

SERIE 
Magíster
VOLUMEN 55

*La OMC:
¿más allá
de la
interestatalidad?*

*Ana María
Correa*



UNIVERSIDAD ANDINA
SIMON BOLIVAR
Ecuador



ABYA
YALA



CORPORACIÓN
EDITORA NACIONAL

La OMC:
¿más allá de la interestatalidad?

SERIE 
Magister
VOLUMEN 55

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR, SEDE ECUADOR
Toledo N22-80 • Teléfonos: (593-2) 322 8031, 322 8032 • Fax: (593-2) 322 8426
Apartado postal: 17-12-569 • Quito, Ecuador
E-mail: uasb@uasb.edu.ec • <http://www.uasb.edu.ec>

EDICIONES ABYA-YALA
Av. 12 de Octubre 1430 y Wilson • Teléfonos: (593-2) 256 2633, 250 6247
Fax: (593-2) 250 6255 • Apartado postal: 17-12-719 • Quito, Ecuador
E-mail: editorial@abyayala.org

CORPORACIÓN EDITORA NACIONAL
Roca E9-59 y Tamayo • Teléfonos: (593-2) 255 4358, 255 4558
Fax: (593-2) 256 6340 • Apartado postal: 17-12-886 • Quito, Ecuador
E-mail: cen@accessinter.net

Ana María Correa

**La OMC:
¿más allá de la interestatalidad?**



**UNIVERSIDAD ANDINA
SIMÓN BOLÍVAR**
Ecuador



**ABYA
YALA**



**CORPORACIÓN
EDITORIA NACIONAL**

Quito, 2005

La OMC: ¿más allá de la interestatalidad?

Ana María Correa



Primera edición:

Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador
Ediciones Abya-Yala
Corporación Editora Nacional
Quito, enero 2005

Coordinación editorial:

Quínche Ortiz Crespo

Diseño gráfico y armado:

Jorge Ortega Jiménez

Cubierta:

Raúl Yépez

Impresión:

*Impresiones Digitales Abya-Yala,
Isabel La Católica 381, Quito*

ISBN: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador
9978-19-095-3

ISBN: Ediciones Abya-Yala
9978-22-486-6

ISBN: Corporación Editora Nacional
9978-84-375-2

Derechos de autor:

Inscripción: 020859

Depósito legal: 002828

Título original: *La OMC y su sistema de resolución de disputas:
traspasando las fronteras de la interestatalidad*

Tesis para la obtención del título de Magíster en Relaciones Internacionales
Programa de Maestría en Relaciones Internacionales,
mención en Negociaciones Internacionales, 2003

Autora: *Ana María Correa Crespo*. (Correo e.: acorrea@moderna.com.ec)

Tutor: *César Montúfar*

Código bibliográfico del Centro de Información: T-0188

Contenido

Introducción / 7

Capítulo I

Sistema de Resolución de Disputas: la supranacionalidad / 13

- a) Evolución del SRD / 14
- b) Funcionamiento / 21
- c) Conclusiones / 37

Capítulo II

La Unión Europea versus Estados Unidos: retaliación por un subsidio ilegal / 41

- a) Antecedentes / 41
- b) La Unión Europea versus Estados Unidos: una visión del caso desde la Organización Mundial de Comercio / 45
- c) Impacto de la disputa comercial en Estados Unidos / 54
- d) Conclusiones / 57

Conclusión / 59

Bibliografía / 63

Universidad Andina Simón Bolívar / 65

Títulos de la Serie Magíster / 66

Introducción

Mi objeto de investigación para el presente estudio es el Sistema de Resolución de Disputas de la Organización Mundial del Comercio. El análisis de este sistema es el instrumento mediante el cual intentaré cumplir con el objetivo general de investigación que es el comprender si el régimen internacional del comercio/OMC es un régimen estrictamente interestatal, o si éste funciona mediante una instancia supranacional, que por medio del SRD impone autoridad por sobre los estados, y otros actores no estatales en torno al comercio mundial.

El marco disciplinario en el que se inscribe mi investigación es el de las teorías sobre regímenes internacionales y gobernanza, sobre las teorías acerca de la gobernanza global, teorías sobre mecanismos de judicialización, teorías sobre resolución de disputas, teorías sobre el comercio internacional y la OMC.

Mi indagación parte de la base de la discusión sobre los regímenes internacionales. Según Michael Krasner¹ los regímenes internacionales están compuestos de 4 elementos analíticos: principios implícitos o explícitos (creencias de rectitud), normas (estándares de comportamiento definido en términos de derechos y obligaciones), reglas (prescripciones y proscripciones específicas para la acción), y procedimientos de toma de decisiones (prácticas prevaletentes para hacer e implementar el deseo común). Otros autores como John Ruggie,² han optado por una entrada más cognitiva al tema de los regímenes, que desplaza al análisis del comportamiento abierto de los actores, hacia la creación común de sentido, convergencia de expectativas, lo cual otorga a los regímenes una inevitable condición de intersubjetividad, y de entendimiento compartido. Para Ruggie los regímenes son inherentemente dialógicos en su carácter. En cuanto al Régimen Internacional del Comercio, Ruggie descarta la posibilidad de que organizaciones internacionales, corporaciones multilaterales, estados y actores sub-estatales se estén fortaleciendo

1. Citado en John Ruggie, *Constructing the World Polity Essays on International Institutionalization*, Routledge, 1998, p. 98.

2. *Ibid.*

en el espacio de autoridad internacional, es decir, que serían aliados al igual que competidores. El hecho de que unos adquieran mayor poder, no quiere decir para Ruggie, que otros, es decir los estados, lo pierdan. En otras palabras, para Ruggie, el RIC es eminentemente interestatal y multilateral en el sentido de que la reciprocidad y el estatuto fundamental de la Nación Más Favorecida se extiende a todos los miembros por igual. Sin embargo, para el autor sería incorrecto pensar que el RIC actúa como una autoridad superordinada *vis a vis* sus miembros, porque la institucionalización de la autoridad se da al nivel del Estado, y porque la jurisdicción no es transferida a otra entidad sino que es ejercida colectivamente por los estados. Entonces, la autoridad internacional, o posibilidad de gobernancia, se concibe como una estructura transordenadora a diferencia de una estructura superordinada con estructuras subordinadas.

En torno al Régimen Internacional del Comercio (RIC), Miles Kahler, sostiene que éste surge como respuesta a la creciente integración económica, como una demanda para sobreponerse a las desventajas de la segmentación política, y para maximizar las ganancias del intercambio económico por medio de la armonización de las políticas nacionales; es decir, nace de la necesidad de instituciones más fuertes y con capacidad de hacer cumplir sus disposiciones.³ Los lazos políticos transnacionales, en múltiples asuntos cambian y modelan tanto las políticas domésticas como las internacionales en torno a la integración económica. La OMC nace entonces para dar coherencia a la multiplicidad de acuerdos comerciales existentes, y es ahora el régimen más comprensivo y global. Para teorías basadas en el interés, nos dice Kahler, el régimen del comercio resulta de la tensión que existe en todos los países, entre los grupos que favorecen la integración y los que se perjudican con ella. Cuando los actores privados demandan la coordinación y el ajuste, a medida que la integración económica progresa, entonces el régimen preside sobre demandas basadas en grupos privados no gubernamentales. La novedad del régimen instituido bajo la OMC es la vigilancia-monitoreo multilateral estructurada en el cumplimiento de su normatividad, así como la restricción de las políticas nacionales, para evitar la fragmentación del plurilateralismo.⁴ El régimen surge además de la tensión entre los países industrializados que no iban a seguir tolerando el «free riding» (oportunismo) de los países en desarrollo y la exigencia de éstos, de incluir temas claves como el de la agricultura y textiles y el deseo de terminar con el unilateralismo de los países desarrollados.⁵

3. Miles Kahler, *International Institutions and the Political Economy of Integration*, The Brookings Institution, 1995, p. 11.

4. *Ibid.* p. 32.

5. *Ibid.* p. 34.

Para Kahler, el debate pendiente en torno al RIC se encuentra entre la necesidad de una coordinación centralizada (harmonización) o un modelo más descentralizado que parta del reconocimiento mutuo en respuesta a la creciente integración económica. El autor, en contraste con las visiones convencionales de un modelo institucional fuerte, formal, centralizado, y altamente reglamentado, se inclina en favor de un RIC más flexible y abierto capaz de adaptarse a los constantes cambios del entorno y a los shocks, y que se articule con actores domésticos que vigilen y hagan seguimiento de las reglas e influyan en las políticas nacionales.⁶

Alec S. Sweet,⁷ sugiere que el RIC nace igualmente de la expansión global del intercambio hacia lo que actualmente conocemos, la OMC. Esta globalización de los flujos comerciales, y el surgimiento de nuevas disputas inherentes al régimen, hace que la necesidad de gobernancia sea un elemento crucial y resulte en la *judicialización* del régimen, de forma que el sistema triádico (tres partes) de resolución de disputas (en el que dadas –dos partes en conflicto– buscan a un tercero con reputación y legitimidad enmarcada en la normativa establecida, dirima la disputa) funcione como un mecanismo para determinar, por medio de mecanismos de autoridad, el contenido de la estructura normativa de una comunidad. En el caso del RIC, frente a la aguda necesidad de reglas claras y mejor acatamiento, se generaron las condiciones necesarias para la emergencia del sistema obligatorio de adjudicación ahora existente en la OMC, con un sistema de autoridad que es inherentemente gubernamental, mediante lineamientos de cumplimiento automático para los estados, y que provoca con sus decisiones, modificaciones en las políticas nacionales de comercio. Para el fortalecimiento del Sistema Triádico de Resolución de Disputas (STD), fue determinante la actuación de una comunidad epistémica (grupo autónomo de expertos) que dictó la abolición de los vetos unilaterales y creación de medidas para el cumplimiento de las normas. Este tránsito desde un STD consensual, hacia uno obligatorio, según Sweet, no pudo haberse dado sin la convergencia de las preferencias de los estados comerciales más poderosos; de hecho, los EE.UU. presionaban por un sistema de resolución de disputas más eficiente desde los setenta y ya unilateralmente castigaban a aquellos que no cumplían con las obligaciones del GATT, igual que la Unión Europea, de modo que el resto del mundo se unió a este deseo de reforzamiento/aplicación multilateral de las normas. Una vez construido como un discurso basado en precedentes, la normatividad estructural y el STD se convirtieron en la fuente misma de esas normas, y el proceso de judicializa-

6. *Ibid.* p. 132.

7. Alec S. Sweet, “The judicialization of governance”, *Comparative Political Studies*, vol. 32, issue 2, apr. 99, pp. 14-18.

ción empezó a reconstruir la manera como los estados comprendían la naturaleza de su propio régimen. Los estados reaccionaron al desarrollo de este tipo rígido de gobernancia basada en normas, no suprimiéndolo, sino ajustándose a él. El RIC reinaugurado en la OMC es tratado como ley constitucional que provee un sistema obligatorio de adjudicación de disputas. Las nuevas reglas confieren jurisdicción a los paneles de la OMC en la recepción de quejas, y no permiten más vetos unilaterales por ninguno de sus miembros, al tiempo que determinan una amplia gama de medidas concernientes a castigos frente a incumplimientos. Así, para Sweet, la estructura normativa alcanza una dimensión de autonomía e independencia *vis a vis* los actores, encaminada a la creación de una poderosa autoridad supranacional gubernamental que expandirá el discurso legal y gradualmente transformará el discurso interestatal en torno al comercio.⁸

Como hemos visto, el tema de cómo generar gobernancia es un tema central en lo concerniente al RIC. La gobernancia es para Oran Young, la base de la cooperación para evitar pérdidas conjuntas por la inhabilidad de cooperar, y es el elemento que cumple la función social de abrir el espacio para estructuras horizontales: es la gobernancia sin gobierno.⁹ La gobernancia involucra el establecimiento de instituciones sociales, o regímenes diseñados para promover cooperación sostenida entre los actores interdependientes. Gobernancia no es igual que gobierno, se refiere a las instituciones sociales y no a las organizaciones de gobierno, que en muchas instancias pueden ayudar a resolver problemas de naturaleza colectiva. El RIC es según Young un régimen organizado por estados y establecido sobre la base del GATT y posteriormente la OMC.¹⁰ Sin embargo, otros autores como Olav Schram Stokke¹¹ enfatizan la necesidad de prestar más atención al rol de actores no necesariamente estatales en la creación y operación de regímenes, así como a las conexiones entre los regímenes internacionales y los procesos políticos domésticos de sus miembros. Aparentemente, una variedad de actores no estatales estarían desempeñando un rol crucial en respuesta a los problemas de una gobernancia obligatoria, así como a la emergencia de regímenes en los que los estados no serían los jugadores primarios, sino que intervendrían fuerzas subnacionales, transnacionales y supranacionales.

Es así, que se puede suponer entonces que el RIC no estaría solamente funcionando mediante mecanismos de gobernancia simple, sino más bien a

8. *Ibíd.*, p. 25.

9. Oran Young, edit., *Global Governance: Drawing Insights from the environmental experience*, MIT Press, 1997, p. 21.

10. *Ibíd.*, p. 6.

11. *Ibíd.*, p. 29.

través de instrumentos de gobernanza global, en tanto involucra a actores estatales y no estatales que trabajan dentro y a través de las fronteras, y que tiene como resultado la relocalización de la autoridad del ámbito exclusivista del Estado hacia áreas en donde lo supranacional, entendido éste como el espacio exógeno a las partes en disputa, tiene el poder de dirimir sobre ellas y así desempeñar un rol de imposición de orden sin precedentes. El punto clave de mi investigación parte de la observación de que quizás el concepto de régimen internacional/gobernanza como instrumento para analizar al régimen de comercio no es del todo adecuado, porque está básicamente centrado en las relaciones interestatales y en conceptos de gobernanza limitada. Probablemente el de la gobernanza global o supranacionalidad sea más exacto para comprender al RIC y a su sistema de resolución de disputas, que es considerado el eje más innovador de la estructura de la OMC por estar influyendo inclusive en los cambios en los sistemas legales de los países miembros. El mecanismo de resolución de disputas transforma al régimen internacional de comercio y se torna en el punto mediador hacia un sistema de gobernanza fuerte que sobre la base judicial del régimen, opera autónomamente, impone sanciones y premios y moldea las políticas comerciales de los países miembros, inclusive de los comercialmente más fuertes, e incide e involucra a actores subnacionales, transnacionales y supranacionales.

Mi pregunta de investigación entonces gira entorno a si es adecuada la comprensión del RIC/OMC como un régimen internacional estrictamente interestatal o si, por el contrario, éste se ha convertido en una instancia supranacional de autoridad, a través del mecanismo de resolución de disputas, por sobre los estados y otros actores no estatales en torno al comercio mundial. Entre los objetivos de presente investigación se encuentran el identificar las características actuales del régimen internacional del comercio y los elementos que lo conforman, especialmente su principal fuente de autoridad, el SRD, sus transformaciones y resultados en cuanto a la construcción de una autoridad supranacional. Posteriormente estudiar la validez de la categoría de régimen internacional para la comprensión del fenómeno del comercio mundial, bajo la OMC, en vinculación con el sistema de resolución de disputas, y analizar el caso de una disputa en particular. Finalmente, conocer si el estudio de los regímenes internacionales como categoría conceptual es un camino o precondición hacia un concepto más amplio y adecuado como el de la gobernanza global o supranacionalidad para comprender este fenómeno.

Intentaré responder a mi pregunta de investigación mediante el análisis del sistema de resolución de disputas ya que es a través del funcionamiento de éste mecanismo que la OMC dirime disputas y establece fallos, sanciones y castigos a las diferentes partes, constituyéndose así en una estructura normativa y regulatoria que se reproduce a sí misma y moldea las políticas co-

merciales de sus países miembros. Específicamente, dentro del Sistema de Resolución de disputas me concentraré en los siguientes elementos: fallos favorables a países industrializados versus fallos favorables a países en desarrollo, autonomía de los paneles, participación de ONG, consideraciones especiales a países menos desarrollados, independencia de los miembros, países más activos en el planteamiento de quejas, países más acusados, resultados de la resolución de disputas y su mecanismo de apelación, tipos de disputas, políticas comerciales más cuestionadas, y transformaciones legales en los diferentes países a partir de fallos de la OMC que podrían ser indicativos de una intervención del organismo en la soberanía de cada país. Adicionalmente realizaré un análisis cualitativo de un caso de disputa en el que estudiaré la naturaleza de la disputa, la composición del panel de dirimencia, los fallos y acatamiento o desacato de los miembros, y sobretodo la manera cómo el desenlace del fallo ha tenido consecuencias directas al interior de los países involucrados en la disputa.

Para cumplir con los propósitos de la presente investigación las técnicas utilizadas fueron el estudio de fuentes bibliográficas, tanto académicas, como los reportes técnicos de la OMC en cuanto a disputas. También se realizará un análisis interpretativo de las estadísticas del SRD de la OMC desde 1995 al 2001, y la observación cualitativa de un caso. Adicionalmente a las fuentes bibliográficas, mi investigación se alimentó con varias entrevistas con expertos en temas comerciales y de la OMC.

El primer capítulo de esta tesis se concentrará en el Estudio del Sistema Triádico de Resolución de Disputas de la OMC mediante el análisis del estudio cuantitativo del resultado de las 242 peticiones de consulta, es decir del número total de consultas luego de 6 años de funcionamiento del mecanismo. Cabe anotar que esta investigación se circunscribe exclusivamente al ámbito del comercio cubierto bajo el paraguas de la OMC, y no pretende hacer una referencia exhaustiva a las diputas comerciales que puedan darse por fuera de esta organización. El segundo capítulo, en cambio, se circunscribirá al análisis cualitativo del caso planteado por la Unión Europea en contra de Estados Unidos en torno a los subsidios a las corporaciones extranjeras, en dicho país. Este caso ha sido escogido por la relevancia de los actores involucrados y de las políticas cuestionadas, y porque es un caso extremadamente ilustrativo de cómo la OMC estaría influyendo en temas extremadamente sensibles y tradicionalmente considerados estrictamente soberanos de un país, como lo es el sistema tributario del mismo.

CAPÍTULO I

Sistema de resolución de disputas: la supranacionalidad

El objetivo de este capítulo es contribuir a la discusión académica acerca del funcionamiento de la OMC y su sistema de resolución de disputas. Para esto, es necesario partir de un análisis de su dinámica y capacidad de incidencia sobre los países miembros. Este estudio se llevará a cabo mediante la utilización de las categorías de gobernanza y supranacionalidad, que como veremos, están íntimamente relacionadas. El análisis del funcionamiento de la OMC y de su SRD (sistema de resolución de disputas) visto desde la óptica de estas dos categorías, puede resultar relevante y útil para la comprensión de los nuevos y complejos escenarios que se desprenden de la dinámica del comercio global, bajo el paraguas de la OMC.

Adicionalmente, este capítulo pretende dar una visión panorámica de las tendencias en el uso del SRD, por medio de un análisis de las estadísticas de los resultados en términos de número de quejas planteadas, países más activos en presentación de quejas, países más acusados, productos y medidas en cuestión. Para esto se utiliza el trabajo realizado por Stuart Malawer: “The WTO Dispute Resolution: Actual Practice, Panel and AB Decisions 1995-2000”, publicado en *Oxford Trade*; y el trabajo de Young D. Park y Marion Panizzon: “WTO Dispute Settlement 1995-2001: A Statistical Analysis” publicado en *Journal of Economic Law*. Ambos trabajos no son parte de los reportes generados por la propia OMC, sino que son informaciones independientes.

Sin embargo, los patrones y tendencias que se encuentran a partir del análisis de esta información, tienen un carácter limitado y acotado a la corta vida del mecanismo. Luego de tan solo 6 años de funcionamiento, cualquier conclusión a la que se llegue será parcial, y se referirá exclusivamente a ese período de tiempo. Por otro lado, cualquier previsión de futuro se hará sobre la base del estudio del pasado de la organización y a la evidencia que existe acerca de la progresiva amplificación de las potestades, ámbitos y ejercicio del GATT/OMC en el tiempo, sin que necesariamente sea posible hacer afirmaciones categóricas y absolutas respecto del futuro de la organización y el mecanismo. Además, se toman en cuenta que algunos de los que se consideran como los casos más desafiantes para la OMC en cuanto a su autonomía de

Estados Unidos, y a su capacidad real de enforcements de sus decisiones, están aún en proceso de resolución, y por lo tanto quedan fuera del ámbito de esta investigación.

