposiciones que rayan en las “meras recomendaciones”. Dicho de otro modo, tienen un bajo nivel de obligatoriedad, pues importan un deber de “hacer”. Es el caso de las normas que usan conceptos como “en la medida que sea factible”, “cuando sea posible”, “considerando los niveles de desarrollo”, “tomando en cuenta la cultura legal”, y semejantes. En tales casos existe una obligación, pero esta es débil. En la hipótesis de un panel, al demandado le basta con demostrar que intentó llevar a cabo el compromiso o que hizo esfuerzos conducentes a su cumplimiento para satisfacer la exigencia.

I. PUBLICACIÓN Y DISPONIBILIDAD DE LA INFORMACIÓN (ARTÍCULO 1)

Establece la obligación de suministrar de manera rápida a los gobiernos, comerciantes y partes interesadas, toda la información disponible y relativa a los trámites de importación, exportación y tránsito. En la medida de lo posible, esta información estará disponible en internet, así como la información de los trámites y procedimientos pertinentes.

Además, los Miembros se obligan a mantener puntos de información donde los interesados puedan dirigir sus consultas.

Los elementos antes mencionados mejoran y detallan el artículo X GATT en el sentido siguiente:

- La publicación deberá hacerse “prontamente”, “de manera no discriminatoria” y “fácilmente accesible”.
- La información es específica respecto de todos los trámites y procedimientos necesarios para la importación, exportación y tránsito. Entre ellos se encuentra la documentación, los formularios, los tipos de derechos e impuestos, los derechos y cargas aplicados, normas para la clasificación o valoración de los productos, etc.
- Toma en consideración la disponibilidad de Internet como medio de publicación.

- Establece la obligación de designar o mantener al menos un servicio de información nacional.

2. OBSERVACIONES E INFORMACIÓN ANTES DE LA ENTRADA EN VIGOR (ARTÍCULO 2)

Vinculado a la obligación contenida en el artículo X GATT, establece la obligación de dar una oportunidad y un plazo para que los comerciantes y otros interesados formulen observaciones a la introducción o la modificación de propuestas de leyes y reglamentos de aplicación general relativos al procesamiento aduanero de las mercancías, incluidas las que están en tránsito. Esta fuerte obligación se flexibiliza al aceptar que su aplicación pueda ser factible y acorde con el sistema jurídico de los Miembros.

Además, y con las salvedades mencionadas, establece la obligación de publicar las leyes y reglamentos de aplicación general respecto del procesamiento aduanero antes de su entrada en vigor.

Por último, se prevé la celebración de consultas periódicas entre las autoridades fronterizas, los comerciantes y otros grupos de interés dentro de su territorio.

En síntesis, esta norma (i) da transparencia al proceso legislativo de los Miembros para la fijación de normas y reglamentos aduaneros, (ii) permite a los interesados participar en el proceso de formulación de las mismas y (iii) obliga a los Miembros a informar de manera anticipada la nueva reglamentación para que los interesados puedan adaptar sus operaciones, acordes con las nuevas circunstancias.

Estos principios ya habían sido reconocidos en el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio¹¹.

3. RESOLUCIONES ANTICIPADAS (ARTÍCULO 3)

Las resoluciones anticipadas son decisiones vinculantes tomadas por las aduanas a petición del interesado, sobre aspectos específicos de los bienes, en particular sobre la clasificación y el origen de los bienes que van a importarse o exportarse. El objetivo de una resolución anticipada es proveer

¹¹ Ver Capítulo 10.

a un potencial importador o exportador de información base sobre la cual realizar sus operaciones.

Esta norma prevé que estas resoluciones sean vinculantes para el peticionario y para la autoridad que las emite. Deben ser dictadas dentro de un determinado plazo desde la solicitud y tienen una vigencia establecida. Además, este artículo establece reglas para la revocación, modificación e invalidación de estas resoluciones.

En general, las resoluciones dictadas por las autoridades aduaneras se refieren a la clasificación aduanera de las mercancías, al método de valoración que se les aplicará y al origen de estas. La actual redacción del texto establece que los Miembros deberán otorgarlas respecto de la clasificación arancelaria y el origen de las mercancías, siendo facultativo del miembro otorgarlas para la valoración aduanera y otras circunstancias que estime el miembro.

4. PROCEDIMIENTOS DE RECURSO O DE REVISIÓN (ARTÍCULO 4)

Esta norma complementa el párrafo 3 (b) del artículo X GATT que obliga a los Miembros a proveer tribunales o procedimientos judiciales, arbitrales o administrativos para la revisión y rectificación de las decisiones administrativas aduaneras.

Se entiende por decisión administrativa aquel acto con efectos jurídicos que afecta los derechos y obligaciones de una persona específica, en un caso dado.

Se busca que cualquier persona afectada por una decisión administrativa tenga derecho a un recurso de revisión o de apelación ante una autoridad distinta y/o superior a aquella que emitió la decisión. Si bien se establece la obligatoriedad de otorgar este derecho respecto de las decisiones adoptadas por las autoridades aduaneras, se reconoce la facultad de los Miembros para extender estos beneficios acerca de las decisiones administrativas emanadas de otros organismos que intervienen en frontera.

Se contempla también la posibilidad de un recurso posterior en caso de que la decisión sobre el primer recurso no se comunique al afectado dentro de los plazos establecidos o en caso de tardanza indebida.

Por último, este artículo contempla la facultad de los Miembros a reconocer el silencio administrativo respecto del recurso o revisión como una decisión a favor del solicitante.

5. AUMENTO DE IMPARCIALIDAD, NO DISCRIMINACIÓN Y TRANSPARENCIA (ARTÍCULO 5)

Esta norma obliga a los Miembros a guiarse por criterios objetivos (imparcialidad, no discriminación y transparencia) cuando decidan establecer controles e inspecciones reforzadas, retenciones y procedimientos de prueba. Estas medidas acentuadas pueden estar fundamentadas en el riesgo que ciertas mercancías pueden suponer para la vida y salud de las personas, plantas y animales.

No obstante, se establecen criterios generales, como la evaluación del riesgo, la aplicación uniforme de los requisitos en los puntos de entrada en que se den las mismas condiciones sanitarias y fitosanitarias, las causas de terminación de la medida y la obligación de informar esta terminación al importador o al miembro exportador.

También se impone la obligación de informar al transportista o al importador en caso de que las mercancías declaradas para la importación sean retenidas para inspección, sea por la Aduana o cualquier otra autoridad competente.

En cuanto a los procedimientos de prueba, el Miembro podrá dar oportunidad para realizar una segunda prueba. Para ello, debe informar de manera no discriminatoria y accesible, los nombres y direcciones de los laboratorios en los que pueda realizarse dicha prueba y debe considerar los resultados de la misma para el levante y despacho de las mercancías.

Esto se vincula con el Anexo B del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias¹².

6. DISCIPLINAS SOBRE LOS DERECHOS Y CARGAS ESTABLECIDOS PARA LA IMPORTACIÓN Y LA EXPORTACIÓN O EN RELACIÓN CON ELLAS (ARTÍCULO 6)

Se trata de disciplinas relativas a los derechos y cargas vinculados a los trámites de importación, exportación y tránsito, así como la aplicación y cobro de las sanciones.

¹² Ver Capítulo 9.

En primer lugar, prevé la obligación de informar a los comerciantes acerca de los derechos y cargas que se aplicarán, su fundamento, la autoridad responsable del cobro, cuándo y cómo se ha de efectuar el pago. Por otra parte, se reafirma la obligación contenida en el GATT 1994, en el sentido de que estos derechos deben estar limitados al costo aproximado de los servicios prestados para la operación de importación o exportación y que no deben estar vinculados a operaciones específicas.

Respecto de sanciones se consagran principios generales, como la responsabilidad individual, la proporcionalidad entre la sanción y la gravedad de la infracción cometida, la obligación del miembro de fundamentar por escrito la decisión que aplica una sanción, así como las circunstancias atenuantes, entre los más destacados.

7. LEVANTE Y DESPACHO DE ADUANA DE LAS MERCANCÍAS (ARTÍCULO 7)

7.1. TRAMITACIÓN PREVIA A LA LLEGADA

Este párrafo obliga a los Miembros a adoptar o mantener procedimientos que permitan la presentación de la documentación correspondiente a la importación antes de la llegada de las mercancías, con miras a agilizar su levante al arribo. Además alienta a que esta presentación se haga en formato electrónico.

7.2. PAGO ELECTRÓNICO

La norma insta, en la medida en que sea factible, a que cada Miembro adopte o mantenga procedimientos que permitan la opción de pago electrónico de los derechos, impuestos, tasas y cargas recaudados por las aduanas que se devenguen en el momento de la importación y la exportación.

7.3. SEPARACIÓN ENTRE LEVANTE Y DETERMINACIÓN DEFINITIVA

Obliga a tener procedimientos que permitan el rápido levante de las mercancías, sin necesidad de esperar la determinación definitiva de los derechos de aduana, impuestos, tasas y cargas, si es que esa determinación no se ha

efectuado antes de la llegada, o en el momento de la llegada, o lo más rápidamente posible después de la llegada. Para garantizar el pago se podrá constituir una garantía en forma de fianza, depósito u otro medio apropiado que no será superior a la cuantía que el Miembro exija para asegurar el pago de los derechos de aduana, impuestos, tasas y cargas.

No obstante lo anterior, el miembro está facultado para examinar, retener, decomisar o confiscar las mercancías o a ocuparse de ellas siempre que esto sea compatible con los derechos y obligaciones de los Miembros de la OMC.

7.4. GESTIÓN DEL RIESGO

Esta norma propone la adopción o preservación de un sistema de gestión del riesgo que evite discriminaciones arbitrarias o injustificables o restricciones encubiertas al comercio internacional y que, en lo posible, se aplique solo a los envíos de alto riesgo, con lo cual se permite el levante de los de bajo riesgo.

Para ello, los criterios de selectividad deben ser objetivos y generalmente conocidos, como es el caso del código del Sistema Armonizado, la naturaleza y designación de las mercancías, el país de origen, el país desde el que se expidieron las mercancías, el valor de las mercancías, el historial de cumplimiento de los comerciantes y la clase de medio de transporte. En suma, se pretende una gestión de riesgo objetiva y menos proclive a distorsionar el comercio.

7.5. AUDITORÍA POSTERIOR AL DESPACHO DE ADUANA

Como complemento a la gestión del riesgo, esta medida tiene por objeto agilizar el levante de las mercancías, al establecer que se podrá realizar una auditoría con posterioridad al despacho de aduana, para asegurar el cumplimiento de las leyes y reglamentos aduaneros y otras leyes y reglamentos conexos.

Como en el caso anterior, la auditoría posterior se basa en el riesgo, lo que podrá incluir criterios de selectividad. Estas auditorías se deben llevar a cabo de manera transparente, informando a la persona sujeta a la auditoría de los resultados, sus derechos y obligaciones, y las razones en que se basen los resultados.

7.6. ESTABLECIMIENTO Y PUBLICACIÓN DE LOS PLAZOS MEDIOS DE LEVANTE

Esta norma alienta a los Miembros a que calculen y publiquen el plazo medio necesario para el levante de las mercancías periódicamente y de manera uniforme, utilizando herramientas tales como el Estudio de la OMA sobre el tiempo necesario para el levante. Además, insta a los Miembros a que intercambien en el Comité de Facilitación de Comercio, sus experiencias en el cálculo de los plazos medios de levante, los métodos utilizados, los problemas detectados y los efectos que puedan tener en la eficacia.

7.7. OPERADORES AUTORIZADOS

Propone la concesión de medidas adicionales de facilitación del comercio para los operadores que satisfagan ciertos criterios especificados en la normativa nacional de cada miembro. Estos criterios podrán incluir un historial adecuado de cumplimiento de las leyes y reglamentos de aduana; un sistema de gestión de registros que permita los controles internos necesarios; solvencia financiera, incluida y, cuando proceda, la prestación de una garantía o caución.

Se deben conceder al menos tres de las siete medidas de facilitación del comercio adicionales de las contempladas en el artículo:

- Número reducido de requisitos de documentación y datos.
- Número reducido de inspecciones físicas y exámenes.
- Levante rápido.
- Pago diferido de los derechos, impuestos, tasas y cargas.
- Uso de garantías generales o reducción de las garantías.
- Declaración única de aduana para todas las operaciones realizadas en un período dado.
- Despacho de las mercancías a los locales del operador autorizado o en otro lugar autorizado por la aduana.

7.8. ENVÍOS URGENTES

Se trata de medidas especiales para las operaciones comerciales de las empresas de envíos urgentes. Entre estas medidas están la reducción al mínimo de la documentación exigida para el levante, presentación única de

información sobre determinados envíos y levante de los envíos rápidamente después de su llegada. Además, en la medida de lo posible, se alienta a los Miembros a establecer un valor de envío o una cuantía *de minimis* respecto de los cuales no se recaudarán derechos de aduana ni impuestos, a excepción de los impuestos sobre el valor añadido y los impuestos especiales sobre el consumo.

7.9. MERCANCIAS PERECEDERAS

Dispone medidas que tienen por objeto hacer más expedito el trámite aduanero respecto de las mercancías expuestas a pérdidas o deterioros evitables, así como asegurar su almacenamiento y conservación. Dentro de las medidas de facilitación se contemplan el levante en el plazo más breve posible; si es necesario, fuera del horario de trabajo de la aduana y de otras autoridades competentes, y prioridad adecuada en los exámenes que puedan ser necesarios, entre otros¹³.

8. COOPERACIÓN ENTRE ORGANISMOS EN LA FRONTERA (ARTÍCULO 8)

Esta disposición busca que las autoridades y organismos encargados de los controles en frontera y los procedimientos relacionados con la importación, la exportación y el tránsito de mercancías cooperen entre sí y coordinen sus actividades para facilitar el comercio. Además, promueve la cooperación y coordinación entre Miembros que comparten una frontera común en cuanto a los procedimientos en los puestos fronterizos. Las medidas propuestas incluyen compatibilidad de los días y horarios de trabajo; compatibilidad de los procedimientos y formalidades; servicios comunes; controles conjuntos, y control aduanero en puestos fronterizos de una sola parada.

¹³ Por ejemplo, disposiciones para el adecuado almacenaje de las mercancías; autorización al importador a adoptar las medidas necesarias; podrá prever procedimientos para que el levante se haga en instalaciones de almacenamiento previstas por el importador, etc.

9. TRASLADO DE MERCANCÍAS BAJO CONTROL ADUANERO DESTINADAS A LA IMPORTACIÓN (ARTÍCULO 9)

Permite a los importadores trasladar sus mercancías desde la oficina de aduanas de entrada hasta otra oficina de aduanas en su territorio, lugar este último en el que se realizaría el levante y el despacho de las mercancías.

10. FORMALIDADES EN LA IMPORTACIÓN, EXPORTACIÓN Y TRÁNSITO (ARTÍCULO 10)

10.1 FORMALIDADES Y REQUISITOS DE DOCUMENTACIÓN

Obliga a los Miembros a reducir y simplificar los requisitos de documentación para un rápido levante y despacho de las mercancías, sobre todo aquellas que son perecederas, con el objeto de reducir el tiempo y el costo para los comerciantes. Las medidas vigentes deben ser examinadas y adaptadas de manera que sean menos restrictivas para el comercio. Si no son necesarias, deben ser eliminadas.

10.2. ACEPTACIÓN DE COPIAS

Esta norma alienta a los Miembros a aceptar copias impresas o electrónicas de los documentos justificantes exigidos para las formalidades de importación, exportación o tránsito. Por ejemplo, si un organismo de un Miembro ya cuenta con un documento original, las demás entidades de ese Miembro deberían aceptar como original una copia emitida por dicho organismo.

10.3. UTILIZACIÓN DE LAS NORMAS INTERNACIONALES

Alienta a los Miembros a utilizar normas internacionales como base para sus formalidades y procedimientos de importación, exportación o tránsito; a participar en la su elaboración, y a intercambiar información sobre estas en el Comité de Facilitación de Comercio.

10.4. VENTANILLA ÚNICA

Insta a los Miembros a mantener una ventanilla única que permita a los comerciantes presentar a las autoridades u organismos participantes la documentación y/o información exigidas para la importación, la exportación o el tránsito de mercancías a través de un punto de entrada único.

Una vez examinada la información y/o documentación, las autoridades u organismos participantes notificarán de manera oportuna los resultados a los solicitantes, a través de la ventanilla única.

10.5. INSPECCIÓN PREVIA A LA EXPEDICIÓN

Se busca disminuir los tiempos de despacho y los costos asociados a la inspección previa. Así, se establece que los Miembros no exigirán la utilización de inspecciones previas a la expedición en relación con la clasificación arancelaria y la valoración en aduana; alienta a que no se aplique a otros tipos de inspección previa y que se evite la introducción de nuevas prescripciones para su utilización.

10.6. RECURSO A AGENTES DE ADUANAS

Este artículo apunta a eliminar el uso obligatorio de los agentes de aduana. Reconoce que en algunos sistemas esto no es posible, casos en los que permite mantener su sistema sin variaciones. Sin embargo, a partir de la entrada en vigor del Acuerdo, aquellos países que no cuentan con tal sistema no podrán imponer el uso obligatorio a los agentes de aduana. Además, se establece la obligación de notificar y publicar las medidas sobre el recurso a agentes de aduanas, notificar al Comité cualquier modificación que se haga al respecto y aplicar normas transparentes y objetivas a la concesión de licencias a agentes de aduanas.

10.7. PROCEDIMIENTOS COMUNES Y DOCUMENTACIÓN UNIFORMES

Obliga a los Miembros a aplicar los requisitos aduaneros y de documentación de manera uniforme en todo su territorio. Se exceptúan de esta obligación los procedimientos y documentación en relación con la naturaleza y tipo de las

mercancías o medio de transporte, la aplicación de la gestión del riesgo, los requisitos para la exoneración total o parcial de los derechos o impuestos de importación, los sistemas de presentación o tramitación electrónica y los relativos a la aplicación del Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias.

10.8 MERCANCÍAS RECHAZADAS

Establece disciplinas para reexpedir o devolver al exportador las mercancías rechazadas en razón de incumplimiento de reglamentos sanitarios, fitosanitarios o técnicos. El Miembro permitirá al importador, dentro de un plazo razonable, proceder a su devolución. En todo caso, la autoridad competente podrá adoptar otra forma de proceder con respecto a tales mercancías.

10.9 ADMISIÓN TEMPORAL DE MERCANCÍAS

El objetivo es permitir que los comerciantes se beneficien de la segmentación del proceso productivo para agregar valor a sus exportaciones. En ese sentido, la norma obliga a los Miembros a permitir que las mercancías ingresen sin pago de los derechos e impuestos de importación cuando ingresan para ser transformadas, elaboradas o reparadas y reexportadas después. A la inversa, los Miembros deben permitir que las mercancías se exporten temporalmente para su transformación, elaboración o reparación en el extranjero sin pagar derechos e impuestos de exportación a condición de su reimportación.

11. LIBERTAD DE TRÁNSITO (ARTÍCULO 11)

Pretende mejorar las disciplinas contenidas en el artículo V GATT sobre Derecho de Tránsito, cuyo objetivo es que los Miembros de la OMC concedan libre tránsito a través de su territorio para el transporte de mercancías hacia o desde el territorio de los demás Miembros de la OMC.

El Acuerdo sobre Facilitación de Comercio tiende a fortalecer el principio de no discriminación (NMF y TN) y establece que los procedimientos, formalidades y documentación deberán ser más transparentes, las inspecciones más limitadas y menos intrusivas, así como los pagos más simplificados y en general limitados a los servicios prestados.

Además, se introducen nuevos principios, como la separación física de las importaciones y el tráfico de mercancías en tránsito mediante la imple-

mentación de infraestructura diferenciada. Finalmente, prohíbe restringir el comercio del tráfico en tránsito en la forma de restricciones, inspecciones y cargas innecesarias.

12. COOPERACIÓN ADUANERA (ARTÍCULO 12)

Establece reglas generales para la cooperación entre las aduanas. En gran medida recoge los principios contenidos en los acuerdos bilaterales y regionales existentes, dejando un amplio espacio para que los Miembros convengán medidas adicionales de cooperación.

Regula la cooperación aduanera, específicamente para el caso de existir duda acerca de la veracidad o precisión del valor declarado. Obliga al intercambio de información si el Miembro solicitante ha cumplido todos los requisitos que contempla esta norma. Ejemplo de ello son las limitaciones impuestas por el Miembro que otorga la información, las obligaciones de confidencialidad de la información intercambiada y cuestiones semejantes.

Es una materia totalmente nueva en el ámbito de la OMC. Se encontraba regulada por la Organización Mundial de Aduanas (OMA) a través de la Convención Internacional de Asistencia Administrativa Mutua para la Prevención, Investigación y Represión de los delitos Aduaneros, más conocida como la Convención de Nairobi de 1977. Este tratado –que consta de un cuerpo principal y 11 anexos– establece como principio que las administraciones de aduanas se prestarán asistencia mutua sobre la base de la reciprocidad: una Parte tiene obligación de prestar asistencia a otra Parte únicamente en la medida en que ambas hayan aceptado el mismo anexo de la Convención. El resultado era que existía un sistema de cooperación aduanera muy limitado, pues el tratado contaba con pocas ratificaciones y menos coincidencias en los anexos pertinentes.

Por otro lado, en 1967, la OMA formuló el Modelo de Acuerdo Bilateral sobre Asistencia Mutua “para la adecuada aplicación de la ley de aduanas y para la prevención, investigación y represión de las infracciones de aduanas”. Este documento fue actualizado en 1996. El Modelo propone las disposiciones que se deberían considerar al negociar un acuerdo bilateral.

Ambos cuerpos normativos fueron fundamentales para la construcción del artículo 12 y, en general, para el Acuerdo de Facilitación de Comercio.

13. DISPOSICIONES INSTITUCIONALES (ARTÍCULO 13)

13.1. COMITÉ DE FACILITACIÓN DE COMERCIO

Igual a como sucede con la mayor parte de los Acuerdos Abarcados, el Acuerdo sobre Facilitación de Comercio establece su Comité que depende del Consejo de Mercancías.

Una de sus principales funciones es la de administrar el procedimiento de notificaciones de los compromisos suscritos por los Miembros según las reglas dispuestas por la Sección II del Acuerdo. En este sentido, su labor es fundamental en el examen y seguimiento de las actividades de asistencia técnica y creación de capacidad para la implementación de las obligaciones por parte de los Miembros en desarrollo y menos adelantados.

Otras funciones son elaborar procedimientos para el intercambio de información, vincularse con otras organizaciones internacionales en la esfera de la facilitación del comercio para la aplicación y administración del Acuerdo.

13.2. COMITÉ NACIONAL DE FACILITACIÓN DE COMERCIO

Obliga a los Miembros a establecer un comité nacional de facilitación del comercio o un mecanismo para facilitar la coordinación interna y la aplicación de las disposiciones del acuerdo.

VI. TRATO ESPECIAL Y DIFERENCIADO PARA PAÍSES EN DESARROLLO (SECCIÓN II)

I. EL CONCEPTO

Esta sección establece las modalidades de aplicación del acuerdo por parte de los países en desarrollo y menos adelantados conforme al trato especial y diferenciado. Este último siempre fue concebido como un conjunto de disposiciones que conferirían períodos más largos para el cumplimiento de los compromisos generales, que eran esencialmente iguales para todos.

No obstante, el mandato del “paquete de julio” moderniza el trato especial y diferenciado en varios aspectos:

I.1. ASISTENCIA TÉCNICA

Se reconoce explícitamente que los países en desarrollo y menos adelantados pueden enfrentar problemas técnicos o adolecer de capacidad para implementar sus compromisos y la simple extensión del plazo no es suficiente. Por tanto, los países desarrollados y en desarrollo que estén en posibilidades de hacerlo deben proporcionar apoyo y asistencia para ayudar a los Miembros más desvalidos.

I.2. SOBERANÍA DEL RECEPTOR

Cada miembro en desarrollo o menos adelantado decidirá soberanamente el momento en que implementará las disposiciones del acuerdo y no estará obligado a realizar inversiones en proyectos de infraestructura que superen sus posibilidades.

I.3. OBLIGACIÓN CONDICIONAL

Cuando se trate de compromisos que requieren apoyo para el desarrollo de infraestructura, los Miembros desarrollados se esforzarán por asegurar apoyo y asistencia. Si tal ayuda no llega, no se exigirá la aplicación de la norma. Lo mismo en el caso de que un Miembro en desarrollo o menos adelantado continúe careciendo de la capacidad necesaria para la cumplir la obligación.

I.4. FLEXIBILIDADES MAYORES PARA LOS PAÍSES MENOS ADELANTADOS

Los Miembros menos adelantados solo tendrán que asumir compromisos en la medida compatible con sus necesidades en materia de desarrollo, finanzas y comercio o con sus capacidades administrativas e institucionales.

2. FUNCIONAMIENTO DE LA SECCIÓN II

Además de las flexibilidades sustantivas precedentes, el Acuerdo establece tres tipos de obligaciones para efectos de su entrada en vigor e implementación. A diferencia de todos los acuerdos nacidos bajo la égida de la OMC, es la primera vez que los compromisos no entran en vigencia al mismo tiempo

que el acuerdo como un todo y se adquieren de manera fragmentada, dependiendo de la categoría en que se asuma cada compromiso.

Además, las disposiciones se determinan de manera individual: cada miembro establece qué disposición asumirá para cumplir de manera inmediata o en un plazo posterior. Ello implica, en la práctica, que ningún miembro conoce a la entrada en vigor los compromisos asumidos por los demás en categoría B o C. Esto es importante al momento en que los Miembros recurren a sus respectivos congresos para la aprobación del Acuerdo.

2.1. CATEGORÍA A

Fueron aquellas disposiciones de la Sección I que entraban en vigor con el arranque del Acuerdo. En esta situación se encuentran todos los países desarrollados, para todas las normas. Los en desarrollo y menos adelantados pueden elegir las obligaciones que están en condiciones de aplicar desde la entrada en vigencia del Acuerdo.

2.2. CATEGORÍA B

Son aquellas normas que serán cumplidas por los países en desarrollo y menos adelantados conforme a los plazos por ellos indicados.

Se entiende que el plazo es necesario, sea porque lo requieren para efectuar las adecuaciones nacionales, sea porque ameritan asistencia técnica o porque precisan desarrollar las capacidades internas de implementación.

2.3. CATEGORÍA C

Está compuesta por el conjunto de normas de la Sección I que no solo suponen plazos, sino que requieren cooperación técnica eficaz para que tales obligaciones puedan ser implementadas y les sean exigibles.

MINUCIOSOS PROCEDIMIENTOS POST BALI

En diciembre 2013, los Ministros acordaron que los Miembros en desarrollo debían notificar sus compromisos en categoría A el 31 de julio de 2014, los que se harían efectivos a la entrada en vigor del acuerdo.

Los Miembros menos adelantados estaban facultados para notificar sus compromisos en categoría A hasta un año después de la entrada en vigencia del acuerdo.

Los compromisos en categoría B, en el caso de los Miembros en desarrollo, debían notificarse a la entrada en vigor del acuerdo con fecha indicativa para su aplicación. En el plazo de un año desde la fecha de entrada en vigor del acuerdo se debía notificar la fecha definitiva para la aplicación. 60 días después de dicha notificación, el comité tomaría nota de anexos que contienen esos compromisos, los que se anexarían al acuerdo como parte integrante del mismo.

En el caso de los Miembros menos adelantados, dentro de un año a partir de la entrada en vigor, deberían notificar sus disposiciones de categoría B y fechas indicativas para su aplicación. A más tardar dos años después de la fecha de notificación de las fechas indicativas, tales Miembros deberían confirmar al Comité sus disposiciones en categoría B y notificar las fechas definitivas para su aplicación.

Para Categoría C, los Miembros en desarrollo deberían notificar, a la entrada en vigor del acuerdo, una fecha indicativa para su aplicación y de ser posible la asistencia requerida. En el plazo de 18 meses desde la entrada en vigor del acuerdo los donantes y beneficiarios deberían informar a la OMC de los acuerdos alcanzados sobre la asistencia técnica.

