

Conflictos jurídico-comerciales en el contexto de la dinámica comercial internacional*

Legal and Commercial Disputes in the context of International Commercial Dynamics

ARMANDO OSORNO SÁNCHEZ**

RESUMEN

La dinámica comercial plantea dificultades. Una de ellas es la inobservancia de las disposiciones reconocidas en los acuerdos por parte de los Estados miembro de la OMC, y la incompatibilidad de diversas leyes nacionales con los Acuerdos del Sistema Multilateral de Comercio, que genera colisión entre ellos.

El objetivo de este artículo consiste en presentar un panorama del estatus conflictivo de las diferencias planteadas ante el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la OMC, para determinar el origen y los efectos de retroceso en la dinámica comercial internacional.

Se afirma que cualquier sistema jurídico y de solución de conflictos en el mundo será poco eficiente si uno de los firmantes no cumple con las obligaciones prescritas. La metodología utilizada es de carácter analítico-deductiva, con información documental obtenida de las bases de datos del OSD.

PALABRAS CLAVE

Sistema, solución de diferencias, acuerdos y conflictos.

ABSTRACT

The Commercial dynamics establishes some difficulties, and one of the origins of these difficulties is related to the failure to observe the provisions in the agreements recognized by the Member-States of the wto, as well as the incompatibility of various National laws, with the agreements with the multilateral trading system, resulting collision between them.

The aim of this paper is to present an overview of the status of conflicting differences (cd) brought before the Dispute Settlement Body (dsb) of the wto, to determine the origin and effects of the decline in international trade dynamics.

It is stated in the hypothesis that any legal system and conflict settlement in the world, would be inefficient if one of the signatories does not comply with the obligations prescribed therein. The methodology used is of an analytic-deductive with documented information gather from the research databases of the Dispute Settlement Body (dsb).

KEYWORDS

System, solution of differences, conflict settlement.

*Artículo recibido el 4 de febrero de 2014 y aceptado para su publicación el 13 de marzo de 2014.

**Profesor investigador en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México. (osorno71@hotmail.com)

SUMARIO / 1. Introducción / 2. Origen y efectos globales de las DS planteadas ante el OSD / 3. Entendimiento de solución de diferencias de la OMC / 4. Deficiencias del entendimiento sobre solución de diferencias / 5. Estatus conflictivo de México en el ESD / 6. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

En diversas épocas, el comercio internacional se ha considerado el motor del crecimiento de las economías. Sin embargo, no siempre se ha desenvuelto de la mejor manera; ha llegado a ocasionar efectos negativos principalmente en las economías de países en vías de desarrollo o emergentes.

Esta dinámica comercial se ha sustentado en la doctrina neoliberal, planteando la necesidad de abrir los mercados nacionales, a favor del libre comercio, colocando a los Estados en una interdependencia. Al respecto, Preciado Coronado afirma que “las fuerzas del mercado desdibujan la geografía comercial delineada por los Estados nacionales y favorecen un esquema comercial global, con centros que se difuminan en la interdependencia comercial y financiera”.¹ Pero esta interdependencia sigue generando múltiples problemas, y de este mal funcionamiento pueden derivarse crisis de carácter sistemático y global.²

Autores como Hiboua Béatrice afirman que no necesariamente el Estado está en decadencia, más bien sufre una metamorfosis, sobre todo por la internacionalización de las economías y de la modificación de las estructuras productivas.³ M. Porter, Reich, Peter Drucker, entre otros, sostienen que la fusión económica de los Estados-nación es ya obsoleta, o cuando menos muy marginal,⁴ lo cual trae consigo múltiples problemas en la dinámica comercial.

F. H. Cardoso y Enzo Faletto afirman que “existe un problema en relación a la naturaleza y las vinculaciones de un doble movimiento: uno, de crisis del sistema interno de dominación anterior y el intento consiguiente

¹ Cfr. PRECIADO Coronado, Jaime Antonio, Crisis económica mundial, reconfiguración geoeconómica y proyección mexicana, en CALVA José Luis (coord.), *Crisis económica mundial y futuro de la globalización. Análisis Estratégico para el Desarrollo*, vol. 1, México, Consejo Nacional de Universitarios, Juan Pablos Editor, 2012, p.133.

² Cfr. PRECIADO Coronado, Jaime Antonio, *op. cit.*, p. 130.