A. EVOLUCIÓN DEL SISTEMA DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS

En el año de 1997, Renato Ruggiero, Director General de la Organización Mundial del Comercio afirmó que ninguna consideración acerca de los logros de la OMC podía estar completa, si no se mencionaba al Sistema de Resolución de Disputas (SRD), en tanto él lo consideraba como el pilar central del sistema multilateral de comercio y la contribución más singular de la OMC a la estabilidad de la economía global.¹ La joya de la corona, como algunos consideran al SRD es uno de los elementos fundantes de la OMC. Esta organización que tiene sus orígenes en el GATT (General Agreement on Trade and Tariffs) nació como una nueva organización el 1 de enero de 1995, con el propósito de asistir a los gobiernos, en el manejo de los problemas de la economía internacional interdependiente. El GATT es el tratado comercial más amplio en la historia. En el corazón del tratado está el tratamiento igualitario a todos los países y el estatuto de la Nación Más Favorecida (NMF), es decir la reciprocidad: cada miembro del GATT/OMC debe proveer al resto de miembros todas las ventajas que se otorgan al resto de socios comerciales. Estos tres elementos: tratamiento igualitario, NMF, junto al nuevo SRD de la OMC son el resultado de un proceso claro de evolución de un sistema basado en el poder «power oriented», a un sistema basado en normas «rule oriented».² Este es sin lugar a dudas, un enorme avance para la OMC como organización internacional, en cuanto a su estatus jurídico y al grado de supranacionalidad que puede llegar a ejercer *vis a vis* sus miembros y sus respectivas prácticas y políticas comerciales.

Desde que el GATT se implementó han habido 8 grandes rondas de comercio global, la última de las cuales fue la Ronda Uruguay, completada en 1993. Esta ronda, fue la más ambiciosa, pues culminó con la creación de la OMC y los acuerdos de Uruguay en 1995. En esta ronda, no solo se incluye-

1. «No review of the achievements of the WTO would be complete, without mentioning the Dispute Settlement system, in many ways the *central pillar* of the multilateral trading system and the WTO's most *individual contribution* to the stability of the global economy». April 17, 1997. Citado en Malawer, 2000.
2. Hyun Chong Kim, "The WTO Dispute Settlement Process: A Primer", *Journal of International Economic Law*, 1999, p. 457.

ron los servicios como parte del comercio, sino que se añadió el acuerdo de protección de propiedad intelectual (TRIPS) para proteger patentes y software de computadoras, lo cual había permanecido fuera del ámbito del GATT. Pero indiscutiblemente, el éxito más grande de la Ronda Uruguay fue la creación de la OMC, que a diferencia del GATT que era simplemente un acuerdo y tenía una jurisdicción laxa, creó una organización permanente, más comprensiva, y con mucho más poder para arbitrar sobre disputas. El mecanismo que regía bajo el GATT era demasiado débil, no había prontitud en el establecimiento de paneles o en la adopción de los reportes, puesto que cualquiera de las partes podía bloquearlos bajo la regla del consenso. Además existían 8 procedimientos distintos de resolución de disputas bajo el GATT, lo cual permitía que los países optaran por el que quisieran. En la práctica, cualquier país que violara las normas, podía bloquear una decisión que considerase adversa, aún cuando estuviera incurriendo en el uso de barreras injustas al comercio.

En contraste, el sistema triádico de resolución de disputas que la OMC puso en práctica, impide que las decisiones de los paneles establecidos por la organización puedan ser víctimas del veto unilateral de cualquier país. La automaticidad en la toma de decisiones, junto con la imposición de estrictos límites de tiempo para cada etapa, implica un avance muy grande respecto de lo que se tenía previo a la OMC. El proceso es automático porque tanto los reportes del panel, como los reportes del cuerpo de apelación, son vinculantes para las partes. Esto significa que la OMC y su accionar pueden topár áreas sensibles de la «soberanía» de los países.³ Algunos escépticos del derecho internacional pueden considerar que los tratados vinculantes son difíciles de acatar, sin embargo, para muchos académicos y expertos en asuntos internacionales, una obligación de tratado vinculante bajo los principios del derecho internacional, puede tener efectos profundos en las legislaciones domésticas de cada país, al punto que éstas adquieran estatuto de ley doméstica, o puedan servir para iluminar e interpretar otras leyes domésticas de dicho sistema.

En el nuevo SRD, luego de una investigación detallada, cuando se encuentra que un determinado país ha emprendido acciones que van en contra de la normatividad de la organización, se recomienda al país inmediatamente retroceder hacia el punto de conformidad con las normas de la OMC, u ofrecer compensación. Los países que incumplen ambos, son sujetos de sanción. Por lo tanto, luego de 1 o 2 pasos, dependiendo de si el proceso incluyó o no apelación, será virtualmente automático el que las partes estén obligadas por

3. John H. Jackson en su ensayo "Designing and Implementing Effective Dispute Settlement Procedures: WTO Dispute Settlement, Appraisal and Prospects" discute como por ejemplo en los EE.UU. se dio un amplio debate en el Congreso, previa a la ratificación de los Acuerdos de Uruguay acerca de la posible intrusión de la OMC en la soberanía estadounidense.

tratado de ley a emprender en las recomendaciones del mecanismo. Además, la dimensión de credibilidad del juicio que se emite, crea las condiciones necesarias como para que ni siquiera los países comercialmente más fuertes, puedan diplomáticamente ignorar los resultados del SRD. Estados Unidos, por ejemplo, ha acatado en la mayoría de casos en los cuales bajo el GATT se encontró que se hallaba en desacato. Esto no quiere decir que la OMC dicta al pie de la letra a sus miembros lo que deben hacer en cuanto a temas relacionados por ejemplo con comercio y medio ambiente; pero definitivamente, en lo que tiene que ver estrictamente con políticas y prácticas comerciales, existen muy pocos temas que actualmente puedan decidirse exclusivamente en el ámbito de lo nacional. Esto implica que la OMC está generando un contexto en el que los asuntos son decididos más apropiadamente en el ámbito de lo supranacional. Así los países miembros deben necesariamente acogerse a la normativa de la OMC, por ejemplo en temas tan relevantes como son protección a la propiedad intelectual, techos arancelarios, entre otros. La OMC funciona como órgano supranacional hacia los países, en la medida en que ésta exige una fuerte condicionalidad para el ingreso. Los países aspirantes deben transformar y adaptar sus legislaciones domésticas para ajustarlas a los estándares de la OMC, luego que ésta ha realizado un examen exhaustivo de sus políticas y prácticas comerciales. Solo con los ajustes del caso, que por supuesto serán negociados con mayor o menor dificultad según la capacidad negociadora de cada aspirante, éste podrá acceder a la membresía.

La supranacionalidad de la OMC, y específicamente de su SRD, se hace más visible en el momento en que los países se han visto obligados a transformar sus legislaciones domésticas, a partir de un fallo de panel de la organización. Aún bajo el sistema anterior, cuando un país era sujeto a un fallo desfavorable de un panel, esto probablemente significaba un ajuste de políticas por parte del Estado perdedor, en favor del Estado ganador. De las 207 quejas planteadas en los años entre 1948 y 1989, 89 por ciento de las mismas fueron consideradas violaciones legales en contra del defensor. El 89 por ciento de las mismas resultaron en una satisfacción plena de la demanda legal.⁴ Más aún, la alta incidencia de ajustes de política y cambios en las legislaciones nacionales, no se puede atribuir a que los segmentos del tratado en cuestión eran los más sencillos, o que se planteaban las quejas más fáciles de resolver. Los actores generalmente no litigan cuando el cambio es fácil de obtener o cuando el proceso está libre de costos para el defensor. Por el contrario, muchos de estos casos son posiblemente aquellos en los que una acción de enmienda, no se hubiera emprendido por parte de los gobiernos acusados,

4. Esta información ha sido extraída de Young D. Park y Marion Panizzon, "WTO Dispute Settlement 1995-2001: A Statistical Analysis", publicado en *Journal of Economic Law*.

en ausencia de una queja ante el panel de la OMC. Algunos ejemplos de casos que resultaron en un cambio en la política muy grande o parcial por parte del acusado, incluye la remoción de restricciones cuantitativas en productos sensibles en Francia, el fin de la garantía de tipo de cambio para la industria Airbus en Alemania, la enmienda de la legislación de súper fondo por parte de Estados Unidos para remover un impuesto discriminatorio en importaciones extranjeras de petróleo, la remoción de impuestos discriminatorios en bebidas alcohólicas extranjeras por Japón, el ajuste en el cálculo del impuesto al valor agregado para disminuir el límite de ofertantes extranjeros en contratos con el gobierno en la Comunidad Europea, la revocación canadiense del Acta de Inversiones Extranjeras que obligaba a los inversores extranjeros a favorecer a los productores domésticos en lugar de importaciones, entre otros. Aún entre los casos menos favorables en los ochenta, cuando los fallos del GATT podían ser eventualmente bloqueados por el acusado, se obtuvo algunos cambios de política favorable al acusador. La Comunidad Europea, por ejemplo, redujo el subsidio a los productores de pasta y fruta procesadas, luego de varias quejas planteadas por Estados Unidos en 1982. En estos casos, el propio bloqueo es un indicativo de que el acusado no hubiera estado proclive a cambiar un política de *statu quo*, de no haber sido por la queja.

En este sentido, las quejas son significativas porque implican que los países que han sido cuestionados muy probablemente tendrán que ajustar sus políticas bajo la perspectiva de distintas interpretaciones de la normativa del GATT/OMC. Aún en ausencia de un fallo, el pedido de consultas significa que las políticas o medidas en cuestión se sujetan al menos a una discusión y revisión bilateral. Alcanzar un acuerdo previo al pedido de establecimiento de un panel, involucra un acomodo mutuo de políticas o un ajuste unilateral, que eventualmente alivia la queja.

Bajo la perspectiva de encontrar mecanismos de justicia rápidos, los gobiernos han accedido a presentar sus disputas comerciales a la OMC, en lugar de engancharse en un juego de retaliaciones bilaterales. En los primeros 3 años de utilización de este mecanismo judicial instaurado por la OMC se presentaron 132 quejas,⁵ mientras que el GATT en sus casi 50 años de existencia recibió 300. El mecanismo es utilizado tanto por los países comercialmente más fuertes, como por los países en desarrollo. Cualquiera de los 144 países miembros con los que la organización cuenta, tiene la potestad, si se siente afectado por las acciones de otro miembro, en cualquiera de los ámbitos comerciales enmarcados en los acuerdos del GATT y OMC, de plantear una queja ante la organización. La OMC cuenta con el poder y los mecanismos

5. Stuart Malawer S., "The WTO Dispute Resolution: Actual Practice, Panel and AB Decisions 1995-2000", www.oxfordtrade.com.

necesarios para determinar si ese país tiene o no la razón, y las acciones siguientes que se deberán emprender, sean éstas sanciones, compensaciones, u otras.

El tránsito del mecanismo de resolución de disputas del GATT, al mecanismo de resolución de disputas de la OMC, implicó el paso de un mecanismo consensual, hacia uno obligatorio. En otras palabras, el mecanismo actualmente vigente, que es denominado por Alec Stone Sweet como un mecanismo triádico de resolución de diferencias, implica su judicialización, pues dos partes acceden a acogerse al dictamen de un tercero para resolver sus disputas. De esta manera la OMC provee una fuerte base legal y normas constitutivas detalladas que curan los defectos legales que prevalecieron en el GATT. El solo hecho que dos partes (díadas) busquen a un tercero (tríada) para resolver su disputa, constituye por sí mismo, según este autor, la creación de un microcosmo de gobernancia, de creación de autoridad y por lo tanto de gobierno, más profundo que el de un régimen puramente interestatal.⁶ La presencia de la tríada se justifica en tanto ésta busca el destino común de las partes y la durabilidad de las relaciones sociales de los involucrados. En el caso de resolución obligatoria de diferencias, el acto inicial de delegación a un tercero se materializa como un mecanismo regulado y normado.

El sistema triádico desempeña funciones gubernamentales y es el mecanismo esencial de gobernancia en tanto regula el comportamiento y monitorea el cumplimiento de sus resoluciones. La función de generar gobernancia conlleva la dimensión de supranacionalidad, en la medida en que existe un mecanismo o fuente *externa* a las partes que regula e impone autoridad sobre las mismas. Por lo tanto, mientras más fuerte sea el mecanismo y su capacidad coercitiva de imposición de autoridad, más se puede hablar de supranacionalidad, y menos de interestatalidad simple. El SRD junto con el examen de las políticas comerciales (TPR por sus siglas en inglés) son 2 instrumentos a través de los cuales la OMC vigila las políticas y prácticas comerciales de sus miembros, e intenta transparentar lo más posible esta información al resto de los países miembros. Es por medio de la operación de ambos instrumentos, en tanto funcionan externamente a los involucrados, y en tanto generan sobre ellos una cierta cantidad de obligaciones, que se puede afirmar que la OMC estaría ejerciendo un cierto grado de supranacionalidad en los mismos. En otras palabras, la supranacionalidad de la OMC existiría en tanto ésta cuenta con instrumentos de creación de gobierno/autoridad e injerencia sobre las prácticas comerciales de sus miembros.

6. Alec S. Sweet, "The judicialization of governance", *Comparative Political Studies*, vol. 32, issue 2, apr. 99.

Convencidas de que en el largo plazo el sistema trae beneficios, las partes esperan ganar en algunas disputas y perder en otras, siempre y cuando exista la certeza de la neutralidad de la tríada. Si fuera de otra manera los disputantes jamás delegarían a esta tercera parte, la responsabilidad sobre su diferencia. La neutralidad podría verse comprometida al declarar a la una parte como ganadora y a la otra como perdedora. La tríada debe resolver los conflictos, al tiempo que mantiene su legitimidad social y esto lo puede hacer mediante un juego combinado de mediación y administración de fallos. Al emitir fallos, la tríada resuelve simultáneamente la disputa y promulga elementos de la estructura normativa, en un proceso de creación de normas que son concretas, particulares y retrospectivas, sin embargo, justifica su decisión de por qué un acto puede o no ser permitido sobre la base de normas abstractas generales y de naturaleza potencial. Así su proceder se vuelve predecible, y el tema de la neutralidad se resuelve, si el sistema se convierte en una constante deliberación sobre la relación entre normas abstractas y disputas muy particulares. De este modo, el proceso se convierte en el registro de esa deliberación. La creación de precedentes ayudan a legitimar al sistema de resolución de disputas al reconocer el proceso de creación de normas, al tiempo que se constriñe ese comportamiento con una norma, es decir con la certeza de que otros casos similares se saldarán de manera similar. Así según Sweet, se perpetúa el discurso sobre la estructura normativa de la OMC. A lo largo de ese proceso se transparenta la función profundamente gubernamental y auto-generativa del mecanismo, en tanto son los propios países los que recurren a él, lo perpetúan y refuerzan, bajo la seguridad de que este mecanismo actuará supranacionalmente. Esto quiere decir, que el mecanismo procederá de manera autónoma e independiente de los intereses exclusivistas de los países participantes, especialmente cuando se trata de países comercialmente muy fuertes. Así, lo que se ha creado bajo el paraguas de la OMC mediante su SRD, es un modo muy particular de gobernancia, que opera de manera supranacional. Esta gobernancia o supranacionalidad tiene la característica de ser expansiva y contiene el potencial de convertirse en un poderoso instrumento de cambio político. A medida que se hace uso del sistema, el cuerpo normativo y su estructura se amplía, haciéndose cada vez más elaborada y diferenciada. Estas reglas a su vez alimentarán las relaciones entre los miembros, estructurando las interacciones futuras, el conflicto y la resolución de disputas.

En el caso de la OMC, el instrumento que resuelve las disputas obliga a las partes a acogerse a los términos de una eventual decisión y a organizar medidas de enfortamiento en caso de incumplimiento. La judicialización del mecanismo de resolución de disputas es el proceso, según Sweet, mediante el cual el sistema triádico de resolución de disputas aparece, se estabiliza, e impone autoridad sobre la estructura normativa que gobierna el intercambio en-

tre los países miembros de la OMC. A lo largo de los años ochenta, los países empezaron a litigar intensamente sobre sus disputas, los paneles empezaron a concebir al tratado como ley aplicable, y a sus propias interpretaciones de esa ley como expresiones de autoridad. Así surgió el sistema obligatorio de la OMC, distinto del que imperó en el GATT en donde los acusados no podían ser obligados a participar en la resolución de disputas, podían bloquear la constitución de un panel o rechazar a los panelistas propuestos. El sistema funcionaba de manera ineficiente y los paneles tenían como función el facilitar la solución entre las partes y no castigar a los violadores o moldear las políticas comerciales de los países. En los años setenta los miembros empezaron a recurrir al sistema de paneles no solo para resolver conflictos comerciales sino para hacer políticas comerciales. El uso del sistema se amplió explosivamente: de las 207 quejas planteadas hasta 1989, el 72 por ciento fueron planteadas luego del 1969 y el 56 por ciento luego de 1979. Las potencias comerciales más fuertes: EE.UU., Japón, Canadá y la CE dominaban los paneles. La expansión del comercio, la abundancia de productos, el déficit comercial de EE.UU., todo esto confluía hacia la necesidad de reglas más claras y de acatamiento más firme, así los países recurrían al SRD para inducir a otros estados a modificar sus leyes comerciales domésticas, y se buscaba que los paneles hicieran más efectivas las reglas del GATT.

Si alguna vez hubo temor por parte de los países de que se estaría cediendo soberanía a la OMC, para la década de los ochenta, este proceso ya estaba en pleno avance. En primer lugar, como argumenta Sweet, los paneles alteraron los intercambios globales provocando con sus decisiones, modificaciones de las leyes comerciales nacionales. Por ejemplo, si se acata cualquier decisión que declara una regla o práctica nacional inconsistente con el GATT, consecuentemente se afectarán las vidas de importadores, exportadores, consumidores y productores. En el período 1980-1989 el grado de acatamiento de decisiones consideradas adversas fue del 74 por ciento, aún cuando todavía en ese período el sistema no era obligatorio. Adicionalmente, el miedo y la protección de la soberanía tuvieron que ceder ante la premura de los paneles de investigar profundamente las legislaciones nacionales. Así el proceso de judicialización empezó a delinear la manera como los estados entendían el régimen, y el estatus profundamente gubernamental (imposición de autoridad externa a los países) del sistema en lugar de ser rechazado, más bien fue fortalecido con la ayuda de un grupo de expertos que dictaminó que el tratado sea implícitamente tratado como forma de ley constitucional, la cual provee un sistema obligatorio de resolución de disputas mediante fallos. Esta confluencia hacia el sistema obligatorio no pudo haber ocurrido de no haber sido por la convergencia de intereses de los países comercialmente más fuertes que venían aplicando sanciones unilaterales a quienes no acataban las decisiones del

GATT. En ese escenario, al resto del mundo no le quedó más opción que acompañar a Estados Unidos y Europa en fortalecer el régimen internacional de comercio.

Acompañando a la confluencia de intereses, el sistema pudo adquirir más poder mediante la judicialización que delineó el contexto necesario para dicha confluencia en tanto la judicialización implica socialización. A medida que los estados ganaban experiencia con el manejo de disputas, los paneles cumplían con sus funciones, y había más certidumbre legal, los miembros del GATT pudieron concebir al proceso triádico de construcción de reglas como un instrumento útil y sin costo para garantizar la reciprocidad. A finales de los ochenta el debate mantenido nunca se centró en si se debía eliminar o no el sistema de paneles, sino todo lo contrario: había que encontrar la mejor manera robustecerlo. El futuro colectivo del régimen del comercio sin un mecanismo efectivo de resolución de disputas era simplemente impensable.