Para los Miembros menos adelantados, la Categoría C es aún más benevolente, pues tenían un año después de la entrada en vigor para notificar al Comité las disposiciones en dicha categoría. Un año más tarde notificarían el apoyo requerido. En el plazo de dos años contados a partir de esta última notificación los menos adelantados y los Miembros donantes informarían al Comité sobre los arreglos concertados para la asistencia y apoyo. El miembro menos adelantado informaría al Comité esos arreglos y notificaría, al mismo tiempo, las fechas indicativas para la aplicación de los compromisos correspondientes de esta Categoría.

Más aún, dentro de los 18 meses siguientes, los Miembros donantes y los respectivos Miembros menos adelantados Miembros informarían al Comité de los progresos realizados. Solo en ese momento cada país menos adelantado notificaría las fechas definitivas para la aplicación.

Como se sabe, tal meticuloso procedimiento debió ser alterado sustantivamente por desacuerdos entre las principales economías del mundo.

3. EXCEPCIONES Y OTRAS FACILIDADES

A lo anterior se suman una serie de excepciones, que dan cuenta de la hipersensibilidad de muchos Miembros en desarrollo y menos desarrollados ante la eventualidad de que, a pesar de todo, no pudieran cumplir sus compromisos.

3.1. PROBLEMAS DE NOTIFICACIÓN

Si un miembro en desarrollo tiene problemas para notificar las fechas definitivas para la aplicación de sus compromisos en categoría B, dentro de los plazos establecidos, puede solicitar una extensión al comité (artículo 16 párrafo 1 b). Lo anterior se aplica de igual manera para el caso de los países menos adelantados (artículo 16 párrafo 2.b).

Si los PED o los PMA tienen problemas para notificar las fechas definitivas para la aplicación de sus compromisos en categoría C, sea por falta de apoyo de los donantes o dificultades en el otorgamiento de la asistencia dentro de los plazos establecidos para ello, deben notificarlo al Comité antes del vencimiento del plazo. En este caso, el Comité podría adoptar medidas para hacer frente a las dificultades, incluida la prórroga de los plazos para la notificación las fechas definitivas (16 párrafo 3).

Si dentro de los 3 meses antes de la expiración para notificar las fechas definitivas el miembro en desarrollo o menos adelantado, no hace valer las excepciones descritas, se entiende que renuncia a estos derechos y por tanto deberá aplicar los compromisos un año después del vencimiento del plazo (artículo 16 párrafo 4).

3.2. MECANISMO DE ALERTA TEMPRANA (ARTÍCULO 17, PARA. 5)

Se refiere a los compromisos en etapa de aplicación. Así, si un miembro en desarrollo o menos adelantado tiene dificultades para aplicar una disposición que haya designado en categoría B o C en la fecha definitiva establecida, debe notificarlo al Comité a más tardar 120 días antes de que expire la fecha para la aplicación (países en desarrollo) y 90 días antes en el caso de los Miembros menos adelantados, caso en que puede conceder una extensión del plazo en la eventualidad de que la extensión no supere los 18 meses (países en desarrollo) o 3 años (menos adelantados).

Si se requiere una extensión aún más larga o una segunda prórroga, también se debe notificar al Comité a más tardar 120 días antes de que expire la fecha para la aplicación (países en desarrollo) y 90 días antes en el caso de los Miembros menos adelantados.

3.3. APLICACIÓN DE LAS CATEGORÍAS B Y C: RECURSO A UN GRUPO DE EXPERTOS (ARTÍCULO 18)

Se aplican cuando un miembro en desarrollo o menos adelantado haya cumplido con todos los requisitos previstos para la notificación y aplicación, y no se le haya concedido la prórroga solicitada o enfrente a circunstancias imprevistas que impidan la concesión de una prórroga y sigue careciendo de la capacidad para aplicar una disposición de la categoría C debe notificarlo. En este caso, el Comité establecerá un Grupo de Expertos para examinar la cuestión y formular una recomendación, la que se deberá tomada en cuenta a la hora de la decisión definitiva.

El Grupo estará compuesto de cinco personas independientes y con conocimientos en la esfera de la facilitación del comercio y la asistencia y apoyo para la creación de capacidad.

Durante el periodo de examen del Grupo de expertos no se aplicará al miembro el Mecanismo de Solución de Diferencias sobre la disposición en examen.

3.4. CAMBIOS DE CATEGORÍA B Y C

Los Miembros en desarrollo y menos adelantados pueden transferir las disposiciones que hayan notificado en B o C, informando al Comité. Cuando se transfiere una disposición de la categoría B a C, el Miembro debe proporcionar información sobre la asistencia y el apoyo requeridos para crear capacidad. Si se necesita plazo adicional para aplicar una disposición transferida de la categoría B a C, el Miembro puede recurrir al mecanismo de alerta temprana con la posibilidad de obtener una prórroga automática o solicitar al Comité una prórroga e incluso un examen y recomendación por el Grupo de Expertos.

3.5. APLICACIÓN DEL MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

A partir de la entrada en vigor, los Miembros en desarrollo contarán con un periodo de gracia de dos años durante los cuales no serán sujetos al mecanismo de solución de controversias de la OMC respecto de las disposiciones que se hayan notificado en categoría A.

Este periodo se extiende a 6 años en el caso de los Miembros menos adelantados. Respecto de los compromisos que dichos Miembros hayan aplicado conforme a las categorías B y C, el periodo se extenderá a 8 años y antes de presentar una solicitud de consulta y en todas las etapas del procedimiento de solución de controversias se les dará una consideración particular.

3.6. PRESTACIÓN DE ASISTENCIA TÉCNICA

Finalmente, la sección II establece una serie de recomendaciones y principios sobre cómo ha de prestarse la asistencia técnica a los Miembros en desarrollo y menos desarrollados. Entre estos principios cabe mencionar:

- La consideración del marco general, los programas de reforma y asistencia técnica en curso de los Miembros.
- La promoción de la integración regional.
- La inclusión del sector privado.
- La coordinación entre los Miembros y otras instituciones pertinentes.
- Evitar en lo posible la duplicación o superposición de los programas de asistencia.
- La promoción de la coordinación interna de los Miembros receptores.
- La utilización de estructuras de coordinación existentes.

Se prevé también que el Comité celebre al menos una sesión específica dedicada a considerar los problemas relacionados con la aplicación, los avances en la prestación de asistencia técnica, intercambio de información sobre experiencias, examinar las notificaciones de los donantes y la aplicación de los principios que rigen la prestación de asistencia.

El Comité deberá también recibir la información de parte de los Miembros donantes respecto de la prestación de asistencia que están otorgando. Los donantes deberán presentar esta información al momento de la entrada en vigor del acuerdo y luego, una vez al año. El tipo de información es precisa

e incluye, entre otros aspectos, la cuantía comprometida y desembolsada, el procedimiento para el desembolso, el país o región beneficiarios, el organismo encargado de la prestación.

Asimismo, el Comité debe invitar a otras instituciones que presten asistencia técnica a que proporcionen la información antes señalada.

VII. MECANISMO DE COOPERACIÓN

El 22 de julio de 2014 fue lanzada la iniciativa Mecanismo para el Acuerdo sobre Facilitación del Comercio de la OMC, cuyo objetivo es ayudar a que se preste asistencia a todos aquellos Miembros que la necesiten. El principal objetivo del Mecanismo es otorgar seguridad a los países en desarrollo y menos adelantados de que recibirán el apoyo que necesiten para hacer las reformas contempladas en el Acuerdo y así beneficiarse de las ventajas económicas que se derivarán de él. Con ello se incentiva la aplicación del Acuerdo de Facilitación de Comercio.

El nuevo Mecanismo complementará los esfuerzos que están realizando organismos regionales y multilaterales, donantes bilaterales y otras partes interesadas con el fin de prestar asistencia técnica en materia de facilitación del comercio. Servirá, además, para coordinar los esfuerzos de aplicación.

Entre las organizaciones internacionales participantes en la iniciativa se encuentran:

- Centro de Comercio Internacional (CCI).
- Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE).
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD).
- Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (UNECE), en nombre de las Comisiones Regionales de las Naciones Unidas CEPAL, CESPAP y CESPAP.
- Grupo del Banco Mundial.
- Organización Mundial de Aduanas (OMA).

Las funciones del Mecanismo incluirán:

- Ayudar a los Miembros beneficiarios en la evaluación de necesidades e identificar posibles asociados.

- Facilitar el flujo de información entre los donantes y los receptores a través de una plataforma de intercambio de información sobre la oferta y la demanda de asistencia.
- Difundir prácticas para la aplicación de medidas de facilitación del comercio.
- Prestar apoyo para encontrar fuentes de asistencia para la aplicación.
- Conceder donaciones para la preparación de proyectos.
- Conceder donaciones para la ejecución de proyectos relacionados con la puesta en aplicación del Acuerdo en caso de no encontrar asistencia de otras fuentes.

VIII. TEMAS PENDIENTES DEL ACUERDO

Desde un punto de vista formal, la adopción del convenio en sí tomará tiempo, ya que por aplicación del artículo X:3 del Acuerdo de Marrakech su vigencia se inicia cuando este sea aceptado formalmente por dos tercios de la membresía, lo que en sí constituye una incertidumbre.

La sección II prevé una implementación gradual de los compromisos en las categorías B y C cuyos plazos quedan supeditados a la decisión individual de los Miembros e incluso a la autodeterminación de cuando se ha adquirido la capacidad para aplicarlos.

Además, las reformas tendientes a la implementación del acuerdo en los países en desarrollo y menos desarrollados requerirán transformaciones, algunas profundas, de las políticas de transparencia y coherencia regulatoria entre los distintos servicios públicos.

IX. CONCLUSIONES

Pese a su carácter eminentemente técnico, el Acuerdo sobre Facilitación de Comercio marcó un punto de inflexión dentro de la OMC en varios aspectos.

Desde un punto de vista formal, cambió los parámetros en la manera de negociar. La modalidad fue abierta inclusiva y con una participación decisiva de los Miembros en desarrollo.

En cuanto a la parte sustantiva, la sección II, que se refería a la implementación, tuvo la misma relevancia que la sección normativa; es decir, no era posible avanzar en la generación de disciplinas, sin tener en cuenta la manera como ellas se implementarían.

Como se señaló más arriba, se produjo un acuerdo que tendrá un impacto no solo en materia de intercambio de bienes sino también en el ámbito de los servicios y en aspectos vinculados al acceso a los mercados, tales como

las barreras técnicas, las medidas sanitarias y fitosanitarias y muy particularmente la introducción de normas que guiarán los sistemas aduaneros de los Miembros.

Además, se enlazan de manera colateral otros temas que aún no han sido abordados directamente o actualizados por la OMC, como es el caso de las cadenas globales de valor, los obstáculos no arancelarios, la reforma de las políticas públicas en materia de transparencia y la inclusión de medios electrónicos.

Se abordó por primera vez el tema de la cooperación aduanera de manera vinculante, que no solo valida los acuerdos preexistentes en la materia sino que establece un piso sobre el cual se construirán los futuros acuerdos regionales y bilaterales en este tema.

De igual forma ocurrirá con las normas sobre trato especial y diferenciado en los ulteriores acuerdos que se adopten bajo la égida de la OMC.

En materia de cooperación en el marco de la OMC, se establecen normas obligatorias de transparencia que permitirán a los Miembros beneficiarios conocer de antemano la disponibilidad de recursos. Los Miembros donantes deberán dar cuenta de los programas vigentes y de los recursos desembolsados para apoyar dichos programas.

Es innegable que este acuerdo traerá grandes ventajas a los exportadores e importadores, particularmente pequeñas y medianas empresas, con la modernización y la transparencia de los procedimientos aduaneros, ya que están más expuestas y cuentan con menos recursos para enfrentar la burocracia aduanera.

Los países en desarrollo son los que relativamente más se beneficiarán, pues las ventajas competitivas derivadas de los bajos costos laborales y de la mayor disponibilidad de recursos naturales, a menudo son absorbidas por el costo de las demoras y las ineficiencias en las aduanas y puertos. Esto es particularmente cierto en el caso de los países sin litoral, que muchas veces se ven sujetos a trámites engorrosos y recarga impositiva de parte de los países de tránsito.

Por último, el Acuerdo sobre Facilitación de Comercio es trascendental en el contexto económico comercial internacional, pues devolvió a la OMC y al sistema de reglas regido por esta, la confianza de que aún se pueden generar disciplinas a nivel multilateral.

CAPÍTULO 33

Perspectivas futuras de OMC

MARIO MATUS

I. INTRODUCCIÓN

“*Ninguna nación fue arruinada jamás por el comercio*”, sentenció Benjamín Franklin hace ya más de dos siglos.

Como ha quedado demostrado en los primeros capítulos de este libro, el comercio internacional ha estado presente desde el inicio de los tiempos y lo seguirá estando mientras exista el ser humano. Es uno de los modos más simples y rápidos de mejorar la calidad de vida de los pueblos. La diferencia ha estado en los distintos grados de formalidad, en la profundidad del comercio, en el detalle y extensión de su normativa, pero la lección es clara: la autarquía comercial no es un buen derrotero.

En muchos sentidos, el siglo xx fue una centuria excepcional en la historia. Se discute si fue el período más sangriento de que se tenga memoria¹, cuando las cifras totales varían entre 167^[2] y 203^[3] millones de muertes ocasionadas deliberadamente por motivaciones políticas; se inventó la píldora anticonceptiva, que permitió independizar a la mujer de su sexo; la radio, la televisión, el computador y la internet cambiaron la sociología de la comunicación del individuo; con el avión y la cohetaría el ser humano cumplió un sueño imposible; con el automóvil, por vez primera en el último millón de años, la especie humana excedió la velocidad del caballo⁴; se reveló el poder escondido entre los *quarks* y leptones del núcleo atómico, brindando a la humanidad energía casi infinita.

Pero por sobre estos asombrosos avances, también hubo saltos cuánticos en términos de la institucionalización del mundo. El imperio del momento –Estados Unidos de América– estableció reglas globales, aplicables a todos los pueblos por igual, incluidos ellos mismos. También ejerció su autoridad de una manera original: ordenó el mundo de la posguerra usando el poder del dinero antes que la fuerza de las armas y la convicción por la libertad antes que dogmas religiosos o equivalentes. En ese contexto nació el GATT, predecesora de la OMC.

1 PINKER, *Nature*, vol. 478 (2001), pp. 309-311.

2 BRZEZINSKI, *Out of Control: Global Turmoil on the Eve of the Twenty-First Century*, 1993, citado por WHITE, *Twentieth Century Atlas*, <http://necrometrics.com/>.

3 WHITE, *Twentieth Century Atlas*, <http://necrometrics.com/>.

4 Si bien el tren en el siglo XIX podía lograr mayor velocidad, la media era 8 kph para la carga y algo más del doble para pasajeros. En algunos casos alcanzaba un promedio de 40 kph. White, *A History of the American Locomotive*, p. 74.

II. LA RONDA DE DOHA

Hasta la fecha se han llevado a cabo nueve rondas de negociación: ocho bajo el GATT y una aun inconclusa bajo OMC⁵. Esta última se lanzó el 2001, en Qatar, y tomó el nombre de su capital, Doha.

Como parte de los resultados de la Ronda Uruguay, concluida en 1994, quedaron irresueltos más de 30 temas, dejándolos para una futura ronda de negociación. Fue el llamado “programa incorporado” o “agenda incorporada”. En el listado de temas pendientes figuraban la agricultura, los servicios (acceso, medidas de salvaguardia, servicios marítimos, de medio ambiente, telecomunicaciones básicas y financieros), la propiedad intelectual, los textiles y vestidos, reglas de origen, contratación pública, solución de diferencias, por mencionar los más relevantes.

Fue así que se acordó que en el año 2000 se iniciarían negociaciones para liberalizar la agricultura y los servicios. Ambas temáticas solo habían sido incorporadas a las normas y principios de la OMC en la Ronda Uruguay, pero habían sido objeto de una liberalización modesta.

En la lógica de *do ut des*, si bien ambos tópicos son importantes, ciertamente no son suficientes para sustentar un paquete en el que todos los países participantes tuvieran la perspectiva de lograr algún beneficio tangible. Para ello se hicieron los preparativos para lanzar en Seattle (1999) una ronda de negociaciones con una agenda más amplia, que fuera más allá de la agricultura y los servicios. Sin embargo, Seattle colapsó sin ninguna decisión formal, y las conversaciones en las dos áreas se iniciaron automáticamente.

Algunos analistas señalan que el fracaso de Seattle estableció una inflexión en la forma de operar de OMC, pues se hizo patente el interés de la sociedad civil en los temas comerciales, hubo cambios en los hábitos de trabajo de la Secretaría, se hizo evidente la necesidad de que los acuerdos y entendidos entre los Miembros tuviesen mayor detalle, y fuesen más prolijos y minuciosos. El resultado fue una organización receptiva al entorno, más moderna y escrupulosa.

Dos años más tarde, en noviembre de 2001, en Doha, Qatar, se lanzaron negociaciones más amplias, con temas adicionales a los definidos en el programa incorporado. Varios factores contribuyeron al acuerdo:

5 Ver Capítulo 5.

(i) La confianza y amistad entre los jefes negociadores de los principales socios del sistema, Robert Zoellick (Estados Unidos) y Pascal Lamy (Unión Europea).

(ii) Nadie quería ser responsable de un nuevo fracaso.

(iii) Los atentados del 11 de septiembre en Estados Unidos reforzaron la idea de que se abordaría el desarrollo en el contexto de la lucha contra el terrorismo.

De ahí que las tratativas fueron denominadas “Programa de Doha para el Desarrollo” (PDD)⁶. En la ocasión se dispuso que las negociaciones finalizarían en diciembre del año 2004.

1. ORGANIZACIÓN DE LA RONDA DE DOHA

Dada la complejidad que han ido adquiriendo las negociaciones, en las últimas rondas ha sido necesario crear un órgano *ad hoc*, en paralelo a la estructura normal, la que seguiría funcionando de manera regular. Esta entidad especial es el Comité de Negociaciones Comerciales (CNC), presidido por el Director General de la OMC, que se encarga de manejar y organizar las negociaciones propiamente tales y rinde informes al Consejo General de la OMC. Se trata de una institución temporal, pues solo existe mientras dura la ronda en cuestión. Bajo el CNC se establecen los grupos de negociación en cada una de las áreas definidas en el mandato negociador. Para diferenciar el grupo de negociación respecto del comité o consejo regular respectivo, se le adiciona el adjetivo de “Sesión Extraordinaria”, cuando corresponda. Así, por ejemplo, se crearon el Grupo de Negociación del Comité de Agricultura en Sesión Extraordinaria, el Comité de Servicios en Sesión Extraordinaria y el Consejo de ADPIC en Sesión Extraordinaria, entre otros. Para los temas que no tienen un órgano regular evidente se constituyen como “Grupos de Negociación en (...)”. Así, tenemos el Grupo de Negociación en Facilitación de Comercio, el Grupo de Negociación de Acceso a Mercados para los productos No Agrícolas, etc.

6 DDA, por su sigla en inglés.

2. TEMAS DE LA RONDA DE DOHA

Este ejercicio negociador comprendió temas adicionales a lo previsto en el programa incorporado. En total se definieron nueve áreas a negociar, a saber:

2.1. AGRICULTURA

Se trata de un mercado altamente distorsionado, particularmente por la estructura productiva de los países desarrollados ya que muchos de ellos aplican aranceles aduaneros muy elevados, con frecuencia de tres dígitos y en algunos casos superiores al 500%^[7]. Además, otorgan millonarios subsidios a las exportaciones agrícolas, en circunstancias de que los subsidios a la exportación de los bienes industriales están prohibidos en la OMC. El apoyo al sector agrícola es de tal magnitud (en especial en EE.UU., UE y Japón) que llegan a distorsionar los precios internacionales e impiden la competencia. Todo ello en desmedro principalmente de los exportadores de los países en desarrollo. Por lo tanto, lo que se buscaba era

- (i) La eliminación de los subsidios a la exportación.
- (ii) La disminución de los subsidios domésticos.
- (iii) Una rebaja sustancial de los aranceles aplicados a los bienes agrícolas.

2.2. ACCESO A MERCADOS PARA LOS PRODUCTOS NO AGRÍCOLAS⁸ (AMNA⁹)

Los países desarrollados que protegen la agricultura condicionaron la apertura agrícola a que también se liberalizasen los bienes industriales. Si bien estos tienen una protección menor, los aranceles consolidados no son bajos y hay amplios sectores con alta protección, como los automóviles y los químicos. Aunque los países en desarrollo vieron esto como una amenaza a sus políticas industriales, aceptaron esta solución por varias razones: por

7 Ver Capítulo 8.

8 Además de los bienes industriales propiamente tales, incluye los temas forestales, pesqueros y minerales.

9 Non Agricultural Market Access (NAMA).

una parte, el pragmatismo les indicó que aquello era la única forma de lograr disminuir la protección a la agricultura; en segundo lugar, entendieron que era la oportunidad de tener acceso a aquellos sectores de los mercados desarrollados donde los aranceles son más altos, particularmente en los textiles, y también les interesó lograr acceso en otros países en desarrollo, el llamado comercio Sur-Sur. Ciertamente ayudó a que dieran su aquiescencia el que en esta área se estableció el principio de reciprocidad menos que plena¹⁰, es decir que los compromisos que asumirían los países en desarrollo serían siempre menos profundos que los que contraerían los países industrializados.

En síntesis, en AMNA se busca

- (i) La eliminación, disminución y consolidación de los aranceles.
- (ii) Eliminación de las puntas arancelarias.
- (iii) La supresión de las barreras no arancelarias.
- (iv) Mayor acceso para los productos de los Países Menos Adelantados.

2.3. SERVICIOS

Es la tercera área de acceso a los mercados y parte del programa incorporado de la Ronda Uruguay. Este tema era para los desarrollados un modo de “compensar” lo que iban a perder en agricultura. Accederían al mercado de servicios de los países en desarrollo emergentes, particularmente en telecomunicaciones, servicios financieros y servicios profesionales. Estos, a su vez, también lo sintieron como una amenaza a sus espacios de política pero también vieron que era la oportunidad para obtener mayores concesiones en áreas de su interés, como el que profesionales puedan trabajar en otros países (modo 4).

En suma, este grupo de negociación tuvo el mandato de

- (i) Aumentar el acceso a los mercados.
- (ii) Mejorar las reglas existentes en el GATS.

¹⁰ Less than Full Reciprocity.

- (iii) Negociar nuevas normas para la reglamentación doméstica de los servicios.

2.4. NORMAS DE LA OMC

Mediante la expedición de las norma, la OMC pretendía

- (i) Mejorar el acuerdo *antidumping*¹¹.
- (ii) Perfeccionar el acuerdo sobre subsidios.
- (iii) Eliminar los subsidios pesqueros.
- (iv) Optimizar las reglas sobre acuerdos de comercio bilateral o regional.

2.5. PROPIEDAD INTELECTUAL

Se revigorizó el mandato ya existente en ADPIC para el establecimiento de un registro multilateral de indicaciones geográficas (IG) para vinos y licores que permitiera facilitar la protección de tales IG. En la práctica, la pretensión de algunos países, liderados por la Unión Europea, intentan incluir en las negociaciones:

- (i) La “extensión”, es decir, otorgar a las IG de productos agrícolas el mismo nivel de protección con que cuentan las IG de vinos y licores¹².
- (ii) La modificación el Acuerdo sobre Propiedad Intelectual de la OMC para facilitar la implementación del Convenio de Diversidad Biológica.

Lo anterior con el objetivo de intentar impedir la bio-piratería y el otorgamiento de patentes sobre recursos genéticos y conocimientos tradicionales locales.

¹¹ El Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del GATT de 1994, o Acuerdo *Antidumping* (AD).

¹² Pretende impedir el uso de una indicación geográfica para productos que no sean originarios del lugar designado por la indicación geográfica de que se trate, incluso cuando se indique el verdadero origen del producto o se utilice la indicación geográfica traducida o acompañada de expresiones tales como “clase”, “tipo”, “estilo”, “imitación” u otras análogas.

2.6. COMERCIO Y DESARROLLO

Los países en desarrollo pusieron en la agenda los problemas que presentaba la implementación de los compromisos asumidos en la Ronda Uruguay e hicieron un llamado para lograr un trato especial y diferenciado efectivo.

2.7. COMERCIO Y MEDIO AMBIENTE

Se buscó introducir la dimensión del medio ambiente en la OMC, potenciando el apoyo mutuo entre las políticas comerciales y ambientales. Para estos efectos debería buscarse

- (i) Una forma de relación entre la OMC y los Acuerdos Multilaterales de Medio Ambiente –AMUMA–.
- (ii) Modos de colaboración entre las secretarías de aquellos.
- (iii) Liberalización de bienes y servicios vinculados al medioambiente.

2.8. FACILITACIÓN DE COMERCIO

Esta temática fue incorporada al mandato de Doha tardíamente, en julio de 2004. El objetivo era

- (i) Agilizar los trámites en frontera para hacer más eficiente el movimiento de los bienes.
- (ii) Aumentar la transparencia.
- (iii) Intensificar la cooperación aduanera.

2.9. ENTENDIMIENTO SOBRE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS

Se pretende mejorar y aclarar el Entendimiento sobre Solución de Diferencias. Todos estos tópicos, salvo el último, quedaron bajo el principio del “compromiso único”¹³.

13 Ver Capítulo 5.

3. EL LENTO Y AZAROSO AVANCE DE LA RONDA

Previo a Doha, en la Conferencia Ministerial celebrada en Singapur en 1996, se habían iniciado estudios para incorporar a la OMC temas de evidente relevancia para el comercio internacional, como son las inversiones, la política de competencia, normas sobre transparencia en compras públicas y facilitación de comercio. Fueron conocidos como los “temas de Singapur”. Sin embargo, la Conferencia Ministerial celebrada en Cancún en septiembre de 2003 no logró acuerdo alguno porque hubo demasiados temas pendientes para los Ministros; insensibilidad política en la cuestión del algodón,¹⁴ y las flexibilidades para destrabar la negociación se plantearon demasiado tarde.

Un elemento importante fue el surgimiento del G20¹⁵ en materia agrícola que reúne a países en desarrollo, liderados por India y Brasil. Este grupo busca la liberalización del sector, aunque tiene una posición más moderada que Cairns¹⁶. Hasta entonces, las negociaciones agrícolas eran lideradas por el Grupo Cairns, en cuya composición no solo incluye países desarrollados sino que algunos de ellos mantienen importantes sensibilidades. El G20 Agrícola permitió posicionar a la temática en su real dimensión dentro del comercio mundial, donde el llamado por la liberalización del sector como un instrumento de desarrollo tomó una relevancia no vista hasta entonces. Su primer objetivo era evitar que el tema agrícola se resolviese entre EE.UU. y la UE, como sucedió en la Ronda Uruguay, protegiendo ambos sus respectivas sensibilidades (apoyos domésticos el primero y acceso a mercado el segundo) en desmedro del resto que quería apertura en los tres pilares de la negociación agrícola.

El impacto negativo del fracaso de Cancún sobre las negociaciones fue severo, pero un intenso proceso en Ginebra y el liderazgo político de EE.UU. y la UE permitieron un entendimiento en diciembre de 2003 y el reinicio de las negociaciones en las diferentes esferas. Ello permitió que en el Consejo

14 Previo a la Conferencia Ministerial en Cancún, Benín, Burkina Faso, Chad y Mali, conocida como “*Cotton Four*”, hicieron ver el daño que les ocasionaban los subsidios al algodón otorgados por los países más ricos. Solicitaron la eliminación de tales subvenciones y, mientras ello no ocurriera, se les indemnizara para cubrir las pérdidas económicas causadas. Desde ese momento se transformó en un tema político importante, pues enfrenta a países africanos con Estados Unidos, que es el que otorga mayores subsidios en este producto.

15 Ver Capítulo 8.

16 Ver Capítulo 8.

General de julio de 2004 se adoptara un conjunto de decisiones conocidas como el “paquete de julio”. Lo más relevante de ello fue que solo uno de los temas de Singapur, Facilitación de Comercio, formaría parte del “compromiso único”. Los otros fueron descartados del proceso de negociación. Se fijó una nueva Conferencia Ministerial para diciembre de 2005 en Hong Kong, y se reconoció formalmente que las negociaciones se prolongarían –sin plazo– más allá de lo previsto en un principio.