B. FUNCIONAMIENTO

¿Pero cuál es la novedad del sistema de resolución de disputas establecido bajo el marco de la OMC? Básicamente la novedad radica en que se anexó al acuerdo de la OMC el entendimiento sobre resolución de disputas y éste es obligatorio y vinculante. El entendimiento provee de tres hileras formales para la emisión de fallos en disputas comerciales, y es precisamente en este proceso que los países miembros han percibido que se da una posible transferencia de soberanía a la OMC, y específicamente a los paneles. La preocupación alrededor de este tema, tenía que ver con las dudas acerca de la posibilidad de que la autoridad de los paneles predomine o desautorice las leyes nacionales, en el un extremo, y en el otro, que los países simplemente no acataran los fallos. Los países en desarrollo y en general el resto de países del mundo tenían incertidumbre frente al uso que Estados Unidos, país más activo del sistema anterior, pudiera hacer de SRD, y del potencial grado de desacato de sus decisiones y recomendaciones. A pesar de todo esto, se estableció el Sistema de Resolución de Disputas (SRD) así como lo conocemos hoy, y luego de más de 6 años de funcionamiento se mantiene como un sistema obligatorio, vinculante y que establece sanciones y reemplaza por completo al instrumento *ad hoc* puesto en práctica por el GATT.

En suma, el sistema tiene 4 características que lo diferencian de todo intento anterior: es obligatorio, vinculante, integrado, y establece sanciones que pueden ser monitoreadas. Los objetivos principales de SRD son el dar seguridad y capacidad de predicción al sistema de comercio. En segundo lugar,

es básico para el mismo, una solución rápida y positiva a las disputas. Una vez que se ha establecido que existe una violación, la meta es asegurar el retiro de la medida ofensiva. Se puede compensar solo si el retiro de una medida es impracticable. Como último recurso está la suspensión de concesiones u otras obligaciones (retaliaciones).

Las nuevas reglas automáticamente confieren jurisdicción a los paneles en la recepción de una queja, y no se permite más vetos unilaterales en ninguna de las etapas por ninguna de las partes en cuestión y se prevé una amplia gama de medidas para castigar, por falta de acatamiento. Un cuerpo independiente llamado el cuerpo de apelación debe manejar las apelaciones a los paneles. El procedimiento que toma alrededor de un año, o 15 meses si se da una apelación, se da de la siguiente manera: la primera etapa es la de las consultas con reglas explícitas para su procedimiento, si ésta hubiera fallado, entonces el Consejo General y el Cuerpo de Resolución de Disputas establecen un panel. El panel se compone de 5 expertos en comercio, no nacionales a los países en disputa, quienes reciben evidencia y documentación escrita de las partes y deciden sobre los elementos fácticos y legales del asunto en cuestión y hacen una recomendación al respecto. Las partes pueden apelar a la resolución del Panel acudiendo al cuerpo de apelación⁷ que está compuesto por 7 expertos en comercio. La decisión del cuerpo de apelación es automáticamente adoptada, al igual que los reportes de los paneles, a menos que se los rechace por consenso negativo, unánimemente por los miembros de la OMC. El cuerpo de resolución de disputas mediante el panel y el cuerpo de apelación se encargan de la vigilancia y monitoreo de la puesta en vigencia de las medidas. Si el panel o el cuerpo de apelación encuentran una medida inconsistente o que no esté en conformidad con el GATT, entonces se recomienda el retiro de la medida o que se la ponga en concordancia con las normas del Acuerdo General. Dentro de los treinta días siguientes de la adopción de los reportes del Panel o del Cuerpo de Apelación, el miembro correspondiente debe informar de sus intenciones con respecto a la puesta en práctica de la recomendación.

La compensación y la suspensión de concesiones son medidas temporales en caso de que las recomendaciones no sean puestas en marcha en un período razonable de tiempo. Sin embargo, ninguna es preferible al estableci-

7. El Cuerpo de Apelación es según Hyun Chong Kim, consejero de la Secretaría del Cuerpo de Apelación y autor del artículo "The WTO Dispute Settlement Process: A Primer", *Journal of International Economic Law*, 1999, p. 474, uno de los aspectos más importantes de la judicialización del SRD de la OMC. Según él, el Cuerpo de Apelación es una institución única en el sentido de que no tiene un equivalente internacional. Con un número que se incrementa de caso que son apelados, él considera que va a ser una de las contribuciones más importantes al derecho público internacional.

miento de una recomendación para colocar a una cierta medida en plena conformidad con el acuerdo. La compensación es voluntaria y si se otorga debe ser consistente con los acuerdos que se cubran. Si es que el país miembro falla en colocar a la medida en cuestión en concordancia, este miembro puede solicitar una negociación con el país afectado para alcanzar una compensación que sea mutuamente satisfactoria. Si es que no se llega a un acuerdo de ese tipo, cualquiera de las partes que haya invocado el procedimiento de resolución de disputas, podrá pedir autorización al cuerpo de resolución de disputas para suspender al otro país de concesiones o practicar retaliación bajo los acuerdos cubiertos. Sin embargo, la cuestión de la vigilancia y monitoreo de la puesta en marcha de las medidas o de la autorización para la retaliación permanece todavía ambigua.

El sistema garantiza que los miembros de los paneles son totalmente independientes a los intereses de las partes, y que además cuentan con un amplia experticia en el área de disputa. Igualmente los miembros del Cuerpo de Apelación son ciudadanos independientes que no son seleccionados por las partes, sino que son parte de un cuerpo permanente de personal que cumple sus funciones de manera rotativa. Además el entendimiento tiene algunas particularidades en relación a asegurar una participación plena y justa de los países menos desarrollados en el mecanismo, por ejemplo si el país que presenta la queja es un país en vías de desarrollo, el país tiene derecho a pedir que al menos uno de los miembros del panel, también provenga de un país en vías de desarrollo, para evitar que un panel conformado solo por personas pertenecientes a países industrializados, pudiera tener un sesgo que favorezca los intereses de países industrializados, o simplemente carezca de la capacidad de velar por los intereses de los países en desarrollo (PED).

Si bien la capacidad de presentar quejas ante la OMC pertenece exclusivamente a los estados, este sistema recibe insumos de actores de índole diversa y canaliza las demandas de una variedad de grupos a través de las quejas de un Estado a otro. El reconocimiento del papel e influencia que estos actores desempeñan en el sistema, implica asumir que la jurisdicción y autoridad de la OMC se alimenta y se dirige no solo hacia los estados, sino hacia empresas importadoras y exportadoras, corporaciones subnacionales y transnacionales, al igual que a las organizaciones no gubernamentales que trabajan nacional e internacionalmente en temas de medio ambiente, derechos laborales, entre otros. Un esquema estrictamente interestatal es probablemente limitado para comprender la manera como estos grupos y sus intereses, y no exclusivamente los intereses estatales, dinamizan al SRD. El SRD funciona, por lo tanto, para resolver quejas sistémicas de largo plazo y mayor alcance, generalmente generadas al interior de los gobiernos, al igual que quejas particularistas de sectores empresariales y no gubernamentales que presionan a sus

gobiernos, cuando sienten afectados sus intereses específicos y de más corto plazo. Es así, que una visión que apunte a los intereses estatales como única fuente para comprender lo que está detrás de SRD es tan insuficiente, como una que conciba a los intereses de las transnacionales como el motor exclusivo del SRD. Propongo, por el contrario, un esquema más flexible de comprensión del SRD que reconoce la influencia de actores estatales y no estatales y por lo tanto también, la generación de un tipo de autoridad y gobierno que rebasa las fronteras de la interestatalidad, para convertirse en una supranacionalidad limitada.

Entre los años 1995 y 2000, Estados Unidos ha sido el país más activo en la utilización del mecanismo de resolución de disputas de la OMC, y su desenvolvimiento tanto como país que presenta quejas, así como país que se defiende, muestra una tendencia que es clara en cuanto a los resultados de los fallos de la OMC: generalmente el país que plantea la queja gana, y generalmente el país que se defiende pierde.⁸ En el caso de Estados Unidos esta tendencia es clarísima: cuando Estados Unidos ha sido el país que ha presentado la queja ha ganado en el 88 por ciento de las veces, en cambio cuando ha sido el país acusado ha perdido en el 92 por ciento. Esto muestra claramente una tendencia generalizable al sistema de paneles de la OMC: Los países que presentan quejas, generalmente ganan en los paneles, forzando cambios en las políticas comerciales de los países que responden, los cuales generalmente pierden en los paneles.⁹ Otra tendencia general, indicativa de la eficacia del mecanismo es que los países han seguido utilizándolo a pesar de que obviamente ha habido períodos de boom en el número de quejas planteadas.

La participación en el SRD no ha estado limitada a los países comercialmente más fuertes y activos, sino que una diversidad de países lo han hecho, como lo analizaremos en las estadísticas posteriormente. En todo caso, preliminarmente podemos decir que si bien Estados Unidos, seguido por los países de la Comunidad Europea ha sido el participante más frecuente, ha habido otros, no necesariamente los pertenecientes a la OECD como India, Venezuela y Brasil que han hecho uso del mecanismo. La etapa de consultas previas antes del establecimiento de un panel, también es fructífera. Es en este momento que las partes pueden conocer y discutir sus posiciones divergentes, y disminuir el grado de desconfianza que el proceso puede generar, especialmente, cuando se trata de países menos desarrollados que no están tan familiarizados con el proceso de resolución de disputas.

8. Stuart Malawer S., "The WTO Dispute Resolution: Actual Practice, Panel and AB Decisions 1995-2000", www.oxfordtrade.com.

9. *Ibid.*

Tampoco se puede desconocer las limitaciones que tiene el mecanismo, especialmente para los países menos desarrollados, porque el proceso en sí no está libre de costos. En la mayoría de casos el embarcarse en la presentación de una queja formal ante la OMC, por la afectación que se siente frente a las prácticas comerciales de otro país miembro, implica el tener un conjunto de expertos, especialmente en el ámbito legal. Esto no es siempre viable en los países menos desarrollados, los cuales muchas veces cuentan con recursos económicos y humanos muy limitados para su accionar dentro de la OMC.

Los países que lideraron la presentación de quejas ante la OMC en los dos primeros años de funcionamiento de la OMC son los siguientes:

- Estados Unidos presentó 34 quejas
- Unión Europea presentó 21 quejas
- Canadá presentó 9 quejas
- Japón presentó 5 quejas
- México presentó 5 quejas
- India presentó 5 quejas
- Tailandia presentó 4 quejas

Como acusados, los siguientes países encabezan la lista:

- Unión Europea se defendió en 21 casos
- Estados Unidos se defendió en 20 casos
- Japón se defendió en 11 casos
- Corea se defendió en 8 casos
- India se defendió en 8 casos
- Brasil se defendió en 7 casos.¹⁰

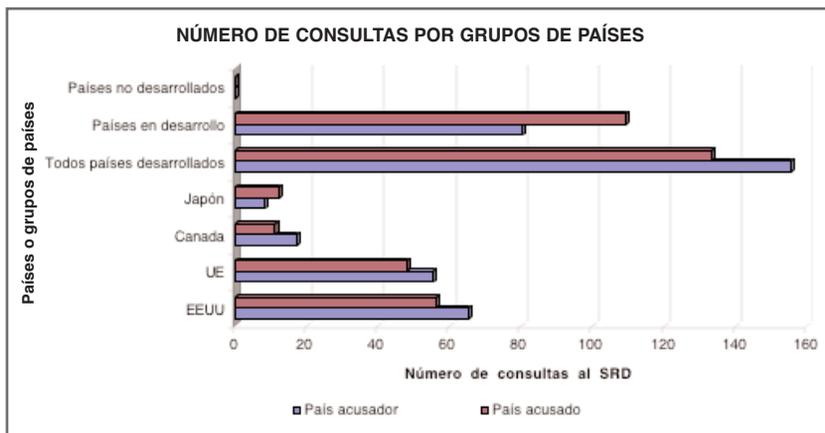
Al 2 de enero del 2002, 242 pedidos de consulta se habían presentado ante la OMC, 57 reportes de paneles se habían emitido, 39 reportes del cuerpo de apelación se habían entregado y 54 reportes de panel o del cuerpo de apelación habían sido adoptados.¹¹ Para fines de nuestro análisis podemos clasificar a los 144 países miembros de la OMC como países desarrollados (PD) y países en desarrollo (PED). De los 144 países, 78 países han participado en el mecanismo de resolución de disputas, es decir que el 54 por ciento de los miembros de esta organización han tenido algún tipo de participación, ya sea que han presentado quejas, han sido acusados o han participado como terceras partes.¹²

10. *Ibid.*

11. Los siguientes datos han sido tomados de Young Park D. y Marion Panizzon, "WTO Dispute Settlement 1995-2001: A Statistical Analysis", *Journal of International Economic Law*, Oxford University Press, 2002, pp. 221-244.

12. Se considera como tercera parte en una disputa a cualquier miembro que teniendo un interés sustancial en la materia, y habiendo manifestado su interés al SRD, pueda tener la oportuni-

En términos de actores, y del conjunto de las quejas planteadas, se puede desagregar a los primeros en los siguientes términos: 1. Estados Unidos, 2. Comunidad Europea, 3. Canadá, 4. Japón, 5. Todos los países desarrollados (PD), 6. Todos los países en desarrollo (PED),¹³ y 7. Países menos desarrollados (PMD). Entre todos estos, y como ya lo habíamos enfatizado anteriormente, cabe anotar una vez más, que los Estados Unidos ha sido el país más activo en términos de planteamiento de quejas, y al mismo tiempo, también ha sido el país más atacado. Los Estados Unidos junto con la Unión Europea presentaron 120 quejas, es decir el 51 por ciento de todas las quejas presentadas, y se defendieron por 104 quejas planteadas, lo que equivale al 43 por ciento de todas las quejas presentadas. En su conjunto los PD, han sido parte del doble de casos que los PED y PMD. El siguiente gráfico ilustra dicho fenómeno.



Sin embargo, si uno mira con detenimiento las quejas hechas puede observar que por ejemplo PED del tipo C, es decir países con una muy baja participación en el conjunto del comercio internacional presentaron un total

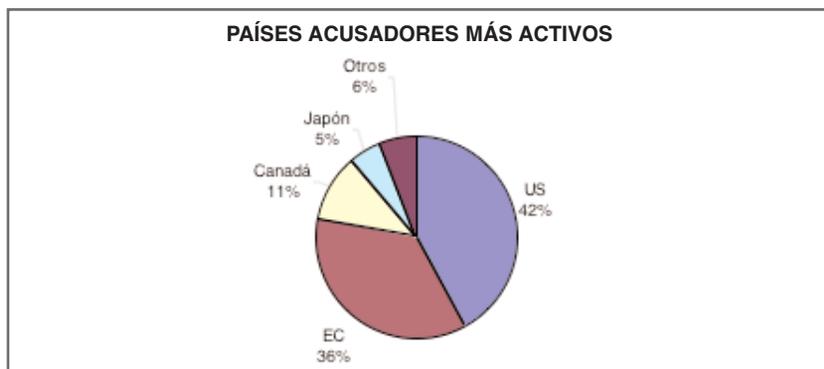
dad de ser escuchado por el panel y entregar documentación escrita al panel. Esta documentación debe ser entregada también a las partes y debe estar reflejada en el reporte del panel. Si es que esta tercera parte considera que una medida que ya ha sido sometida al procedimiento del panel nulifica o perjudica beneficios de esta parte sobre la base de cualquiera de los acuerdos cubiertos, la parte podrá acceder al procedimiento normal del SRD. Esa disputa se referirá al panel original siempre que se pueda. (Entendimiento sobre las Reglas y Procedimientos que gobiernan la Resolución de Disputas, art. 10).

13. Los países en desarrollo pueden ser subdivididos en 4 categorías de acuerdo al porcentaje de su participación en el comercio mundial al año 2000: Tipo A (sobre 0,8 por ciento), Tipo B (0,4 por ciento-0,8 por ciento), Tipo C (0,05 por ciento-0,4 por ciento), y Tipo D (debajo del 0,05 por ciento).

de 20 casos en contra de PD (9 casos en contra de los Estados Unidos y 4 casos en contra de la Unión Europea); pero también lo hicieron en contra de otros PED (11 casos: a países del Tipo A 2, a países del Tipo B 2, a países del Tipo C 6 y a países del Tipo D 1). De otro lado, 28 casos fueron presentados ante la OMC en su contra: 8 por PD (Estados Unidos 3, Unión Europea 4, y otros PD 1) y 20 por PED (Tipo A 8, Tipo B 6, y Tipo C 6).

En cuanto a estos casos planteados por PED del tipo C, es importante resaltar que el escenario que se nos presenta, no es exclusivamente un escenario en el que los PD presentan quejas a los PED y/o viceversa, sino que la dinámica que resulta del mecanismo de resolución de disputas es mucho más compleja y menos bi-direccional, de lo que aparentemente se hubiese pensado. En otras palabras, cuando de la utilización del mecanismo se trata, los datos contradicen cualquier tendencia a pensar que los PED se inclinarían a plantear quejas solo a PD. El análisis de los resultados indican más bien todo lo contrario. Es interesante que los PED no estén utilizando el mecanismo solamente en contra de los miembros más fuertes, sino que en una tendencia mayoritaria, lo están haciendo con sus iguales, lo cual en primer lugar, desmitifica el tradicional esquema de lucha Sur-Norte y muestra que la dinámica de utilización del mecanismo es mucho más rica y menos simplificable. Las explicaciones a este fenómeno varían desde que quizás las relaciones con los países comercialmente más fuertes produce menos diferencias, porque en su gran mayoría éstos se acogieron más pronto que los PED a los Acuerdos del GATT, y por otro lado, el hecho de que se estén dando diferencias y disputas intra PED significa que el comercio entre estos países va adquiriendo más importancia, y a medida que se dinamiza, simultáneamente se generan más incompatibilidades.

En cuanto al número de pedidos de consulta, los PD en general lo han hecho en más cantidad que los PED: 155 pedidos de consulta de los PD versus 80 pedidos de consulta de los PED. Los PED han presentado pedidos de consulta en un porcentaje del 34 por ciento y los PD lo han hecho en un 66 por ciento. Sin embargo es fundamental anotar que de todos los pedidos de consulta hechos por todos los PD, son tan solo 4 países los que monopolizan el mecanismo el 93,5 por ciento de las veces. En el siguiente recuadro se puede observar, en términos de porcentaje, cuáles han sido los países más activos.