4. LA CONFERENCIA MINISTERIAL DE HONG KONG Y SU SECUELA

En la sexta Conferencia Ministerial, celebrada en Hong Kong en el año 2005, se tomó nota de los progresos realizados y se lograron acuerdos en una serie de cuestiones, entre las cuales cabe destacar la fijación del 2013 como límite para que se eliminaran todas las subvenciones a la exportación de los productos agrícolas (lo que luego no se cumplió). El supuesto era que para EE.UU., esa fecha el acuerdo de la Ronda iba a estar concluido. Se reconoció la importancia y urgencia del tema del algodón. Se acordó que los países desarrollados y en desarrollo que estuvieran en condiciones de hacerlo, otorgarían arancel cero, sin cuotas¹⁷, a la casi totalidad de las exportaciones de los países menos adelantados. En las temáticas negociadoras, se desarrolló un marco para avanzar¹⁸ en agricultura y AMNA y se acordó un texto que señaló el camino a seguir en la esfera de los servicios. En la misma línea, se precisaron los mandatos en otras áreas y se fijó finales de 2006 como nuevo plazo para concluir la ronda.

Luego de ello no hubo muchos avances en las negociaciones sino más bien diversos “estados de ánimo”, a raíz de los cuales se daban por formalmente suspendidas hasta momentos de euforia y esperanza.

En julio de 2008 fue el último esfuerzo serio por concretar un acuerdo. Un grupo importante de Ministros se reunió en Ginebra durante más de una semana con el objeto de acordar las esquivas modalidades y sostener una “Conferencia de Señalamiento”¹⁹ en materia de servicios, es decir, un

17 Duty Free Quota Free (DFQF).

18 Fueron las “modalidades” o los parámetros necesarios en Agricultura y AMNA para que cada Miembro construya sus listas de compromisos, es decir, casi el fin del proceso.

19 Signaling Conference.

momento en que los participantes darían conocer los contornos de lo que serían las ofertas en la materia.

Pero tampoco se logró acuerdo. Este desafío se hizo más difícil con el término de la administración Bush (padre), que nunca pudo lograr una autorización para negociar²⁰ y cerrar la Ronda, y el surgimiento de la crisis económica financiera. Tanto fue así que para la séptima Conferencia Ministerial (diciembre 2009) y con el fin de evitar un fracaso del encuentro, se acordó que sería una reunión ministerial “ordinaria” destinada a los temas regulares de la institución y que no habría referencia a la Ronda ni se intentaría presionar para llegar a un acuerdo.

Cada vez con menos ánimo y en medio de una crisis económica mundial de envergadura mayor, los trabajos en Ginebra disminuyeron en intensidad. Se probaron todas las alternativas imaginables para lograr avances: reuniones bilaterales, trilaterales, penta-laterales, plurilaterales, mini-ministeriales, reuniones de líderes de un subconjunto (APEC y G20, al menos), retiros, seminarios y semejantes. El objetivo siempre fue avanzar en la conclusión de la Ronda. También se ensayó como una etapa intermedia la idea de un paquete de “cosecha temprana” que incluyera solo algunos elementos.

5. CONFERENCIA MINISTERIAL DE 2011

Para diciembre de 2011, la suerte de la Ronda de Doha estaba echada en el sentido de que no sería posible concluirla o al menos en la forma como había sido concebida. Fue así que en el resumen de la reunión del Presidente de la Conferencia²¹ –aprobado por toda la membresía– se reconoció que las negociaciones estaban “estancadas” y que

[l]os Ministros reconocen que hay importantes diferencias de perspectiva con respecto a los posibles resultados que pueden alcanzar los Miembros en determinadas

20 Estados Unidos requiere de una autorización expresa del Congreso para negociar y que supone que los acuerdos sometidos al congreso bajo éste son aprobados –sin enmiendas– o rechazados. Ha sido conocido como “Vía Rápida” (*Fast Track*) o “Autorización para Promover el Comercio” (*Trade Promotion Authority* o *TPA*). Los socios de Estados Unidos estiman que es fundamental contar con tal mandato, puesto que demuestra el interés en la negociación y la voluntad política del país y garantiza que el acuerdo no sea modificado al momento de ser sometido a su aprobación parlamentaria.

21 OMC-Doc. WT/MIN(11)/11 del 17.12.2011.

esferas del todo único [y que e]n este contexto, es poco probable que en un futuro próximo se puedan concluir simultáneamente todos los elementos de la Ronda de Doha para el Desarrollo.

Consecuentemente y si bien los Ministros hicieron un llamado a “una conclusión multilateral satisfactoria del Programa de Doha para el Desarrollo conforme a su mandato”, en la práctica, decidieron intentar avanzar en aquellas áreas

donde se pueda progresar [...] que permitan a los Miembros llegar a acuerdos provisionales o definitivos.

Esta última afirmación implicó una importante flexibilización respecto del compromiso único, hasta ese momento una pieza inmovible del ejercicio.

Por otra parte, en las áreas donde el acuerdo claramente no era posible, los Ministros abrieron la puerta a opciones distintas de la multilateral al señalar que se

(...) intensificarán [los] esfuerzos para examinar formas que permitan a los Miembros superar las dificultades más graves y cruciales [donde virtualmente no es posible] la convergencia a nivel multilateral.

6. BALI, LA ESPERANZA; GINEBRA, LA DESESPERANZA

El relativo sinceramiento acerca de la imposibilidad de concluir la ronda Doha en la forma concebida inicialmente y el ajuste al “compromiso único” dieron un nuevo impulso al proceso y se determinó que el tema de negociación con menores resistencias era el de facilitación de comercio. La conjunción de esta nueva realidad y la elección de un nuevo Director General²² dieron pábulo al proceso que culminó en el Acuerdo de Facilitación de Comercio, en la novena Conferencia Ministerial de OMC, celebrada en diciembre de 2013 en Bali, Indonesia²³.

Se trató de un esfuerzo sin precedentes en OMC, por el número de países involucrados, la energía política desplegada en el ejercicio y la complejidad del tema. En efecto, previo a Bali se concentraron en Ginebra expertos de

22 El brasileño ROBERTO AZEVEDO reemplazó al francés PASCAL LAMY en 2013.

23 Ver Capítulo 32.

los países Miembros, los que trabajaron literalmente día y noche, por meses. Fue el primer acuerdo de la OMC desde su creación, en 1995, y contiene normas cuyo objetivo es agilizar las operaciones comerciales internacionales de bienes, disminuir las barreras burocráticas y los plazos de espera de las mercancías en aduana.

El regocijo inicial de Bali devino en desencanto cuando, a mediados de 2014, no se logró el consenso²⁴ necesario para iniciar la implementación del Acuerdo aprobado en Bali en la fecha prevista. Si bien al final se desbloqueó el tema, ello demostró lo trabada que se encuentra la agenda legislativa de la OMC y que es la que ha impedido el cierre de la Ronda de Doha por ya casi tres lustros.

7. EL FUTURO DE LA RONDA DE DOHA

Los expertos estiman que debe darse algún tipo de conclusión a aquella, pues sin alguna solución de continuidad no será posible elaborar una agenda que incorpore los temas del siglo XXI. La pregunta entonces no es si se concluirá o no el actual proceso negociador, sino cómo se terminará. También es claro que cualquiera que sea la forma que adquiera tal desenlace, pasará por resolver algunos principales problemas que sufre el actual Sistema Multilateral de Comercio (SMC).

ALGUNOS POSIBLES ESCENARIOS SOBRE LA RONDA DOHA

Doha original. Supondría un profundo cambio de actitud entre los grandes actores. Es una hipótesis improbable, pues implicaría que estos últimos asuman el liderazgo del proceso, para lo cual deberían efectuar importantes concesiones, cosa que no han estado dispuestos a realizar.

Doha “light”. A primera vista parece una idea sensata, pues teóricamente bastaría con definir un paquete con algunos de los elementos de la ronda original, dejando el resto a ser resuelto en un futuro ejercicio negociador. En la práctica, sin embargo, supondría un entendimiento político respecto a las áreas

²⁴ Algunos países, liderados por India, pretendían la aprobación de un mecanismo que autorizara a los Miembros en desarrollo exceder los límites establecidos para los subsidios agrícolas.

tradicionalmente postergadas de liberalización y que son de particular interés de los países en desarrollo. Es el caso de la agricultura y los textiles, ambos en el corazón de la discrepancia.

Tregua. Se opta por una pausa en la Ronda a la espera de un acuerdo definitivo, período en el cual se avanzaría en un trabajo técnico. Sin embargo, no soluciona el problema de fondo y la experiencia señala que el trabajo pericial tiene corto alcance, sin lineamientos estratégicos.

Acuerdo no vinculante. La ausencia de un proceso multilateral y la presión por “hacer algo” conduce a acuerdos de mínimo común denominador no vinculantes. Es decir, en lugar de buscar normas globales obligatorias, los Miembros se contentarían con “guías”, “acuerdos de mejores prácticas”, “códigos de conducta”, “lineamientos”, “reglas modelo” y equivalentes. Si bien es cierto que ello es mejor que la inactividad total, en realidad sería un retroceso en la naturaleza coercitiva de la institución y constituiría un precedente negativo para el futuro.

Impasse permanente. Sería el peor escenario. No hay acuerdo respecto de qué hacer con la Ronda de Doha y los Miembros más importantes disminuyen su actividad en OMC limitándose a utilizar el mecanismo de solución de diferencias. Aunque no buscada, esta alternativa bien puede llegar a ser el resultado práctico si los Miembros no logran un acuerdo en el largo plazo. También se trata de un escenario inverosímil, puesto que un orbe globalizado –con problemas y exigencias planetarias– requiere instituciones mundiales.

III. EL COMPLEJO SISTEMA MULTILATERAL DE COMERCIO DE HOY²⁵

Es evidente que el mundo asiste al reacomodo de las fuerzas del poder mundial más importante desde la caída del Muro de Berlín y que las instituciones internacionales no están dando cuenta de las necesidades de esta centuria.

25 VAN GRASSTEK, The Future of WTO, en: VAN GRASSTEK, *The History and Future of the World Trade Organization*, 2013. Disponible en <http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/historywto_15_e.pdf> y OMC, *El Futuro del Comercio: Los Retos de la Convergencia*, 2013. Disponible en http://www.wto.org/spanish/thewto_s/dg_s/dft_panel_s/future_of_trade_report_s.pdf.

Como lo accesorio sigue la suerte de lo principal, el sistema multilateral del comercio concebido a mediados del siglo XX tampoco estaría reflejando la panorámica de los equilibrios comerciales actuales y, por tanto, requiere una ecuación modernizada de factores.

Superficialmente, tales apuros tienen que ver con la incapacidad de los Miembros por concluir la Ronda de Doha, pero es notorio que tal atolladero normativo es más vasto, pues es el denominador común en casi todo el sistema internacional. Lo mismo ocurre en el ámbito cultural, en el político, el económico, en las normas financieras, en los acuerdos sobre medio ambiente, en la propiedad intelectual, por mencionar los más sobresalientes.

Este escenario estaría impulsando la búsqueda de opciones frescas para operar en el “nuevo mundo”. Si bien no hay claridad acerca del resultado, lo único cierto sería que en los próximos años el SMC sufrirá ajustes importantes y asistiríamos a un constante ejercicio de “prueba y error”.

Como en todo proceso histórico en transición, es difícil hacer un vaticinio certero. En los extremos, los más negativos estiman que la OMC pasa por un trance profundo de amplio alcance; otros, los menos, miran el escenario presente como un mero bache temporal sin mayores consecuencias. Lo único cierto es que hoy conviven en el diferentes perspectivas en el SMC y que la falta de liderazgo y la mirada de corto plazo impiden un diálogo productivo entre las diferentes percepciones. Algunas de esta son:

I. ENFOQUE LIBERALIZADOR Y TRADICIONAL

Es la escuela heredera de la historia GATT/OMC, si bien es defendida por un número minoritario de Miembros representan cerca del 60% del PIB mundial. Esta corriente propende un SMC con normas universales, obligatorias, con mínimas excepciones y orientadas hacia la competencia y el libre flujo de bienes y servicios. La premisa es que el comercio es una de las herramientas para la prosperidad y que el principio de la no discriminación entrega legitimidad y predictibilidad a los participantes. Esta vertiente incluye los países desarrollados y los en vías de desarrollo que confían en el mercado y la competencia internacional.

2. MIRADA CAUTELOSA

Sostenida por muchos países en desarrollo, en esencia sostiene que la estructura de normas actuales fue esencialmente “impuesta” por los grandes poderes; organización que ya no da satisfacción a las necesidades modernas. Entre tales reglas forzadas destacan las que regulan la agricultura, permitiendo vastos espacios de política a los países industrializados en desmedro de las exportaciones de los países en desarrollo. A ello se unen los cambios en el peso relativo de nuevos poderes económicos y la incapacidad del llamado “Consenso de Washington”²⁶ para evitar primero, y solucionar luego, las crisis económicas y financieras de la segunda década del siglo XXI.

Esta perspectiva tiene dos variantes, los “precavidos” y “los rebeldes”. En el primer grupo se encuentran principalmente las grandes economías emergentes, las que manifiestan abiertamente que no desean asumir las responsabilidades que conlleva la visión tradicional, pero tampoco han logrado generar una alternativa creíble y coherente. La consecuencia es una actitud recelosa frente a nuevas liberalizaciones y prefiere el *statu quo* antes que la profundización de las reglas actuales. En lo específico, esta visión resulta muchas veces en posiciones complejas, por momentos contradictorias, mercantilista la mayoría de las ocasiones y tiende a favorecer el comercio preferencial. Solo consienten compromisos reales si se conceden amplios espacios de política. Esta visión es encarnada por el G90²⁷, liderado por Brasil e India. Luego está el grupo de “los rebeldes”, con un tinte ideológico que desconfía del mercado y que resiste a nuevas obligaciones para los países en desarrollo. Con reminiscencias de la década del sesenta, reclama mayores flexibilidades para el logro de sus políticas y, en muchos casos, pretende retrocesos en las obligaciones asumidas a la fecha. En esta categoría se encuentran países que en la práctica solo adhieren a algunos de

26 Conjunto de políticas económicas que los organismos financieros internacionales y centros de estudios económicos estimaron apropiadas para los países en desarrollo. Formulado originalmente por JOHN WILLIAMSON en 1989 (<www.iie.com/publications/papers/paper.cfm?ResearchID=486>). En esencia, promovía disciplina presupuestaria, reordenamiento del gasto público, simplificación tributaria, liberalización financiera, tipo de cambio competitivo, liberalización del comercio internacional, eliminación de las inversiones extranjeras directas, privatizaciones, desregulación de los mercados y fuerte protección de la propiedad privada.

27 Incluye a la mayoría de los países en desarrollo, excepto los “*middle grounders*”, grupo este último creado originalmente por Chile.

los principios de la institución, como las sostenidas por los países del Grupo Alba, varios africanos y, en general, aquellos Miembros que no aprecian debidamente el valor del principio de no discriminación que personifica la organización.

3. LA VISIÓN BENEVOLENTE

Hay un grupo que tiende a ver el lado lleno de la copa. Como prueba de ello señalan que cada vez que se consulta formalmente a los especialistas y embajadores ante OMC sobre la supuesta crisis de la institución, invariablemente la respuesta es híbrida o muy matizada. Reconocen la dificultad en algunas áreas, pero la rechazan para la mayoría de las obligaciones en vigor.

Como se sabe, la OMC está conformada por tres pilares: la generación de reglas (pilar normativo), la solución de diferencias (disputas comerciales) y el pilar de control y monitoreo (vigilancia). De estos, los dos últimos son percibidos como activos, legitimados y en perfecta robustez.

En efecto, tiende a haber coincidencia en que el sistema de solución de diferencias estaría en su apogeo y que se ve fortalecido con cada nuevo caso sometido a su jurisdicción. Se estima un acatamiento generalizado de las decisiones del sistema y que hay una obediencia casi universal de las mismas. En apoyo a ello se esgrime que los fallos incumplidos por largo tiempo son escasos y respecto de situaciones donde el componente primordial es la arista política. El caso más famoso es el llamado “Habana Club”²⁸, cuyo informe fue adoptado en 2002 y sigue pendiente.

En abono a la versión menos pesimista se esgrime el conjunto de informes que produce la OMC sobre el estado de la economía internacional, del comercio mundial, estadísticas de medidas proteccionistas o sobre las reacciones de los Miembros frente a las crisis económicas y financieras. Dichos reportes cuentan con un alto nivel de credibilidad, lo que se ve reflejado en el número de citas, referencias y menciones en la prensa mundial y los demás organismos internacionales. Algo similar ocurre con el Mecanismo de Revisión de Políticas Comerciales²⁹, a través del cual se supervisa e induce el correcto proceder de los Miembros frente a las obligaciones contraídas.

²⁸ *Estados Unidos – Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*, OA, WT/DS176/AB/R.

²⁹ Ver Capítulo 26.

De hecho, los documentos preparados por la Secretaría para cada ocasión constituyen una fuente fidedigna y actualizada de la política comercial del miembro bajo escrutinio.

Finalmente, la mirada compasiva destaca que, en estos momentos, algo menos de una treintena de países se encuentran a la espera de incorporarse a la organización, lo que no da la idea de una institución en aprietos.

4. UNA REALIDAD ENMARAÑADA

A la diversidad de miradas precedente, se suma la complejidad que han adquirido las negociaciones comerciales en el marco de la OMC. En efecto, ha habido un incremento en el número de países participantes (de 23 en el GATT original a 160 en la actualidad), lo que ha generado una eclosión de grupos de interés con membrecías contrapuestas; se ha producido un notorio aumento en la sofisticación y densidad técnica de los tópicos en negociación; se ha acentuado el grado de “intrusividad” de las disciplinas en las políticas gubernamentales, erosionando el tradicional espacio de soberanía nacional, lo que conlleva resistencias de importancia no menor al interior de los gobiernos.

Tampoco ayuda a esclarecer el ambiente la arcaica categorización de Estados que solo distingue entre países desarrollados, en desarrollo y menos adelantados. Aquella no refleja los nuevos géneros surgidos en las últimas décadas, como son las “economías pequeñas y vulnerables”, los “países sin litoral”, “economías en transición” y “países emergentes”. A juicio de muchos, estos últimos deberían tener obligaciones similares a los industrializados en ciertas áreas.

El tradicional trato especial y diferenciado de plazos más extensos para los países en desarrollo no basta y comienza a ser reemplazado, aunque no está consolidado, por el novedoso sistema consagrado en el Acuerdo de Facilitación de Comercio³⁰.

Por otro lado, el accionar e influencia del Director General de OMC ya no es una condición suficiente como para impulsar por sí solo la agenda legislativa de la institución.

30 Ver Capítulo 32.

En la misma línea y sea por limitaciones políticas internas, deficiencias estructurales o relativa decadencia económica, los tradicionales líderes de los procesos multilaterales, como Estados Unidos, la Unión Europea, Japón o Canadá han abdicado de la condición. Dicho vacío de poder no ha sido cubierto por los países emergentes, como China, Brasil, India o Rusia y las maniobras de potencias medianas, como Australia, México, Corea, Indonesia, Turquía, Hong Kong o Suiza no son suficientes.

A lo anterior se agregan los naturales temores que se generan en los momentos de transición e incertidumbre. Entre estos cabe mencionar la tensión que se producirá dentro del sistema de solución de controversias de OMC cuando este sea sometido a la presión de resolver conflictos para los cuales no existen reglas comerciales actualizadas, como pueden ser los temas relacionados con el cambio climático, la huella de carbono, los procesos productivos y el etiquetado, estándares privados, inversión, competencia, alineamientos de tipos de cambio, subsidios pesqueros, restricciones a las exportaciones, entre otros. El forzar las reglas para resolver diferendos bien podría llevar a cuestionar la legitimidad del sistema multilateral del comercio y con ello elevar el nivel de incumplimiento, particularmente de los países llamados a liderar y respetar las instituciones. De ocurrir aquello, la historia nos enseña que bastan algunos eventos en que estos no cumplan con su responsabilidad para que se desaten las amarras del autocontrol y se potencien las tendencias centrífugas y la fragmentación de los sistemas. De ahí que surge la pregunta de cuánto tiempo podría mantenerse una alta valoración de una institución que sufre desequilibrios en sus columnas estructurales, como es el caso de OMC, interrogante para la cual aún no hay respuesta categórica.

IV. SILUETAS DEL MAÑANA: EL PORVENIR DEL SISTEMA MULTILATERAL DE COMERCIO

Independientemente de lo que ocurra con la Ronda de Doha, ya es posible vislumbrar algunos contornos del futuro del sistema multilateral de comercio. Hay eventos que continuarán ocurriendo independientemente de lo que suceda con el pilar legislativo de OMC. De hecho, se perciben cuatro avenidas por donde avanzan las negociaciones, todas las cuales tarde o temprano deberán converger, pues son soluciones parciales a los problemas que solo pueden ser satisfechos de manera multilateral. Entre estos temas globales

cabe mencionar los subsidios agrícolas y pesqueros, las disciplinas financieras y de telecomunicaciones, las normas sobre *antidumping* y derechos compensatorios³¹, entre otros.

1. BILATERALISMO

Continuará y probablemente se intensificará la oleada de acuerdos bilaterales de libre comercio. Al 2014 se encontraban notificados a la OMC cerca de 600^[32] acuerdos de este tipo, aunque otros señalan que el número total excedería los 800^[33]. Se trata de convenios muy variados en sus características, naturaleza jurídica y compatibilidad con las reglas actuales. Estos van desde aquellos en los que hay una liberalización parcial de bienes, como los acuerdos de primera generación en el marco de ALADI³⁴ hasta los de última generación³⁵ o comprensivos, como el NAFTA, o los Acuerdos de Asociación suscritos por la Unión Europea.

2. REGIONALISMO

En estas negociaciones destacan los proyectos como el Acuerdo de Asociación Transpacífica, conocido como TPP³⁶; el Acuerdo de Comercio e Inversión Transatlántico o TTIP,³⁷; el Acuerdo Regional de Asociación Económica

31 Ver AZEVEDO, *Discursos en el New Zealand Institute* el 18.11.2014. disponible en http://www.wto.org/spanish/news_s/spra_s/spra42_s.htm.

32 OMC, *Acuerdos Comerciales Regionales: Hechos y cifras*. Disponible en http://www.wto.org/spanish/tratop_s/region_s/regfac_s.htm.

33 DÜR, BACCINI y ELSIG, *Review of International Organizations*, 2014.

34 Asociación Latinoamericana de Integración.

35 El autor ha clasificado conceptualmente los acuerdos de ALADI en cuatro clases o “generaciones”. La primera liberaliza total o parcialmente los aranceles de algunos bienes, quedando la mayoría ellos fuera del programa de desgravación. La segunda opera a la inversa, es decir, se acuerda la reducción o eliminación arancelaria para la mayoría de los bienes, dejándose en exclusión solo algunos de ellos. La tercera clase son los de segunda generación pero adicionándole algún tipo de disciplinas, aunque de manera limitada. En la última generación o Tratados de Libre Comercio, se liberaliza la totalidad de los bienes, sin excepción y se negocian disciplinas comerciales fuertes y eficaces. Los tres primeros solo son posibles en ALADI (tratado amparado en la Cláusula de Habilitación que autoriza a no cumplir el principio de la NMF) al no extenderse a los demás Miembros de la OMC.

36 Trans-Pacific Partnership: Australia, Brunéi, Canadá, Chile, Estados Unidos, Japón, Malasia, México, Nueva Zelandia, Perú, Singapur y Vietnam, más otros por ingresar.

37 Transatlantic Trade and Investment Partnership: EE.UU. y Unión Europea.

Comprensiva o RCEP³⁸; la Alianza del Pacífico³⁹; la Unión Aduanera entre la Federación Rusa, Bielorrusia y Kazajistán; el posible Acuerdo de Libre Comercio del Asia Pacífico o FTAAP⁴⁰, y similares.

3. PLURILATERALISMO

Se avizoran nuevos ejercicios temáticos plurilaterales que, si bien son parte integral de OMC, solo obligan a algunos Miembros. En esta categoría se encuentran el Acuerdo de Compras Públicas, el Acuerdo sobre Aeronaves Civiles, o los en proceso de negociación, como el Acuerdo de Servicios⁴¹ o el de Bienes y Servicios medioambientales y semejantes. También existen los acuerdos plurilaterales (negociados solo por algunos Miembros) pero que por la aplicación de la Nación Más Favorecida se extienden a todos los Miembros. En esa categoría se encuentra el Acuerdo sobre Tecnología de la Información⁴².

4. EXOLATERALISMO

Con una membresía variable proseguirán los tratados sobre temas económico-comerciales que no están regulados por la OMC. En esta clase se pueden mencionar los convenios de protección de inversiones; los pactos de doble tributación; entendimientos en materia de competencia; acuerdos de reconocimiento mutuo sobre estándares; comercio electrónico, temas sanitarios; acuerdos de transporte aéreo, y sobre compras públicas, entre otros.

V. EPÍLOGO

Hay bastante concordancia en que todas las opciones mencionadas tienden a debilitar la centralidad de la OMC y el multilateralismo, puesto que incrementan la discriminación entre los actores del sistema internacional.

38 Regional Comprehensive Economic Partnership (RCEP): ASEAN, más Australia, China, Corea, India, Japón y Nueva Zelandia.

39 Chile, Colombia, México, Perú, con Costa Rica y Panamá como observadores con calidad para ingresar.

40 Free Trade Area of the Asia-Pacific, en el contexto de APEC.

41 International Services Agreement (ISA).

42 Information Technology Agreement (ITA).

Si bien nos encontramos en la etapa de propagación de los acuerdos bilaterales y regionales, en el mediano plazo, la necesidad de contar con normas universales debiera presionar por la convergencia de tales acuerdos, promoviendo una nueva institucionalidad o, al menos, el remozamiento de la actual.

Ello es plausible si se considera que el número de modelos de acuerdos preferenciales es reducido y que *grosso modo* la mayoría va en el mismo sentido. En efecto, por un lado, de los llamados acuerdos de “última generación” solo hay tres versiones: el promovido por Estados Unidos, tipo NAFTA; aquel negociado por la Unión Europea, al estilo de los Acuerdos de Asociación, y los preferidos en Asia, que llevan el nombre de Acuerdo Cercanos de Cooperación Económica⁴³. Todo ellos, en general y con matices, van más allá del nivel de compromiso multilateral. Vale decir, llegan a arancel cero para todos o la gran mayoría de los bienes y profundizan las disciplinas asociadas a aquellos, consolidan los niveles de apertura existente en servicios, contienen normas sobre competencia, mayores compromisos en propiedad intelectual, incluyen reglas más exigentes sobre transparencia, por mencionar algunos temas.

Cuando ello ocurra estaremos en presencia de la Organización Mundial de Comercio II.

43 Closer Economic Partnership (CEP).

BIBLIOGRAFÍA

- ABBOTT, F.M., *Cross-Retaliation in TRIPS: Options for Developing Countries*, ICTSD (International Centre for Trade and Sustainable Development), <http://ictsd.org/i/publications/48049/> (consultada el 3 de abril de 2014).
- ABBOTT, F.M., “The WTO Medicines Decision: The Political Economy of World Pharmaceutical Trade and the Protection of Public Health”, *The American Journal of International Law*, Washington, D.C., 2005, vol. 99, pp. 317-358.
- ABBOTT, F.M., “Intellectual Property Provisions of Bilateral and Regional Trade Agreements of the United States in Light of U.S. Federal Law”, *UNCTAD-ICTSD Issue Paper* n.º 12, Ginebra, 2006, <http://ictsd.org/i/publications/11732/> (consultado el 4 de abril de 2014).
- ABBOTT, F.M., *TRIPS Dispute Settlement Decisions*, 2009, http://ictsd.org/downloads/2009/10/abbott_trips_dsu.pdf (consultado el 3 de abril de 2014).
- ABDELAL, R., *Capital Rules: The Construction of Global Finance*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2007.
- ABDEL LATIF, A., “ACTA: Original Expectations and Future Implications”, *International Centre for Trade and Sustainable Development - Bridges*, diciembre de 2010, vol. 14, núm. 4.
- ALEXANDER, M. y FLETCHER, C., *The Use and Impact of the Bank’s Policy of Domestic Preferences*, Background Paper: Review of the World Bank’s Procurement Policies and Procedures, Banco Mundial, julio de 2012.
- ANDERSON, T., *Rejected Novartis Cases Leave India’s TRIPS Compliance Unchallenged*, Intellectual Property Watch (7 de agosto de 2007), <http://www.ip-watch.org/weblog/2007/08/07/rejected-novartis-cases-leave-indias-trips-compliance-unchallenged/> (consultado el 3 de abril de 2014).
- ANDERSON, R.D., “The Conclusion of the Renegotiation of the World Trade Organization Agreement on Government Procurement: What it means for the Agreement and for the World Economy”, *Public Procurement Law Review*, Londres, 2012, núm. 3, pp. 83-94.
- ANDERSON, R.D., PELLETIER, P., OSEI-LAH, K. y MÜLLER, A.C., *Assessing the Value of Future Accessions to the WTO Agreement on Government Procurement (GPA): Some New Data Sources, Provisional Estimates, and an Evaluative Framework for Individual*

- WTO Members Considering Accession*, World Trade Organization, Economic Research and Statistics Division, Staff Working Paper ERSD-2011-15, 6 de octubre de 2011.
- ANDERSON, R.D. y OSEI-LAH, K., “Forging a More Global Procurement Market: Issues Concerning Accessions to the Agreement on Government Procurement”, en: Arrowsmith, S. y Andersen, Robert D. (ed.), *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pp. 61-91.
- APPLETON, A.E., “The Agreement on Technical Barriers to Trade”, en: Macrory, P.F.J., Appleton, A.E., Plummer, M.G. (ed.), *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, vol. 1, Nueva York, Springer, 2005, pp. 371-410.
- ARROWSMITH, S., “Public Procurement as an Instrument of Policy and the Impact of Market Liberalization”, *Law Quarterly Review*, Londres, 1995, vol. 111, pp. 235-284.
- ARROWSMITH, S., “Reviewing the GPA: The Role and Development of the Plurilateral Agreement after DOHA”, *Journal of International Economic Law*, Oxford, 2002, vol. 5, núm. 4, pp. 761-790.
- BALDWIN, R. y LOW, P., *Multilateralizing Regionalism - Challenges for the Global Trading System*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- BARTON, J.; GOLDSTEIN, J.; JOSLING, T. y STEINBERG, R., *The Evolution of the Trade Regime. Politics, Law, and Economics of the GATT and the WTO*, Princeton, Princeton University Press, 2006.
- BERNSTEIN, W., *A Splendid Exchange: How Trade Shaped the World*, Londres, Atlantic Books, 2008.
- BODENHAUSEN, G.H.C., *Guide to the Application of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property, as Revised at Stockholm in 1967*, Ginebra, United International Bureaux for the Protection of Intellectual Property, 1968.
- BOVIS, C., *EC Public Procurement Law, European Law Series*, Londres, Longman, 1998.
- BRENTON, P., “Preferential Rules of Origin”, en: Chauffour, J.-P.; Maur, J.-C. (ed.), *Preferential Trade Agreement Policies for Development*, Washington, D.C., Banco Mundial, 2011, pp. 161-178.
- BROCKERS, M. y LAROUCHE, P., “A Review of the WTO Regime for Telecommunications Services”, en: Alexander, K. y Andenas, M. (ed.), *The World Trade Organization and Trade in Services*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 319-379.

- BROWNLIE, I., *Principles of Public International Law*, 5ª. edición, Oxford, Oxford University Press, 1998.
- BRZEZINSKI, Z., *Out of Control: Global Turmoil on the Eve of the Twenty-first Century*, Nueva York, Maxwell Macmillan International, 1993, citado por White, M., *Historical Atlas of the Twentieth Century*, <http://users.erols.com/mwhite28/20centry.htm> (consultado el 4 de noviembre de 2014).
- CADOT, O., ESTEVADEORDAL, A., SUVVA-EISENMANN, A. y VERDIER, T., *The Origin of Goods: Rules of Origin in Regional Trade Agreements*, Nueva York, Oxford University Press, 2006.
- CARREAU, D. y JUILLARD, P., *Droit international économique*, 2ª edición, París, Dalloz, 2005.
- CHARLIER, C., “Mandatory Regulation versus Discretionary Regulation, Unilateralism, and National Treatment: An Analysis of the United States – Section 211 Omnibus Appropriations Act of 1998 dispute”, en: Correa, C. (ed.), *Research Handbook on the Interpretation and Enforcement of Intellectual Property under WTO Rules, Intellectual Property in the WTO Volume II*, Cheltenham, Reino Unido, Northampton, Massachusetts, Edward Elgar, 2010, pp. 283-297.
- CHASE-DUNN, C.; PASCIUTI, D.; ALVAREZ, A. y HALL, T., “Growth/decline phases and semi-peripheral development in the Ancient Mesopotamian and Egyptian world-systems”, en: Gills, B. y Thompson, W. (ed.), *Globalization and Global History*, Nueva York, Routledge, 2006, pp. 104-126.
- CHEW, S., “Dark Ages: Ecological Crisis Phases and System Transition”, en: Gills, B. y Thompson, W. (ed.), *Globalization and Global History*, Nueva York, Routledge, 2006.
- CHOI, W., “Defragmenting fragmented rules of origin of RTAs: A Building Block to Global Free Trade”, *Journal of International Economic Law*, Oxford, 2010, vol. 13, núm. 1, enero de 2010, pp. 111-138.
- CHRISTY, P.B., “Negotiating Investment in the GATT: A Call for Functionalism”, *Michigan Journal of International Law*, Ann Arbor, Michigan, 1991, vol. 12, núm. 4, pp. 743-798.
- COHN, T., *Governing Global Trade. International Institutions in Conflict and Convergence*, Burlington, Ashgate Publishing Company, 2002.

- COMMISSION ON INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS, *Integrating Intellectual Property Rights and Development Policies*, London, 2002, http://www.iprcommission.org/papers/pdfs/final_report/ciprfullfinal.pdf (consultado el 4 de abril de 2014).
- CONDLIFFE, J., *The Commerce of Nations*, Londres, George Allen y Unwin LTD, 1951.
- CONDON, B., *El Derecho de la Organización Mundial de Comercio. Tratados, Jurisprudencia y Práctica*, Londres, Cameron May, 2007.
- CONDON, B., *Language Discrepancies in WTO Law*, 17 de marzo de 2011, <http://ssrn.com/abstract=1789191> (consultado el 1 de abril de 2014).
- CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO (UNCTAD), *The Outcome of the Uruguay Round: An Initial Assessment: Supporting Papers to the Trade and Development Report*, Nueva York, Ginebra, UNCTAD, 1994.
- CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO (UNCTAD), *The TRIPS Agreement and Developing Countries*, Nueva York, ONU, 1997.
- CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO (UNCTAD), *World Investment Report 2003: FDI Policies for Development: National and International Perspectives*, Nueva York, Ginebra, UNCTAD, 2003.
- CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO (UNCTAD), *Resource Book on TRIPS and Development*, Nueva York, Cambridge University Press, 2005, <http://ictsd.org/i/ip/11572/?view=details> (consultado el 4 de abril de 2014).
- CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO (UNCTAD) y las Naciones Unidas, *Manual de Facilitación del Comercio Segunda parte, Notas Técnicas sobre Medidas Esenciales de Facilitación del Comercio*, Nueva York, Ginebra, UNCTAD, 2006, http://unctad.org/es/docs/sdtetlb20052_sp.pdf (consultado el 9 de noviembre de 2014).
- CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO (UNCTAD), *Elimination of TRIMS. The Experience of Selected Developing Countries*, Nueva York, Ginebra, UNCTAD, 2007.
- CORREA, C., “Protecting Test Data for Pharmaceutical and Agrochemical Products under Free Trade Agreements”, en: Roffe, P., Vivas-Eugui, D. y Tansey, G. (ed.), *Negotiating Health: Intellectual Property and Access to Essential Medicines*, Londres, Sterling, Virginia, Earthscan, 2006, pp. 81-96.

- CORREA, C., *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights: A Commentary on the TRIPS Agreement*, Oxford, Nueva York, Oxford University Press, 2007.
- CORREA, C., “Data Exclusivity for Pharmaceuticals: TRIPS Standards and Industry’s Demands in Free Trade Agreements”, en: Correa, C. (ed.), *Research Handbook on the Protection of Intellectual Property under WTO Rules, Intellectual Property in the WTO Volume 1*, Cheltenham, Reino Unido, Northampton, Massachusetts, Edward Elgar, 2010, pp. 713-727.
- COWHEY, P. y KLIMENKO, M., *The WTO Agreement and Telecommunication Policy Reforms*, University of California in San Diego, Graduate School of International Relations and Pacific Studies, febrero 2001, http://siteresources.worldbank.org/INTRANET-TRADE/Resources/Cowhey_Klimenko1.pdf (consultado el 4 de abril de 2014).
- CROOME, J., *Reshaping the World Trading System: A History of the Uruguay Round*, Ginebra, 1995.
- CURTIN, P., *Cross-Cultural Trade in World History*, Cambridge, Nueva York, Cambridge University Press, 1984.
- CZAKO, J.; HUMAN, J. y MIRANDA, J., *A Handbook on Anti-Dumping Investigations*, Cambridge, Cambridge University Press, OMC, 2003.
- DAM, K.W., *The Rules of the Global Game. A New Look at US International Economic Policymaking*, Chicago, 2001.
- DE WULF, L. y SOKOL, J., *Manual de Modernización de Aduanas*, Bogotá, Colombia, Banco Mundial, 2005.
- DEERE, C., *The Implementation Game: The TRIPS Agreement and the Global Politics of Intellectual Property Reform in Developing Countries*, Nueva York, Oxford University Press, 2009.
- DIEBOLD, W., “The End of the ITO”, *Essays in International Finance*, Princeton, Department of Economics, Princeton University, 1952, núm. 16.
- DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO VOX I, Larousse Editorial, S.L., 2009.
- DINWOODIE, G.B. y DREYFUSS, R.C., “Designing a Global Intellectual Property System Responsive to Change: the WTO, WIPO, and Beyond”, *Houston Law Review*, Houston, Texas, 2009, vol. 46, núm. 4, pp. 1187-1234.
- DOBSON, W. y JACQUET, P., *Financial Services Liberalization in the WTO*, Washington, D.C, Institute for International Economics, 1998.

- DOBSON, W., "Financial Services and International Trade Agreements: The Development Dimension", en: Mattoo, A.; Stern, R.M. y Zanini, G. (ed.), *A Handbook of International Trade in Services*, Oxford, Nueva York, Oxford University Press, 2008, pp. 289-337.
- DUNKLEY, G., *The Free Trade Adventure: The WTO, the Uruguay Round and Globalism – A Critique*, Londres, Zed Books, 2000.
- DÜR, A.; BACCINI, L. y ELSIG, M., "The Design of International Trade Agreements: Introducing a New Dataset", *The Review of International Organizations*, Boston, 2014, vol. 9, núm. 3, pp. 353-375.
- ESCUADERO, S., *International Protection of Geographical Indications and Developing Countries*, TRADE Working Papers n.º 10, Ginebra, South Centre, 2001.
- ESTEVADEORDAL, A.; SUOMINEN, K. y TEH, R., *Regional Rules in the Global Trading System*, Nueva York, Cambridge University Press, 2009.
- EVENETT, S. J., *The WTO Government Procurement Agreement: An Assessment of Current Research and Options for Reform, Paper Prepared for the World Bank Conference, "Informing the Doha Process: New Trade Research for Developing Economies"* Cairo, Egipto, 2002.
- EVENETT, S.J. y HOEKMAN, B.M., *Government Procurement: Market Access, Transparency, and Multilateral Trade Rules*, World Bank Policy Research Working Paper N.º 3195, Washington, D.C., 2004.
- EVENETT, S.J. y HOEKMAN, B.M., *International Cooperation and the Reform of Public Procurement Policies*, World Bank - Development Research Group (DECRG), World Bank Policy Research Working Paper n.º 3720, Washington, D.C., 2005.
- EVENETT, S., HOEKMAN, B. y CATTANEO, O., (ed.), *Effective Crisis Response and Openness: Implications For The Trading System*, Londres, Banco Mundial y Centre for Economic Policy Research (Gran Bretaña), 2009.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Sistema de Derecho Económico Internacional*, Madrid, Civitas Thomson Reuters, 2010.
- FINDLAY, R. y O'ROURKE, K., *Power and Plenty: Trade, Wars and the World Economy in Second Millennium*, Princeton, Oxford, Princeton University Press, 2007.

- FINGER, M., “Medidas *antidumping* y antisubvenciones”, en: Finger, M. y Olkechowsky, A. (ed.), *La Ronda Uruguay: manual para las negociaciones comerciales multilaterales*, Washington D.C., Banco Mundial, 1989, pp. 144 – 152.
- FISHLOW, A., “Hard times: Latin America in the 1930s and 1980s”, en: Holtfrerich, C.-L. (ed.), *Interactions in the World Economy: Perspectives from International Economic History*, Nueva York, Harvester Wheatsheaf, 1989.
- FLYNN, D. y GIRALDEZ, A., “Globalization Began in 1571”, en: Gills, B. y Thompson, W. (ed.), *Globalization and Global History*, Nueva York, Routledge, 2006.
- FRENKEL, S., “WTO Application of ‘the Customary Rules of Interpretation of Public International Law’ to Intellectual Property”, *Virginia Journal of International Law*, Charlottesville, Virginia, 2006, vol. 46, núm. 2, pp. 365-431.
- GAD, M.O., “TRIPS Dispute Settlement and Developing Country Interests”, en: Correa, C. y Yusuf, A. (ed.), *Intellectual Property and International Trade: The TRIPS Agreement*, 2ª. edición, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2008, pp. 331-383.
- GALLAGHER, J. y ROBINSON, R., “The Imperialism of Free Trade”, *Economic History Review*, Londres, 1953, núm. 6, pp. 1-15.
- GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE, *Trends in International Trade, Report by a Panel of Experts (“Haberler Report”)*, 1958.
- GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE *GATT Activities in 1987: An Annual Review of the Work of the GATT*, Ginebra, 1988.
- GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE, *GATT Activities in 1988: An Annual Review of the Work of the GATT*, Ginebra, 1989.
- GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE, *GATT Activities in 1990: An Annual Review of the Work of the GATT*, Ginebra, 1991.
- GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE *GATT Activities in 1991: An Annual Review of the Work of the GATT*, Ginebra, 1992.
- GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE, *GATT Focus 61*, Ginebra, 1989.
- GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE, *GATT Focus 64*, Ginebra, 1989.
- GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE, *GATT Focus 73*, Ginebra, 1990.

- GERVAIS, D., *The TRIPS Agreement: Drafting History and Analysis*, 3ª. edición, Londres, Sweet & Maxwell, 2008.
- GILLS, B. y THOMPSON, W. (ed.), *Globalization and Global History*, Nueva York, Routledge, 2006.
- GREENWALD, J., “Soluciones de controversias en la OMC”, *Revistas el Colegio de México, Foro internacional*, 2001, vol. 41, núm. 2, pp. 271-282.
- GUIMARÃES DE LIMA E SILVA, V., “The Revision of the WTO Agreement on Government Procurement: To What Extent Might it Contribute to the Expansion of Current Membership?”, *Public Procurement Law Review*, Londres, 2008, vol. 17, núm. 2, pp. 61-98.
- HABERLER, G., “Integration and Growth of the World Economy in Historical Perspective”, *The American Economic Review*, 1964, vol. 54, núm. 2, parte 1, pp. 1-22.
- HADDAD, M. y STEPHANOU, C. (ed.), *Financial Services and Preferential Trade Agreements: Lessons from Latin America (Directions in Development)*, Washington, D.C., Banco Mundial, 2010.
- HENSON S.J.; LOADER R.J.; SWINBANK, A.; BREDAHL, M. y LUX N., *Impact of Sanitary and Phytosanitary Measures on Developing Countries*, University of Readings, 2000.
- HERRMANN, C., “Inländergleichbehandlung, innerstaatliche Regulierung und technische Handelshemmnisse”, en: Herrmann, C., Weiss, W. y Ohler, C. (ed.), *Welthandelsrecht*, 2ª edición, München, C.H. Beck, 2007.
- HOEKMAN, B. y KOSTECKI, M., *The Political Economy of the World Trading System. The WTO and Beyond*, 3ª. edición, Nueva York, Oxford University Press, 2009.
- HOLTFRERICH, C.-L. (ed.), *Interactions in the World Economy: Perspectives from International Economic History*, Nueva York, Harvester Wheatsheaf, 1989.
- HOLTFRERICH, C.-L., “Interactions in the World Economy: Perspectives from International Economic History”, en: Holtfrerich, C.-L. (ed.), *Interactions in the World Economy: Perspectives from International Economic History*, Nueva York, Harvester Wheatsheaf, 1989.
- HOLTFRERICH, C.-L., “Introduction: The Evolution of World Trade, 1720 to the Present”, en: Holtfrerich, C.-L. (ed.), *Interactions in the World Economy: Perspectives from International Economic History*, Nueva York, Harvester Wheatsheaf, 1989.

- HORLICK, G. y VERSMILT, E., "The Ten Major Problems with the Anti-Dumping Instrument: An Attempt at System", *Journal of World Trade*, Alphen aan den Rijn, 2005, vol. 39, núm. 1, pp. 67-73.
- HOROWITZ, D., *Achieving Social Diversity Through the Use of Supplier Preference in the Procurement Process*, Background Paper: Review of World Bank's Procurement Policies and Procedures, Banco Mundial, agosto de 2012.
- HOWSE, R. y TREBILCOCK, M., *Regulation of International Trade*, 3ª. edición, Nueva York, Routledge Publisher, 2005.
- HUDEC, R., *Enforcing International Trade Law: The Evolution of the Modern GATT Legal System*, Salem, New Hampshire, Butterworth Legal Publishers, 1993.
- ISAACS, A., *International Trade: Tariff and Commercial Policies*, Chicago, Richards D. Irwin Inc., 1948.
- ISARD, P., *Globalization and the International Financial System: What's Wrong and What Can Be Done*, Cambridge, Nueva York, Cambridge University Press, 2005.
- JACKSON, J. H., *World Trade and the Law of Gatt: A Legal Analysis of the General Agreement on Tariffs and Trade*, Virginia, Law Publishers, 1969.
- JACKSON, J. H., *The World Trade Organization, Constitution and Jurisprudence*, The Royal Institute of International Affairs, Londres, 1998.
- JACKSON, J. H., *The World Trading System. Law and Policy of International and Economic Relations*, 2ª. edición, Cambridge, Massachusetts y Londres, The MIT Press, 1997.
- JACKSON, J. H.; DAVEY, W. J. y SYKES, A. O., *Legal Problems of International Economic Relations: Cases, Materials and Text on the National and International Regulation of Transnational Economic Relations*, 5ª. edición, Nueva York, West Publisher, 2008.
- KECK, A. y LOW, P., "Special and Differential Treatment in the WTO: Why, When and How?", *WTO Staff Working Paper*, OMC, enero de 2004.
- KENYON, D. y LEE, D. *The Struggle for Trade Liberalization in Agriculture: Australia and the Cairns Group in the Uruguay Round*, Department of Foreign Affairs and Trade of Australia, Canberra, 2006.
- KINDLEBERGER, C., "The United States and the World Economy in the Twentieth Century", en: Holtfrerich, C.-L. (ed.), *Interactions in the World Economy: Perspectives from International Economic History*, Nueva York, Harvester Wheatsheaf, 1989.

- KINDLEBERGER, C. y ALIBER, R., *Manias, Panics, and Crashes: A History of Financial Crises*, 5ª edición, Hoboken, New Jersey, John Wiley & Sons, 2005.
- KLEIN, P., “The China Seas and the World Economy between Sixteenth and Nineteenth Centuries: The Changing Structure of Trade”, en: Holtfrerich, C.-L. (ed.), *Interactions in the World Economy: Perspectives from International Economic History*, Nueva York, Harvester Wheatsheaf, 1989.
- KNOWLEDGE ECOLOGY INTERNATIONAL, *Thailand’s Compulsory Licensing Controversy*, 19.06.2007, <http://keionline.org/content/view/90/1> (consultado el 3 de abril de 2014).
- KONG, Q., “Dispute Settlement: Comments”, en: Cottier, T.; Pauwelyn, J. y Bürgi, E. (ed.), *Human Rights and International Trade*, Nueva York, Oxford University Press, 2005.
- KONO, M.; LOW, P.; LUANGA, M.; MATTOO, A.; OSHIKAWA, M. y SCHUKNECHT, L., *Mercados abiertos de servicios financieros: la función del AGCS, Estudios Especiales*, Ginebra, OMC, 1997.
- KOVACS, A., “The Global Procurement Harmonization Initiative”, *Public Procurement Law Review*, Londres, 2005, núm. 1, pp. 15-38.
- KUR, A. y GROSSE RUSE-KHAN, H., “Enough is Enough –the Notion of Binding Ceilings in International Intellectual Property Protection”, en: Kur, A. y Levin, M. (ed.), *Intellectual Property Rights in a Fair World Trade System: Proposals for Reform of TRIPS*, Cheltenham, Northampton, Massachusetts, Edward Elgar, 2011, pp. 359-407.
- KUR, A. y LEVIN, M., *Intellectual Property Rights in a Fair World Trade System: Proposals for Reform of TRIPS*, Cheltenham, Northampton, Massachusetts, Edward Elgar, 2011.
- LAGUADO GIRALDO, R., “A Critic to the Objectives of the Global Public Procurement Initiatives in the context of WTO”, *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Bogotá, 2005, núm. 5, pp. 217-241.
- LAMY, P., “*International Trade– A Vital Component of the Food Security Picture*”, Intervención ante el décimo tercer Congreso de la Asociación Europea de Economistas Agrarios, Zúrich, 2011.
- LANDES, D., “Some Thoughts on Economic Hegemony: Europe in the Nineteenth-century World Economy”, en: Holtfrerich, C.-L. (ed.), *Interactions in the World*

- Economy: Perspectives from International Economic History*, Nueva York, Harvester Wheatsheaf, 1989.
- LASCANO, J.C., *Los Derechos de Aduana*, Buenos Aires, Osmar D. Buyatti, 2008.
- LIMA-CAMPOS, A. DE, “Nineteen Proposals to Curb Abuse in Anti-Dumping and Countervailing Duty Proceedings”, *Journal of World Trade*, Alphen aan den Rijn, 2005, vol. 39, núm. 2, pp. 239-280.
- LIMA-CAMPOS, A. DE, “Aperfeiçoamento do Acordo *Antidumping*: uma nova contribuição ao debate”, *Revista Brasileira de Comércio Exterior*, Rio de Janeiro, enero-marzo de 2006, núm. 86, pp. 27-34.
- LIN, J. Y. y MONGA, C., “The Growth Report and New Structural Economics: The role of the state in the dynamics of structural change,” *Policy Research Working Paper*, Washington, DC., 2010, núm. 5336.
- LINARELLI, J., “The Limited Case for Permitting SME Procurement Preferences in the Agreement on Government Procurement”, en: Arrowsmith, S. y Andersen, R.D. (ed.), *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pp. 444-458.
- LLANOS MANSILLA, H., *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público. Introducción y Fuentes, Tomo I*, 3ª edición, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- LOW, P., *Trading Free: the GATT and U.S. Trade Policy*, Washington, D.C., Twentieth Century Fund Books, 1993.
- LOW, P. y SUBRAMANIAN, A. “TRIMS in the Uruguay Round: An Unfinished Business”, *World Bank Discussion Papers*, Washington, D.C., 1995, tomo 307, pp. 413-434.
- MACHLUP, F. y PENROSE, E., “The Patent Controversy in the 19th Century”, *The Journal of Economic History*, Nueva York, 1950, vol. 10, núm. 1, pp. 1-29.
- MACHLUP, F., *An Economic Review of the Patent System, Study of the Subcommittee on Patents, Trademarks, and Copyrights of the Committee on the Judiciary*, US Senate, 85th Congress, Second Session, Study n.º 15, Washington, D.C., US Government Printing Office, 1958.
- MARCEAU, G., “Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdictions: The Relationship Between the WTO Agreement and MEAs and Other Treaties”, *Journal of World Trade*, Alphen aan den Rijn, 2001, vol. 35, núm. 6, pp. 1081-1131.

- MARCHETTI, J., “Financial Services Liberalization in the WTO and Preferential Trade Agreements”, en: Marchetti, J. y Roy, M. (ed.) *Opening Markets for Trade in Services: Countries and Sectors in Bilateral and WTO Negotiations*, Cambridge, Nueva York, Cambridge University Press, 2008, pp. 300-339.
- MARCHETTI, J., *Financial Services Liberalization: 1997 to the Present*, presentación efectuada en el taller de la OMC para celebrar el décimo aniversario del Quinto Protocolo del Anexo al AGCS, 31 de marzo de 2009, http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/finance_e/workshop_march09_e/marchetti_e.pdf (consultado el 24 de marzo de 2014).
- MASKUS, K.E., *Intellectual Property Rights in the Global Economy*, Washington, D.C., Institute for International Economics, 2000.
- MATSUSHITA, M.; SCHOENBAUM, T.J. y MAVROIDIS, P., *The World Trade Organization: Law, Practice, and Policy*, Nueva York, Oxford University Press, 2003.
- MATSUSHITA, M.; SCHOENBAUM, T.J. y MAVROIDIS, P.C., *The World Trade Organization: Law, Practice and Policy*, 2ª. edición, Nueva York, Oxford University Press, 2006.
- MATTOO, A., *Financial Services and the WTO: Liberalization in the Developing and Transition Economies*, Ginebra, OMC, 1998.
- MCLARTY, T.L., “Liberalized Telecommunications Trade in the WTO: Implications for Universal Service Policy”, *Federal Communications Law Journal*, Washington, D.C., 1999, vol. 51, núm. 1, pp. 1-59, <http://www.repository.law.indiana.edu/fclj/vol51/iss1/2/> (consultado el primero de abril de 2014).
- MEDDISON, A., “World Economic Performance since 1870”, en: Holtfrerich, C.-L. (ed.), *Interactions in the World Economy: Perspectives from International Economic History*, Nueva York, Harvester Wheatsheaf, 1989.
- MEHTA, P.S.; KAUSHIB, A. y KAUTAB, R., *Reflections from the Frontline: Developing Country Negotiators in the WTO*, Nueva Delhi, Academic Foundation y Consumer Unity and Trust Society International, 2011.
- MESSERLIN, P.A. y FRIDH, H., “The Agreement on Safeguards: Proposals for Change in the Light of the EC Steel Safeguards”, *Journal of World Trade*, 2006, vol. 40, núm. 4, pp. 713-751.
- MUÑOZ-TÉLLEZ, V., “Dispute Settlement under the TRIPS Agreement: The United States-Brazil (2000) and United States-Argentina (2002) Patent Disputes”, en: Correa, C. (ed.), *Research Handbook on the Interpretation and Enforcement of Intellectual*

- Property under WTO Rules, Intellectual Property in the WTO Volume II*, Cheltenham, Reino Unido, Northampton, Massachusetts, Edward Elgar, 2010, pp. 215-236.
- MURRAY, J.G., “Public Procurement Strategy for Accelerating the Economic Recovery”, *Supply Chain Management: An International Journal*, 2009, vol. 14, núm. 6, pp. 429 – 434.
- NARLIKAR, A., *International Trade and Developing Countries. Bargaining Coalitions in the GATT & WTO*, Nueva York, Routledge, 2003.
- O'BRIEN, R., “Colonies in a Globalizing Economy, 1815-1948”, en: Gills, B. y Thompson, W. (ed.), *Globalization and Global History*, Nueva York, Routledge, 2006.
- O'BRIEN, R. y WILLIAMS, M., *Global Political Economy*, 3ª. edición, Basingstoke [y otros], Palgrave Macmillan, 2010.
- OATLEY, T., *International Political Economy. Interests and Institutions in the Global Economy*, 3ª. edición, Nueva York, Pearson International Edition, 2008.
- OKEDIJI, R., “Development in the Information Age: Issues in the Regulation of Intellectual Property Rights, Computer Software and Electronic Commerce”, *UNCTAD-ICTSD Issue Paper n.º 9*, Ginebra, 2004, <http://ictsd.org/i/publications/12215/> (consultado el 4 de abril de 2014).
- OKEDIJI, R., “The International Copyright System: Limitations, Exceptions and Public Interest Considerations for Developing Countries”, *UNCTAD-ICTSD Issue Paper n.º 15*, Ginebra, 2006, <http://ictsd.org/i/publications/11725/> (consultado el 4 de abril de 2014).
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS, *Sistema de Información sobre Comercio Exterior OEA, SEDI, DDECT*, http://www.sice.oas.org/trade/gatt/Punta_s.asp (consultado el 8 de marzo de 2014).
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE ADUANAS, *Breve Guía al Acuerdo de la OMC sobre Valoración*, 4ª. edición, Bruselas, OMA, 2002.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE ADUANAS, *Directrices relativas a la elaboración y utilización de una base de datos nacional de valoración que funcione como instrumento de evaluación de riesgos*, Bruselas, OMA, 2004.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, *ADPIC, Exámenes, Apartado b) del Párrafo 3 del Artículo 27 y Asuntos Conexos – Antecedentes y situación actual*, <http://www.>

wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/art27_3b_background_s.htm (consultado el 3 de abril de 2014).