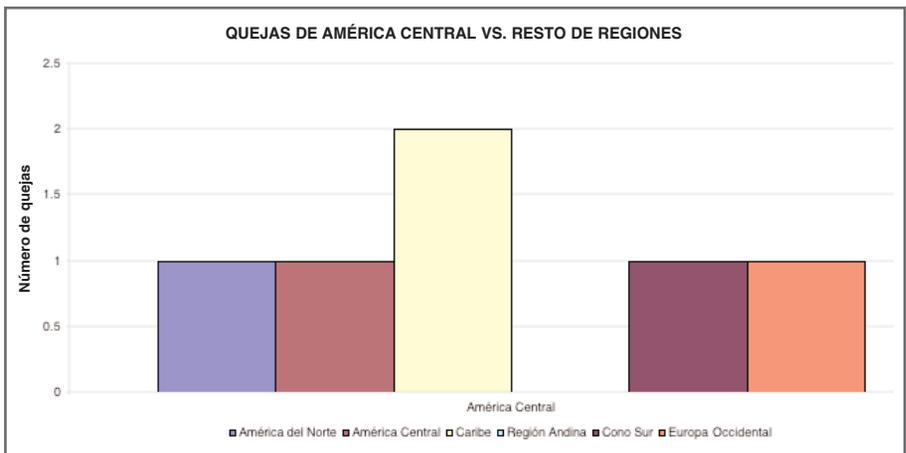
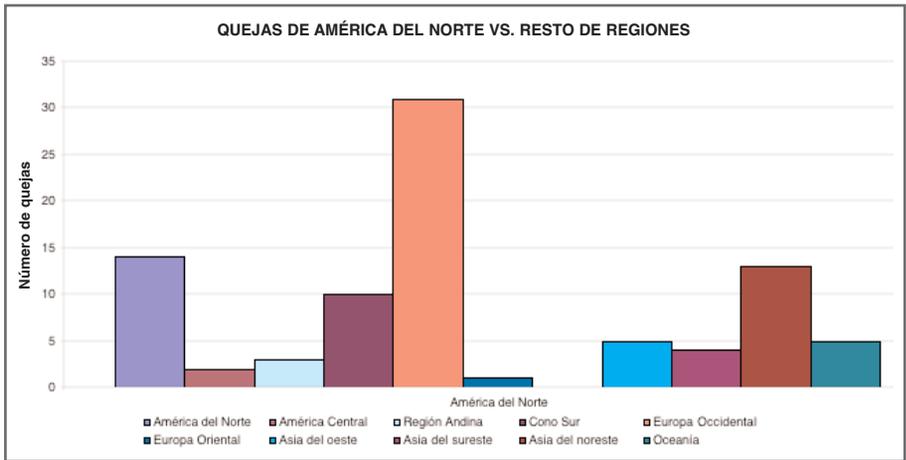


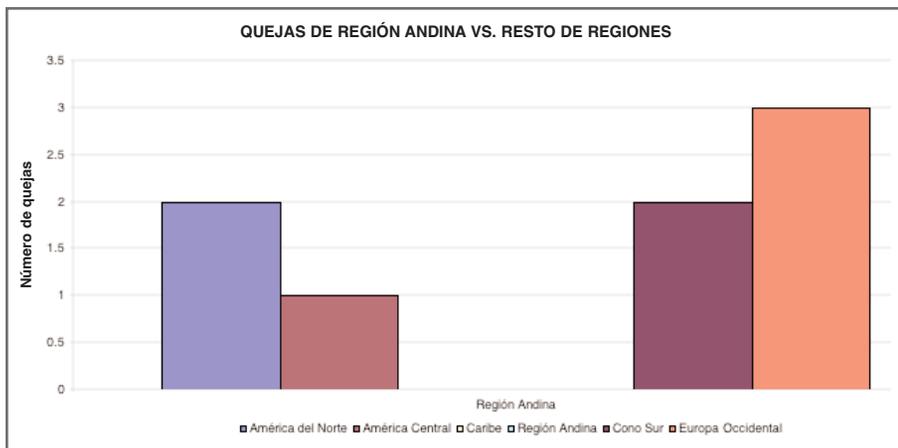
Estos países son Estados Unidos con el 42 por ciento, la Unión Europea con el 35 por ciento, Canadá con el 11 por ciento, y Japón con el 5 por ciento. No es de sorprenderse que estos 4 países sean los que hagan más pedidos de consulta, dado que el llamado «Quad» maneja alrededor del 60 por ciento del comercio mundial.¹⁴ No es extraño que se generen disputas y diferencias entre estos países entre sí, sobretudo entre Estados Unidos y Europa quien es su principal socio comercial (en términos de importaciones con el 19 por ciento y de exportaciones con el 22 por ciento¹⁵). De hecho, el número de quejas planteadas por la Unión Europea a los Estados Unidos es la más alta hecha por un país miembro a otro. Son 24 quejas planteadas por este bloque a los Estados Unidos y 22 planteadas por el último a la Unión Europea. Esto quiere decir que mientras más relaciones comerciales mantiene un país con otro, es más probable que surjan disputas y diferencias. En su conjunto, las quejas planteadas por los Estados Unidos a la Unión Europea y otros países como PED del tipo A con 9 quejas representan el 23 por ciento del total de las quejas presentadas ante la OMC, mientras que las de la Unión Europea representan el 19,9 por ciento. Sin embargo, esto no quiere decir que el resto de países, incluidos los PED no sean activos, por ejemplo en el caso de los PED tipo B, el porcentaje de presentación de quejas del 19,5 por ciento está muy cercano al de la Unión Europea, el de los PED Tipo A es del 13,6 por ciento lo cual nos indica que la utilización del SDR actualmente no es solo patrimo-

14. El Quad o Cuadrilateral está formado por los 4 miembros más grandes en términos comerciales de la OMC: Estados Unidos, Japón, Canadá y la Unión Europea. (Fuente: OMC).

15. Según fuentes de la Comisión Europea en Comercio el resto de socios comerciales de Estados Unidos en el rubro importaciones son Canadá con el 19 por ciento, Japón con el 12,8 por ciento, México con el 10,4 por ciento y China con el 8,2 por ciento. En cuanto al rubro exportaciones, primero está el Canadá con el 23,6 por ciento, la UE con el 22 por ciento, México con el 12,5 por ciento, Japón con 8,4 por ciento y Corea del Sur con el 3,2 por ciento.

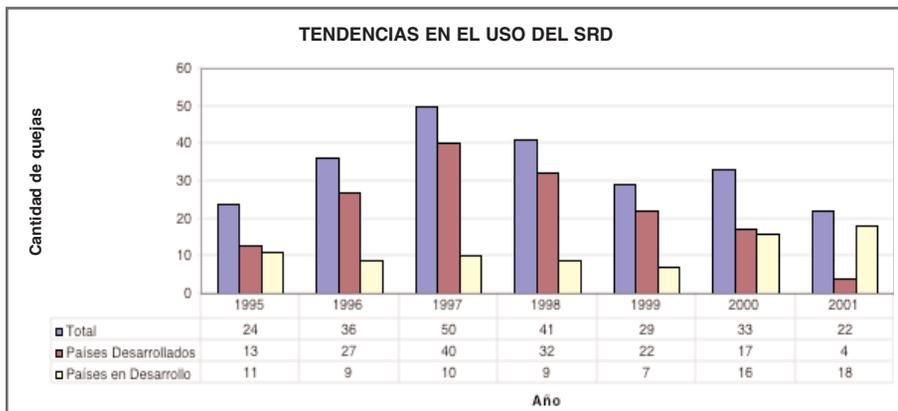
nio de los países comercialmente más fuertes. Si bien los porcentajes de participación son menores, existe participación, lo cual alimenta al sistema y lo perpetúa al hacer que los países vuelvan a recurrir a él por los elementos de predictibilidad y confiabilidad de los que habíamos hablado anteriormente. Igualmente los PED se han tenido que defender en un 13,6 por ciento el Tipo A, y en un 9,7 por ciento el Tipo B. En términos de grupos regionales, América del Norte junto con Europa Occidental ocupan un puesto predominante como presentadores de quejas, al haber presentado 147 casos: 62,6 por ciento y como acusados 128 casos, es decir el 52,9 por ciento de las 242 quejas presentadas. Los cuadros que observamos a continuación ilustran claramente el comportamiento de los distintos grupos regionales:

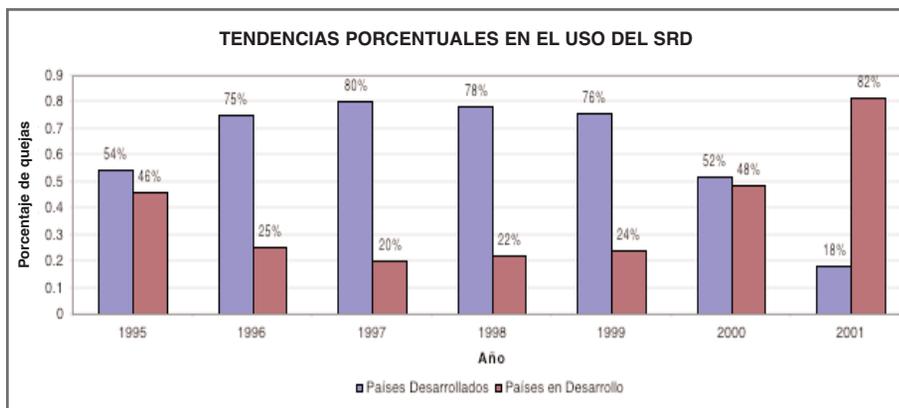




Sin embargo, una vez más esta visión que nos muestra una preeminencia de Estados Unidos y Europa como los principales usuarios del sistema debe ser matizada con un análisis más minucioso de todo el sistema. Notablemente, los países del Cono Sur de América Latina han sido los siguientes participantes más activos, habiendo presentado 25 quejas, y habiéndose defendido en 36 ocasiones, siendo la mayoría de casos en contra de Estados Unidos y Europa y defendiéndose a su vez de ellos. El Mercosur en su conjunto, antes de la crisis argentina, fue un bloque regional muy activo en términos de comercio, de ahí que sea el tercer bloque que más utilice el SRD.

¿Cuáles son las tendencias históricas del uso del SRD? En el año de 1995, año en el que se firmó el Acta Final de Marrakesh y año en que la OMC comenzó a funcionar, los países desarrollados y los no desarrollados presentaron un número similar de casos.





Al 25 de febrero de 1997 había un total de 66 quejas planteadas, lo cual excede en dos y hasta tres veces el ritmo de funcionamiento de los mecanismos de resolución de disputas que funcionaban sobre todo en los últimos años del GATT. Como sostiene el autor John H. Jackson «Quizás este es un tributo al nuevo proceso».¹⁶ Desde 1996 a 1999 las actividades de litigio de los países desarrollados alcanzaron un máximo de 40 casos en el año de 1997, y cayeron a 22 en 1999, las quejas planteadas por los PED se mantuvieron alrededor de 10 por año, pero luego cayeron a 7 en 1999. Sin embargo, durante los últimos dos años, por primera vez, las quejas planteadas por los PD fueron sobrepasadas por las quejas planteadas por los PED: En el 2001, Estados Unidos levantó 1 queja, la Unión Europea 2 queja y Canadá 2 quejas, en cambio la tendencia contraria sucede con los PED: Países Tipo A 5, Tipo B 5, Tipo C 8. Este es uno de los fenómenos más notables en cuanto a las tendencias que se van visualizando en el uso del SDR, por un lado se ve una confianza por parte de los países comercialmente fuertes en la utilización del mecanismo, pero sobretodo se ve un fenómeno que era extraordinariamente raro en el GATT, y este es que los PED estén planteando quejas unos con otros. Esto muestra que luego de unos años de aprendizaje y experimentación, los PED si bien con algunas limitaciones, están beneficiándose de la participación en el mecanismo y van aprendiendo a limar sus diferencias por medio de los mecanismos previstos en el SDR, es decir insertando sus disputas comerciales dentro de un ámbito mucho más seguro y confiable como es el procedimiento instaurado por la OMC. Los números ilustran bien esta tendencia: en el año de 1995 la participación era más o menos igualitaria, 54 por ciento los PD y

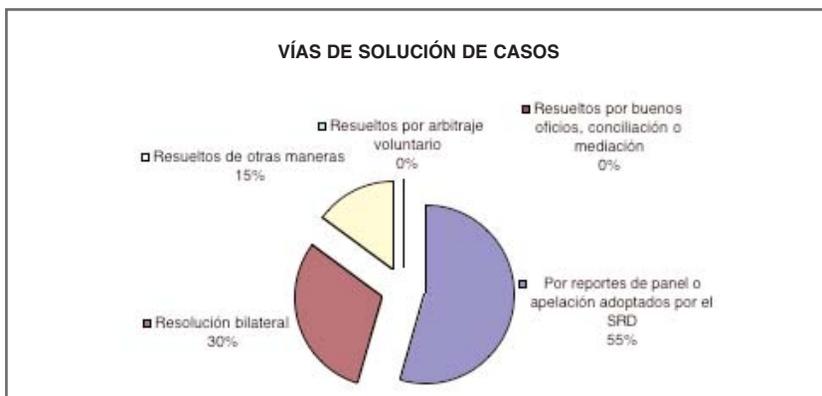
16. Anne O. Krueger, edit., "Designing and Implementing Effective Dispute Settlement, Appraisal and Prospects", *The WTO as an international organization*, p. 165.

46 por ciento los PED; en 1996 ya se ve una reversión fuerte de esta tendencia con una participación del 75 por ciento de los PD y solo del 25 por ciento de los PED; hasta llegar al año de 1997 cuando los PD y e PED se distribuyen sus participaciones en un 80 por ciento y 20 por ciento respectivamente. Sin embargo, ya para el año 1998 se empieza a reducir un poco la brecha de participación, la cual en el año 1999 continúa siendo alta con el 76 por ciento y el 24 por ciento. El año 2000 es el año que marca una nueva tendencia de participación de los países en SDR: los PD lo hacen con un 48 por ciento y los PED con un 52 por ciento; y ya para el 2001 los números son muy decididos: los PED tienen una participación del 82 por ciento en el SDR, mientras que los PD tan solo del 18 por ciento.

Un fenómeno que sí es preocupante en cuanto a la participación de los 144 países miembros en el SRD es que la gran mayoría los países que no han participado ni como acusadores ni como acusados se encuentran concentrados en la zona sub-sahariana del África. Este es un indicador de la irrelevancia estructural que va adquiriendo la zona para el mundo, específicamente en términos de flujos comerciales. Su porcentaje de participación en el comercio mundial es tan bajo, y la valoración de costos versus beneficios es tan alta, que definitivamente estos países prefieren abstenerse de participar en un proceso, o plantear una queja en caso de sentirse perjudicados, por los ínfimos recursos con que estos países cuentan para sobrevivir, más aún para sobrellevar un proceso de litigio largo que implica costos económicos altos, pagos de abogados, entre otros.

Como hemos anotado anteriormente, el SRD provee de caminos alternativos para la resolución de una disputa comercial. De un total de 242 casos, 128 se han solucionado. El cuadro que presentamos a continuación establece el porcentaje del número total de casos que están en progreso, y aquel de los que ya están resueltos. Para los casos solucionados, podemos observar la forma de solución que tuvieron los mismos.





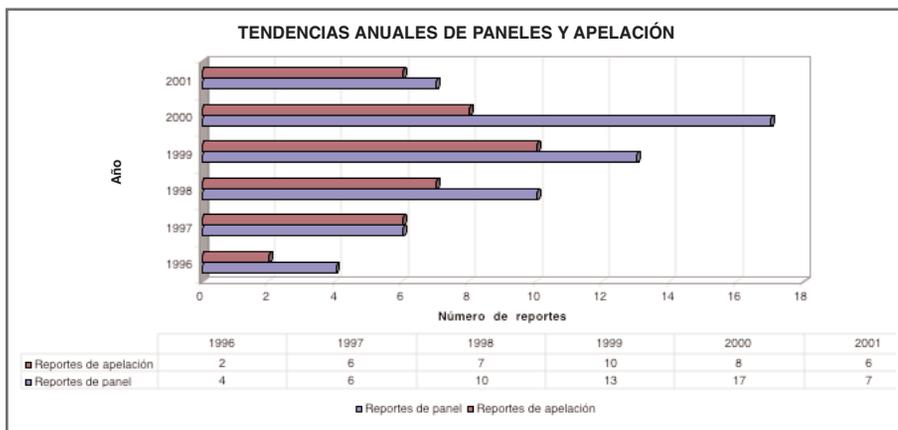
De estos 128 casos, 70 se han resuelto mediante fallos y recomendaciones emitidos por SRD y 39 casos fueron resueltos bajo la previsión de acuerdo bilateral, lo cual incluye soluciones consensuadas entre las partes y notificadas al SRD de acuerdo al artículo 3.6 del entendimiento sobre solución de disputas.¹⁷ Diecinueve casos fueron concluidos de maneras distintas a la emisión de un fallo como la terminación de acciones luego del retiro, rectificación o expiración de las medidas (incluido el retiro de la queja) o solución vía la inacción.¹⁸ Lo más notable del análisis del progreso y resultado de las disputas es el que ninguna de éstas fue resuelta por la vía «diplomática» como buenos oficios, conciliación o mediación como lo prevé el artículo 5 del Entendimiento General sobre Resolución de Disputas. De un total de 242 casos presentado al 1 de enero del 2001, el 47 por ciento de ellos todavía está en progreso, y el 53 por ciento ya ha sido resuelto. De los casos resueltos (128 casos) en el 55 por ciento de las ocasiones, las disputas se solucionaron a través de las resoluciones o fallos de los Panel y el Cuerpo de Apelación adoptadas por SRD. El 30 por ciento de los casos fueron resueltos bilateralmente de acuerdo al procedimiento discutido anteriormente, y el 15 por ciento fueron resueltos de otras maneras. Entonces vemos que existe una tendencia mayoritaria a que las disputas se resuelvan acogiendo a las resoluciones y fallos tanto de los Paneles como del Cuerpo de Apelación, es decir, que en el 55

17. Mutually agreed solutions to matters formally raised under the consultation and dispute settlement provisions of the agreement shall be notified to the DSB and the relevant Councils and Committees, where any Member may raise any point relating thereto. (Article 3.6 Understanding on rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, WTO).

18. Esto sucede en casos donde los panelistas no han sido seleccionados, no se hubiera tomado ninguna acción posterior al pedido de consulta, o se suspende el panel por pedido de la parte acusatoria: cuando el período de suspensión excede los 12 meses, entonces la autoridad del panel es retirada.

por ciento de las ocasiones, el mecanismo de constitución de paneles y el recurso de apelación han sido efectivos para resolver disputas comerciales. En todo caso, el objetivo final de SRD es el de encontrar una solución positiva a la disputa planteada, y la rectificación de la norma en caso de que hubiere violación. Frente a la evidencia, se puede afirmar que todos los casos resueltos lo han hecho por la vía del mecanismo propuesto por la OMC en sus diferentes instancias y etapas, y que al menos en el 85 por ciento de las ocasiones se ha cumplido con el objetivo de encontrar una solución positiva a la disputa, por lo que se puede esperar que cada vez más, especialmente entre los PED, se incremente la participación en el mecanismo, la presentación de quejas, y por lo tanto se dinamice la conformación de paneles y el uso del recurso de apelación.

El Cuerpo de Apelación y Revisión es una herramienta fundamental en el proceso de búsqueda de soluciones a disputas comerciales, dado que a través de este órgano las partes pueden apelar la decisión del panel y éste tiene la facultad de reafirmar, modificar o revertir las recomendaciones legales y fácticas hechas por Panel. Hasta el 1 de enero del 2001 se habían emitido 57 reportes de Paneles, de los cuales 2 todavía pueden ser apelados, por estar dentro del límite de tiempo. Del resto, es decir de 55 casos, 41 fueron apelados, lo cual quiere decir que el cuerpo de apelación fue invocado en el 75 por ciento de los casos; en el resto, el reporte del panel fue adoptado sin ningún tipo de apelación. La tabla que sigue a continuación establece las tendencias anuales de uso del recurso de panel o apelación:



En los dos últimos años se han emitido el 42 por ciento de los reportes de panel. Sin embargo, hay una variante del año 2001 respecto del 2000. En

el año 2000 se emitieron 17 reportes de panel y tan solo 8 reportes del cuerpo de apelación, pero para el año 2001, la brecha fue mucho menor, concretamente, se emitieron 7 reportes de panel y 6 informes de apelación. Dado el poder que tiene el Cuerpo de Apelación y la importancia que ha ido adquiriendo frente a los reportes de los paneles, sería muy probable que en el futuro se lo fortalezca, aumentando su número de miembros, el tiempo que tiene para operar, entre otras cosas. De una muestra de 39 reportes del cuerpo de apelación, se puede afirmar que en el 59 por ciento de los reportes se revertía lo hallado por los paneles, ya sea en parte o totalmente, y en el 41 por ciento de los reportes, éstos mantuvieron los hallazgos del Panel, aunque en 5 casos se hicieron modificaciones. Solo en un 5 por ciento de las veces hubo una reversión total de los reportes de los paneles.