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, *Estadísticas sobre las medidas de salvaguardia*, http://www.wto.org/spanish/tratop_s/safeg_s/safeg_s.htm#statistics (consultado el 21 de marzo de 2014).

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, *Estadísticas sobre subvenciones y medidas compensatorias*, http://www.wto.org/spanish/tratop_s/scm_s/scm_s.htm#statistics (consultado el 21 de marzo de 2014).

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, *Estadísticas sobre antidumping*, http://www.wto.org/spanish/tratop_s/adp_s/adp_s.htm (consultado el 21 de marzo de 2014).

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, *La OMC y la contratación pública*, http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/gproc_s.htm (consultado el 5 de noviembre de 2014).

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, *Los resultados de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales. Los textos jurídicos*, Organización Mundial del Comercio, Ginebra, 1994.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, *Los resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones comerciales multilaterales*, Ginebra, 2003.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, *Medidas Sanitarias y Fitosanitarias*, OMC E-Learning, 2010.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, *Noticias: Comunicados de Prensa 1997 : Los signatarios ponen fin a los acuerdos plurilaterales de la OMC sobre la carne y los productos lácteos*, http://www.wto.org/spanish/news_s/pres97_s/pro78_s.htm (consultado el 3 de noviembre de 2014).

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, *Panorama general de la labor de la OMC en materia de contratación pública*, http://www.wto.org/spanish/tratop_s/gproc_s/overview_s.htm (consultado el 6 de noviembre de 2014).

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, *Perfiles arancelarios en el mundo 2010*, Ginebra, Organización Mundial del Comercio, 2010.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, *Solución de diferencias en la OMC: Resúmenes de una página por caso (de 1995 a diciembre de 2008)*, Ginebra, 2009.

- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, *Unofficial Guide to the Revised Draft Modalities – Agriculture*, 6 December 2008, http://www.wto.org/english/tratop_e/agric_e/ag_modals_deco8_e.pdf (consultado el 10 de marzo de 2014).
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICO, *Final Report on Private Standards and the Shaping of the Agro-Food System*, R/CA/APM(2006)9/FINAL del 31.07.2006.
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICO, *Transparency in Government Procurement: The Benefits of Efficient Governance*, TD/TC/WP(2002)31/REV2 del 14.04.2003.
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICO, Development Assistance Committee, *Methodology for Assessment of Procurement Systems*, Indicator n.º 7 (7a), p. 31, <http://www.oecd.org/development/effectiveness/45181522.pdf> (consultado el 9 de noviembre de 2014).
- OSTERLOF OBREGÓN, D.; VILLAUSO MORALES, A.N. y HERDOCIA SACASA, M., *Las Regulaciones sobre compras públicas y los tratados de libre comercio de Centroamérica y las Mipymes*, Red Latinoamericana de Política Comercial (LATN), Working Paper n.º 140, Buenos Aires, 2011, <http://www.io.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2011/09315.pdf> (consultado el 7 de noviembre de 2014).
- PAGÉS-SERRA, C. (ed.), *La Era de la Productividad. Cómo transformar las economías desde sus cimientos*, Washington, D.C., Banco Interamericano de Desarrollo, 2010.
- PALLAS, C.L. y WOOD, J., “The World Bank’s Use of Country System for Procurement: A Good Idea Gone Bad?”, *Development Policy Review*, Londres, 2009, vol. 27, núm. 2, pp. 215-230.
- PALMETER, D. y MAVROIDIS, P., “The WTO Legal System: Sources of Law”, *American Journal of International Law*, Washington, D.C., 1998, vol. 92, núm. 3, pp. 398-413.
- PATEL, S.; ROFFE, P. y YUSUF, A. (ed.), *International Technology Transfer: The Origins and Aftermath of the United Nations Negotiations on a Draft Code of Conduct*, Londres, Kluwer International, 2001.
- PAUWELYN, J., *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Norms of International Law*, Nueva York, Cambridge University Press, 2003.
- PAUWELYN J., “The WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary (SPS) Measures as Applied in the First Three SPS Disputes. EC - Hormones, Australia - Salmon and

Japan – Varietals”, *Journal of International Economic Law*, 1999, vol. 2, núm. 4, pp. 641-664.

PAUWELYN, J., “WTO Dispute Settlement: Of Sovereign Interests, Private Rights and Public Goods”, en: Maskus, K.E. y Reichman, J.H. (ed.), *International Public Goods and Transfer of Technology: Under a Globalized Intellectual Property Regime*, 2005, Nueva York, Cambridge University Press, pp. 817-830.

PETERSMANN, E., “How to Promote the International Rule of Law? Contributions by the World Trade Organization Appellate Body Review System”, *Journal of International Economic Law*, 1998, núm. 1, pp. 25-48.

PINKER, S., “Decline of Violence: Taming the Devil within Us”, *Nature*, Philadelphia, 2011, vol. 478, pp. 309-311.

PRIMO BRAGA, C., *Liberalizing Telecommunications and the Role of the World Trade Organization*, Note n.º 120, Washington D.C., The World Bank Group, 1997, <http://documents.worldbank.org/curated/en/1997/07/441663/liberalizing-telecommunications-role-world-trade-organization> (consultado el 26 de marzo de 2014).

REINHART, C. y ROGOFF, K., *This Time is Different: Eight Centuries of Financial Folly*, Princeton, Princeton University Press, 2009.

RENNSTICH, J., “Three Steps in Globalization”, en: Gills, B. y Thompson, W. (ed.), *Globalization and Global History*, Nueva York, Routledge, 2006.

ROBERTS D., “Preliminary Assessment of the Effects of the WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary Trade Regulations”, *Journal of International Economic Law*, 1998, núm 3, pp. 337- 405.

RODRÍGUEZ, P.M., “Safeguards in the World Trade Organization Ten Years After: A Disassociated State of the Law?”, *Journal of World Trade*, 2007, vol. 41, núm. 1, pp. 159-190.

ROFFE, P., “Technology Issues in the International Agenda: A Review of Two Decades of Multilateral Deliberation in the United Nations and GATT”, en: Wolfrum, R. (ed.), *Law of the Sea at the Crossroads: The Continuing Search for a Universally Accepted Regime*, Berlin, Duncker & Humblot, 1991, pp. 285-314.

ROFFE, P., *Bilateral Agreements and a TRIPS-Plus World: the Chile-USA Free Trade Agreement*, Quaker International Affairs Programme, TRIPS Issues Papers 4, Ottawa, 2004, http://www.twinside.org.sg/title2/FTAS/Intellectual_Property/IP_and_other_Topics/Chile-USAFTPA.Roffe.pdf (consultado el 4 de abril de 2014).

- ROFFE, P., *La propiedad intelectual y la agenda económica internacional: El papel de América Latina*, Buenos Aires, La Ley, 2006.
- ROFFE, P.; TANSEY, G. y VIVAS-EUGUI, D. (ed.), *Negotiating Health: Intellectual Property and Access to Medicines*, Londres, Sterling, Virginia, Earthscan, 2006.
- ROFFE, P. y SANTA CRUZ, M., *Los derechos de propiedad intelectual en los acuerdos de libre comercio celebrados por países de América Latina con países desarrollados*, Serie Comercial Internacional núm. 70, Santiago de Chile, CEPAL, 2006.
- ROFFE, P., “Bringing Minimum Global Intellectual Property Standards into Agriculture: The Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS)”, en: Geof T. y Tasmin, R. (ed.), *The Future Control of Food: A Guide to International Negotiations and Rules on Intellectual Property, Biodiversity and Food Security*, Londres, Nueva York, Earthscan, 2008, pp. 48-68.
- ROFFE, P., “La cuestión de la ‘materia existente’ y los productos farmacéuticos: una interpretación del artículo 70 del ADPIC a la luz de su contexto, objeto, fin y circunstancias”, en: Hernández, X.S. (coord.), *Salud pública y patentes farmacéuticas: Cuestiones de economía, política y derecho*, Barcelona, Bosch, 2008.
- ROFFE, P. y SPENNEMANN, C., “Control of Anti-Competitive Practices in Contractual Licenses under the TRIPS Agreement”, en: Correa, C. y Yusuf, A. (ed.), *Intellectual Property and International Trade: The TRIPS Agreement*, 2ª. edición, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2008, pp. 293-330.
- ROFFE, P., “Intellectual Property, Development Concerns and Developing Countries”, en: Faundez, J. y Tan, C., *International Economic Law, Globalization and Developing Countries*, Cheltenham, Reino Unido, Northampton, Massachusetts, Edward Elgar, 2010. pp. 307-330.
- ROFFE, P. y SPENNEMANN, C., “Canada – Patent Protection of Pharmaceutical Products”, en: Correa, C. (ed.), *Research Handbook on the Interpretation and Enforcement of Intellectual Property under WTO Rules, Intellectual Property in the WTO Volume II*, Cheltenham, Reino Unido, Northampton, Massachusetts, Edward Elgar, 2010, pp. 237-282.
- ROFFE, P. y VEA, G., “The WIPO Development Agenda in an Historical and Political Context”, en: Netanel, N.W. (ed.), *The Development Agenda: Global Intellectual Property and Developing Countries*, Nueva York, Oxford University Press, 2009, pp. 79-109.

- ROFFE, P. y GENOVESI, M., *Implementación y administración de los capítulos de Propiedad Intelectual en los Acuerdos de Libre Comercio con los Estados Unidos: la Experiencia de cuatro países de América Latina*, Banco Interamericano de Desarrollo, Sector de Integración y Comercio, Resumen de Políticas, # BID-PB-129, Septiembre 2011, http://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/1400/Implementaci%C3%B3n_y_administraci%C3%B3n_de_los_cap%C3%ADtulos_de_propiedad_intelectual_en_los_acuerdos_de_libre_comercio_con_Estados_Unidos.pdf?sequence=5 (consultado el 26 de marzo de 2014).
- ROSALES, O. y SÁEZ, S., *Temas controversiales en negociaciones comerciales Norte-Sur*, Libros de la CEPAL 106, Santiago de Chile, CEPAL, 2010.
- SACHS, J. y WARNER, A., “Economic Reform and the Process of Global Integration”, *Brookings Papers on Economic Activity*, 1995, núm. 1, pp. 1-118.
- SÁEZ, S., *Estrategia y Negociación en el Sistema Multilateral de Comercio*, Santiago de Chile, Dolmen Ediciones, 1999.
- SANTA CRUZ, M., “WTO Panel on United States-Section 110(5) of the US Copyright Act”, en: Correa, C. (ed.), *Research Handbook on the Protection of Intellectual Property under WTO Rules*, *Intellectual Property in the WTO Volume II*, Cheltenham, Reino Unido, Northampton, Massachusetts, Edward Elgar, 2010, pp.191-214.
- SELL, S., *Private Power, Public Law: The Globalization of Intellectual Property Rights*, Cambridge, Nueva York, Cambridge University Press, 2003.
- SHAFFER, G., “Recognizing Public Goods in WTO Dispute Settlement: Who Participates? Who decides? The Case of TRIPS and Pharmaceutical Patent Protection”, en: Maskus, K.E. y Reichman, J.H. (ed.), *International Public Goods and Transfer of Technology: Under a Globalized Intellectual Property Regime*, 2005, Nueva York, Cambridge University Press, pp. 884-908.
- SHERMAN, L.B., “‘Wildly Enthusiastic’ About the First Multilateral Agreement on Trade in Telecommunications Services”, *Federal Communications Law Journal*, Washington D.C., 1998, vol. 51, núm. 1, pp. 61-110.
- SOCIEDAD MAX PLANCK, *Declaración por una interpretación equilibrada de la “Regla de los tres pasos” en el Derecho de autor*, http://www.ip.mpg.de/files/pdf2/declaracion_three_step_test_final_spanish1.pdf (consultado el 3 de abril de 2014).
- SOUTH CENTRE, *Classification in Services: An Overview of the Main Issues for Developing Countries*, SC/TADP/AN/SV/11, South Centre Analytical Note, enero de 2005,

- http://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2013/07/AN_SVI_Classification-in-Services_EN.pdf (consultado el 26 de marzo de 2014).
- STANCANELLI, N. E., “La agricultura en la Ronda Uruguay”, en: Leiva, P. (ed.), *La Ronda Uruguay y el desarrollo de América Latina*, Santiago de Chile, Centro Latinoamericano de Economía y Política Internacional (CLEPI), 1994.
- STEWART, T.P. (ed.), *The GATT Uruguay Round: A Negotiating History (1986-1992)*, Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1993.
- TARULLO, D., *Banking on Basel: The Future of Financial Regulation*, Washington, D.C., Peterson Institute for International Economics, 2008.
- TELECOMMUNICATIONS INDUSTRY ASSOCIATION (TIA), *TIA’s 2006 Telecommunications Market Review and Forecast*, Arlington, TIA, 2006.
- TELECOMMUNICATIONS INDUSTRY ASSOCIATION, *TIA’s 2010 ICT Market Review and Forecast*, Arlington, TIA, 2010.
- THE ECONOMIST, *The 9 billion-people question. A special report on feeding the world*, *The Economist*, 26.02.2011.
- The Intellectual Property Committee (Estados Unidos), Keidanren (Japón), UNICE (Europa), *Basic framework of GATT provisions on intellectual property, statement of views of the European, Japanese and United States business communities*, Nueva York, The Committee, Keidanren, UNICE, 1988.
- TREBILCOCK, M.J. y HOWSE, R., *The Regulation of International Trade*, 2ª. edición, Londres, Routledge, 1999.
- TREPTE, P.-A., “Building Sustainable Capacity in Public Procurement”, en: Arrow-smith, S. y Andersen, R.D. (ed.), *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pp. 377-389.
- UNIÓN INTERNACIONAL DE TELECOMUNICACIONES, *ICT and Telecommunications in Least Developed Countries – Mid-Term Review for the Decade 2001-2010*, Ginebra, UIT, 2006, http://www.itu.int/ITU-D/lcd/pdf/ictand_telinlde-e.pdf (consultado el primero de abril de 2014).
- UNIÓN INTERNACIONAL DE TELECOMUNICACIONES, *ICT Statistics Newslog - Worldwide Telecommunications Industry Revenue to Reach \$2.7 Trillion by 2017*, 13.01.2012, <http://www.itu.int/ITU-D/ict/newslog/Worldwide+Telecommunications+In>

- dustry+Revenue+To+Reach+27+Trillion+By+2017.aspx (consultado el 24 de marzo de 2014).
- VAN DEN BOSSCHE, P., *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials*, Nueva York, Cambridge University Press, 2005.
- VAN DEN BOSSCHE, P., *The Law and Policy of the World Trade Organization*, 2ª. edición, Nueva York, Cambridge University Press, 2008.
- VAN DER WEE, H. y BUYST, E., “Europe and the World Economy During the Inter-War Period”, en: Holtfrerich, C.-L. (ed.), *Interactions in the World Economy: Perspectives from International Economic History*, Nueva York, Harvester Wheatsheaf, 1989.
- VERMULST, E.; WAER, P. y BOURGEOIS, J., *Rules of Origin in International Trade: A Comparative Study*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 1994.
- VIVAS-EUGUI, D. y OLIVA, M.J., “The WTO dispute on Trademarks and Geographical Indications: Some Implications for Trade Policy-Making and Negotiations”, en: Correa, C. (ed.), *Research Handbook on the Interpretation and Enforcement of Intellectual Property under WTO Rules, Intellectual Property in the WTO Volume II*, Cheltenham, Reino Unido, Northampton, Massachusetts, Edward Elgar, 2010, pp. 122-141.
- WANG, P., “China’s Accession to WTO Government Procurement Agreement - Challenges and the Way Forward”, *Journal of International Economic Law*, Londres, 2009, vol. 12, núm. 3, pp. 663-706.
- WATAL, J., *Intellectual Property Rights in the WTO and Developing Countries*, La Haya, Boston, Kluwer Law International, 2001.
- WATERMEYER, R.B., “Facilitating Sustainable Development through Public and Donor Procurement Regimes: Tools and Techniques”, *Public Procurement Law Review*, Londres, 2004, núm. 1, pp. 30-54.
- WHITE, J.H., *A History of the American Locomotive: Its Development, 1830-1880*, Nueva York, Dover Publications, 1979.
- WILLIAMSON, J., What Washington Means by Policy Reform, 2002, <http://www.iie.com/publications/papers/paper.cfm?ResearchID=486> (consultado el 4 de noviembre 2014).

- WOLFRUM, R., STOLL, P., SEIBERT-FOHR, A. (ed.), *WTO – Technical Barriers and SPS Measures, Volume 3 Max Planck Commentaries on World Trade Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2005.
- WOLFRUM, R., STOLL, P. y KOEBELE, M. (ed.), *WTO – Trade Remedies, Volume 4 Max Planck Commentaries on World Trade Law*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008.
- WULF, L. DE y SOKOL, J., *Manual para la Modernización de Aduanas – Precio en Dólares*, Bogotá, Banco Mundial, Mayo, 2005.
- ZHANG, X., “Constructing a System of Challenge Procedures to Comply with the Agreement on Government Procurement”, en: Arrowsmith, S. y Andersen, R.D. (ed.), *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pp. 483-510.
- ZUNIGA SCHRODER, H., *Harmonization, Equivalence and Mutual Recognition of Standards in WTO Law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law and Business, 2011.

I. OMC-DOCUMENTOS

Acta de la Reunión, OMC-Doc. WT/GC/M/25 del 4 febrero de 1998.

Acuerdos de la OMC con el Fondo y con el Banco, OMC-Doc. WT/L/195 del 18.11.1996

Acuerdos entre la OMC y el FMI el Banco Mundial – Decisión adoptada por el Consejo General en su reunión de los días 7, 8 y 13 de noviembre 1996, OMC-Doc. WT/L/194, 195 del 18.11.1996.

Adhesión a la Organización Mundial del Comercio – Procedimiento para las negociaciones en el marco del artículo XII – Nota de la Secretaría, OMC-Doc. WT/ACC/1 del 24.03.1995.

Adhesión de la Federación de Rusia – Recurso por los Estados Unidos al Artículo XIII del Acuerdo Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio con respecto a la Federación de Rusia, OMC-Doc. WT/L/837 del 16.12.2011.

Adhesión de la Federación de Rusia – Recurso por los Estados Unidos al Artículo XIII del Acuerdo Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio con respecto a la Federación de Rusia, OMC-Doc. WT/L/838 del 16.12.2011.

Adhesión de la Republica de Armenia – Recurso por los Estados Unidos al artículo XIII del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio con respecto a la República de Armenia, OMC-Doc. WT/L/505 del 10.12.2002.

Adhesión de la Republica de Moldavia – Recurso por los Estados Unidos al artículo XIII del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio con respecto a Moldavia, OMC-Doc. WT/L/395 del 04.05.2001.

Comité de Contratación Pública i- Informes Estadísticos sobre Contratación Pública correspondientes a 1996-2006 presentados en virtud del párrafo 5 del artículo XIX del Acuerdo sobre Contratación Pública – Comunicación de las Comunidades Europeas, OMC-Doc. GPA/101 del 10.07.2009.

Comité de Licencias de Importación – Formularios de notificación: párrafo 4 a) del artículo 1 y / o párrafo 2 b) del artículo 8 y artículo 5 del Acuerdo Sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación – Nota de la Secretaría, OMC-Doc. G/LIC/22 del 02.08.2011.

Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias – Directrices para fomentar la aplicación práctica del párrafo 5 del artículo 5, OMC-Doc: G/SPS/15 del 2000 del 18.07.2000.

- Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias – Decisión sobre la aplicación del artículo 4 del Acuerdo sobre la aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias, OMC-Doc: G/SPS/I9/REV.2 del 23.07.2004.*
- Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias – Revisión del procedimiento para la vigilancia del proceso de armonización internacional – Decision of the Committee, OMC-Doc: G/SPS/I/REV.1 del 15.11.2004.*
- Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias – Resumen de la reunión extraordinaria sobre el artículo 6 – Nota de la Secretaría, OMC-Doc: G/SPS/R/38 Y CORR.1 del 10.04.2006.*
- Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias – Notificación de la determinación del reconocimiento de la equivalencia de las medidas sanitarias y fitosanitarias, OMC-Doc: G/SPS/N/EQV/PAN/ del 09.08.2007.*
- Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias – Las normas privadas voluntarias en el marco multilateral de la OMC, OMC-Doc: G/SPS/GEN/802 del 09.10.2007.*
- Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias – Directrices para fomentar la aplicación práctica del artículo 6 del acuerdo sobre la aplicación de medidas sanitarias y fitosanitarias, OMC-Doc: G/SPS/48 del 16.05.2008.*
- Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias – Notificación de la determinación del reconocimiento de la equivalencia de las medidas sanitarias y fitosanitarias, OMC-Doc: G/SPS/N/EQV/DOM/I del 19.06.2008.*
- Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias – Cuestionario sobre las normas privadas relacionadas con cuestiones sanitarias y fitosanitarias – Nota de la Secretaría, OMC-Doc: G/SPS/W/232 del 8.12.2008.*
- Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias – Examen del Funcionamiento y aplicación del MSF Documento de antecedentes – Nota de la Secretaría, OMC-Doc: G/SPS/GEN/887/REV.1 del 06.02.2009.*
- Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias – Efectos de las normas privadas relacionadas con cuestiones sanitarias y fitosanitarias – recopilación de respuestas – Nota de la Secretaría, OMC-Doc: G/SPS/GEN/932/REV.1 del 10.12.2009.*
- Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias – Examen del Funcionamiento y Aplicación del MSF – Nota de la Secretaría, OMC-Doc: G/SPS/53 del 03.05.2010.*
- Comité de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias – Medidas que podría adoptar el Comité MSF acerca de las normas privadas relacionadas con cuestiones sanitarias y fitosanitarias, OMC-Doc: G/SPS/W/247/REV.3 del 11.10.2010.*

Comité de Normas de Origen – Proyecto – Texto refundido de las normas de origen no preferenciales – Programa de trabajo en materia de armonización – Nota de la Secretaría, OMC-Doc. G/RO/W/111 del 15.10.2007.

Comité de Subvenciones y Medidas Compensatorias – Acta de la reunión extraordinaria celebrada el 20 de diciembre de 1999, OMC-Doc. G/SCM/M/22 del 17.02.2000.

Comité de Subvenciones y Medidas Compensatorias – Informe del Presidente sobre las cuestiones relativas a la aplicación remitidas al comité a petición del Presidente del Consejo General el 2 de agosto y el 15 de octubre de 2001 y en Virtud de la Decisión del Consejo General de 15 de diciembre de 2000, OMC-Doc. G/SCM/38 del 26.10.2001.

Comité de Subvenciones y Medidas Compensatorias – Procedimiento para la concesión de las prórrogas previstas en el párrafo 4 del artículo 27 a determinados países en desarrollo Miembros, OMC-Doc. G/SCM/39 del 20.11.2001.

Comité de Subvenciones y Medidas Compensatorias – Subvenciones – Apartado b) del Anexo VII del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias – Actualización del PNB por habitante de los Miembros enumerados en el apartado b) del Anexo VII en los términos previstos en el inciso 1 del párrafo 10 de la Decisión Ministerial de Doha y de conformidad con la metodología contenida en el documento G/SCM/38 – Nota de la Secretaría, OMC-Doc. G/SCM/110 del 20.10.2003.

Comité de Subvenciones y Medidas Compensatorias – Subvenciones – Apartado b) del Anexo VII del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias – Actualización del PNB por habitante de los Miembros enumerados en el apartado b) del Anexo VII en los términos previstos en el inciso 1 del párrafo 10 de la Decisión Ministerial de Doha y de conformidad con la metodología enunciada en el documento G/SCM/38 – Nota de la Secretaría – Addendum, OMC-Doc. G/SCM/110/Add.10 del 11.07.2013.

Comité de Subvenciones y Medidas Compensatorias – Subvenciones – Solicitud de los Estados Unidos a la Secretaría con respecto a la situación de competitividad de las exportaciones de los textiles y prendas de vestir exportados por la INDIA, Nota de la Secretaría, OMC-Doc. G/SCM/132 del 26.02.2010.

Comité de Subvenciones y Medidas Compensatorias – Subvenciones – Solicitud de los Estados Unidos a la Secretaría con respecto a la situación de competitividad de las exportaciones de los textiles y prendas de vestir exportados por la INDIA, Nota de la Secretaría – Addendum, OMC-Doc. G/SCM/132/Add.1 del 23.03.2010.

Comité de Subvenciones y Medidas Compensatorias – Subvenciones – Solicitud de los Estados Unidos a la Secretaría con respecto a la situación de competitividad de las exportaciones

de los textiles y prendas de vestir exportados por la INDIA, Nota de la Secretaría – Revisión, OMC-Doc. G/SCM/132/Add.1/Rev.1 del 21.04.2010.

Comité OTC – Segundo Examen Trienal del Funcionamiento y Aplicación del OTC, OMC-Doc. G/TBT/9 del 13.11.2000.

Comité OTC – Decimoséptimo Examen Anual de la Aplicación y el Funcionamiento del OTC, Nota de la Secretaría, OMC-Doc. G/TBT/31 del 02.03.2012.

Conferencia Ministerial, Cuarto periodo de sesiones, Doha, 9-13 de noviembre 2001, Accession of China – Invocation by El Salvador of Article XIII of the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization with respect to China, OMC-Doc. WT/L/429 del 7.11.2001.

Conferencia Ministerial, Cuarto período de sesiones, Doha, 9-14 de noviembre de 2001, Cuestiones y preocupaciones relativas a la aplicación, OMC-Doc. WT/MIN(01)/17 del 20.11.2001 (adoptado el 14.11.2001).

Conferencia Ministerial, Cuarto período de sesiones, Doha, 9-14 de noviembre de 2001, Declaración Ministerial, OMC-Doc. WT/MIN(01)/DEC/1 del 20.11.2001 (adoptado el 14.11.2001).

Conferencia Ministerial, Cuarto período de sesiones, Doha, 9-14 de noviembre de 2001, Declaración Ministerial relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública, OMC-Doc. WT/MIN(01)/DEC/2 del 20.11.2001 (adoptada el 14.11.2001).

Conferencia Ministerial, Noveno período de sesiones, Bali, 3-6 de diciembre de 2013, Reclamaciones no Basadas en una Infracción y Reclamaciones en Casos en que Existe otra Situación en el Ámbito de los ADPIC, Proyecto de Decisión Ministerial, OMC-Doc. WT/MIN(13)/W/2 del 28.11.2013.

Consejo de los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio – Sesión Extraordinaria – Sistema multilateral de notificación y Registro de las Indicaciones Geográficas de Vinos y Bebidas Espirituosas – Informe del Presidente, Embajador Darlington Mwape (Zambia) al Comité de Negociaciones Comerciales, OMC-Doc. TN/IP/21 del 21.04.2011.

Consejo del Comercio de Mercancías – Acta de la reunión – Celebrada en el Centro William Rappard el 15 de octubre de 1999, OMC-Doc. G/C/M/41 del 22.11.1999.

Consejo del Comercio de Mercancías – Acta de la reunión – Celebrada en el Centro William Rappard el 24 de enero de 2000, OMC-Doc. G/C/M/42 del 29.02.2000.

- Consejo del Comercio de Mercancías – Acta de la reunión – Celebrada en el Centro William Rappard los días 5 de abril y 18 de mayo de 2000, OMC-Doc. G/C/M/43 del 13.06.2000.*
- Consejo del Comercio de Mercancías – Acta de la reunión – Celebrada en el Centro William Rappard los días 7 de julio y 16 de octubre de 2000, OMC-Doc. G/C/M/44 del 30.10.2000.*
- Consejo del Comercio de Mercancías – Comunicación de las Comunidades Europeas ante la OMC – Facilitación del Comercio: el Artículo X del GATT relativo a la Publicación y Aplicación de los Reglamentos Comerciales, OMC-Doc. G/C/W/363 del 12.04.2002.*
- Consejo del Comercio de Servicios – Servicios de telecomunicaciones – Nota documental de la Secretaría, OMC-Doc. S/C/W/74 del 08.12.1998.*
- Consejo del Comercio de Servicios – Directrices para la Consignación en Listas de los Compromisos Específicos en el Marco del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), OMC-Doc. S/L/92 del 28.03.2001.*
- Consejo del Comercio de Servicios en Sesión Extraordinaria – Comité de Compromisos Específicos – Comunicación de los Estados Unidos – Clasificación en el sector de las telecomunicaciones en el marco de la OMC/AGCS, OMC-Doc. TN/S/W/35, S/CSC/W/45 del 22.02.2005.*
- Consejo del Comercio de Servicios – Servicios de telecomunicaciones – Nota de antecedentes preparada por la Secretaría, OMC-Doc. S/C/W/299 del 10.06.2009.*
- Consejo del Comercio de Servicios – Comité del Comercio de Servicios Financieros – Servicios financieros – Nota de antecedentes de la Secretaría, OMC-Doc. S/C/W/312, S/FIN/W/73 del 03.02.2010.*
- Consejo General – Acta de la Reunión celebrada en el centro William Rappard el 15 de noviembre de 1995, OMC-Doc. WT/GC/M/8 del 13.12.1995.*
- Consejo General – Párrafo 4 del artículo 27 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, OMC-Doc. WT/L/691 del 31.07.2007.*
- Consejo General – Procedimientos de adopción de decisiones de conformidad con los artículos IX y XII del Acuerdo sobre la OMC – Declaración del Presidente (Texto acordado por el Consejo General el 15.11.1995), OMC-Doc. WT/L/93 del 24.11.1995.*
- Consejo General – Procedimientos de notificación y examen en el marco del Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación – Nota de la Secretaría, OMC-Doc. G/LIC/3 del 07.11.1995.*

Consejo General – Procedimientos para el nombramiento de los directores generales (adaptados por el Consejo el 10.12.2002), OMC-Doc. WT/L/509 del 20.01.2003.

Consejo General – Enmienda del Acuerdo sobre los ADPIC – Decisión de 6 de diciembre de 2005, OMC-Doc. WT/L/641 del 08.10.2005.

Consejo General – Certificación del Proceso de Kimberley para los diamantes en bruto, OMC-Doc. WT/L/676 del 15.12.2006.

Consejo General – Procedimientos de trabajo para el examen en apelación – Comunicación del Órgano de Apelación, OMC-Doc. WT/AB/WP/W/11 del 26.07.2010.

Consejo General – Comité de Negociaciones Comerciales – Cuestiones relativas a la extensión de la protección de las indicaciones geográficas prevista en el Artículo 23 del Acuerdo sobre los ADPIC a Productos Distintos de los Vinos y las Bebidas Espirituosas a las Referentes a la Relación entre el Acuerdo sobre los ADPIC y el Convenio sobre la Diversidad Biológica – Informe del Director General, OMC-Doc. WT/GC/W/633, TN/C/W/61 del 21.04.2011.

Consejo General – Decisión sobre los Textos Relativos a los Valores Mínimos y a las Importaciones Efectuadas por Agentes Exclusivos, Distribuidores Exclusivos y Concesionarios Exclusivos, http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/43-dval2_s.htm (consultado el 11.03.2014).

Consejo General – Decisión Relativa a los Casos en que las Administraciones de Aduanas Tengan Motivos para Dudar de la Veracidad o Exactitud del Valor Declarado, http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/42-dval1_s.htm (consultado el 11.03.2014).

Grupo de Negociación sobre las Normas – Nuevos proyectos de textos refundidos del Acuerdo Antidumping y el Acuerdo SMC presentados por el Presidente, OMC-Doc. TN/RL/W/236 del 19.12.2008.

Grupo sobre Telecomunicaciones Básicas – Nota del Presidente – Revisión, OMC-Doc. S/GBT/W/2/Rev.1 del 16.01.1997.

Grupo sobre Telecomunicaciones Básicas – Nota del Presidente – Limitaciones de acceso a los mercados relativas a la disponibilidad de espectro, OMC-Doc. S/GBT/W/3 del 03.02.1997.

Lista de clasificación sectorial de los servicios – Nota de la Secretaría, OMC-Doc. MTN/GNS/W/120 del 10.07.1991.

Nuevos proyectos de textos refundidos del Acuerdo Antidumping y el Acuerdo SMC presentados por el Presidente, OMC-Doc. TN/RL/W/236 del 19.12.2008.

Órgano de Apelación – Procedimientos de trabajo para el examen en apelación, OMC-Doc. WT/AB/WP/1 del 15.02.1996.

Órgano de Examen de las Políticas Comerciales – Reglamento de las Reuniones del Órgano de Examen de las políticas Comerciales – Revisión, OMC-Doc. WT/TPR/6/Rev. 3 del 31.01.2012.

Órgano de Solución de Diferencias – Procedimientos adicionales para la celebración de consultas entre el presidente del OSD y los Miembros de la OMC en relación con las modificaciones de los procedimientos de trabajo para el examen en apelación, OMC-Doc. WT/DSB/31 del 20.12.2002.

Órgano de Solución de Diferencias – Sesión Extraordinaria – Informe del Presidente, Embajador Ronald Saborío Soto, al Comité de Negociaciones Comerciales, OMC-Doc. TN/DS/25 de 21.04.2011.

Organización Mundial del Comercio, ADPIC, *Miembros que han aceptado la enmienda del Acuerdo sobre los ADPIC*, http://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/amendment_s.htm (consultado el 06.11.2014).

Reglamentos de los periodos de sesiones de la conferencia ministerial y de las Reuniones del Consejo General, OMC-Doc. WT/L/161 del 25.07.1996.

Reglamentos de las Reuniones del Órgano de Solución de diferencias, OMC-Doc. WT/DSB/9 del 16.01.1997.

II. GATT-DOCUMENTOS

Preparatory Committee – Draft Ministerial Declaration – Revision, GATT-Doc. PREP.COM(86)W/41/Rev.1 del 16.07.2014.

Recurso del Uruguay al Artículo XXIII, GATT-Doc. L/1923 - 11S/95, adoptado el 16.11.1962.

Trade Negotiations Committee – Mid-Term Meeting, GATT-Doc. MTN.TNC/11 del 24.04.1989.

Uruguay Round – Group of Negotiations on Goods – Negotiating Group on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, including Trade in Counterfeit Goods, Beneficiaries of and Exceptions to National Treatment Under Treaties Administered by

WIPO – Communication from the World Intellectual Property Organization, GATT-Doc. MTN.GNG/NGII/W/66 del 20.02.1990.

Uruguay Round – Group of Negotiations on Goods – Negotiating Group on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, including Trade in Counterfeit Goods, Beneficiaries of and Exceptions to National Treatment under Treaties Administered by WIPO – Corrigendum, GATT-Doc. MTN.GNG/NGII/W/66/Corr.1 del 06.03.1990.

Uruguay Round – Group of Negotiations on Goods – Negotiating Group on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, including Trade in Counterfeit Goods, Status of Work in the Negotiating Group – Chairman’s Report to the GNG, GATT-Doc. MTN.GNG/NGII/W/76 del 23.07.1990.

I. DECISIONES DEL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE LA OMC Y GATT 1947

Argentina – Determinadas medidas relativas a la protección de patentes y de los datos de pruebas, DS196.

Argentina – Medidas de Salvaguardia Impuestas a las Importaciones de Calzado (Argentina – Calzado (CE)), Órgano de Apelación, WT/DS121/AB/R, adoptado el 12 de enero de 2000.

Australia – Determinadas medidas relativas a las marcas de fábrica o de comercio y otras prescripciones de empaquetado genérico aplicables a los productos de tabaco y al empaquetado de esos productos (Australia – Empaquetado genérico del tabaco (Ucrania)), DS434.

Australia – Determinadas medidas relativas a las marcas de fábrica o de comercio, indicaciones geográficas y otras prescripciones de empaquetado genérico aplicables a los productos de tabaco y al empaquetado de esos productos (Australia – Empaquetado genérico del tabaco – Honduras), DS435, DS441, DS458, DS467.

Australia – Subvenciones concedidas a los productores y exportadores de cuero para automóviles (Australia – Cuero para automóviles II), Grupo Especial, WT/DS126/R, adoptado el 11 de febrero de 2000.

Argentina – Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y protección de los datos de pruebas relativos a los productos químicos para la agricultura, DS171.

Bélgica – Subsidios familiares, Grupo Especial, IBDD 1S/59, adoptado el 7 de noviembre de 1952.

Brasil – Medidas que afectan a la protección mediante patente (Brasil – Protección mediante patente), DS199.

Brasil – Medidas que Afectan al Coco Desechado (Brasil – Coco desecado), Órgano de Apelación, WT/DS22/AB/R, adoptado el 20 de marzo de 1997.

Canadá / Comunidades Europeas – Derechos en Virtud del Artículo XXVIII, Laudo arbitral, BISD 37S/80, DS12/R – 37S/86, adoptado el 26 de octubre de 1990.

Canadá – Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil (Canadá – Automóviles), Grupo Especial, WT/DS139/R, WT/DS142/R, adoptado el 19 de ju-

nio de 2000, Órgano de Apelación, WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, adoptado el 19 de junio de 2000.

Canadá – Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles (Canadá – Aeronaves civiles), Órgano de Apelación, WT/DS70/AB/R, adoptado el 20 de agosto de 1999, Grupo Especial, WT/DS70/R, adoptado el 20 de agosto de 1999.

Canadá – Medidas que afectan a la importación de leche y a las exportaciones de productos lácteos (Canadá – Lácteos), DS103 Y 113.

Canadá – Medidas relativas a las exportaciones de trigo y al trato aplicado al grano importado (Canadá – Exportaciones de trigo e importaciones de grano), Órgano de Apelación, WT/DS276/AB/R, adoptado el 27 de septiembre de 2004.

Canadá – Protección mediante patente de los productos farmacéuticos (Canadá – Patentes para productos farmacéuticos), Grupo Especial, WT/DS114/R, adoptado el 7 de abril de 2000.

Canadá – Período de protección mediante patente (Canadá – Período de protección mediante patente), Órgano de Apelación, WT/DS170/AB/R, adoptado el 12 de octubre de 2000.

Chile – Sistema de bandas de precios y medidas de salvaguardia aplicados a determinados productos agrícolas (Chile – Sistema de bandas de precios), Órgano de Apelación, WT/DS207/AB/R, adoptado el 23 de octubre de 2002

China – Medidas que afectan a la protección y observancia de los derechos de propiedad intelectual (China – Derechos de propiedad intelectual), DS362.

China – Medidas que afectan a las importaciones de partes de automóviles (China – Partes de automóviles), Grupo Especial, WT/DS339/R, WT/DS340/R y WT/DS342/R, adoptado el 12 de enero de 2009.

China – Medidas que afectan a los derechos comerciales y los servicios de distribución respecto de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de esparcimiento (China – Servicios Audiovisuales), DS363.

China – Medidas que afectan a los servicios de información financiera y a los proveedores extranjeros de información financiera, DS372.

Colombia – Precios indicativos y restricciones de los puertos de entrada (Puertos de entrada), Solicitud de celebración de consultas presentada por Panamá, G/L/824; G/VAL/D/9; WT/DS366/1 del 17.07.2007.

Comunidad Económica Europea – Primas y subvenciones abonadas a los elaboradores y a los productores de semillas oleaginosas y proteínas conexas destinadas a la alimentación animal (CEE – Semillas Oleaginosas I), Grupo Especial, BISD 37S/86, adoptado el 25 de enero de 1990.

Comunidades Europeas – Denominación Comercial de Sardinias (CE – Sardinias), Órgano de Apelación, WT/D231/AB/R, adoptado el 26 de septiembre de 2002.

Comunidades Europeas – Medidas que Afectan a la Carne y los Productos Cárnicos (CE – Hormonas), Órgano de Apelación, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adoptado el 13 de febrero de 1998.

Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la concesión del derecho de autor y derechos conexos, DSI15.

Comunidades Europeas – Medidas que Afectan a la Importación de Determinados Productos Avícolas (CE – Productos avícolas), Órgano de Apelación, WT/DS69/AB/R, adoptado el 23 de julio de 1998.

Comunidades Europea – Medidas que Afectan al Amianto y a los Productos que Contienen Amianto (CE – Amianto), Órgano de Apelación, WT/D135/AB/R, adoptado el 5 de abril de 2001.

Comunidades Europeas – Medidas relacionadas con la protección de las marcas de fábrica o de comercio y las indicaciones geográficas en el caso de los productos agrícolas y los productos alimenticios (CE – Marcas de fábrica o de comercio e indicaciones geográficas), DSI74, DS290.

Comunidades Europeas – Observancia de los derechos de propiedad intelectual por estaciones de televisión, DSI24.

Comunidades Europea – Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura, DSI53.

Comunidades Europeas – Régimen para la Importación, Venta y Distribución de Bananos (CE – Bananas III), Órgano de Apelación, WT/DS27/AB/R, adoptado el 25 de septiembre de 1997.

Comunidades Europeas y determinados Estados Miembros – Medidas que afectan al comercio de grandes aeronaves civiles (CE y determinados Estados Miembros – Grandes aeronaves civiles), Órgano de Apelación, WT/DS316/AB/R, adoptado el primero de junio de 2011, Grupo Especial, WT/DS316/R, adoptado el primero de junio de 2011.

Corea – Medida de Salvaguardia Definitiva Impuesta a las Importaciones de Determinados Productos Lácteos (Corea – Productos lácteos), Órgano de Apelación, WT/DS98/AB/R, adoptado el 12 de enero de 2000.

Corea – Medida de Salvaguardia Definitiva Impuesta a las Importaciones de Determinados Productos Lácteos (Corea – Productos lácteos), Grupo Especial, WT/DS98//R, adoptado el 12 de enero de 2000.

Corea – Medidas que Afectan a la Contratación Pública (Corea – Contratación pública), Grupo Especial, WT/DS163/R, adoptado el 19 de junio de 2000.

Corea – Medidas que Afectan a las Importaciones de Carne Vacuna Fresca, Refrigerada y Congelada (Corea – Carne Vacuna), Órgano de Apelación, WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, adoptado el 10 de enero de 2001.

Dinamarca – Medidas que afectan a la observancia de los derechos de propiedad intelectual, DS83.

Estados Unidos – Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos (Estados Unidos – Artículo 110 (5) de la Ley de Derecho de Autor), DS160.

Estados Unidos – Artículo 211 de la Ley Ómnibus de Asignaciones de 1998 (Estados Unidos – Artículo 211 de la Ley de Asignaciones), Órgano de Apelación, WT/DS176/AB/R, adoptado el 2 de enero de 2002.

Estados Unidos – Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974 (Estados Unidos – Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior), Grupo Especial, WT/DS152/R, adoptado el 22 de diciembre de 1999.

Estados Unidos – Artículo 337 de la Ley Arancelaria de 1930, GE-GATT, BISD 36S/345, adoptado el 7 de noviembre de 1989.

Estados Unidos – Artículo 337 de la Ley Arancelaria de 1930 y modificaciones de la misma, DS186.

Estados Unidos – Código de patentes de los Estados Unidos, DS224.

Estados Unidos – Derechos Antidumping y Compensatorios Definitivos sobre Determinados Productos Procedentes de China (Estados Unidos – Derechos antidumping y compensatorios (China)), Órgano de Apelación, WT/DS379/AB/R, adoptado el 25 de marzo de 2011.

Estados Unidos – Derechos Compensatorios sobre Determinados Productos Planos de Acero al Carbono Resistente a la Corrosión Procedentes de Alemania, (Estados Unidos – Acero

al Carbono), Órgano de Apelación, WT/DS213/AB/R, adoptado el 28 de noviembre de 2002.

Estados Unidos – Determinación Definitiva en Materia de Derechos Compensatorios con Respecto a Determinada Madera Blanda Procedente del Canadá (Estados Unidos – Madera blanda IV), Órgano de Apelación, WT/DS257/AB/R, adoptado el 20 de diciembre de 2005.

Estados Unidos – Determinadas Prescripciones en Materia de Etiquetado Indicativo del País de Origen (Estados Unidos – EPO), Órgano de Apelación, WT/DS384/AB/R, WT/DS386/AB/R, adoptado el 29 de junio de 2012.

Estados Unidos – Fur Felt Hats, Reporte del Grupo de Trabajo sobre el retiro por parte de Estados Unidos de una concesión arancelaria bajo el artículo XIX GATT, GATT/CP/106, adoptado el 22 de octubre de 1951.

Estados Unidos – Medidas de salvaguardia definitivas impuestas a las importaciones de gluten de trigo procedentes de las Comunidades Europeas (Estados Unidos – Gluten de trigo), Órgano de Apelación, WT/DS166/AB/R, adoptado el 19 de enero de 2001.

Estados Unidos – Medidas de salvaguardia respecto de las importaciones de carne de cordero fresca, refrigerada o congelada procedentes de Nueva Zelanda y Australia (Estados Unidos – Cordero), Órgano de Apelación, WT/DS177/AB/R, WT/DS178/AB/R, adoptado el 16 mayo de 2001.

Estados Unidos – Medidas que Afectan a la Producción y Venta de Cigarrillos de Clavo de Olor (Estados Unidos – Cigarrillos Clavos de Olor), Órgano de Apelación, WT/D406/AB/R, adoptado el 4 de abril de 2012.

Estados Unidos – Medidas que Afectan al Suministro Transfronterizo de Servicios de Juegos de Azar y Apuestas (Estados Unidos – Juegos de Azar), Grupo Especial, WT/DS285/R, adoptado el 20 de abril de 2005.

Estados Unidos – Medidas que Afectan al Suministro Transfronterizo de Servicios de Juegos de Azar y Apuestas (Estados Unidos – Juegos de Azar), Órgano de Apelación, WT/DS285/AB/R y Corr. I., adoptado el 20 de abril de 2005.

Estados Unidos – Medidas Relativas a la Importación, Comercialización y Venta de Atún y Productos de Atún (Estados Unidos – Atún II), Órgano de Apelación, WT/DS381/AB/R, adoptado el 16 de mayo de 2012.

Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional (Estados Unidos – Gasolina), Órgano de Apelación, WT/DS2/AB/R, adoptado el 20 de mayo de 1996.

Estados Unidos – Prohibición de las Importaciones de Determinados Camarones y Productos del Camarón (Estados Unidos – Camarones), Órgano de Apelación, WT/DS58/AB/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998.

Estados Unidos – Restricciones a la importación de atún, Grupo Especial, IBDD 39S/183, DS21/R, 3 de septiembre de 1991, no adoptado

Estados Unidos – Subvenciones al algodón americano (Upland) (Estados Unidos – Algodón americano (Upland)), Órgano de Apelación, WT/DS267/AB/R, adoptado el 21 de marzo de 2005, Grupo Especial, GE, WT/DS267/R, adoptado el 21 de marzo de 2005.

Grecia – Observancia de los derechos de propiedad intelectual por estaciones de televisión, DS125.

India – Medidas que afectan al comercio y a las inversiones en el sector de los vehículos automóviles (India – Automóviles), Grupo Especial, WT/DS146/R, WT/DS175/R, adoptado el 5 de abril de 2002.

India – Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura (India – Patentes (Estados Unidos)), Grupo Especial, WT/DS50/R, adoptado el 16 de enero de 1998.

India – Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura (India – Patentes (CE)), DS79.

India – Restricciones cuantitativas a las importaciones de productos agrícolas, textiles e industriales (India – Restricciones cuantitativas), DS90.

Indonesia – Determinadas Medidas que afectan a la Industria del Automóvil (Indonesia – Automóviles), Grupo Especial, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, adoptado el 23 de julio de 1998.

Irlanda – Medidas que afectan a la concesión del derecho de autor y derechos conexos, DS82.

Japón – Derechos compensatorios sobre memorias dinámicas de acceso aleatorio procedentes de Corea (Japón – DRAMS (Corea)), Órgano de Apelación, WT/DS336/AB/R, adoptado el 17 de diciembre de 2007.

Japón – Impuesto sobre las bebidas alcohólicas (Japón – Bebidas alcohólicas II), Órgano de Apelación, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adoptado el primero de noviembre de 1996.

Japón – Medidas aplicables en materia de grabaciones sonoras, DS28, DS 42.

México – Medidas que afectan a los servicios de telecomunicaciones (México – Telecomunicaciones), Grupo Especial, WT/DS204/R, adoptado el primero de junio de 2004.

Pakistán – Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura, DS36.

Portugal – Protección mediante patente al amparo de la Ley de Propiedad Industrial, DS37.

Perú – Derecho adicional sobre las importaciones de determinados productos agropecuarios (Perú – Productos agropecuarios), WT/DS457.

Suecia – Medidas que afectan a la observancia de los derechos de propiedad intelectual, DS86.

Tailandia – Medidas aduaneras y fiscales sobre los cigarrillos procedentes de Filipinas (Tailandia – Cigarrillos (Filipinas)), Grupo Especial, WT/DS371/R, adoptado el 15 de julio de 2011, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS371/AB/R.

Tailandia – Valoración en aduana de determinados productos procedentes de las Comunidades Europeas, Solicitud de celebración de consultas presentada por las Comunidades Europeas, G/L/846; G/VAL/D/10; WT/DS370/1 del 30.01.2008.

Turquía – Medidas que afectan a la importación de arroz (Turquía – Arroz), WT/DS/334.

Unión Europea y un Estado miembro – Confiscación de medicamentos genéricos en tránsito, DS408, DS409.

II. DECISIONES DEL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE LA OEA

Estados Unidos – Artículo 337 de la Ley Arancelaria de 1930, Grupo Especial, OEA-Doc. L/6439 - 36S/402 del 16.01.1989, adoptado el 7 de noviembre de 1989.

Daniela Alfaro. Economista uruguaya, con una Maestría en Comercio Internacional, de la Universidad de la República de Uruguay.

Actualmente es Asesora en Política del Presidente del Consorcio de Centros de Investigación Agrícola Internacional (CGIAR), secretaria de la Junta Directiva del CGIAR y coordinadora de la actividad del CGIAR para América Latina y el Caribe.

Profesora del Curso de Economía Agrícola en la Universidad de la República de Uruguay e investigadora en el Instituto Económico de dicha Universidad, entre 2000 y 2010. Además, es docente del Curso Regional de Política Comercial de la Organización Mundial del Comercio para América Latina y el Caribe. Consultora de Cámaras privadas agroindustriales y de diversas organizaciones, como el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo y la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura, ICTSD, entre otras.

Autora de varias publicaciones sobre temas agrícolas relacionados con comercio e investigación y desarrollo agrícola.

Es una pequeña productora rural de olivos y de ganado.

Willy Alfaro. Economista boliviano, con posgrado en Econometría, de la Universidad de Ginebra.

Con más de 25 años de trabajo en comercio internacional, primero en el GATT y luego en la Organización Mundial del Comercio (OMC). Actualmente es el director de la División de Examen de las Políticas Comerciales de la OMC.

Fue Consejero y Director Adjunto del Gabinete del Director General de la OMC y luego Director de la División de Relaciones Exteriores. También se desempeñó como economista en la División de Examen de las Políticas Comerciales y más recientemente como director *ad interim* de la División de Comercio y Medio Ambiente.

Ha sido docente e investigador asociado en la Universidad de Ginebra.

Marta Bonet. Abogada de la Universidad Central de Chile y diplomática chilena. Obtuvo su Magíster en Administración Pública en la Ecole Nationale d'Administration, de Francia. Actualmente se desempeña como delegada en la Misión Permanente de Chile ante la Organización Mundial del Comercio (OMC). Trabajó en la Dirección General de Política Exterior del Ministerio

de Relaciones Exteriores de Chile, en el Departamento Económico de la Embajada de Chile en Estados Unidos, y allí participó activamente en la implementación del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos.

Stefania Gallo. Italiana. Licenciada en traducción e interpretación en la Universidad de Trieste, con una Maestría en Relaciones internacionales, de la Università Cattolica del Sacro Cuore en Milán, Italia. Actualmente es Analista de Políticas Comerciales en la División del Consejo y del Comité de Negociaciones Comerciales de la Organización Mundial del Comercio (OMC) en Ginebra, Suiza. Su ocupación principal es dar apoyo al Comité de Negociaciones Comerciales y a su presidente en todas las reuniones y procesos relacionados, incluida la coordinación con el Consejo General y con los otros órganos de la OMC. Participa también en la organización de Conferencias Ministeriales y contribuye al trabajo de la División en sus otras áreas de competencia. Su experiencia profesional en la OMC empezó en 2009 en la División de Información y Relaciones Exteriores y posteriormente trabajó en la División de Desarrollo.

Alejandro Gamboa Alder. Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Especialista en temas de comercio internacional, propiedad intelectual, contratación internacional y Derecho administrativo.

En Colombia fue Secretario del Consejo de Ministros, Secretario General de la Alcaldía de Bogotá y Superintendente de Industria y Comercio, asesor para negociaciones sobre propiedad industrial y abogado consultor de empresas en comercio internacional. También se desempeñó como delegado de Colombia ante Naciones Unidas en Ginebra y consultor del Banco Interamericano de Desarrollo en propiedad intelectual e inversión extranjera.

Desde 2000 es funcionario de la Organización Mundial del Comercio. Actualmente es responsable del Consejo del Comercio de Mercancías y de asistencia técnica en negociaciones arancelarias, licencias de importación, valoración en aduana, reglas de origen, facilitación del comercio e inspección previa al embarque. Fue secretario del Comité de Licencias de Importación y consejero en las áreas de comercio y medio ambiente y obstáculos técnicos al comercio. Ha actuado como Secretario en varias disputas dentro del Entendimiento de Solución de Diferencias de la OMC. Ha publicado artículos sobre propiedad intelectual, biotecnología y transferencia de tecnología. Es

profesor en varias universidades y conferencista internacional en temas de comercio exterior.

Sebastián Herreros. Ingeniero comercial chileno, titulado en la Pontificia Universidad Católica de Chile. Máster en Economía Política Internacional por el London School of Economics and Political Science.

Desde 2009 se desempeña como Oficial de Asuntos Económicos en la División de Comercio Internacional e Integración de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL).

Se desempeñó durante trece años en la Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile. Entre otras funciones, fue consejero en la Misión de Chile ante la Organización Mundial del Comercio, entre 2002 y 2007. En dicho período, tuvo responsabilidad por las negociaciones sobre agricultura y acceso a los mercados para productos no agrícolas, en el marco de la Ronda de Doha.

Es profesor en el Magíster en Gestión y Políticas Públicas del Departamento de Ingeniería Industrial de la Universidad de Chile, y en el Instituto de Estudios Internacionales de la misma universidad. Autor de varios artículos y capítulos de libros sobre temas relativos al comercio internacional e integración regional latinoamericana.

Catherine Hinckley. Estadounidense, con un M.A. en International Policy and Practice, en The George Washington University.

Actualmente es Directora Sénior de Asuntos gubernamentales de Eli Lilly. Previamente se desempeñó como directora para Chile, Perú y Venezuela en la Oficina del Representante de Comercio de la Casa Blanca (USTR). Con anterioridad y por seis años ocupó el cargo de Directora de Telecomunicaciones y Comercio Electrónico en la Oficina de Servicios e Inversiones del mismo USTR. En esa capacidad manejó una carpeta amplia de asuntos de telecomunicaciones, incluyendo las negociaciones en la OMC. Antes de entrar a trabajar en el USTR, pasó más de una década en la industria satelital, encargada de asuntos regulatorios a nivel global, con un enfoque especial en la región de las Américas.

Alejandro Jara. Abogado chileno de la Universidad de Chile. Posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de California en Berkeley. Actual-

mente es abogado Senior de la oficina de Ginebra del estudio de abogados King and Spalding.

Se desempeñó como Director General Adjunto de la Organización Mundial de Comercio. Previo a ello fue Embajador de Chile ante la OMC.