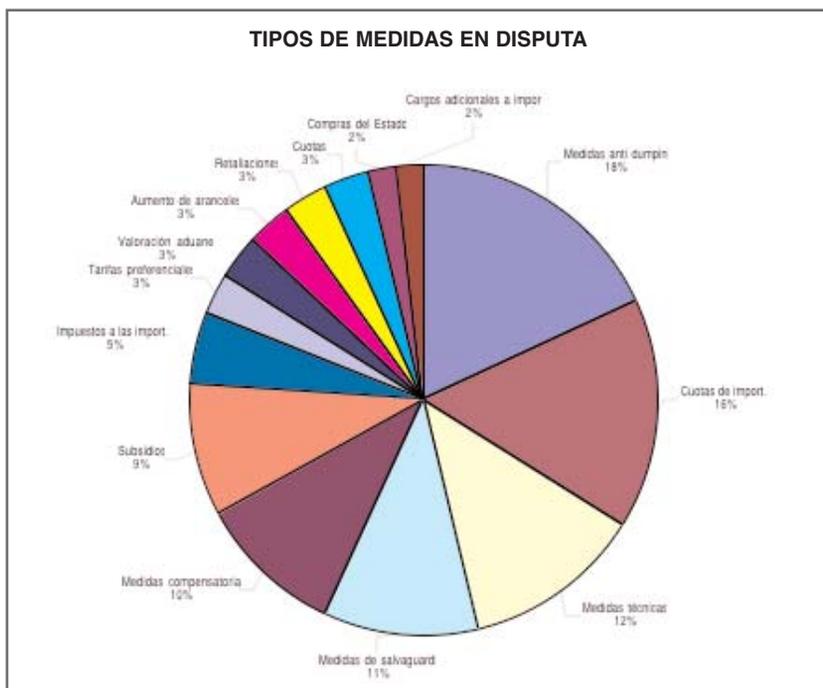
De los 242 casos, 203 tienen que ver con productos, y no servicios. De esos 203 casos el 35 por ciento o más de la tercera parte tiene que ver con productos agrícolas, seguidos por vehículos (11,3 por ciento), textiles (8,4 por ciento), químicos y metales (7,4 por ciento). Podemos ver esta tendencia en la tabla que sigue a continuación:



En cuanto a disputas por productos agrícolas es interesante anotar que la Unión Europea tiene la mayor cantidad de disputas planteadas en su contra por este tipo de productos, y contrario a nuestras expectativas, no le sigue Estados Unidos, quien comparte con la Unión Europea políticas altamente proteccionistas de sus mercados agrícolas. Es curioso, que luego de la Unión Europea se encuentran como acusados dos bloques de PED, el Tipo A y el Tipo C, cada uno con 15 casos en su contra. Luego sí, viene Estados Unidos con 9

casos, seguidos de Japón que comparte el mismo número de casos con los PED Tipo B. El tema agrícola siempre ha sido uno de los temas más sensibles en las negociaciones, especialmente para los PED que siempre han presionado en las negociaciones por recortes a las tarifas de importación de productos agrícolas en los países industrializados. Resulta así, paradójicamente sorprendente el que haya tantos casos por productos agrícolas en contra de los PED. Sin embargo, con la nueva alza de los subsidios a la agricultura en Estados Unidos, anunciada por el presidente George Bush, es muy probable que aumenten las quejas en contra de ese país.

Si los productos agrícolas son los que generan un gran porcentaje de las disputas comerciales, consecuentemente existen una serie de medidas relacionadas a los mismos, cuestionadas en las quejas que se anteponen ante la OMC. Estos son los tipos de medida en disputa, y los porcentajes de ocurrencia de cada una de ellas.



De los 242 casos, el primer tipo de medidas que se desafían son las restricciones cuantitativas en 14,7 por ciento de los casos, seguidas por medidas anti-dumping con el 13,8 por ciento, barreras técnicas al comercio 9,3 por

ciento de los casos, medidas de salvaguardia con el 8,9 por ciento de los casos, medidas que tienen que ver con derechos de propiedad intelectual en el 8,9 por ciento de los casos, medidas compensatorias en el 7,6 por ciento de los casos, subsidios en el 7,1 por ciento de los casos, y medidas de servicio.¹⁹ En los casos de restricciones cuantitativas los casos más comunes son los de licencias de importación (19 de 33 casos), y la mitad de las medidas de salvaguardia se impusieron como cuotas a la importación (10 de 20 casos).

C. CONCLUSIONES

Como consecuencias preliminares a esta mirada general al SRD, en cuanto a sus bases conceptuales, como a los resultados que ha traído en su funcionamiento luego de más de 6 años de funcionamiento, existen elementos claves que debemos enfatizar. En primer lugar, el SRD estaría funcionando como una fuente generadora de gobernancia para todo el régimen internacional del comercio. En la medida en que el SRD constituye la tríada a la que acuden las partes, para encontrar solución a sus diferencias comerciales, y está tiene la facultad de ejercer una jurisdicción automática y vinculante, el SRD se estaría convirtiendo en la fuente de gobierno que impone autoridad, independientemente de los intereses particulares de las partes y moldea las prácticas y políticas comerciales de los países miembros de la OMC. Adicionalmente, el SRD se crearía y recrearía a sí mismo como un discurso basado en precedentes, acogido por los países que lo perpetuarían en tanto han llegado a interiorizar las reglas y el carácter basado en normas y seguirían acudiendo a él,

19. El *dumping* es la venta de un producto a un precio extremadamente bajo, es decir, a un precio más bajo que su costo o a lo que se vende el producto en su país de origen. Los reglamentos técnicos y las normas industriales son importantes, pero varían de un país a otro. La existencia de demasiadas normas diferentes plantea dificultades a productores y exportadores. Si las normas se establecen de manera arbitraria, pueden utilizarse con fin proteccionista. El Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio trata de garantizar que los reglamentos técnicos y las normas, así como los procedimientos de prueba y certificación, no creen obstáculos innecesarios al comercio. Por otro lado, las medidas de salvaguardia son medidas de urgencia para limitar temporalmente las importaciones destinadas a «salvaguardar» las industrias nacionales. En cuanto a las subvenciones y medidas compensatorias, el acuerdo de la OMC, somete a disciplina la utilización de subvenciones y reglamenta las medidas que los países pueden adoptar para contrarrestar los efectos de las subvenciones. El Acuerdo prevé que un país pueda utilizar el procedimiento de solución de diferencias de la OMC para tratar de lograr la supresión de la subvención o la eliminación de sus efectos desfavorables, o que el país pueda iniciar su propia investigación y aplicar derechos especiales (compensatorios) a las importaciones subsidiadas una vez que se ha establecido que causan un perjuicio a los productores nacionales.

otorgando al mecanismo la legitimidad necesaria como para que éste se fortalezca y se vaya expandiendo cada vez más como un instrumento político generador de cambios y transformaciones legales tanto a nivel doméstico, como a nivel global.

El SRD como generador de gobierno del régimen internacional del comercio estaría íntimamente vinculado a su nivel de judicialización y al grado de automaticidad que sus decisiones generan. De hecho, es la fuerte base legal del SRD lo que daría respaldo a sus decisiones. Por lo tanto, el tipo de gobernanza que la OMC estaría creando a través de su SRD no es una gobernanza laxa, sino todo lo contrario. La facultad de generar cambios en las legislaciones domésticas de los países, y por lo tanto transformar la vida y prácticas de los habitantes de los respectivos países, junto con la potestad de vigilar y monitorear el cumplimiento de sus recomendaciones –capacidad que por otro lado, todavía no ha sido plenamente explotada– estarían confiriendo a la OMC un estatus único dentro de la variedad de organizaciones internacionales a nivel mundial. Este estatus único es precisamente el de contar con un mecanismo capaz de generar una fuente de gobierno fuerte y con obligación de acatamiento, que otorga seguridad, confianza y sobretodo la posibilidad de un futuro predecible a los estados, y empresarios nacionales y transnacionales que son los que manejan los flujos de comercio internacional y las transacciones internacionales, inversiones, entre otras.

El paso a la gobernanza triádica ha estabilizado el sistema y ha fortalecido a la OMC frente a conflictos entre sus miembros, lo cual puede resultar debilitante para la propia organización. A pesar de todos los desafíos que la organización tiene, y que no son el objeto del presente estudio, parece ser que el SRD contiene la semilla para convertirse en una poderosa autoridad gubernamental supranacional que expandirá, como ya lo está haciendo, los ámbitos de la litigación internacional en casos de disputas comerciales, y ampliará el discurso legal sobre el tema, al tiempo que moldeará las percepciones y prácticas de los distintos países, la manera cómo conciben al sistema y se acogen a él robusteciendo cada vez más la orientación normativa del sistema y su permanente reproducción.

En cuanto a los resultados, como lo evidenciamos, los países litigantes más activos han sido Estados Unidos y la Unión Europea, sin embargo con la excepción de la mayoría de países africanos sub-saharianos, el resto de países miembros de la OMC han participado del SRD ya sea como acusadores y/o como acusados. Es interesante además anotar que en los últimos dos años la participación de los PED se ha incrementado, e incluso ha superado a la de los PD. Dicha participación no se reduce a plantear quejas en contra de los PD, sino que ha ido adquiriendo con el tiempo una dinámica muy particular, en la que los PED plantean quejas a otros PED, y son acusados a su vez por ellos.

Este fenómeno es indicativo de que el mecanismo se ha vuelto altamente dinámico, y que es una herramienta extremadamente útil no solo para los países comercialmente fuertes, sino también para los PED que participan de él. Esto muestra que la práctica y el aprendizaje son determinantes para el uso del sistema, que su uso no es privativo o exclusivo a determinado grupo de países, y que el sistema no beneficia a ningún grupo en particular, sino que el ejercicio de su jurisdicción se basa en la autonomía de los intereses de las partes, y en el grado de supranacionalidad que el mecanismo pueda alcanzar. Solo con base a la credibilidad de la autonomía e independencia del sistema, se explica el alto grado de participación de los países en él, la recurrencia y la expansión de la misma, independientemente de si el país es o no es una potencia comercial. En suma, el SRD obligatorio parece haber superado las limitaciones y deficiencias del antiguo sistema que funcionaba bajo el GATT, y se puede esperar que en el futuro se siga fortaleciendo y ampliando tanto el ámbito de su accionar, así como la intervención de los países en él, y los temas comerciales que se diriman a través del uso de este mecanismo.

CAPÍTULO II

La Unión Europea versus Estados Unidos: retaliación por un subsidio ilegal

El análisis cualitativo de este caso tiene como objetivo principal desenrañar que está detrás de esta disputa comercial que tanta atención mundial ha suscitado, sin embargo no pretende ser exhaustivo. El caso al que nos referimos, entre la Unión Europea y Estados Unidos, es la disputa en torno a las exenciones tributarias a las exportaciones en Estados Unidos que ha ocasionado repetidos fallos en contra de Estados Unidos, y finalmente, una autorización de retaliación por parte de la OMC a la Unión Europea que no tiene precedente en la historia. Por lo tanto, se ha escogido este caso no solo porque, sin lugar a dudas, es único en sus resultados y en el número de actores no-gubernamentales involucrados, sino porque sobretodo, lo que está en cuestión es el propio sistema tributario de un país, en este caso el estadounidense, y esto probablemente resultará en una transformación profunda del sistema a raíz del caso planteado a la OMC. A diferencia de otros casos o fallos que tan solo han recomendado el levantamiento de una medida administrativa, éste es uno de aquellos casos en los que la OMC ha traspasado la jurisdicción interna de un país, y ha recomendado el cambio de políticas y legislación fiscal interna compleja. Finalmente, se ha escogido esta disputa como caso de estudio, porque la discusión que éste ha suscitado, seguramente va a tener repercusiones profundas en los sistemas de tributación tanto de Estados Unidos, como de la Unión Europea, que funcionan bajo sistemas totalmente divergentes, el universal y el territorial.

Las principales fuentes para el estudio de esta disputa son los reportes emitidos por la OMC en sus tres etapas (panel, cuerpo de apelación y arbitraje), así como reportajes de prensa especializada, entrevistas con expertos, informes del Institute for International Economics, así como de la oficina del representante comercial y el Congreso de Estados Unidos.

A. ANTECEDENTES

En el corazón de la disputa entre la Unión Europea y Estados Unidos está la diferencia en sus sistemas tributarios. Estados Unidos tiene un sistema,

cuya base de imposición es universal, lo cual quiere decir que las ganancias de las corporaciones norteamericanas deben tributar, independientemente de donde se haya ganado el dinero. Como veremos posteriormente, el sistema tiene algunas excepciones, que son precisamente el motivo de la disputa. Sin embargo, en rasgos generales el sistema estadounidense difiere del sistema europeo, que es un sistema territorial que no impone obligaciones tributarias sobre ganancias obtenidas en el extranjero. Adicionalmente, los países europeos no graban las exportaciones con el impuesto al valor agregado, práctica común para la mayoría de ventas domésticas. Esta práctica ha sido considerada por Estados Unidos, como un subsidio entregado a los productores extranjeros.

En el año de 1984, Estados Unidos puso en marcha la Corporación de Ventas Extranjeras (FSC por sus siglas en inglés). El FSC permitía exenciones parciales al ingreso derivado del manejo de exportaciones estadounidenses a corporaciones extranjeras subsidiarias, es decir, que los exportadores norteamericanos podían eximirse de pagar parte de su ganancia por exportaciones de los impuestos de dicho país. Así, el FSC funcionaba como un incentivo tributario a las exportaciones, lo cual era deseable en tanto estimulaba la economía de Estados Unidos. Sin embargo, el beneficio del diferimiento tributario, en realidad estimulaba a las firmas norteamericanas, que producían para los mercados extranjeros, a producir en terceros países en lugar de hacerlo en Estados Unidos.

En general, las empresas estadounidenses pagan impuestos sobre sus ganancias obtenidas en cualquier parte del mundo. Por lo tanto, cualquier corporación norteamericana, en teoría, debería tributar sobre su porción de ganancias por exportaciones, independientemente de que éstas provengan de una fuente doméstica o extranjera. Sin embargo, Estados Unidos, impone obligaciones tributarias a corporaciones extranjeras, solamente en la renta obtenida de la conducción de un negocio norteamericano. De esta forma, algunas firmas estadounidenses se acogían a los beneficios del FSC, vendiendo sus exportaciones por medio de corporaciones subsidiarias o corporaciones para ventas en el extranjero. Como corporaciones extranjeras, regularmente éstas empresas estarían sujetas a los impuestos norteamericanos, en la porción de su ganancia por exportaciones directamente vinculada a un negocio estadounidense, pero como las reglas del FSC consideraban que existía otra parte de la ganancia de estas empresas no relacionada a esta actividad, entonces estas firmas quedaban exentas de pagar el tributo norteamericano. Ordinariamente, la ganancia por exportaciones de la firma subsidiaria, tributaría al entrar a la corporación matriz estadounidense, como ingresos intra-firma, pero el FSC también prevé que la matriz puede deducir el 100 por ciento de sus ingresos por subsidiarias extranjeras.

Durante años, los líderes europeos y norteamericanos siguieron un acuerdo implícito por medio del cual se comprometían a no desafiar las exenciones tributarias del otro. Sin embargo, el acuerdo se rompió en el año de 1999, cuando la Unión Europea atacó el vacío en el sistema tributario de Estados Unidos, específicamente al FSC. La UE llevó el caso a la Organización Mundial del Comercio alegando que el FSC violaba el reglamento de la Ronda de Uruguay sobre subsidios y medidas compensatorias, además del acuerdo sobre agricultura.

El 20 de marzo de 2000 el primer panel de la OMC en el caso FSC, falló en contra de Estados Unidos, considerado que la aplicación del sistema tributario norteamericano, a partir de lo previsto por el FSC, creaba un subsidio a las exportaciones que no era consistente con las obligaciones contraídas con la OMC. Para sorpresa de los representantes de comercio norteamericanos, a partir de ese momento, la OMC fallaría consistentemente en contra de Estados Unidos. El panel consideró que la exención tributaria constituía un subsidio injusto e ilegal. El tipo de subsidio creado por el FSC estaba prohibido porque el Estado dejaba de percibir ingresos que normalmente hubiera recibido, además las exportaciones tributaban más favorablemente que la producción extranjera, y adicionalmente, se consideraba que el FSC era una aplicación distorsionada del sistema de impuestos territorial, porque se éste apelaba al principio territorial, pero únicamente para el segmento del ingreso de las exportaciones que proviene de fuentes extranjeras.

En febrero de 2000, el Cuerpo de Apelación confirmó el reporte del panel en todos sus aspectos esenciales. Así, Estados Unidos con el objetivo de «acatar» el fallo de la OMC, el 15 de noviembre del mismo año, pasó el acta de Exclusión del Ingreso Extraterritorial del año 2000.¹ Dos días más tarde, la Unión Europea comenzó una nueva disputa bajo el argumento de que el acta de Exclusión del Ingreso Extraterritorial no había eliminado los problemas que la OMC había encontrado con el FSC. El mismo día, la Unión Europea también pidió autorización a la OMC para imponer sanciones comerciales a las exportaciones estadounidenses por un valor de \$ 4 043 billones de dólares. El 27 de noviembre de 2000, Estados Unidos y la Unión Europea entraron en un proceso de arbitraje, ante la queja de Estados Unidos de que el monto de sanciones propuesto por los europeos, era excesivo bajo los estándares de la OMC. Este proceso de arbitraje, sin embargo, tuvo que esperar el resultado de la nueva queja planteada por la Unión Europea respecto del Acta de Exclusión del Ingreso Extraterritorial (ETI ACT).

El ETI ACT fue creado en respuesta a los fallos del panel y cuerpo de apelación de la OMC. El ETI ACT excluía a los ingresos «extra territoriales»

1. FSC Repeal and Extraterritorial Income Exclusion ACT of 2000 («ETI ACT»).

de pagar impuestos norteamericanos, adicionalmente excluía de la definición de renta neta, ciertos ingresos provenientes de fuentes extranjeras; específicamente, una porción de las ganancias por exportaciones y una porción de las ganancias por producción en el extranjero. Así se evitaba, según la versión norteamericana, el que el contribuyente pagara un doble impuesto, bajo la condición de que las ventas se realizaran fuera de Estados Unidos, y que no se utilizara más de 50 por ciento de materia prima extranjera. Sin embargo, según lo estipulado en esta nueva ley, el beneficio tributario era de la misma magnitud que el del FSC: las empresas podían estar exentas de pagar entre el 15 por ciento y 30 por ciento de sus ganancias por exportaciones, amparándose en esta ley.

Bajo la perspectiva estadounidense, el ETI ACT estaba en conformidad con lo dictaminado por el Cuerpo de Apelación de la OMC, porque se incorporaba adicionalmente, una exención del 15 por ciento al 30 por ciento a una porción determinada de las operaciones en territorio extranjero. Esta extensión de los beneficios añadía, según la visión de Estados Unidos, elementos del sistema territorial a su sistema tributario universal, y por lo tanto estaba en concordancia con las exigencias de la OMC. El Estado no dejaba de percibir su renta, porque el ingreso proveniente del ETI ya no formaba parte de la renta neta sujeta a impuestos corporativos, y los ingresos por exportaciones así como ganancias por producción extranjera tributaban sobre una base similar bajo el ETI ACT.

De todas maneras, inclusive antes de que la legislación del ETI ACT estuviera en vigencia, la Unión Europea ya se mostró escéptica de su compatibilidad con las exigencias de la OMC, bajo el argumento de que al igual que el FSC, el ETI ACT funcionaba como un subsidio tributario que era contingente al desempeño en las exportaciones. Entonces se establecieron dos procesos casi simultáneos en la OMC: la queja de la Unión Europea en contra de Estados Unidos por el ETI ACT, y un pedido por parte de la Unión Europea de aplicar retaliaciones a Estados Unidos en un monto de \$ 4 billones de dólares. El último proceso se detuvo mientras se daban las deliberaciones del panel de la OMC. A continuación, pasaremos a analizar las 3 etapas del segundo proceso de litigación en torno a este caso, y la resolución de esta disputa comercial.

B. UNIÓN EUROPEA VERSUS ESTADOS UNIDOS: UNA VISIÓN DEL CASO DESDE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

El Reporte del Panel

La petición para el establecimiento del panel por parte de la Unión Europea, se dio el 7 de diciembre de 2000, y la circulación final del reporte se dio 8 meses después, el 20 de agosto de 2001. Además de la Unión Europea y Estados Unidos, intervinieron en el panel como terceras partes, Australia, Canadá, India, Jamaica y Japón. Como antecedente a la constitución de este panel, está la disputa original por el FSC, en el que el mecanismo de resolución de disputas adoptó tanto el reporte del panel, como el reporte del cuerpo de la apelación.