En el Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile se desempeñó como Director de Asuntos Económicos Bilaterales, Director de Asuntos Económicos Multilaterales y Director General de Relaciones Económicas Internacionales. Fue jefe adjunto para el Tratado de Libre Comercio Chile – Canadá y negociador jefe para el Tratado de Libre Comercio Chile – México.

Profesor en el Máster en International Economic Law and Policy (IELPO), LL.M. de la Universidad de Barcelona.

Ha publicado numerosos artículos y varios libros sobre comercio internacional y la OMC.

Michael Köbele. Abogado alemán, de la Universidad de Heidelberg. Estudios de posgrado en Derecho de Competencia de la Comunidad Europea del King's College, de Londres, así como un LL.M de la Universidad de Michigan y Doctor de la Universidad de Hamburgo. Es abogado en la oficina de Bruselas, de la firma Crowell & Moring. Su especialidad es el Derecho internacional en temas de *antidumping*, salvaguardias, barreras al comercio, acceso de mercado, transporte, estándares, tratados regionales de comercio y Derecho de la OMC, entre otros. Es coeditor del tratado más importante en *antidumping*, y medidas compensatorias y salvaguardias de la OMC y autor de un libro sobre las regulaciones para las empresas multinacionales. Es profesor en temas de competencia, OMC y Derecho Internacional en el LL.M. del Centro para América Latina del Heidelberg en Santiago de Chile y la Universidad de Swansea en Gales. Previamente se desempeñó como investigador bajo la dirección del Prof. Dr. Ruediger Wolfram, juez y en ese momento, presidente del Tribunal Internacional de Derecho del Mar y Director del Instituto Max Planck de Derecho Público y Derecho Internacional Comparado.

Julio Lacarte. Diplomático uruguayo. Se desempeñó como embajador en Ecuador, Estados Unidos, República Federal de Alemania, Comunidades Europeas, Argentina, Bolivia, Japón, India y Tailandia. Además, fue ministro de Industria y Comercio de Uruguay.

Representante permanente de Uruguay ante la Organización de Estados Americanos (OEA), Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés), Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC) y organismos de Naciones Unidas con sede en Ginebra. También fue miembro del Órgano de Apelación de la Organización Mundial del Comercio.

Presidente de la Cámara Nacional de Comercio y Servicios del Uruguay, de la Cámara de Comercio Uruguay-Qatar, y del capítulo uruguayo del Consejo Asesor Empresarial Uruguay-Chile.

Frecuente conferencista, autor o editor de varios libros sobre temas económicos y comerciales.

Roberto Laguado Giraldo. Abogado colombiano. Cuenta con una Maestría en Derecho Económico Internacional, de la Universidad de Warwick, en el Reino Unido, y especializaciones en Derecho Administrativo y Derecho Comercial, de la Universidad Javeriana de Colombia.

Es funcionario del Banco Interamericano de Desarrollo como parte de la División de Servicios de Gestión Financiera y Adquisiciones en proyectos para las compras públicas de Latinoamérica y el Caribe.

Formó parte del equipo negociador de Colombia en los acuerdos comerciales con los Estados Unidos, Unión Europea, EFTA y Canadá. Además, fue miembro del equipo del Programa de Renovación de la Administración Pública, donde se desempeñó como Secretario Técnico de la Comisión Intersectorial de Contratación Pública de Colombia.

Ha sido consultor del Banco Mundial (BM), del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y de la Comisión Económica para América Latina (CEPAL).

Es coautor del *Manual de Contratación Pública Electrónica para América Latina y el Caribe* y de los libros *International Public Procurement: A Guide to Best Practice* y *Acuerdo de Promoción Comercial Colombia-Estados Unidos – International Law/Ministerio de Comercio, Industria y Turismo*.

Pablo Lazo Grandi. Abogado chileno. Se desempeña como Agregado Laboral de Chile con sede en Ginebra, Suiza. Es miembro del Comité Asesor de Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los derechos de los trabajadores en las economías globalizadas. Por doce años se desempeñó como asesor de la Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile. En esa calidad

fue el responsable de las negociaciones de temas laborales en los tratados de libre comercio de Chile y su implementación, incluyendo la negociación del Acuerdo Transpacífico de Asociación Económica (TPP, por sus siglas en inglés).

Ha tenido una activa participación en foros multilaterales, como la OIT, el Foro Económico Asia Pacífico (APEC), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE) y la Organización de Estados Americanos (OEA). Previamente desempeñó cargos directivos en el Ministerio del Trabajo de Chile.

Profesor y panelista internacional en temas laborales y Derecho internacional.

Aluisio de Lima-Campos. Economista brasileño. Licenciado en Ciencias Económicas, con un Master of Arts (M.A) en Development Banking en la American University.

Actualmente es profesor adjunto de la misma universidad, donde coordina el Washington College of Law International Trade and Investment Program. Fundó y actualmente preside el ABCI Institute.

Se ha especializado en las áreas de comercio internacional, finanzas, política comercial, medidas de defensa comercial, formulación de políticas y la creación de capacidades. Fue asesor y actualmente consultor contratado de política comercial y económica de la Embajada de Brasil en Estados Unidos para negociaciones comerciales bilaterales y multilaterales. En esa calidad le correspondió la redacción de leyes y reglamentos de comercio internacional de Brasil.

Previamente se desempeñó como agente de bolsa y administrador de fondos de inversión, bonos privados y gubernamentales.

Ha publicado dos libros y numerosos artículos sobre temas de comercio y las finanzas internacionales, todos referenciados o disponibles en su sitio en LinkedIn.

Felipe Lopeandía Wielandt. Abogado de la Universidad Diego Portales de Chile. Estudios de posgrado en el Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile. Actualmente es el Jefe Negociador del Acuerdo Transpacífico (TPP). En la Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile fue Jefe del Departamento de Derecho Internacional y del Departamento Servicios e Inversiones. Se desempeñó en la Misión Permanente de

Chile ante la Organización Mundial del Comercio (OMC); delegado ante el Comité de Comercio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE); y, el Foro de Cooperación Económica de Asia Pacífico (APEC). Participó en los tratados de libre comercio de Chile con Estados Unidos, México, Corea, Centroamérica, EFTA, Unión Europea, el P4, China, Hong Kong, India, Tailandia y Vietnam. Es árbitro en disputas comerciales en el sistema de solución de controversias de la OMC.

Patrick Low. Economista. Licenciado en Economía de la Universidad de Kent, y Doctor en Economía de la Universidad de Sussex. Actualmente es Vicepresidente de Estudios del Fung Global Institute. Previamente fue el Economista Jefe y Director de la División de Investigación Económica y Estadística de la OMC, jefe de Gabinete del Director General de la OMC, economista Senior del Banco Mundial y profesor del Colegio de México. Es profesor honorario del Graduate Institute of International and Development Studies, Ginebra. Posee extensas publicaciones en temas económicos y comerciales.

Olga Lucía Lozano. Abogada colombiana con Máster en Relaciones Internacionales y en Regulación Financiera, actualmente se desempeña como consultora en estrategia de comercio internacional, en su calidad de socia en Vali Consultores.

Ha sido funcionaria del Gobierno de Colombia por más de 23 años, como asesora en temas comerciales, regulatorios y legales. Además, fue ministro Consejero de la Misión de Colombia ante la Organización Mundial del Comercio.

Ha participado en actividades académicas en la Academia Diplomática de Chile, en el Magíster en Derecho de los Negocios de la Universidad Adolfo Ibáñez, en el Magíster en Estrategia Internacional y Política Comercial de la Universidad de Chile, en la Pontificia Universidad Javeriana, Universidad de los Andes de Colombia y en la Universidad del Rosario.

Es autora y coordinadora de la edición del Libro sobre Solución de Controversias de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Además, fue panelista en la diferencia entre El Salvador y México relativa a ciertas medidas vigentes para el otorgamiento del registro sanitario y acceso de medicamentos, en el marco del Tratado de Libre Comercio entre México y El Salvador, Guatemala y Honduras.

Mario Matus Baeza (editor). Abogado, de la Universidad de Chile. Posgrado en Derecho, Economía y Política Internacional, Universidad de Oxford. Diplomático con más de treinta años de experiencia en política comercial bilateral, multilateral y solución de controversias. Fue embajador de Chile ante la Organización Mundial de Comercio (OMC), Organización Mundial de Propiedad Intelectual, UNCTAD y el Centro de Comercio Internacional. Presidió los más altos cargos de la OMC. En Chile fue director de Asuntos Económicos Multilaterales de la Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales (DIRECON) y jefe negociador de los acuerdos comerciales de Chile con China, la Unión Europea, EFTA y Corea del Sur. Ha sido profesor visitante en numerosas universidades de Norte, Centro y Sudamérica, de Asia y Europa. Es árbitro frecuente en disputas comerciales en el sistema de solución de diferencias de OMC y del sistema centroamericano (SIECA).

Marina Murina. Magíster en Relaciones Internacionales, de la Universidad de Sussex, Reino Unido (2008), y en Economía Internacional, del Instituto de Altos Estudios Internacionales y del Desarrollo, Suiza. Forma parte de la Unidad de Análisis Comercial de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). Trabajó en la Comisión Económica para Europa de la Organización de Naciones Unidas y realizó pasantías en la Organización Mundial de Comercio (OMC) y en el Centro de Comercio Internacional. Ha publicado diversos artículos, en temas relativos a políticas comerciales, medidas comerciales no arancelarias, integración económica regional, y comercio y medio ambiente. Entre estos destacan: *Trading with conditions: the effect of SPS measures on lower income countries exports* (co-autor, 2014), *Climate Change Mitigation: Energy Efficiency or Renewable Energy?* (2012) y *Managing the Cooperation on Climate Change: What can We Learn from the WTO?* (co-autor, 2010).

Stefan Oeter. Abogado alemán. Estudió Derecho en la Universidad de Heidelberg. Actualmente es profesor de Derecho Público, Derecho europeo y Derecho Internacional. Paralelamente es el Director Ejecutivo del Instituto de Relaciones Internacionales de la Universidad de Hamburgo. Es frecuentemente profesor invitado a diversas universidades y centros de estudios entre los que destacan la Universidad de Heidelberg, el Instituto Max Planck, el Centro de Estudios de la Academia de La Haya, la Universidad de Alcalá de

Henares y el Centro Robert Schuman de Estudios Avanzados del Instituto Universitario de Florencia. Es miembro de variadas entidades jurídicas, entre las que cabe mencionar el Comité Técnico Internacional de Derecho Humanitario de la Cruz Roja alemana, Comité Independiente de Expertos del Consejo de Europa sobre la Carta Europea de Lenguas Regionales o Minoritarias, la Corte Permanente de Arbitraje Internacional en La Haya y es presidente de la Comisión Histórica de la Sociedad Internacional de Derecho Militar y Leyes de Guerra.

María Pérez-Esteve. Española. Licenciada en Ciencias Políticas en la Universidad de Illinois y un título superior en Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales en la Universidad de Ginebra. Actualmente es Consejera de la División del Consejo y del Comité de Negociaciones Comerciales de la OMC. Su responsabilidad principal es optimizar las relaciones con los países Miembros de la OMC y prestar asistencia a la División del Consejo y del Comité de Negociaciones Comerciales en sus funciones de apoyo a la Conferencia Ministerial, al Consejo General, al Comité de Negociaciones Comerciales y al Órgano de Solución de Diferencias. Previamente fue Consejera en la División de Información y Relaciones Exteriores y Oficial de Asuntos Económicos en la División de Agricultura y Productos Básicos de la OMC. Tiene varios años de experiencia como funcionaria internacional en temas comerciales. Antes de trabajar en la OMC, prestó sus servicios en la Sección de Comercio, Medio Ambiente y Desarrollo de la División de Comercio Internacional y Productos Básicos de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD).

Eduardo Pérez Motta. Economista mexicano, con estudios en el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM) y Doctor en Economía de la Universidad de California en Los Ángeles (UCLA).

Actualmente es miembro del Directorio consultivo del The American Antitrust Institute.

Previamente fue Presidente de la Comisión Federal de Competencia (CFC) de México.

También se desempeñó como embajador de México ante la Organización Mundial del Comercio (OMC), representante del Ministerio de Industria y Comercio de México ante la Unión Europea en Bruselas y encargado de coordinar las negociaciones comerciales de México con la Unión Europea.

Además, fue jefe de asesores del Ministro de Comercio y Desarrollo Industrial de México y jefe de asesores del Viceministro de Finanzas de México.

Rodrigo Polanco. Abogado chileno. Licenciado y Magíster en Derecho Económico de la Universidad de Chile. LL.M. en International Legal Studies, de la Universidad de Nueva York. Actualmente realiza estudios de doctorado en Derecho Internacional Económico en el World Trade Institute de la Universidad de Berna, Suiza, donde también se desempeña como investigador y docente.

Es Profesor Asistente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y Profesor Visitante del Instituto de Estudios Internacionales de esa misma universidad, donde ha dictado cursos en materia de inversión extranjera y regulación del comercio internacional. Ha sido profesor visitante de la Universidad Externado en Colombia, Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Friburgo de Suiza (American College Program), Pontificia Universidad Católica de Chile y Universidad del Desarrollo de Chile. Cuenta con numerosas publicaciones en temas relativos a inversiones, arbitraje, coherencia regulatoria y jurisprudencia de la Organización Mundial del Comercio, energía y cambio climático, entre otros.

Previamente fue director de Asuntos Internacionales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Actualmente es socio de la firma de abogados Ferrada, Polanco y Póvez, en Santiago de Chile.

Miguel Rodríguez Mendoza. Venezolano. Miembro Asociado del Centro Internacional sobre Comercio y Desarrollo Sostenible (ICTSD, por sus siglas en inglés).

Previamente fue Director General Adjunto de la Organización Mundial del Comercio (OMC), Asesor de Comercio de la Organización de Estados Americanos (OEA) y Ministro de Comercio de Venezuela.

Dirigió la oficina de Ginebra del estudio de abogados Van Bael & Bellis.

Pedro Roffe. Abogado chileno. Egresado de la Universidad de Chile, con estudios de posgrado en la Universidad de New York, en la Universidad de Ámsterdam y en el Instituto Universitario de Altos Estudios Internacionales de Ginebra.

Es miembro Senior en el Centro Internacional de Comercio y Desarrollo Sostenible (ICTSD, por sus siglas en inglés), asociado al Programa de Innovación y Propiedad Intelectual.

Fue funcionario de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD, por sus siglas en inglés), enfocado en los aspectos internacionales de la transferencia de tecnología, propiedad intelectual e inversión extranjera directa. En la actualidad es conferencista y consultor regular de organismos internacionales, gobiernos e instituciones privadas.

Es autor de varios libros y responsable de un número de publicaciones de Naciones Unidas y de ICTSD, que versan sobre temas de su especialidad. Es el coeditor principal, junto a X. Seuba, del libro *The ACTA and the Plurilateral Enforcement Agenda: Genesis and Aftermath*, Cambridge University Press, 2015.

Sebastián Sáez. Economista chileno. Master en Economía del Sector Público, PUC de Rio de Janeiro, Brasil.

Actualmente se desempeña como economista Senior del Departamento de Comercio Internacional del Banco Mundial.

Previamente trabajó en los Ministerios de Hacienda, Relaciones Exteriores, y Economía de Chile y fue Representante Permanente Adjunto en la Misión de Chile ante la OMC. En estas responsabilidades integró los equipos de negociaciones comerciales de Chile. También, trabajó en la División de Comercio Internacional e Integración de la CEPAL.

Ha publicado diversos artículos relativos a las relaciones económicas internacionales, y es autor o coeditor de varios libros sobre comercio internacional.

Christoph Schewe. Abogado alemán. PhD por la Universidad de Bremen y Magíster en Estudios Europeos y Derechos Humanos, por la Universidad de Salamanca. Actualmente es Profesor Asociado en la Universidad de Letonia, a cargo de las cátedras de Derecho Europeo, Derecho Económico Internacional y Derecho Alemán. Fue Profesor Asociado en la Universidad de Tartu, Estonia. Además, se desempeñó como abogado en el estudio jurídico Martens & Vogler en Hamburgo, Alemania.

María del Pilar Silveira García. Uruguaya, contadora Pública en Administración y gestión de empresas, de la Universidad de la República Oriental

de Uruguay (1991). Magíster en Relaciones Internacionales con especialización en Economía, Política y Derecho de la Integración Regional (2012) de la misma universidad. Es Asesora en Política Comercial del Ministerio de Economía y Finanzas de Uruguay, miembro del equipo negociador, coordinadora técnica de las negociaciones sobre reglas de origen y asesora en las negociaciones de la Organización Mundial del Comercio y de los acuerdos comerciales con los países de América Latina, Europa y Asia. Ocupó un cargo técnico en el Departamento de Acuerdos y Negociaciones de la Secretaría General de la Asociación Latinoamericana de Integración (2006 - 2011) y ejerció como asesora en temas de comercio internacional en la Oficina de Planeamiento y Presupuesto y en la Dirección General de Comercio Exterior de Uruguay (1984 - 2005). Se desempeña como profesora universitaria en temas de comercio internacional y dicta talleres y conferencias en ámbitos públicos y privados. Ha publicado artículos en el Cuaderno de Negocios de la Universidad Católica del Uruguay.

Vera Thorstensen. Brasileña. Posee un Magíster y un doctorado en Finanzas y Economía, de la fundación Getulio Vargas (FGV) y cuenta con estudios de posdoctorado en la Universidad de Harvard y en el Centro Europeo de Estudios Políticos. Actualmente es profesora en la Facultad de Economía, en la Universidad de Sao Paulo, proviniendo de la Fundación Getulio Vargas (FGV) y directora del Centro Global de Comercio e Inversión (CGTI). Fue asesora económica de la Misión de Brasil ante la OMC, entre 1995 y 2010. Durante siete años fue presidente del Comité de Reglas de Origen de la OMC. Es profesora visitante frecuente en diversos centros de estudios y universidades, entre los que cabe mencionar el Banco Interamericano de Desarrollo, Sciences-Po, IELPO en Barcelona, IEE de Lisboa, lugares donde imparte clases sobre negociaciones comerciales.

Alice Tipping. Neozelandesa con estudios de Derecho, Comercio y Economía (Bachelor of Laws y Bachelor of Commerce) en la Universidad de Victoria of Wellington, con estudios de especialización en Relaciones Internacionales (MPhil) en la Universidad de Cambridge. Actualmente se desempeña como Senior Programme Officer en el International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD), donde lidera el programa de Investigación en Medioambiente y Recursos Naturales, lo mismo que el diálogo político y su conexión con la Agenda del Desarrollo post 2015 de

Naciones Unidas. Previamente fue asesora de política en la Misión Permanente de Nueva Zelanda ante Naciones Unidas en Ginebra, asesora legal de la Misión Permanente de Nueva Zelanda ante la OMC y en el Ministerio (Wellington) fue analista en inversiones y de política internacional.

Raúl Torres Troconis. Abogado venezolano, de la Universidad Católica Andrés Bello, con un Master of Laws (LL.M). de la Universidad de Georgetown, Estados Unidos.

Actualmente se desempeña como Consejero en la División de Desarrollo de la Organización Mundial del Comercio y trabaja en cuestiones relativas a la integración en el comercio internacional de países en desarrollo. Previamente, participó en la División de Normas, donde trabajó durante ocho años en asuntos relativos a *antidumping*, subsidios y medidas compensatorias, salvaguardias y empresas comerciales del Estado, incluyendo el otorgamiento de apoyo a Grupos Especiales, en el marco de los procedimientos de solución de diferencias.

Además, trabajó en el Instituto de Comercio Exterior de Venezuela y participó en el programa de asociados extranjeros de la firma de abogados Morrison & Foerster, en Washington DC.

Ha sido profesor invitado en la Universidad de Adelaida y ha realizado diversas publicaciones relativas al sistema multilateral de comercio.

Alberto Trejos. Economista costarricense. Doctor en Economía de la Universidad de Pennsylvania. Actualmente es profesor en el INCAE *Business School* en Costa Rica. Además, es socio de Consejeros Económicos y Financieros S.A. (CEFSA), miembro del directorio de la Fundación Brenthurst de Sudáfrica y preside la junta directiva de la Fundación Arias para la Paz y la Democracia, y director en varias empresas. Fue Ministro de Comercio Exterior de Costa Rica y lideró la negociación del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana. Previamente, y por casi una década, fue presidente de la Coalición Costarricense de Iniciativas de Desarrollo (CINDE) y miembro del Consejo de Supervisión Financiera de Costa Rica. Participó en el diseño de la reforma del sistema nacional de pensiones de su país.

Ha sido consultor internacional para gobiernos, organizaciones internacionales y empresas en 50 países en América, Europa y África. Además, ha sido profesor en la Universidad Northwestern, Estados Unidos, y es autor

de numerosas publicaciones sobre economía monetaria, macroeconomía, comercio internacional y desarrollo.

Mark Unger (editor). Abogado alemán egresado de la Universidad Albert-Ludwigs de Freiburg (Alemania). LL.M de la Universidad de Nueva Gales del Sur (Australia). Doctorado en Derecho de la Universidad de Hamburgo (Alemania). Ha sido profesor de la Universidad de Heidelberg, del Heidelberg Center para América Latina y de la Universidad de Chile en Santiago. Catedrático del DAAD (Servicio Alemán de Intercambio Académico). Actualmente es docente del área de Derecho internacional económico en la maestría de Derecho Internacional, Inversiones y Arbitraje y en la escuela de verano de Derecho Internacional en el Heidelberg Center para América Latina.

Guillermo Valles Galmés. Diplomático uruguayo desde 1975. Doctor en diplomacia de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República de Uruguay.

Desde el año 2011 es director de la División de Comercio de Bienes y Servicios y de Productos Básicos de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo.

Entre 2004 y 2010 fue embajador del Uruguay ante las Naciones Unidas, la Organización Mundial del Comercio y otras organizaciones internacionales con sede en Ginebra. Fue embajador ante la Unión Europea, Bélgica, Luxemburgo y la República Popular China, y ocupó puestos diplomáticos en Japón y Argentina.

Participó en numerosas negociaciones comerciales bilaterales y multilaterales, incluidas las que llevaron al establecimiento del Mercado Común del Sur (MERCOSUR), a la conclusión de la Ronda Uruguay y al inicio de las negociaciones comerciales entre el MERCOSUR y la Unión Europea.

Presidió el Grupo de Negociación sobre las Normas de la Organización Mundial del Comercio.

Fabián Villarroel Ríos. Abogado chileno. Magíster en Derecho Internacional con mención en Comercio, Inversiones y Arbitraje, Universidad de Heidelberg, Alemania.

Ha desarrollado su carrera profesional en el Servicio Nacional de Aduanas de Chile, ocupado diversos cargos vinculados al área internacional, y participado en los procesos de negociaciones bilaterales y multilaterales de

Chile en el ámbito aduanero. Es facilitador de la Organización Mundial de Aduanas, y ha sido designado para integrar paneles especiales de la Organización Mundial del Comercio.

Es profesor asociado de la Universidad de Valparaíso, Chile, y profesor visitante del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile. Además, es autor de diversas publicaciones y miembro de número de la Academia Mundial de Derecho Aduanero.

ÍNDICE

TABLA DE CONTENIDO	9
COLECCIÓN EN DERECHO ECONÓMICO INTERNACIONAL	13
PREFACIO	15
AGRADECIMIENTOS	17
PRÓLOGO	19
ABREVIATURAS	25
§ I DESARROLLO HISTÓRICO DEL COMERCIO INTERNACIONAL	37
<i>Patrick Low / Marina Murina</i>	
I. Introducción	39
II. Comercio en la Antigüedad	39
III. Comercio en la Edad Media (476-1500)	42
IV. Historia del Comercio del siglo XVI a principios del siglo XX	44
V. Historia Moderna	49
1. Las dos grandes guerras del Siglo XX y sus repercusiones en la economía mundial	49
2. Sueños incumplidos de la Organización Internacional de Comercio	52
3. El Acuerdo General de Aranceles Aduaneros y Comercio	56
4. Los años entre-rondas: 1980-1986	64
5. Del GATT a la OMC: la Ronda Uruguay y más allá de esta	66
§ 2 BASES ECONÓMICAS DEL LIBRE COMERCIO	69
<i>Alberto Trejos</i>	
I. Introducción	71
II. ¿Por qué comercian los países?	71
1. La teoría y la práctica	71
2. Otras razones prácticas	75
3. Algunas razones para la protección comercial	80
III. Instrumentos de política pública que afectan el comercio internacional	81
1. Aranceles	81
2. Otros impuestos o subsidios	82
3. Cuotas y afines	83
4. Barreras no arancelarias	84

5.	Acuerdos comerciales regionales	84
6.	Políticas migratorias y de provisión de servicios	85
7.	Políticas productivas e industriales, incluyendo el fomento exportador	85
IV.	A manera de conclusión	86
§ 3	FUENTES DE DERECHO	91
	<i>Rodrigo Polanco</i>	
I.	Principales fuentes de Derecho de la OMC	93
1.	Convenciones internacionales	94
2.	Costumbre internacional	104
3.	Principios generales del Derecho internacional	106
4.	Jurisprudencia	107
5.	Doctrina de los publicistas	108
II.	Otras fuentes de Derecho de la OMC	108
1.	Actos unilaterales de los Estados	108
2.	Decisiones y declaraciones ministeriales, enmiendas, interpretaciones y exenciones	109
§ 4	PRINCIPIOS FUNDAMENTALES	111
	<i>Stefan Oeter</i>	
I.	Introducción	113
II.	Principios del Derecho intra – OMC	114
1.	Progresiva liberalización del comercio	114
2.	No discriminación	116
3.	Reciprocidad	117
4.	Respeto a la soberanía del Estado	119
5.	Desarrollo sostenible	120
6.	Cooperación y multilateralismo	121
7.	Transparencia	122
8.	Proporcionalidad	125
9.	Imperio del Derecho	126
10.	Determinados principios intra OMC	127
III.	Principios del Derecho “extra-OMC”	128
1.	Principios derivados del Derecho de las organizaciones internacionales	128
2.	Principios en los tratados multilaterales y bilaterales de Derecho internacional público	129
3.	Principios del Derecho internacional consuetudinario y principios generales del Derecho	129
4.	Principios procesales	132
IV.	Observaciones finales	134

§ 5	ORGANIZACIÓN DE OMC	135
	<i>Mario Matus</i>	
I.	Introducción	137
II.	Objetivos	137
III.	Arquitectura de OMC	138
IV.	Órganos y estructura	139
	1. Conferencia ministerial	139
	2. Consejo general	140
	3. Consejos, comités y grupos de trabajo	140
	4. Acuerdos Plurilaterales	141
V.	Miembros y otros actores	141
	1. Miembros	141
	2. Variedades de Miembros	142
	3. Observadores	143
	4. Los grupos en la OMC	144
	5. Secretaría	144
VI.	Funciones de la OMC	145
	1. Capacitación e información	145
	2. Vigilancia y control de la implementación	146
	3. Negociación	147
VII.	Lo que se negocia	147
	1. GATT: bienes o de aranceles aduaneros.	147
	2. Arancel consolidado y arancel aplicado	149
	3. GATS: servicios	151
	4. ADPIC: propiedad Intelectual	152
VIII.	Formas de negociación	152
	1. Bilaterales	152
	2. Plurilaterales	152
	3. Multilaterales	153
IX.	Conclusión	155
X.	Anexo I Miembros OMC a noviembre 2014	155
XI.	Anexo II gobiernos observadores	156
XII.	Anexo III Grupos regionales	156
XIII.	Anexo IV Grupos “relativamente” formales	158
§ 6	PROCEDIMIENTOS DE LA OMC	163
	<i>Alice Tipping</i>	
I.	Toma de decisiones en la OMC	165
	1. El principio del consenso	165
	2. Votación	167
II.	Excepciones a las reglas de consenso o mayoría simple	169
	1. Interpretaciones	169

2.	Exenciones	170
3.	Enmiendas	171
4.	Adhesiones	174
III.	No aplicación de los Acuerdos entre Miembros	177
IV.	Observadores	177
1.	Estados	177
2.	Organizaciones intergubernamentales	179
V.	¿Cómo funcionan los órganos clave de la OMC?	180
1.	La Conferencia Ministerial y el Consejo General	180
2.	Órgano de solución de diferencias	181
3.	Procedimientos para la solución de diferencias: Grupos Especiales y el Órgano de Apelación	183
4.	Órgano de Examen de Políticas Comerciales	184
§ 7	GATT	189
	<i>Mark Unger</i>	
I.	Introducción y sistematización	191
1.	Introducción	191
2.	Terminología	192
3.	Sistemática de regulación	193
4.	Estructura y contenido del GATT	196
5.	Relación entre GATT y otros acuerdos de la OMC	197
II.	Objetivos y diferenciaciones	199
1.	Principios del GATT	199
2.	Importantes diferenciaciones	203
III.	Reglas específicas del GATT	206
1.	Reducción de aranceles y consolidación arancelaria	206
2.	Restricciones cuantitativas a la importación y exportación (artículo XI GATT)	217
3.	Principio de la Nación Más Favorecida (artículo I GATT)	220
4.	Trato nacional (artículo III GATT)	227
5.	Transparencia (artículo X GATT)	241
IV.	Excepciones	242
1.	Propósito de la norma	242
2.	Forma de análisis	243
3.	Excepciones generales, artículo XX GATT	243
4.	Excepciones relativas a la seguridad (artículo XXI GATT)	251
5.	Cláusula de renuncia (WAIVER)	252
6.	Otras excepciones	253

§ 8	LA REGULACIÓN MULTILATERAL DE LA AGRICULTURA	255
	<i>Sebastián Herreros</i>	
I.	Introducción	257
II.	La agricultura en los años del GATT: 1948 a 1994	257
III.	La agricultura bajo la OMC: El Acuerdo sobre la Agricultura	262
	1. Los compromisos cuantitativos de la Ronda Uruguay	262
	2. La arquitectura del Acuerdo sobre la Agricultura	263
	3. El pilar de acceso a los mercados	266
	4. El pilar de ayuda interna	270
	5. El pilar de competencia de las exportaciones	272
	6. Breve evaluación general del Acuerdo sobre la Agricultura	274
IV.	Las negociaciones de la Ronda de Doha	276
	1. Antecedentes y principales actores	276
	2. La situación en acceso a los mercados	278
	3. La situación en ayuda interna	282
	4. La situación en competencia de las exportaciones	284
V.	Las controversias sobre agricultura en la OMC:	
	Breve examen de dos casos seleccionados	285
	1. Estados Unidos – subvenciones al algodón americano	286
	2. Chile – Sistema de bandas de precios	287
VI.	Conclusión: ¿Qué debería traer el futuro?	288
§ 9	MEDIDAS SANITARIA Y FITOSANITARIAS (MSF)	293
	<i>Daniela Alfaro</i>	
I.	Antecedentes	295
II.	El acuerdo sobre medidas sanitarias y fitosanitarias	297
	1. Principio de no discriminación (artículo 2 MSF)	298
	2. Principio de armonización (artículo 3 MSF)	299
	3. Principio de equivalencia (artículo 4 MSF)	301
	4. Principio de evaluación del riesgo (artículo 5 MSF)	301
	5. Principio de regionalización (artículo 6 MSF)	303
	6. Principio de transparencia (artículo 7 MSF)	304
III.	El tratamiento de las MSF en los Acuerdos Regionales	306
IV.	Las normas voluntarias privadas	311
V.	El caso de hormonas de la Unión Europea	313
	1. Armonización – párrafos 1 y 3 del artículo 3 MSF	314
	2. Evaluación del riesgo – párrafos 1 y 2 del artículo 5 MSF	315
	3. Acerca de la precaución – párrafo 7 del artículo 5 MSF	316
	4. El aporte del caso	317
VI.	Reflexiones finales	318

§ 10	OBSTÁCULOS TÉCNICOS AL COMERCIO (OTC)	319
	<i>Michael Köbele</i>	
I.	Historia y antecedentes	321
II.	El Acuerdo de Obstáculos Técnicos al Comercio	322
	1. Objetivos	322
	2. Estructura	323
	3. Ámbito de aplicación	323
	4. Asuntos excluidos del OTC	324
	5. Términos claves y definiciones	326
	6. Cobertura institucional	327
	7. Ámbito temporal de aplicación	328
III.	Medidas técnicas cubiertas	328
	1. Reglamento técnico	328
	2. Normas	330
	3. Procedimiento para la evaluación de la conformidad	331
IV.	No discriminación	332
V.	Necesidad	336
VI.	Objetivos legítimos	338
VII.	Riesgo de incumplimiento	339
VIII.	Medios menos restrictivos del comercio	340
IX.	Armonización	342
	1. Beneficios	342
	2. Instituciones internacionales de normalización en el OTC	343
	3. Normas internacionales como fundamento de reglamentos técnicos	344
	4. La presunción de necesidad aplicable a los reglamentos técnicos	345
X.	Disposiciones de equivalencia en el OTC	347
XI.	Obligación de notificar	348
XII.	Obligación de publicar	349
XIII.	Servicios de información	350
XIV.	Asistencia técnica	351
XV.	Trato especial y diferenciado	352
XVI.	Comité OTC	353
§ 11	MEDIDAS DE INVERSIONES RELACIONADAS CON EL COMERCIO (MIC)	355
	<i>Olga Lucía Lozano</i>	
I.	Introducción	357
II.	¿Es la inversión una preocupación del Sistema Multilateral?	357
III.	MIC, ¿avance o simple aclaración de compromisos ya adquiridos?	361
	1. Artículo 1 MIC	361
	2. Artículo 2 MIC	361
	3. Artículos 3 y 4 MIC	362

4.	Artículo 5 MIC	362
5.	Artículo 6 MIC	363
6.	Artículos 7, 8 y 9 MIC	363
IV.	¿Otros foros para abordar la inversión?	363
V.	Implementación de MIC: ¿fracaso de un compromiso ambicioso o resultado pragmático de una negociación Norte Sur?	364
VI.	Las MIC en los reportes de Grupos Especiales y del Órgano de Apelación	365
1.	Definición de medida	366
2.	Alcance de la expresión “relacionadas con el comercio”	367
3.	Relación entre los artículos del GATT y el Acuerdo MIC	367
VII.	¿Hay lugar para las MIC en las políticas públicas?	369
VIII.	Anexo	371
§ 12	MEDIDAS ANTIDUMPING	373
	<i>Guillermo Valles / Pilar Silveira</i>	
I.	Introducción	375
II.	Tratamiento de las medidas <i>antidumping</i> a nivel multilateral con anterioridad a la creación de la OMC	375
1.	GATT 1947	375
2.	Código <i>antidumping</i>	376
III.	Tratamiento de las medidas <i>antidumping</i> en el acuerdo de la OMC	377
1.	Artículo VI GATT 1994	377
2.	Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VI GATT 1994	378
IV.	Las medidas <i>antidumping</i> en el marco de la Ronda Doha	384
V.	Situación del tema de las medidas <i>antidumping</i> durante los años siguientes de la Ronda Doha	385
VI.	Las medidas <i>antidumping</i> : ¿un instrumento de proteccionismo selectivo?	387
VII.	Perspectivas para el tratamiento futuro de esta disciplina	389
§ 13	VALORACIÓN EN ADUANA	391
	<i>Fabián Villarroel</i>	
I.	Antecedentes históricos	393
II.	La valoración de aduanas	394
1.	Como elemento esencial en la aplicación de los derechos aduaneros	394
2.	Definición de valoración en aduanas	395
III.	El Acuerdo de valoración en aduanas del GATT 1994	396
1.	Principios generales en materia de valoración aduanera en el AVA	397
2.	Los métodos de valoración en aduanas establecidos en el AVA	398

3.	Garantías en el proceso de determinación del valor	404
IV.	Situación actual del AVA	404
V.	El mundo en desarrollo y el AVA	405
VI.	Necesidades futuras	406
VII.	Jurisprudencia en torno al AVA	408
§ 14	INSPECCIÓN PREVIA A LA EXPEDICIÓN (AIPE)	411
	<i>Fabián Villarroel</i>	
I.	Antecedentes históricos	413
II.	El acuerdo sobre inspección previa a la expedición del GATT 1994 (AIPE)	414
1.	Definiciones	414
2.	Principios del Acuerdo de Inspección previa a la Expedición	415
III.	El procedimiento de inspección previa a la expedición en la práctica	417
IV.	Situación actual y desafíos futuros del AIPE	418
§ 15	REGLAS DE ORIGEN (RO)	423
	<i>Vera Thorstensen</i>	
I.	Introducción	425
1.	Normas preferenciales	426
2.	Las normas no preferenciales	426
II.	Acuerdo de la OMC sobre normas de origen	428
1.	Definiciones y disciplinas	428
2.	Disciplinas después de las negociaciones	429
3.	Declaración sobre normas de origen preferenciales	430
4.	Comité sobre Normas de Origen	431
III.	Las negociaciones sobre el programa de armonización	431
1.	Objetivos y principios	431
2.	La estructura del Acuerdo	432
IV.	Las grandes interrogantes en las negociaciones de RO	433
1.	Los productos alimentarios	433
2.	Bienes industriales procesados	437
3.	Ensamble de la maquinaria, equipos eléctricos, vehículos, aviones y barcos	439
V.	Las implicaciones de la determinación de origen	439
1.	Textiles	439
2.	Medidas sanitarias y fitosanitarias (MSF) internacionales	440
3.	Requisitos de etiquetado para productos alimentarios	440
4.	<i>Antidumping</i>	441
5.	Salvaguardias	441
6.	Marcas de origen	442
7.	Marcas	442

8. La indicación geográfica	442
VI. Conclusiones	443
§ 16 TRÁMITE DE LICENCIAS DE IMPORTACIÓN (AL)	445
<i>Alejandro Gamboa</i>	
I. Introducción	447
II. Normas del GATT 1994 sobre trámites de licencias de importación	447
III. El Acuerdo	448
1. Definiciones	449
2. Disposiciones generales	450
3. Tipos de trámite de licencias de importación	451
4. La transparencia	455
5. El Comité de Licencias de Importación	460
§ 17 SUBVENCIONES Y MEDIDAS COMPENSATORIAS (SMC)	463
<i>Raúl Torres</i>	
I. Introducción y antecedentes históricos	465
II. El acuerdo sobre subsidios y medidas compensatorias de la Ronda Uruguay	467
1. Cobertura y estructura del Acuerdo SCM	467
2. Definición de una subvención	469
3. La especificidad	473
4. Clasificación de las subvenciones para efectos de sus disciplinas	475
5. Trato especial y diferenciado en favor de los países en desarrollo	485
6. Medidas compensatorias	489
III. El futuro del acuerdo SMC y las negociaciones de la Ronda de Doha	496
§ 18 SALVAGUARDIAS	499
<i>Aluisio de Lima-Campos</i>	
I. Historia de las salvaguardias	501
II. Las normas multilaterales sobre salvaguardias	503
1. Artículo XIX GATT – Medidas de urgencia sobre la importación de productos determinados	503
2. El Acuerdo sobre Salvaguardias (SG)	503
III. Presente y futuro de las salvaguardias en el comercio internacional	517
1. Daño importante y daño grave	519
2. Duración de las salvaguardias	520
3. Salvaguardias requieren plan de reajuste para la rama de producción	521
4. Las salvaguardias requieren el otorgamiento de concesiones luego de su tercer año de vigencia	521
5. Provisionalidad	522

6.	No selectividad	522
7.	Recomendaciones	524
IV.	Jurisprudencia	525
1.	Estados Unidos – Gluten de trigo (DS 166)	525
2.	Estados Unidos – Cordero (DS 177)	526
3.	Argentina – Calzado (CE) (DS 121)	527
4.	Corea – Productos lácteos (DS 98)	528
V.	Preguntas para el debate	528
1.	Requisitos de las salvaguardias	528
2.	Las salvaguardias como cláusula de escape en el siglo XXI	529
3.	Salvaguardias aplicadas a un producto que ya había sido protegido por una de estas medidas	529
4.	Reconciliación entre la selectividad y el principio de Nación Más Favorecida	530
§ 19	ACUERDO GENERAL SOBRE EL COMERCIO DE SERVICIOS (AGCS)	533
	<i>Felipe Lopeandía</i>	
I.	Introducción	535
II.	Conceptos fundamentales	536
1.	Modos de prestación de los servicios	536
2.	Definición de “medida”	537
3.	Estructura del GATS	538
III.	Derechos y obligaciones	540
1.	Obligaciones generales incondicionales	540
2.	Obligaciones generales condicionales	543
IV.	Compromisos específicos	547
1.	Acceso a los mercados (artículo XVI GATS)	548
2.	Trato nacional (artículo XVII GATS)	550
3.	Compromisos adicionales (artículo XVIII GATS)	553
4.	Listas de compromisos específicos	553
V.	Excepciones	557
1.	Excepciones generales (artículo XIV GATS)	557
2.	Excepciones relativas a la seguridad (artículo XIV bis GATS)	561
3.	Restricciones para proteger la balanza de pagos (artículo XII GATS)	561
VI.	Anexos	561
1.	Anexo relativo al artículo II sobre el trato de la Nación Más Favorecida	562
2.	Anexo sobre el movimiento de las personas naturales	562
3.	Anexo sobre el transporte aéreo	563
4.	Anexo de servicios financieros y telecomunicaciones	563

§ 20	SERVICIOS FINANCIEROS	565
	<i>Sebastián Sáez</i>	
I.	Introducción	567
II.	Alcance de las reglas	568
III.	Los servicios financieros, un sector especial	571
IV.	Especificidades del anexo de servicios financieros	574
	1. Definición	574
	2. Exclusiones	574
	3. Medidas prudenciales o cautelares	575
	4. Acuerdos de reconocimiento mutuo	576
	5. Solución de diferencias	577
V.	El entendimiento sobre servicios financieros	577
	1. Statu quo	578
	2. Acceso a mercados	579
	3. Trato nacional	579
VI.	Compromisos de servicios financieros	580
VII.	AGCS, servicios financieros y manejo de la política macroeconómica	581
	1. ¿Límites al manejo macroeconómico?	581
	2. Lecciones de la Gran Depresión	584
	3. Ductibilidad de OMC	585
VIII.	Reflexiones finales	586
IX.	Anexos	588
	1. Cuadro A	588
	2. Cuadro B	590
§ 21	TELECOMUNICACIONES	593
	<i>Catherine Hinckley</i>	
I.	Introducción	595
II.	Breve historia de los servicios de telecomunicaciones en la OMC	596
	1. Grupo sobre telecomunicaciones básicas	596
	2. Grupo de Negociación sobre Telecomunicaciones Básicas	596
III.	Los compromisos de telecomunicaciones en la OMC	598
	1. El anexo sobre telecomunicaciones	598
	2. Los compromisos específicos en acceso a mercado, trato nacional y compromisos adicionales	600
	3. Limitaciones sobre acceso a mercados y trato nacional	604
	4. Documento de Referencia sobre principios regulatorios procompetitivos	606
IV.	Conclusiones	609

§ 22	EL ACUERDO DE LOS ADPIC	615
	<i>Pedro Roffe</i>	
I.	Introducción	617
II.	Los derechos de propiedad intelectual y su relación con el comercio	619
III.	La propiedad intelectual y la propiedad industrial	621
IV.	Derechos de propiedad intelectual y el comercio internacional	623
V.	GATT 1947 y la propiedad intelectual	624
VI.	Incorporación formal de la PI al sistema comercial internacional	626
VII.	ADPIC y su diferencia con el régimen internacional pre-OMC	630
VIII.	Los principios rectores del ADPIC	631
	1. Estándares mínimos de protección	632
	2. Los principios del trato nación y Nación Más Favorecida	633
	3. Principio de libertad de implementación	635
	4. Objetivos y principios consagrados en ADPIC	635
IX.	Estándares mínimos de protección	636
	1. Estándares mínimos en derechos de autor y derechos conexos	637
	2. Estándares mínimos respecto de las marcas comerciales	639
	3. Estándares mínimos en relación con las indicaciones geográficas	641
	4. Innovaciones de ADPIC en materia de dibujos y diseños industriales	643
	5. Innovaciones de ADPIC respecto de la protección de patentes	645
	6. Los esquemas de trazado de los circuitos integrados	649
	7. Estándares mínimos en materia de información no divulgada	651
	8. ADPIC y el control de prácticas anticompetitivas	652
X.	Las medidas sobre observancia: novedades y estándares mínimos	655
	1. Obligaciones generales	655
	2. Procedimientos y recursos civiles y administrativos	655
	3. Medidas provisionales	656
	4. Prescripciones especiales relacionadas con medidas en frontera	656
	5. Procedimientos penales	658
	6. El complejo proceso de implementación: el caso de la salud pública	658
XI.	La solución de diferencias de la OMC y las consecuencias para la PI	662
	1. Anulación o menoscabo: reclamaciones donde no hay infracción	662
	2. Casos notables ante el sistema de solución de diferencias de la OMC	664
XII.	Anexo Cuadro 6	676
§ 23	ACUERDO SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA (ACP)	681
	<i>Roberto Laguado</i>	
I.	Introducción	683
II.	Treinta años de la contratación pública a nivel internacional	683

1.	Primera iniciativa para extender las disciplinas de la OMC a las compras del sector público: el Código de 1979	685
2.	Acuerdo de Contratación Pública de la OMC (ACP-I)	686
3.	El ACP II	687
III.	Acuerdo de Contratación Pública 2012: acceder o no acceder	688
1.	Inversiones pre y postadhesión	689
2.	Eventuales costos de largo plazo por no adherir	690
3.	Revisar y adaptar políticas públicas de desarrollo	692
4.	Mejores contrataciones públicas	696
IV.	Los retos y desafíos emergentes	699
1.	Mayor adhesión al acuerdo	699
2.	Trato especial y diferenciado de países en desarrollo	702
V.	Conclusiones	706
§ 24	EL SISTEMA SOBRE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS	711
	<i>Julio Lacarte</i>	
I.	La historia	713
1.	De la OIC a la OMC	713
2.	El GATT	715
3.	Negociación del Entendimiento sobre Solución de Diferencias	720
II.	El entendimiento de solución de diferencias	724
1.	Principales características del ESD	724
2.	Grupos especiales	729
3.	El Órgano de Apelación	736
4.	Cumplimiento	738
5.	Aprobación del ESD	742
III.	Veinte años del ESD	743
1.	Experiencia acumulada	743
2.	Interpretación	747
3.	Factores extrajurídicos	748
4.	Estadísticas	750
5.	Mejoras al ESD	751
§ 25	LA PROTECCIÓN DE ACTORES NO ESTATALES BAJO EL DERECHO DE LA OMC	755
	<i>Christoph Scheme</i>	
I.	Importancia de la OMC para los actores no estatales	757
1.	Interés de ANE en la OMC	757
2.	Visión general de las posibles formas de influencia	758
II.	Influencia indirecta	759
1.	Procedimientos formales para obtener protección legal	759
2.	Prácticas informales para la defensa de intereses legales	763
III.	Aplicación de la OMC a nivel doméstico	775

1.	Aplicación directa	775
2.	Aplicación indirecta	778
IV.	Resumen y visión de conjunto	779
§ 26	MECANISMO DE EXAMEN DE LAS POLÍTICAS COMERCIALES	781
	<i>Willy Alfaro</i>	
I.	Transparencia en la OMC	783
II.	El mecanismo de examen de las políticas comerciales	786
1.	El órgano de examen de políticas comerciales	786
2.	Objetivos	787
3.	Evaluación del mecanismo	788
4.	Evolución del entorno comercial internacional	789
III.	Los informes	790
1.	El informe del miembro	790
2.	El informe de la Secretaría	791
IV.	El examen	794
V.	Resultados de los exámenes	796
VI.	Lecciones del mecanismo	797
§ 27	COMERCIO Y DESARROLLO EN LA OMC	803
	<i>Miguel Rodríguez</i>	
I.	Introducción	805
II.	Los Países en desarrollo y el GATT	807
1.	La Sesión Especial de 1955	808
2.	La Parte IV del GATT	809
3.	El Sistema Generalizado de Preferencias (SGP)	811
4.	La Cláusula de Habilitación	814
III.	Del GATT a la OMC	815
1.	Las negociaciones de la Ronda Uruguay	816
2.	El tratamiento “especial y diferenciado” en la OMC	818
3.	Los países en desarrollo en la OMC	821
IV.	Balance y Perspectivas	824
V.	Anexo: Cláusula de Habilitación	829
§ 28	COMERCIO Y MEDIO AMBIENTE	833
	<i>Stefania Gallo / María Pérez-Esteve</i>	
I.	Introducción	835
II.	Historia de la relación entre el comercio y el medio ambiente en el GATT/OMC	836
III.	Disposiciones sobre el comercio y el medio ambiente	841
1.	Los principios del GATT	842
2.	Excepciones generales: artículo XX GATT	843
3.	Otras disposiciones pertinentes de los Acuerdos de la OMC	847

IV.	Las negociaciones sobre el comercio y el medio ambiente	850
1.	El mandato ministerial de Doha sobre el comercio y el medio ambiente	850
2.	Las negociaciones sobre comercio y medio ambiente de Doha	851
3.	Relación entre las normas de la OMC y las de los AMUMA	851
4.	Intercambio de información y condición de observador	856
5.	Bienes y servicios ambientales	857
6.	Identificación de las categorías de bienes objeto de debate	859
7.	Modalidades o trato	860
8.	Subvenciones a la pesca	863
V.	Controversias relacionadas con el comercio y el medio ambiente	868
1.	Brasil - Medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados	869
2.	Comunidades Europeas - Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto	870
3.	Estados Unidos - Prohibición de importar ciertos camarones y sus productos	872
4.	Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional	874
5.	Estados Unidos - Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún	875
VI.	Futuro del debate sobre el comercio y el medio ambiente	879
§ 29	EL COMERCIO Y LAS NORMAS LABORALES	885
	<i>Pablo Lazo</i>	
I.	Introducción	887
II.	Principios y normas para analizar temas laborales en el contexto de OMC	892
III.	Marco general normativo	893
1.	El Derecho internacional y la OMC	893
2.	El Preámbulo de la OMC	895
3.	Principios básicos para la aplicación de las normas de OMC	895
4.	Referencia a otras normas internacionales	896
IV.	Reglas generales básicas	896
1.	Principios de Nación Más Favorecida y Trato Nacional	896
2.	El concepto de "similitud" y el debate de los procesos y métodos de producción (PPM)	897
3.	Territorialidad, extraterritorialidad y los PPM	902
4.	Condiciones del artículo II: 1 b) GATT - Listas de concesiones	905
V.	Las excepciones generales del artículo XX GATT	906
1.	Requisitos.	906
2.	El proceso de doble análisis o test de dos vías	907

3.	Medidas necesarias para la protección de la moral pública (artículo XX, letra a GATT)	908
4.	Medidas necesarias para la protección de la salud de las personas (artículo XX, letra b GATT)	912
5.	Medidas relativas a los productos hechos con trabajo en prisión (artículo XX, letra e) GATT)	913
6.	Consistencia con el párrafo Inicial del artículo XX GATT	914
7.	Ámbito de las normas de OMC	914
VI.	Disciplinas	916
1.	Acuerdos sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC)	916
2.	Acuerdos en medidas de defensa comercial	920
3.	El Acuerdo de Servicios (GATS) y sus listas	921
4.	El acuerdo de compras públicas (ACP) y sus listas	923
5.	Mecanismo de examen de las políticas comerciales (MEPC)	924
VII.	Comentarios finales	925
§ 30	OMC Y LAS AGRUPACIONES ECONÓMICAS REGIONALES	927
	<i>Alejandro Jara</i>	
I.	Historia	929
II.	Las disposiciones sobre integración económica en la OMC	930
1.	GATT	930
2.	Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS o GATS)	931
3.	Ronda de Doha	932
III.	Aplicación territorial del GATT y de la OMC	932
1.	A quién se destina	932
2.	Algunos conceptos importantes	933
3.	Países limítrofes	934
IV.	La integración económica: comercio de bienes	934
1.	Algunas definiciones	934
2.	Se necesita un programa	936
3.	La gran excepción	937
4.	Las condiciones	938
5.	Procedimientos	940
6.	La vigencia	941
V.	Integración económica y los países en desarrollo	942
1.	Artículo XXIV GATT y los países en desarrollo	942
2.	La cláusula de habilitación	944
VI.	Acuerdos de integración en materia de comercio de servicios	945
1.	Las condiciones	945
2.	Otras condiciones y circunstancias	947
VII.	El examen de los acuerdos de integración	948
1.	El comité de los acuerdos comerciales regionales (CACR)	948
2.	El mecanismo de transparencia de los acuerdos de integración	949

3.	Comité de acuerdos comerciales regionales <i>versus</i> comité de comercio y desarrollo	951
VIII.	La integración económica en la jurisprudencia de la OMC	951
IX.	El número de acuerdos comerciales regionales	953
§ 31	COMERCIO Y COMPETENCIA	957
	<i>Eduardo Pérez Motta</i>	
I.	Introducción	959
II.	Antecedentes	960
III.	Política comercial y política de competencia: ¿complementarias?	963
IV.	Retos y obstáculos comunes	967
V.	¿Competencia en la OMC?	971
VI.	Conclusiones	976
§ 32	FACILITACIÓN DE COMERCIO	981
	<i>Marta Bonet</i>	
I.	Introducción	983
II.	Antecedentes del Acuerdo	984
III.	Historia de las negociaciones	986
IV.	Estructura del Acuerdo sobre Facilitación de Comercio	988
	1. Obligaciones sustantivas (Sección 1)	988
	2. Trato especial y diferenciado (Sección II)	989
V.	Detalle de las nuevas obligaciones sustantivas	990
	1. Publicación y disponibilidad de la información (artículo 1)	990
	2. Observaciones e información antes de la entrada en vigor (artículo 2)	991
	3. Resoluciones anticipadas (artículo 3)	991
	4. Procedimientos de recurso o de revisión (artículo 4)	992
	5. Aumento de imparcialidad, no discriminación y transparencia (artículo 5)	993
	6. Disciplinas sobre los derechos y cargas establecidos para la importación y la exportación o en relación con ellas (artículo 6)	993
	7. Levante y despacho de aduana de las mercancías (artículo 7)	994
	8. Cooperación entre organismos en la frontera (artículo 8)	997
	9. Traslado de mercancías bajo control aduanero destinadas a la importación (artículo 9)	998
	10. Formalidades en la importación, exportación y tránsito (artículo 10)	998
	11. Libertad de tránsito (artículo 11)	1000
	12. Cooperación aduanera (artículo 12)	1001
	13. Disposiciones institucionales (artículo 13)	1002
VI.	Trato especial y diferenciado para países en desarrollo (Sección II)	1002
	1. El concepto	1002

2.	Funcionamiento de la Sección II	1003
3.	Excepciones y otras facilidades	1006
VII.	Mecanismo de Cooperación	1009
VIII.	Temas pendientes del Acuerdo	1010
IX.	Conclusiones	1010
§ 33	PERSPECTIVAS FUTURAS DE OMC	1013
	<i>Mario Matus</i>	
I.	Introducción	1015
II.	La Ronda de Doha	1016
1.	Organización de la Ronda de Doha	1017
2.	Temas de la Ronda de Doha	1018
3.	El lento y azaroso avance de la Ronda	1022
4.	La Conferencia Ministerial de Hong Kong y su secuela	1023
5.	Conferencia Ministerial de 2011	1024
6.	Bali, la esperanza; Ginebra, la desesperanza	1025
7.	El futuro de la Ronda de Doha	1026
III.	El complejo sistema multilateral de comercio de hoy	1027
1.	Enfoque liberalizador y tradicional	1028
2.	Mirada cautelosa	1029
3.	La visión benevolente	1030
4.	Una realidad enmarañada	1031
IV.	Siluetas del mañana: el porvenir del sistema multilateral de comercio	1032
1.	Bilateralismo	1033
2.	Regionalismo	1033
3.	Plurilateralismo	1034
4.	Exolateralismo	1034
V.	Epílogo	1034
	BIBLIOGRAFÍA	1037
	DOCUMENTOS	1059
I.	OMC-Documentos	1059
II.	GATT-Documentos	1065
	CASOS	1067
I.	Decisiones del sistema de solución de controversias de la OMC y GATT 1947	1067
II.	Decisiones del sistema de solución de controversias de la OEA	1073
	LOS AUTORES	1075



Editado por el Departamento de Publicaciones
de la Universidad Externado de Colombia
en agosto de 2016

Se compuso en caracteres Ehrhardt Regular de 12 puntos
y se imprimió sobre Holmen Book Cream de 60 gramos
Bogotá - Colombia

Post tenebras spero lucem