Ambos reportes, encontraron que la exención tributaria creada por el FSC constituía un subsidio a la exportación que era inconsistente con el acuerdo sobre subsidios y medidas compensatorias, así como el acuerdo sobre agricultura. Como resultado de esto, se hizo un pedido a Estados Unidos de retirar el subsidio a la exportación y a adaptar la legislación del FSC para que ésta sea consistente con el acuerdo de Agricultura de la OMC. Como respuesta a estas exigencias, Estados Unidos puso en vigencia el ETI ACT, que según su visión, estaba en plena concordancia con las obligaciones de la organización. Obviamente, la Unión Europea estuvo en desacuerdo, y los siguientes argumentos se colocaron en el centro del debate del Panel.

Según la Unión Europea, el ETI ACT constituía un subsidio a la exportación que violaba el acuerdo sobre subsidios y medidas compensatorias. Este acuerdo contempla la existencia de un subsidio si se cumplen dos condiciones: primero, si existe una contribución financiera, y segundo, si se otorga un beneficio. El panel consideró el argumento de que, efectivamente, existe una contribución financiera en tanto el gobierno norteamericano deja de percibir ingresos, que normalmente, sí recibiría porque no existe ninguna legislación general en Estados Unidos que excluya a la renta extraterritorial de pagar tributos. Más aún, según esta línea de argumentación, el ETI ACT confirma la regla general del sistema de tributación universal de Estados Unidos, y simplemente prepara las condiciones para la no tributación de una porción del ingreso extraterritorial, que de otra manera pagaría impuestos normalmente.

El Panel entonces, entró a investigar el sistema tributario general de Estados Unidos, porque según el panel, el ETI ACT no se podía desvincular de la totalidad del código de rentas internas de Estados Unidos. Según el ETI ACT, ganancias extraterritoriales estaban exentas de tributación si provenían

de ventas fuera de Estados Unidos y satisfacían el requerimiento de no haber utilizado más del 50 por ciento de materia prima / fuerza de trabajo extranjera. Luego del análisis del sistema tributario estadounidense, el panel llegó a la conclusión de que existe un estándar prevaleciente en el sistema, según el cual ingresos de este tipo son sujetos de tributación, y que por lo tanto, la medida en cuestión es una desviación de este estándar.

Fruto del análisis de la relación existente entre la medida y el régimen tributario analizado en su totalidad, el panel llegó a la conclusión de que por medio de la «exclusión» prevista por el ETI ACT, el gobierno norteamericano deja de percibir ingresos que de otra forma sí percibiría, y que por lo tanto sí se genera una contribución financiera. A partir de esta primera conclusión, el Panel llegó a la consideración de que también se generaba un beneficio, porque los contribuyentes que estaban exentos de pagar el impuestos, obviamente se encontraban en una posición más aventajada, que si hubiesen pagado el impuesto. En consecuencia, constatada la existencia de la contribución financiera y del beneficio, el panel concluyó que existía un subsidio según lo estipulado por el acuerdo sobre subsidios y medidas compensatorias.

Luego de haber constatado la existencia de un subsidio generado a partir del ETI ACT, el panel entonces entró a considerar si ese subsidio era o no contingente en el desempeño en exportaciones. Para la Unión Europea, el hecho de que el subsidio recayera en las ganancias obtenidas por transacciones de exportación, hace que este subsidio esté prohibido por el artículo 3 del acuerdo sobre subsidios y medidas compensatorias.² La definición de un subsidio supeditado al resultado de las exportaciones, quiere decir que éstos están condicionadas, o su existencia depende de las exportaciones, y por lo tanto, éste subsidio recaería dentro de la categoría de los que están prohibidos dentro del acuerdo sobre subsidios y medidas compensatorias.³ El Panel llegó a la conclusión de que la exigencia de que los productos sean vendidos fuera de Estados Unidos, hacía que las medidas contempladas en el ETI ACT, estén supeditadas a la exportación, y por lo tanto, constitúan una serie de me-

2. El artículo 3 del Acuerdo SMC prohíbe dos categorías de subvenciones. La primera son las subvenciones supeditadas de jure o de facto a los resultados de exportación, como condición única o entre otras varias condiciones («**subvenciones a la exportación**»). En el anexo del Acuerdo SMC figura una lista detallada de las subvenciones a la exportación. La segunda categoría es la de las subvenciones supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados, como condición única o entre otras varias condiciones («**subvenciones al contenido nacional**»). Estas dos categorías de subvenciones están prohibidas porque se establecen para influir en el comercio y, en consecuencia, es muy probable que tengan efectos desfavorables para los intereses de otros miembros.
3. Para el análisis de este punto en particular, el panel recurrió al cuerpo de apelación del caso del Canadá y los aviones según el cual se adoptó esta definición del término «contingente».

didadas que son inconsistentes con el acuerdo sobre subsidios y medidas compensatorias.

Estados Unidos entonces argumentó que aún cuando se encuentre que el ETI ACT es inconsistente con el acuerdo sobre subsidios y medidas compensatorias, éste de todas maneras está justificado, porque funciona como mecanismo para evitar la tributación doble de las rentas obtenidas de fuentes extranjeras. Para analizar este particular, el Panel pasó a estudiar la estructura, diseño y operación total del ETI ACT. Resultado de este análisis, el panel llegó a la conclusión de que los parámetros del ETI ACT de ninguna de manera se aproximan a los parámetros que utilizaría una medida cuyo objetivo fuera el evitar la tributación doble de las rentas obtenidas de fuentes extranjeras. Además el Panel deliberó sobre las siguientes consideraciones: 1. El ETI ACT es excesivamente amplio, y por lo tanto excluye ingresos que rara vez serían sujetos de tributación en otras jurisdicciones; 2. El «ingreso extraterritorial» que está excluido en el ETI ACT no incluye una serie de ingresos que potencialmente sí podrían ser sujetos de tributación en otras jurisdicciones; 3. Estados Unidos tiene numerosos tratados bilaterales con otros países que se basan en el principio del impuesto extranjero al crédito, explícitamente dirigido a evitar una doble tributación del ingreso. Frente a esta evidencia, el panel dictaminó que el ETI ACT no pudo haber sido concebido como una legislación que evite la tributación doble de la renta obtenida de fuentes extranjeras.

En cuanto al acuerdo sobre agricultura, la Unión Europea reclamaba que el ETI ACT derivaba en la creación de subsidios a la exportación, es decir subsidios que están directamente vinculados al desempeño de las exportaciones. El panel analizó este argumento al tiempo que revisó cuidadosamente el acuerdo sobre agricultura, especialmente en su artículo 10 en el punto referente a que los subsidios a las exportaciones no se pueden aplicar de manera que resulten o conduzcan a una evasión de los compromisos entorno a subsidios. Para esto, el panel consideró la estructura y características de la medida, y se remitió al cuerpo de apelación de la disputa original que estudió los compromisos entorno a los subsidios a la exportación, para los cuales hay una cierta cantidad de productos que tienen un cronograma, y otros productos que no tienen ninguno.

Luego de aplicar estas interpretaciones, el Panel determinó que el ETI ACT crea derechos legales para los beneficiarios, de recibir subsidio a sus exportaciones respecto de productos agrícolas que tienen un cronograma, y respecto de productos agrícolas sin cronograma, es decir, que una vez que el contribuyente ha cumplido con los requerimientos establecidos por el ETI ACT, el gobierno de Estados Unidos debe proveer la exención tributaria. Como no existe un límite a la cantidad de ingresos que pueden ser excluidos del pago de impuestos, entonces el monto potencial de subsidios a la exportación es ili-

mitado. Con respecto a los productos agrícolas que no tienen cronograma, el ETI ACT involucra la aplicación de subsidios a la exportación de tal manera que podría convertirse en una evasión al compromiso entorno a los subsidios a la exportación, el cual para productos sin cronograma, es un compromiso de no proveer un subsidio a la exportación de ningún tipo. Más aún, con respecto a los productos que sí tienen un cronograma, ya que la medida crea el espacio para que se otorguen una cantidad ilimitada de subsidios, éstos pueden beneficiarse del subsidio aun después de que los niveles de compromiso se han alcanzado para esos productos. Por lo tanto, el ETI amenaza con conducir a la elusión de los compromisos respecto de los subsidios a la exportación adquiridos por Estados Unidos. Sobre esa base, el Panel determinó que Estados Unidos ha actuado inconsistentemente con sus obligaciones, bajo el artículo 10 del acuerdo sobre agricultura.

Bajo el ETI ACT, cierto ingreso extraterritorial que califica como derivado del comercio exterior, está eximido de pagar impuestos. Este ingreso consiste de productos que se venden para uso fuera de Estados Unidos, y cuyo valor no puede ser atribuible en más de un 50 por ciento a materia prima no estadounidense, o cuyos costos directos de mano de obra se hayan hecho fuera de Estados Unidos. La Unión Europea argumentó que esta limitación hacia la materia prima / mano de obra extranjera es inconsistente con los acuerdos de GATT, específicamente porque otorga un tratamiento menos favorable a los bienes importados.⁴ En primer lugar, el panel anotó que la distinción entre productos importados y domésticos, según el ETI ACT, se basa explícitamente en el origen, y que por lo tanto existe una limitación explícita para productos no estadounidenses. En segundo lugar, el panel deliberó acerca de si el ETI ACT constituye una ley, una regulación o un requerimiento que afecta el uso interno de productos importados y domésticos de características similares, y al respecto concluyó, que la utilización de productos de origen estadounidense contribuye a la obtención de la exención tributaria, mientras que el uso de productos o materia prima importada no lo hace. En consecuencia, el panel determinó que la medida en cuestión «afectaba» el uso de productos importados. En tercer lugar, el panel estudió la posibilidad de que el ETI ACT otorgara un tratamiento menos favorable a los productos importados, que a productos de origen nacional de Estados Unidos; entonces el panel anotó que el requerimiento reglamentario del ETI ACT es expresa y explícitamente ba-

4. El artículo III:4 del GATT establece que los productos del territorio de cualquier miembro importados al territorio de cualquier otro miembro deben recibir un tratamiento no menos favorable que el que se otorga a productos similar de origen nacional, con respecto a todas las leyes, regulaciones, requerimientos concernientes a ventas internas, ofertas de venta, transporte, distribución y uso.

sado en origen, de manera que existe una limitación respecto de productos o materia prima manufacturada o producida fuera de Estados Unidos. Por medio de esta limitación, se confiere una ventaja a los productos domésticos sobre los productos extranjeros. Como resultado, la diferenciación formal entre productos importados y domésticos equivale a entregar un tratamiento menos favorable a los productos importados. Finalmente, el panel halló que el ETI ACT crea un incentivo al uso de productos domésticos, que los productos nacionales están inherentemente aventajados frente a los importados, y que por lo tanto, el tratamiento menos favorable a los productos importados, constituye una acción que viola el acuerdo del GATT, en su artículo III:4.

Finalmente, la Unión Europea argumentó que al haber mantenido en vigencia los subsidios establecidos por el FSC luego de haber concluido el período de implementación, Estados Unidos había fallado en acatar las recomendaciones del mecanismo de resolución de disputas. Al examinar este asunto, el panel observó que las medidas transitorias que el ETI ACT proveía para los subsidios del FSC, continuaban hasta el 1 de enero de 2002. El panel se remitió al cuerpo de apelación del caso de Brasil/Aeronáutica, en cuanto a que el pago continuo de subsidios no es consistente con la obligación de retirar estos subsidios. Como se continuaba haciendo los pagos bajo el antiguo programa del FSC, el panel concluyó que Estados Unidos había fallado en acatar las recomendaciones del mecanismo de resolución de disputas de acuerdo al artículo 4.7 de este acuerdo.

El Cuerpo de Apelación

El panel que hemos analizado anteriormente encontró, que el ETI ACT resultaba en una no retención de ingreso, que de otra manera sí se retendría; sin embargo, Estados Unidos apeló la decisión de este panel. El cuerpo de apelación entonces entró a realizar un examen exhaustivo de la legislación tributaria interna de Estados Unidos, para analizar el tratamiento de renta extranjera contemplado en el ETI ACT, y el tratamiento que reciben otras fuentes de ingreso extranjero en el resto de la legislación estadounidense. Para realizar esta comparación el cuerpo de apelación estudió las reglas tributarias convencionales de Estados Unidos, y encontró que estas reglas otorgan el mismo tratamiento a la renta, independientemente de la fuente de la que provenga, y que por lo tanto, la renta extranjera es sujeto de tributación como cualquier otra. El cuerpo de apelación concluyó que existe un contraste marcado entre las otras normas de tributación aplicable a la renta extranjera y las normas del ETI ACT, especialmente en el hecho de que Estados Unidos impone tributos a todas las fuentes de ingreso extranjero, pero definitivamente exime de tributación a la renta extranjera bajo el ETI ACT. Adicionalmente,

los contribuyentes estadounidenses pueden elegir beneficiarse del ETI ACT, y consecuentemente, pagar menos impuestos. En suma, el cuerpo de apelación confirmó el hallazgo del panel en este primer aspecto.

En segundo lugar, el cuerpo de apelación confirmó el hecho de que el ETI ACT genera un subsidio que está supeditado a la exportación, y que por la tanto viola el artículo 3.1 del acuerdo sobre subsidios y medidas compensatorias. Al examinar la medida en cuestión, el cuerpo de apelación subrayó el hecho de que para obtener el subsidio los productos deben ser vendidos para su uso, consumo o disposición fuera de Estados Unidos, o en otras palabras, la producción debe ser exportada, por lo tanto el subsidio está condicionado y depende de la exportación. Además, en cuanto a productos agrícolas, el cuerpo de apelación anotó que los mismos están sujetos al mismo tratamiento tributario que los productos que estrictamente están cubiertos por el acuerdo sobre subsidios y medidas compensatorias, y en consecuencia, Estados Unidos había violado también el acuerdo sobre agricultura.

El artículo 4.7 del acuerdo sobre subsidios y medidas compensatorias establece la necesidad de que se retire la medida en cuestión, en el menor tiempo posible.⁵ En este sentido, el panel encontró que Estados Unidos había fallado en retirar los subsidios establecidos en el FSC. Estados Unidos apeló esta decisión, bajo el argumento de que la medida seguía en vigencia para proteger los intereses de las empresas privadas, y las obligaciones adquiridas en términos contractuales, y para garantizar una transición ordenada a un nuevo régimen de tributación. Sin embargo, el cuerpo de apelación rechazó este argumento porque a su parecer no existía ninguna base para extender el período de tiempo prescrito para el relevo de la medida por parte de Estados Unidos. Más aún, con respecto al argumento de continuidad contractual, el cuerpo de apelación recurrió al antecedente del caso de Brasil/Aeronáutica en el que se estableció que la obligación de retirar los subsidios no disminuyen por la posibilidad de que el país miembro hubiere asumido obligaciones contractuales bajo jurisdicción domésticas.

En cuanto al acuerdo del GATT, y específicamente su acápite 3, tiene como objetivo general el evitar el proteccionismo y asegurar que medidas internas adoptados por los diferentes países miembros, no se apliquen de forma tal que provean protección a la producción doméstica. Estados Unidos había planteado que las medidas en disputa, eran medidas de aplicación general, no dirigidas en contra de las importaciones y que no afectaban el uso interno de productos importados. El cuerpo de apelación analizó el funcionamiento del ETI ACT, y encontró que cualquier persona que tributa, y busca una exención

5. «The panel shall recommend that the subsidizing Member withdraw the subsidy without delay» SCM Agreement.

bajo el ETI ACT, debe asegurarse que en la manufactura de su producto NO se utilicen insumos importados cuyo valor exceda más del 50 por ciento del precio final de mercado del producto terminado, es decir, que la utilización de materia prima importada está enmarcada en el techo del 50 por ciento, mientras que la utilización de insumos domésticos no tiene restricción de ningún tipo. Por consiguiente, esta limitación a la materia prima / fuerza de trabajo extranjera incide en la decisión del productor de usar insumos importados o domésticos, si es que quiere calificar para la exención tributaria contemplada en el ETI ACT; más aún, el productor debe velar porque las compras de productos importados no afecten adversamente su calificación como persona elegible para la no tributación. Por lo tanto, la medida constriñe el uso interno de productos importados, y los coloca en desventaja frente a productos similares domésticos, según lo estipulado en el artículo 3 del GATT.

Resultados del arbitraje

El 20 de agosto de 2001, circuló el panel del caso Estados Unidos FSC. Este reporte encontró que el ETI ACT era inconsistente con varias de las obligaciones contraídas con la OMC. El panel consideró que Estados Unidos se hallaba en violación del acuerdo sobre agricultura, del acuerdo sobre subsidios y medidas compensatorias y también del acuerdo GATT. El cuerpo de apelación confirmó lo determinado por el panel, y ambos reportes fueron adoptados el 29 de enero de 2002. En ese momento, se reasumió el proceso de arbitraje que se había paralizado mientras el cuerpo de apelación llegaba a sus conclusiones.

En cuanto a lo procedimental y sistemático, Estados Unidos argumentó que la suspensión de concesiones a través de un incremento del 100 por ciento de obligaciones arancelarias era inconsistente con el acuerdo sobre subsidios y medidas compensatorias, y que además la medida no era equivalente al nivel de nulidad o incapacidad sufridas por la Unión Europea. El árbitro, sin embargo, anotó que el monto de \$ 4 043 millones era acorde con las violaciones al acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias, violaciones al cuerpo de resolución de disputas y finalmente a las violaciones del GATT.

Para llegar a su conclusión, el árbitro estudió el período de tiempo en el que Estados Unidos debió retirar la medida en el año 2000. Mas aún, el árbitro decidió calcular las medidas compensatorias adecuadas, sobre una base anual, tomando en cuenta la totalidad del año 2000, incluyendo el ajuste que se hizo para el cambio hacia el ETI ACT. Según el acuerdo SMC (Subsidios y Medidas Compensatorias) en su artículo 4, en caso de que una recomendación del mecanismo de resolución de disputas no se ponga en marcha dentro

del período de tiempo especificado por el panel, el mecanismo de resolución de disputas, autorizará al país miembro que plantea la queja a tomar medidas compensatorias apropiadas. Esto no quiere decir que se puedan adoptar medidas compensatorias desproporcionadas bajo la premisa de que los subsidios en cuestión, estén prohibidos. Sin embargo, para Estados Unidos, las medidas compensatorias, en este caso, eran desproporcionadas al impacto en el comercio que tiene el subsidio estadounidense en la Unión Europea.

El término «medida compensatoria» está esencialmente definido en referencia a la acción incorrecta a la que intenta responder. Así, las medidas compensatorias, son medidas temporales, que un país miembro puede adoptar –previa autorización de la OMC– en respuesta a una violación constante del artículo 3 del SMC que dice que se espera el absoluto acato de las recomendaciones del mecanismo de resolución de disputas. En ese sentido, la medida compensatoria puede estar dirigida a enfrentar la medida violatoria en cuestión, es decir neutralizar el subsidio a la exportación o a contrarrestar sus efectos en la parte afectada.

El árbitro además enfatizó el hecho de que el subsidio a la exportación está prohibido y debe ser retirado. En este sentido anotó, que la prohibición que recae en los subsidios a la exportación es una obligación per se, y que no está ni debería estar condicionada al examen de sus efectos sobre el comercio. Al contrario, el énfasis está en el carácter **ilegal** de los subsidios a la exportación y también en el des-balance que se crea entre los derechos y obligaciones entre las partes, independientemente de cuáles sean los efectos comerciales reales. Según el árbitro, los países miembros pueden adoptar medidas compensatorias acordes a la gravedad del primer acto ilegal o improcedente, y el objetivo final es realmente asegurar el retiro definitivo del subsidio a la exportación, de tal manera que se restablezca el balance de derechos y obligaciones que se ha visto afectado por la acción ilegal.

Las medidas compensatorias tienen como meta el atacar el desacato, y por lo tanto, su autorización por parte del mecanismo de resolución de disputas busca asegurar el acogimiento de su recomendación. Por lo tanto el objetivo final de una medida compensatoria es el retiro definitivo y sin demora, del subsidio prohibido. De otro lado, la autorización para retaliar no equivale a un cheque en blanco para castigar a la contra parte, simplemente se pretende compensar por la violación inicial y equilibrar los derechos y obligaciones entre las partes.

La Unión Europea sostiene que el monto total del subsidio estadounidense a la exportación es de alrededor de \$ 4 000 millones de dólares al año, y por tanto solicitó autorización para suspender concesiones por \$ 4 043 al año debido a la gravedad del incumplimiento. Al analizar el esquema del FS-C/ETI el árbitro consideró que esta medida es por su naturaleza inherente-

mente desestabilizadora, especialmente porque es una medida extensiva en su aplicación y potencialmente aplicable a una amplia variedad de productos de exportación. Esta medida sistemáticamente crea incertidumbre e inestabilidad en las expectativas acerca del entorno comercial, que se oponen a las condiciones ideales de seguridad y estabilidad basadas en el entendimiento, y en la obligación expresa de no utilizar subsidios que están por acuerdos prohibidos. La Unión Europea no puede enfrentarse al subsidio directamente u obligar a su cesación inmediata, pero sí puede equilibrar la balanza por medio de contramedidas.

En cuanto al monto de la sanción, el árbitro estableció que Estados Unidos ha invertido alrededor de \$ 4 000 millones al año en incumplimiento de sus obligaciones, y el hecho de que alguno de los productos subsidiados vayan efectivamente a otro socio comercial, no es válido, pues esta es una obligación que Estados Unidos tiene con todos y cada uno de los miembros, y por lo tanto, es una obligación que no puede ser dirigida a algunos países miembros y a otros no. En suma, para el árbitro, Estados Unidos ha incumplido su obligación con la Unión Europea, y el resto de países miembros, en cada dólar que ha gastado, porque el gasto en sí, es la esencia misma de la acción ilegal.

Para el árbitro, la contribución financiera del subsidio, y los montos propuestos para compensarlos, guarda una relación de proporcionalidad con la cantidad de dinero entregada por concepto de subsidio a la exportación. Además según el mismo, existe una correlación entre los beneficios inicialmente conferidos a las corporaciones estadounidenses y la respuesta planteada. El principio que se sigue, es el de imponer a firmas del país que han recibido al menos un monto equivalente al que inicialmente incurrió el tesoro del país que otorga los beneficios. A pesar de esto, para el árbitro sería impracticable diseñar una contramedida que pudiese enfrentar exacta y precisamente los beneficios conferidos.

Si es que hubiesen existido múltiples países planteando la misma queja, y exigiendo medidas compensatorias en montos similar al monto del subsidio, entonces en ese caso sí se hubieran evaluado dichas medidas para analizar si eran acordes y apropiadas para las circunstancias. Si bien los efectos en el comercio, son un elemento importante a considerar al momento de diseñar una medida compensatoria, lo estipulado en el artículo 4 del SMC no requiere que los efectos sobre el comercio sean el estándar exclusivo por el que la propiedad se determina. Particularmente en este caso, el árbitro no pensó que un examen de los efectos en el comercio hubiese llevado a una conclusión distinta. El argumento norteamericano apuntaba a que el valor del subsidio debía ser medido en términos de su impacto y luego debía conferírsele un valor de porcentaje sobre la porción europea del comercio mundial, para así

conocer el efecto real del subsidio sobre la Unión Europea. El árbitro concluyó que aunque se hubiesen examinado los efectos adversos en el comercio para Europa, no hubiera existido una base confiable para concluir que el monto de las medidas compensatorias propuestas por la Unión Europea estaba desproporcionada comparada a dichos efectos. Por lo tanto, el árbitro llegó a la determinación de que la suspensión propuesta por la Unión Europea de concesiones en la forma de obligaciones 100 por ciento *ad valorem* a las importaciones de ciertos productos de los Estados Unidos, en un máximo de \$ 4 043 millones al año, constituyen medidas compensatorias adecuadas según el acuerdo SMC

La Unión Europea ha redactado una primera lista borrador de potenciales productos afectados por la retaliación que van desde azúcares, frutas, vegetales, madera, textiles, ropa, hierro, acero, maquinaria, equipo pesado, entre otros. Esta lista tendrá que ser aprobada por todos los miembros para entrar en vigencia, lo cual probablemente otorgará a Estados Unidos un plazo de 2 meses para implementar una estrategia de acción en el Congreso.

C. IMPACTO DE LA DISPUTA COMERCIAL EN ESTADOS UNIDOS

Las consecuencias reales de la disputa comercial entre la Unión Europea y Estados Unidos recién empiezan a sentirse. Las repercusiones son profundas, no solo a nivel gubernamental, sino fundamentalmente a nivel privado, donde se está gestando una gigantesca batalla política sobre por lo menos \$ 100 billones de dólares en exenciones tributarias corporativas, entre muchísimas de las mayores corporaciones estadounidenses. En el cabildeo agresivo se encuentran Boeing en contra de General Motors, Walt Disney en contra de AOL Time Warner, Caterpillar en contra de Deere y Microsoft en contra de IBM.

Los intereses de las firmas privadas norteamericanos están tan opuestos y divididos, que el Congreso no ha podido encontrar una salida a la controversia entre los fuertes lobbies de los más poderosos grupos de interés. Y es que en realidad, lo que está en juego, son los inmensos beneficios obtenidos por las compañías norteamericanas que obtenían exenciones tributarias de sus ganancias obtenidas a través de sus subsidiarias extranjeras localizadas en países de baja tributación.⁶

6. Boeing ahorra más de \$ 100 millones de dólares al año, y otras empresas como Eastman Kodak lo hacía en un rango de aproximadamente \$ 40 millones de dólares al año.

Sin embargo, una falta de acuerdo entre las corporaciones estadounidenses podría ser severa. La OMC ha fallado ya repetidamente en contra de la exención tributaria para las corporaciones extranjeras, tildándola de ilegal y violatoria de las obligaciones estadounidenses (cuatro veces en los últimos dos años y medio). El énfasis en la ilegalidad del subsidio es crucial para entender la trascendencia y dimensión que el resultado final de este caso puede tener. Si es que Estados Unidos se negaría a eliminar o a cambiar radicalmente este sistema de exención tributaria, entonces la disputa comercial podría generar una guerra comercial transatlántica.

Senadores demócratas y republicanos se encuentran atareados en la creación de un nuevo arreglo que reemplace la antigua exención tributaria, y coloque en su lugar, una nueva, cuyos montos sean similares. A pesar de estos esfuerzos, es prácticamente imposible el concebir un sistema que no perjudique a alguien. Adicionalmente, todos los perdedores potenciales tienen considerables influencias en el Congreso, por lo que se dificulta más la posición estadounidense frente a la europea. Sin embargo, existe una propuesta específica creada por el senador republicano Bill Thomas, cuya intención es eliminar los subsidios ilegales a la exportación y crear un sistema tributario más competitivo. Esta propuesta de reforma colocaría alrededor de \$ 95 billones en exenciones tributarias corporativas dentro de los próximos 10 años, y eliminaría alrededor de \$ 51 billones de dólares asociados al subsidio a la exportación, reemplazándolo con otros que reducirían los impuestos a las compañías que tienen operaciones subsidiarias grandes. El problema con esta propuesta, básicamente tiene que ver con el hecho de que ésta beneficiaría a compañías muy distintas de las beneficiarias el antiguo régimen. Tanto el FSC, como el ETI ACT, beneficiaba mayoritariamente a las grandes firmas exportadoras como Boeing, Caterpillar, Microsoft, Walt Disney y Eastman Kodak; los nuevos beneficiarios, en cambio, serían multinacionales estadounidenses con muchas firmas operarias en el extranjero como General Motors, Coca-Cola, Procter & Gamble, Dow Chemical, AOL Time Warner e IBM.

No existe consenso aún entorno a la propuesta del senador Thomas. Algunos alegan que ésta no satisface el objetivo de mejorar la competitividad de las empresas norteamericanas pues crea incentivos grandes para que dichas empresas creen sucursales *off-shore*. La preocupación tanto de los legisladores, como de los empresarios estadounidenses, sin embargo, va más allá que el encontrar una salida rápida y fácil a la disputa con la Unión Europea. En el corazón de su molestia, está el hecho de que forzosamente se han visto abocados a enfrentar la realidad de que una institución ajena a Estados Unidos, como lo es la OMC, tenga el poder de demandar que este país reforme su sistema legal tributario. El hecho de que a raíz del fallo de la OMC, Estados Unidos vaya a reformar sus sistema, es quizás la consecuencia más reveladora de

la trascendencia de este caso, y del poder efectivo que pueden tener los paneles de la OMC.

Expertos en asuntos comerciales y tributarios han coincidido en reconocer que no existe una vía de solución simple para acatar el fallo de la OMC, sin que esta requiera cambios profundos en el código tributario. A pesar del amargo reconocimiento de que la soberanía estadounidense no es absoluta e invulnerable sobre sus propias leyes, ha venido la decisión y voluntad total de parte de los funcionarios de gobierno estadounidenses de llevar adelante los cambios profundos y de fondo, que se requieran para cumplir con las obligaciones que este país que lleva la bandera del libre comercio, tiene con la OMC. La propuesta del senador Thomas está encaminada en este sentido. Y al contrario del previo ETI ACT que simplemente introdujo reformas cosméticas, pero que dejó los subsidios a las exportaciones, intactas, las propuestas que circulan ahora tienen que ver con una revisión total del régimen tributario norteamericano.

Entre tanto, del lado europeo, es muy probable que la retaliación misma no se lleve a cabo. Según Edmund L. Andrews, editor del *New York Times*, la esencia del problema para los europeos, es que se elimine el subsidio, y no necesariamente castigar a las firmas norteamericanas.⁷ Si es que existe una percepción inequívoca por parte de la Unión Europea, de que el Senado y Presidente estadounidenses se encuentran dando pasos firmes en pos de una reforma del sistema, entonces la Unión Europea será bastante flexible en cuanto al plazo para imponer las sanciones. En el fondo para los europeos, es más importante verificar el hecho de que Estados Unidos acepte la ilegalidad del acto y empiece a trabajar para enmendarlo, que el empezar a sancionar inmediatamente. De todas maneras, es interesante anotar que del lado europeo también han existido una serie de distintos actores involucrados en el desarrollo de la disputa y en la redacción de la lista de productos a ser castigados. Estos actores, son principalmente empresas privadas europeas que se consideran en desventaja para competir con las importaciones norteamericanas, las que han presionado a sus gobiernos y actualmente son las encargadas de consolidar la lista de productos potencialmente sujetos de pagar tarifas punitivas más altas.

7. Edmund Andrews L., "A Civil War Within a Trade Dispute", *The New York Times*, septiembre 30, 2002.

D. CONCLUSIONES

El caso analizado entre la Unión Europea y Estados Unidos, es uno de aquellos en los que se encuentran varios de los elementos discutidos en el capítulo previo. En primer lugar, existe un buen número de actores involucrados en esta disputa. Estos actores no son exclusivamente actores gubernamentales, sino que por el contrario, existe una multiplicidad de actores privados, especialmente firmas tanto estadounidenses como europeas, así como transnacionales, que han estado tras bastidores y empujando por la solución a esta disputa. Más allá de los actores, un elemento fundamental y quizás el más crucial de esta disputa es el tema en cuestión. A diferencia de otros casos, en los que se presenta una queja por medidas administrativas provisionales, este en cambio, es un caso en el que se cuestiona la esencia misma del sistema de impuestos estadounidenses, especialmente en lo que tiene que ver con la tributación de firmas exportadores, o con operaciones en el extranjero.

El sistema de resolución de disputas de la OMC, en este caso en particular y en sus distintas instancias conformadas por ciudadanos independientes de varios países, ha sobrepasado la jurisdicción interna de Estados Unidos, para entrar a juzgar un tema tan delicado y sensible como es la naturaleza adecuada o inadecuada de su sistema tributario. En el proceso de análisis, los paneles de la OMC tuvieron que estudiar a profundidad y minuciosamente todo el sistema tributario de Estados Unidos, inclusive en ámbitos que nada tenían que ver directamente con la disputa. Esto revela que cada vez más, ámbitos y temas que se consideraban invulnerables y soberanos, pueden ser cuestionados ante la OMC. Pero más allá del proceso, el desenlace de esta intromisión de la OMC, es que Estados Unidos, cambiará radicalmente su sistema tributario. Luego de repetidos fallos y apelaciones, finalmente sucederá lo impensable: un agente externo a Estados Unidos hace que este país, frente a una acusación de ilegalidad, se vea obligado a hacer cambios profundos en su legislación interna. Este es un hecho sin precedentes en la historia de las disputas comerciales.

El resultado final de esta disputa además, revela que no existe ningún país, ni siquiera Estados Unidos que sea invulnerable en asuntos comerciales. Además es evidente también, que ya no existen temas que sean intocables o de soberanía exclusiva de los países. El hecho es que esta es una disputa en la que finalmente va a darse un cumplimiento efectivo del dictamen emitido por la OMC en un ámbito de tanta trascendencia de fondo y forma para un país, frente a la posibilidad de que ocurra un escenario de retaliación comercial tan grande como la que se autorizó a la Unión Europea. Un elemento importante a resaltar, en cuanto a la autorización de sanciones, es que esta contra medida

tiene como objetivo castigar globalmente a Estados Unidos por la ilegalidad del acto y por el perjuicio que causaba a todos los países miembros, y no solamente por el daño causado a la Unión Europea.

El sistema de resolución de disputas, en este caso, ha actuado como fuente de autoridad y ente independiente y dirimente de las diferencias entre la Unión Europea y Estados Unidos. Además a través de sus resoluciones y fallos, el sistema ha actuado como un instrumento generador de cambios, tanto a nivel interno, con el cambio que se va a producir en la legislación norteamericana, y también a nivel global, con la nueva discusión que se ha encendido en torno a las virtudes y defectos potenciales de los dos sistemas de imposición tributaria: el universal y el territorial. Esto demuestra que probablemente se esté ampliando el campo de la litigación internacional y los temas a dirimirse por medio del sistema de resolución de disputas.

Finalmente, es importante anotar que tanto los paneles, como el cuerpo de apelación en el caso analizado permanentemente recurrió a los fallos establecidos en casos anteriores, de manera que muchas de las conclusiones a las que se llegó, estuvieron basadas en los precedentes sentados en casos anteriores por el sistema de resolución de disputas. Esto hace que el discurso se perpetúe a sí mismo y que la fuente de gobierno se alimente de elementos judiciales generados al interior del sistema. Esto provee confiabilidad al universo comercial, y previene futuros incumplimientos de países miembros en temas semejantes y cercanos por ejemplo en torno a los subsidios a la exportación como en el caso de Estados Unidos.

Conclusión

Esta tesis se inició con la discusión acerca de las diferentes teorías sobre los regímenes internacionales y los diferentes elementos que los conforman. Este era el punto de partida necesario para posteriormente analizar el actual régimen internacional del comercio bajo la Organización Mundial del Comercio y determinar si las características contempladas en la teoría sobre regímenes internacionales eran adecuadas y suficientes para comprender el funcionamiento y peculiaridades del sistema multilateral de comercio.

Una de las características, se menciona una y otra vez en la teoría sobre regímenes internacionales es la dimensión de interestatalidad de los mismos. Esto quiere decir, que en los regímenes internacionales intervendrían estrictamente los estados, sin que exista por un lado, la configuración de una autoridad por fuera de ellos, ni la intervención de otros actores no estatales. En cuanto al RIC, si bien en un sentido la interestatalidad es bastante evidente, al ser los estados los únicos actores formales dentro del sistema, por otro lado, esta categoría es problemática y limitada al momento de entender algunos de los puntales que conforman el sistema creado por la OMC. Específicamente me refiero a la manera como el RIC está generando un tipo peculiar de autoridad, coordinación y monitoreo, es decir a su gobernanza automática y obligatoria, y al número de distintos actores que intervienen en sus decisiones y acciones.

Bajo un esquema interestatal, generalmente la autoridad se ejerce colectivamente y la norma se cumple tácitamente, sin que exista un mecanismo de monitoreo y vigilancia operativo que verifique el establecimiento y vigencia de las reglas. En el RIC, por el contrario, junto con la creación formal de la Organización Mundial del Comercio, se creó su sistema de resolución de disputas, que como hemos visto, es la fuente generadora de un tipo de gobernanza y autoridad, que no puede ser encasillado simplemente en un concepto de interestatalidad, sino que a momentos adquiere matices de supranacionalidad.

El hecho de que dos países que tienen diferencias comerciales, acudan a los paneles del SRD, implica que la jurisdicción del sistema ha sido transferida a una tercera parte, externa e independiente a los involucrados, que tie-

ne la facultad de dirimir y ejercer un poder que es automático y vinculante para los mismos. Por lo tanto, la fuente de gobierno y autoridad generada a partir del funcionamiento del SRD es más profunda y eficaz que la de un régimen puramente interestatal. Más aún, en tanto es un tercero, externo a las partes involucradas, el que tiene la palabra final en cuanto a la imposición de orden y autoridad, es que se puede hablar de la dimensión de la supranacionalidad. Esto quiere decir, que mientras más fuerte sea este mecanismo, y mientras más eficaz sea en el cumplimiento de sus decisiones, por parte de los miembros, éste estaría operando como un ente supranacional e independiente a los intereses particulares de los implicados.

La fuerte condicionalidad que impone la OMC al ingreso de los países que dependiendo del caso deben realizar ajustes internos importantes, el examen de las políticas comerciales que realiza la organización periódicamente a sus miembros, y la imposición de obligaciones que se realiza por medio del SRD se sustentan en una fuerte base legal y jurídica. Esta orientación normativa del sistema, no radica en el poder comercial de algunos de sus participantes, sino en un discurso jurídico autónomo que se construye y recrea a sí mismo con base a los precedentes creados, y que progresivamente va ampliando los ámbitos de su jurisdicción. Esta autonomía jurídica, si se quiere, provee de estabilidad, seguridad y capacidad de predicción al sistema, al tiempo que previene futuros incumplimientos, en base a su actuación ejemplificadora.

Otro elemento que mina el concepto de interestatalidad simple y que se debe resaltar para comprender el complejo tejido de interacciones que están detrás de la dinámica de funcionamiento de la OMC, es que existe un variado número de actores que no son exclusivamente estatales. El análisis del caso reveló que no son únicamente los estados, el motor que pone en marcha las decisiones que se toman en el ámbito comercial, y en las decisiones adoptadas por la organización. Una multiplicidad de actores privados como corporaciones nacionales y transnacionales, así como otros actores no gubernamentales juegan un rol crucial e inciden primero en el desempeño de cada uno de los estados dentro del sistema, y luego, en el tipo de resoluciones que se adoptan para solucionar las disputas comerciales.

Finalmente, a lo largo de esta tesis hemos hablado de ciertas dimensiones de supranacionalidad, en la medida en que gradualmente se han ido profundizando los temas de litigación dentro del SRD. Esto ha implicado, que asuntos que tradicionalmente se habían considerado como de competencia exclusiva de la soberanía de un Estado, vayan a ser cuestionados por la organización. El caso analizado, reveló que hoy en día, parecería ser que no existen asuntos que no puedan ser sujetos del escrutinio de este poder supranacional. Más aún, el hecho de que cualquier ámbito interno de un país pueda ser sujeto de una disputa, conlleva a que la organización tenga autoridad para incidir

en la transformación de aspectos extremadamente sensibles para los países. El caso de EE.UU., por ejemplo, ilustra como un fallo de los paneles, y una amenaza de retaliación de grandes proporciones, obligará a este país a cambiar radicalmente su actual sistema tributario. El hecho que se den modificaciones de legislaciones internas a partir de los fallos, es una muestra de que no hay países invulnerables dentro de la organización, ni temas que sean de soberanía exclusiva de los países.

Detractores de los acuerdos comerciales multilaterales, y especial de la OMC, particularmente en EE.UU., han criticado precisamente el hecho de que la soberanía de este país fue entregada a manos de un poder supranacional, en el momento en que se firmaron los acuerdos de creación de OMC en el año de 1994. Ralph Nader y Lori Wallach por ejemplo argumentan como en la presente situación política y económica, todo gobierno es un virtual prisionero del actual sistema comercial global.¹ De esta forma, sigue el argumento, este modelo económico establece limitaciones supranacionales en la capacidad legal y práctica de una nación de subordinar la actividad comercial a los objetivos nacionales. Para estos autores, la soberanía estadounidense se ve comprometida, porque cualquier miembro puede cuestionar cualquier elemento de la legislación norteamericana, ante un tribunal de la OMC que tiene el poder de imponer sanciones en contra del país que no remueva leyes que son consideradas ilegales según los estándares de la organización. Así la OMC limita todas las políticas y leyes de una nación y coarta las soberanías nacionales, en tanto todas las leyes, federales, estatales y locales, presentes y futuras, deben estar en conformidad con su normativa. Esto tiene, por lo tanto, un efecto devastador sobre la capacidad de autodeterminación de un país.

A lo largo de esta tesis, hemos argumentado que no es posible enmarcar al RIC estrictamente bajo un esquema de interestatalidad, pues existen muchas facetas, dinámicas e interacciones dentro del mismo, que sobrepasan lo contemplado por este concepto. En su lugar, hemos preferido utilizar los conceptos de gobernanza fuerte o supranacionalidad para explicar dichos fenómenos. Sin embargo, hemos caracterizado a la supranacionalidad de la OMC, como una supranacionalidad limitada y acotada, y que es eficiente sobre los países en ciertas ocasiones, pero no en todas. Es así, que frente a la realidad, sería desacertado afirmar que la OMC se ha constituido en un omnipotente ente supranacional. En su lugar, hemos querido presentar el argumento de que, la organización se ha convertido en una autoridad que a momentos ejerce un poder supranacional limitado sobre sus miembros. En otras palabras, creemos que esta organización, tal como está estructurada, sí tiene la po-

1. En "GATT, NAFTA, and the Subversion of the Economic Process", *The case against the Global economy*, Sierra Club Books, 1996.

tencialidad de convertirse en el fantasma omnipotente del que nos hablan los autores anteriores, sin embargo por el momento esta organización todavía tiene una amplia tarea de asegurarse que se cumplan sus decisiones y fallos. El caso de EE.UU. y Europa, es una muestra de lo que la organización sí ha logrado, en todo caso, en otras ocasiones a pesar de existir resoluciones, los países mantienen incumplimientos de años, sin que la organización tenga un poder más efectivo de enforzamiento.

Entonces, ¿cuál es el escenario real y que podríamos esperar del escenario comercial global a futuro? Frente a una posibilidad real de retorno a una nueva ola de proteccionismo, es posible que la actual estructura de la OMC pierda legitimidad para ejercer su autoridad y decisiones por sobre los estados. Un escenario, por el contrario, de profundización del libre comercio, y de los compromisos de los distintos países miembros hacia la organización, probablemente nos colocaría ante un escenario parecido, aunque quizás menos optimista, del que nos esbozan las recientes teorías de la nueva arquitectura global, en donde además de la profundización de los lazos comerciales e interdependencia económica, se estarían dando transformaciones políticas significativas en cuanto al rol de nuevos actores no estatales en el sistema internacional, y a la transformación del papel tradicional de los estados.² En un escenario como este, un mayor grado de libertad comercial, conllevaría a un menor grado de soberanía estatal, junto con la unificación mundial de las distintas legislaciones nacionales. Este proceso, sí es un proceso en curso que ya ha ocurrido bajo el auspicio de la OMC, y que estaría transformando el derecho internacional tradicional en algo más cercano al concepto de leyes domésticas mundiales. Este tránsito hacia la nueva gobernancia global implicaría además el que los estados rindan cuentas internacionalmente en base a unos estándares mínimos, válidos para todos los estados. En todo caso, para que esto sea válido en torno al régimen internacional del comercio y para que la nueva arquitectura global tome cuerpo y sentido real, todavía queda un largo camino por recorrer. Esto es especialmente cierto, entorno a las potencias comerciales, y a la necesidad urgente de que éstas hagan verdaderos sus compromisos de liberación del comercio por ejemplo en el tema agrícola. La liberación de los subsidios agrícolas ciertamente abrirán paso para la constitución de un régimen comercial con una verdadera arquitectura de gobernancia y equidad para los actores.

2. Esta teoría ha sido ampliamente desarrollada por Paul Kennedy y Dirk Messner en su obra *Global Trends and Global Governance*, Londres, Pluto Press, 2002.

Bibliografía

- Andrews, Edmund. "A Civil War within a Trade Dispute", *The New York Times*, septiembre 30, 2002.
- Bahla, Raj. "Symposium: Global trade issues in the new millennium: the power of past: towards de jure state decisis in WTO adjudication", *George Washington International Review*, 2001.
- Breitmeir, Helmut. "The impact of interlinkages of International Regimes on Legitimacy of International Governance", www.fni.no.
- Charnovitz, Steve. "Opening the WTO to Non Governmental Interests", *Fordham International Law Journal*, november-december, 2000.
- EU vs. US. "Foreign Sales Corporations. Appellate Body Report", www.worldtradelaw.net.
- — — "Foreign Sales Corporations. Arbitration Report", www.worldtradelaw.net.
- — — "Foreign Sales Corporations. Panel Report", www.worldtradelaw.net.
- Goldsmith, Edward, y Jerry Mander, eds., *The case against the global economy*, Sierra Club Books, 1996.
- Hasenclever, Andrea, Peter Mayer y Volker Rittberger. *Theories of International Regimes*, Cambridge University Press, 1997.
- Kahler, Miles. *International Institutions and the Political Economy of Integration*, The Brookings Institution, 1995.
- Kennedy, Paul, y Dirk Messner, eds. *Global Trends and Global Governance*, London, Pluto Press, 2002.
- Klas, Gerhard. "Civil Society against Corporate Power Pushing for Social and Environmental Standards", *Development and Cooperation*, december 2001, pp. 16-17.
- Malawer, Stuart. "The WTO Dispute Resolution: Actual Practice, Panel and AB Decisión 1995-2000", *Oxford Trade*.
- Mander, Jerry, y Edward Goldsmith. *The case against the global Economy*, University of California Press, 1996.
- Michalowitz, Irina. "The WTO and the public message-how to put the message forward", paper prepared for the SCANCOR Workshop: *Transnational Regulation and the Transformation of States*, Stanford University, 22-23 june 2001.
- Mota S., Anne. "The World Trade Organization: An Analysis of Disputes", *North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation*, Fall, 1999.
- Nuscheler, Franz. "Global Governance, Development and Peace: On the interdependence of Global Regulatory Structures", www.bicc.de/publications/oneworld/e/qdev/nuscheler.pdf.

- Page, Robert. "International Trade and the Environment: The WTO and the New Beginning", *G8 Scholarly Publications and Papers*.
- Panizzon, Marion, y Young Park D. "WTO Dispute Settlement 1995-2001: A Statistical Analysis", *Journal of Economic Law*.
- Ruggie, John G. *Constructing the World Polity*, Routledge, 1998.
- Sweet, Alec S. "The judicialization of governance", *Comparative Political Studies*, vol. 32, issue 2, apr. 99.
- Wilson, Bruce. "Review of the Dispute Settlement Understanding (DSU): Panel 1 E: Unmasking the WTO: Access to the System: Can the WTO Dispute Settlement Body be a Judicial Tribunal Rather Than a Diplomatic Club?", *Law and Policy in International Business*, 31, 2000.
- WTO página web: www.wto.org.
- Young, Oran, edit. *Global Governance: Drawing Insights from the environmental experience*, MIT Press, 1997.

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

La Universidad Andina Simón Bolívar es una institución académica internacional autónoma. Se dedica a la enseñanza superior, la investigación y la prestación de servicios, especialmente para la transmisión de conocimientos científicos y tecnológicos. La universidad es un centro académico destinado a fomentar el espíritu de integración dentro de la Comunidad Andina, y a promover las relaciones y la cooperación con otros países de América Latina y el mundo.

Los objetivos fundamentales de la institución son: coadyuvar al proceso de integración andina desde la perspectiva científica, académica y cultural; contribuir a la capacitación científica, técnica y profesional de recursos humanos en los países andinos; fomentar y difundir los valores culturales que expresen los ideales y las tradiciones nacionales y andinas de los pueblos de la subregión; y, prestar servicios a las universidades, instituciones, gobiernos, unidades productivas y comunidad andina en general, a través de la transferencia de conocimientos científicos, tecnológicos y culturales.

La universidad fue creada por el Parlamento Andino en 1985. Es un organismo del Sistema Andino de Integración. Tiene su Sede Central en Sucre, Bolivia, sedes nacionales en Quito y Caracas, y oficinas en La Paz y Bogotá.

La Universidad Andina Simón Bolívar se estableció en Ecuador en 1992. Ese año suscribió con el gobierno de la república el convenio de sede en que se reconoce su estatus de organismo académico internacional. También suscribió un convenio de cooperación con el Ministerio de Educación. En 1997, mediante ley, el Congreso incorporó plenamente a la universidad al sistema de educación superior del Ecuador, lo que fue ratificado por la Constitución vigente desde 1998.

La Sede Ecuador realiza actividades, con alcance nacional y proyección internacional a la Comunidad Andina, América Latina y otros ámbitos del mundo, en el marco de áreas y programas de Letras, Estudios Culturales, Comunicación, Derecho, Relaciones Internacionales, Integración y Comercio, Estudios Latinoamericanos, Historia, Estudios sobre Democracia, Educación, Salud y Medicinas Tradicionales, Medio Ambiente, Derechos Humanos, Gestión Pública, Dirección de Empresas, Economía y Finanzas, Estudios Interculturales, Indígenas y Afroecuatorianos.

Universidad Andina Simón Bolívar

Serie Magíster

- 1 Mónica Mancero Acosta, ECUADOR Y LA INTEGRACIÓN ANDINA, 1989-1995: el rol del Estado en la integración entre países en desarrollo
- 2 Alicia Ortega, LA CIUDAD Y SUS BIBLIOTECAS: el graffiti quiteño y la crónica costeña
- 3 Ximena Endara Osejo, MODERNIZACIÓN DEL ESTADO Y REFORMA JURÍDICA, ECUADOR 1992-1996
- 4 Carolina Ortiz Fernández, LA LETRA Y LOS CUERPOS SUBYUGADOS: heterogeneidad, colonialidad y subalternidad en cuatro novelas latinoamericanas
- 5 César Montaña Galarza, EL ECUADOR Y LOS PROBLEMAS DE LA DOBLE IMPOSICIÓN INTERNACIONAL
- 6 María Augusta Vintimilla, EL TIEMPO, LA MUERTE, LA MEMORIA: la poética de Efraín Jara Idrovo
- 7 Consuelo Bowen Manzur, LA PROPIEDAD INDUSTRIAL Y EL COMPONENTE INTANGIBLE DE LA BIODIVERSIDAD
- 8 Alexandra Astudillo Figueroa, NUEVAS APROXIMACIONES AL CUENTO ECUATORIANO DE LOS ÚLTIMOS 25 AÑOS
- 9 Rolando Marín Ibáñez, LA «UNIÓN SUDAMERICANA»: alternativa de integración regional en el contexto de la globalización
- 10 María del Carmen Porras, APROXIMACIÓN A LA INTELECTUALIDAD LATINOAMERICANA: el caso de Ecuador y Venezuela
- 11 Armando Muyulema Calle, LA QUEMA DE ÑUCANCHIC HUASI (1994): los rostros discursivos del conflicto social en Cañar
- 12 Sofía Paredes, TRAVESÍA DE LO POPULAR EN LA CRÍTICA LITERARIA ECUATORIANA
- 13 Isabel Cristina Bermúdez, IMÁGENES Y REPRESENTACIONES DE LA MUJER EN LA GOBERNACIÓN DE POPAYÁN
- 14 Pablo Núñez Endara, RELACIONES INTERNACIONALES DEL ECUADOR EN LA FUNDACIÓN DE LA REPÚBLICA
- 15 Gabriela Muñoz Vélez, REGULACIONES AMBIENTALES, RECONVERSIÓN PRODUCTIVA Y EL SECTOR EXPORTADOR
- 16 Catalina León Pesántez, HISPANOAMÉRICA Y SUS PARADOJAS EN EL IDEARIO FILOSÓFICO DE JUAN LEÓN MERA

- 17 René Lauer, LAS POLÍTICAS SOCIALES EN LA INTEGRACIÓN REGIONAL: estudio comparado de la Unión Europea y la Comunidad Andina de Naciones
- 18 Florencia Campana Altuna, ESCRITURA Y PERIODISMO DE LAS MUJERES EN LOS ALBORES DEL SIGLO XX
- 19 Alex Aillón Valverde, PARA LEER AL PATO DONALD DESDE LA DIFERENCIA: comunicación, desarrollo y control cultural
- 20 Marco Navas Alvear, DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA COMUNICACIÓN: una visión ciudadana
- 21 Martha Dubravcic Alaiza, COMUNICACIÓN POPULAR: del paradigma de la dominación al de las mediaciones sociales y culturales
- 22 Lucía Herrera Montero, LA CIUDAD DEL MIGRANTE: la representación de Quito en relatos de migrantes indígenas
- 23 Rafael Polo Bonilla, LOS INTELECTUALES Y LA NARRATIVA MESTIZA EN EL ECUADOR
- 24 Sergio Miguel Huarcaya, NO OS EMBRIAGUÉIS...: borrachera, identidad y conversión evangélica en Cacha, Ecuador
- 25 Ángel María Casas Gragea, EL MODELO REGIONAL ANDINO: enfoque de economía política internacional
- 26 Silvia Rey Madrid, LA CONSTRUCCIÓN DE LA NOTICIA: corrupción y piponazgo
- 27 Xavier Gómez Velasco, PATENTES DE INVENCIÓN Y DERECHO DE LA COMPETENCIA ECONÓMICA
- 28 Gabriela Córdova, ANATOMÍA DE LOS GOLPES DE ESTADO: la prensa en la caída de Mahuad y Bucaram
- 29 Zulma Sacca, EVA PERÓN, DE FIGURA POLÍTICA A HEROÍNA DE NOVELA
- 30 Fernando Checa Montúfar, EL *EXTRA*: LAS MARCAS DE LA INFAMIA: aproximaciones a la prensa sensacionalista
- 31 Santiago Guerrón Ayala, FLEXIBILIDAD LABORAL EN EL ECUADOR
- 32 Alba Goycochea Rodríguez, LOS IMAGINARIOS MIGRATORIOS: el caso ecuatoriano
- 33 Tatiana Hidrovo Quiñónez, EVANGELIZACIÓN Y RELIGIOSIDAD INDÍGENA EN PUERTO VIEJO EN LA COLONIA
- 34 Ramiro Polanco Contreras, COMERCIO BILATERAL ECUADOR-COLOMBIA: efectos del conflicto
- 35 Anacélida Burbano Játiva, MÁS AUTONOMÍA, MÁS DEMOCRACIA
- 36 Ángela Elena Palacios, EL MAL EN LA NARRATIVA ECUATORIANA MODERNA: Pablo Palacio y la generación de los 30

- 37** Raúl Useche Rodríguez, EDUCACIÓN INDÍGENA Y PROYECTO CIVILIZATORIO EN ECUADOR
- 38** Carlos Bonfim, HUMOR Y CRÓNICA URBANA: ciudades vividas, ciudades imaginadas
- 39** Patricio Vallejo Aristizábal, TEATRO Y VIDA COTIDIANA
- 40** Sebastián Granda Merchán, TEXTOS ESCOLARES E INTERCULTURALIDAD EN ECUADOR
- 41** Milena Almeida Mariño, MONSTRUOS CONSTRUIDOS POR LOS MEDIOS: Juan F. Hermosa, el «Niño del terror»
- 42** Lourdes Endara Tomaselli, «¡AY, PATRIA MÍA!»: la nación ecuatoriana en el discurso de la prensa
- 43** Roberto Corrales, JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN BOLIVIA: hacia el fortalecimiento del régimen democrático
- 44** Marco Albán Zambonino, PROBLEMAS DEL DERECHO TRIBUTARIO FRENTE AL COMERCIO ELECTRÓNICO
- 45** Santiago Basabe Serrano, RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS DESDE LA TEORÍA DE SISTEMAS
- 46** Bayardo Tobar, EL INGRESO DEL ECUADOR A LA OMC: simulacro de negociación
- 47** Rosana Morales, LA PRESCRIPCIÓN TRIBUTARIA: estudio comparativo Ecuador - países andinos
- 48** María Luisa Perugachi, OPTIMIZACIÓN DE PROCESOS: la concesión de radiofrecuencias en el Ecuador
- 49** Manuel Espinosa Apolo, MESTIZAJE, CHOLIFICACIÓN Y BLANQUEAMIENTO EN QUITO: primera mitad del siglo XX
- 50** Iván Rodrigo Mendizábal, MÁQUINAS DE PENSAR: videojuegos, representaciones y simulaciones de poder
- 51** Patricio Guerrero Arias, USURPACIÓN SIMBÓLICA, IDENTIDAD Y PODER: la fiesta como escenario de lucha de sentidos
- 52** Santiago García Álvarez, COMERCIO E INTEGRACIÓN EN EL ALCA: oportunidades para un acuerdo más equitativo
- 53** Jed Schlosberg, LA CRÍTICA POSOCCIDENTAL Y LA MODERNIDAD
- 54** Juan Carlos Grijalva, MONTALVO: CIVILIZADOR DE LOS BÁRBAROS ECUATORIANOS. Una relectura de *Las Catilnarias*
- 55** Ana María Correa, LA OMC: ¿MÁS ALLÁ DE LA INTERESTATALIDAD?
- 56** Cecilia Lanza Lobo, CRÓNICAS DE LA IDENTIDAD: Jaime Sáenz, Carlos Monsiváis y Pedro Lemebel
- 57** María Luisa Martínez, LA NOVELÍSTICA DE MIGUEL DONOSO: la desgarradura de una errancia

El presente trabajo aborda el controversial tema del funcionamiento del actual régimen mundial de comercio y su sistema de resolución de disputas. El propósito final de la investigación es establecer si la organización y las dinámicas que genera pueden ser comprendidas acertadamente como pilares de un régimen interestatal, o si es necesario utilizar la categoría de supranacionalidad para explicar el fenómeno actual de las interrelaciones comerciales bajo el amparo de la OMC. En otras palabras, se busca establecer si la OMC estaría ejerciendo un tipo de autoridad especial por sobre los Estados miembros, a través de su Sistema de Resolución de Disputas –SRD– y otros mecanismos. El estudio concluye que, en ciertas instancias y a partir de su sistema de resolución de controversias, la OMC se estaría desempeñando como un poder supranacional, por encima de sus miembros, aparentemente sin ninguna excepción y a momentos llegando a incidir en temas extremadamente sensibles y tradicionalmente soberanos de los países.

La primera parte de este trabajo presenta una panorámica general del SRD y las tendencias históricas de su uso. El funcionamiento del SRD se analiza por medio de un estudio cuantitativo de los 242 primeros pedidos de consulta presentados ante la OMC. En la segunda parte se realiza un estudio de caso en torno a la queja presentada por la Unión Europea frente a Estados Unidos por los subsidios a las corporaciones extranjeras.



Ana María Correa (Quito, 1975) obtuvo su licenciatura en filosofía en el Boston College (1998). Posteriormente realizó sus estudios de posgrado en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, y obtuvo el título de Magíster en Relaciones Internacionales, con mención en Negociaciones Internacionales (Quito, 2003).

Actualmente se desempeña como gerente de mercadeo social del Grupo Moderna. Desde el año 2002 es editorialista y miembro del Consejo Editorial de diario Hoy. También contribuye ocasionalmente con la revista Carta Económica.