³ HIBOUA, Béatrice, *De la privatización de las economías a la privatización de los Estados. Análisis de la formación continua del Estado*, México, Umbrales, Fondo de Cultura Económica, 2013, p. 15.

⁴ HIBOUA Béatrice, *op. cit.*, p. 16.

de reorganización; y el otro, de transformación del tipo de relación entre la economía interna y los centros hegemónicos del mercado mundial”⁵

Independientemente de las posturas teóricas y razonamientos vertidos sobre el papel del Estado en la dinámica comercial y económica, así como de las crisis que se deriven de esta relación, y en un contexto de constante integración económica, Kenichi Ohmae afirma que la economía global está basada en un mundo en el cual la ausencia de fronteras ha dejado de ser un sueño, una opción o una teoría, para convertirse en una realidad. Sostiene que la gente tendrá que aprender a vivir con ella y que la supervivencia dependerá de la adquisición de nuevas perspectivas y relaciones con el resto del mundo. Personas y países pueden estar determinados a luchar contra la realidad de la economía global con viejos paradigmas. Comenta que algunos parecen querer aproximarse a este nuevo mundo con un pie atorado obstinadamente en la orilla del pasado, mientras, con toda cautela, tocan el agua con los dedos del otro pie.⁶

En esta compleja relación económica-comercial de los Estados y tratando de regular de manera eficaz las negociaciones y mercados internacionales, el 1 de enero de 1995 se estableció la OMC, en sustitución del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), cuya finalidad central consiste en que el comercio fluya con la mayor libertad posible sin que se produzcan efectos secundarios no deseables en las economías de los Estados parte, tanto en su individualidad como en su colectividad (bloques económicos).

Para tal efecto, la OMC pretendió, desde 1995, crear un sistema de solución de conflictos que resolviera de manera eficaz, transparente y justa las diversas problemáticas derivadas de los intercambios comerciales. Por tal motivo, se creó el entendimiento de solución de diferencias (ESD), como un mecanismo de resolución y para el aumento del valor práctico de los compromisos contraídos por los signatarios en un acuerdo internacional. Sin embargo, dicho sistema ha tenido deficiencias en su funcionamiento.

El planteamiento del problema radica en que la dinámica comercial plantea dificultades, ya sea porque en muchas ocasiones fluye sin la observancia de los Estados miembro de la OMC respecto de algunas o varias de las disposiciones reconocidas en los acuerdos comerciales que abarca esta

⁵ CARDOSO, F.H., y FALETTI Enzo, *Dependencia y Desarrollo en América Latina*, 31 ed., México, Siglo XXI, 2007, p. 130.

⁶ Cfr. OHMAE, Kenichi, *El próximo escenario global. Desafíos y oportunidades en un mundo sin fronteras*, Colombia, Verticales de bolsillo Gerencia, 2011, p. 24.

organización, así como por la incompatibilidad de diversas leyes nacionales con el sistema multilateral de comercio, generando colisión y conflictos comerciales (en adelante DS), la mayoría de ellos de carácter discriminatorio, que deberán ser resueltas en el menor tiempo posible y sin agravar la dinámica comercial global.

Por lo anterior, este documento tiene como objetivo presentar un panorama del estatus conflictivo de las DS planteadas ante el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la OMC para contar con elementos de análisis en futuras investigaciones colaterales-conexas del contenido diferencial, que permitan a su vez determinar el origen y los efectos de retroceso o estancamiento del comercio mundial. Cualquier sistema jurídico y de solución de conflictos en el mundo, valdrá poco si uno de los firmantes no cumple las obligaciones en él prescritas.

La metodología utilizada en este artículo es principalmente de carácter analítica-deductiva, con información documental obtenida en las bases de datos (aspecto cuantitativo) del OSD, para tratar de definir aspectos cualitativos del sistema. Una de las limitaciones para contar con datos exactos es la falta de actualización de expedientes en línea de las DS objeto de la presente investigación, lo cual obstaculiza un análisis estrictamente cualitativo. En este contexto, se presenta un acercamiento objetivo de la dinámica de trabajo del OSD en contexto con la dinámica comercial en general del sistema multilateral de la OMC, que marcará el inicio de investigaciones en el área del derecho comercial internacional.

2. ORIGEN Y EFECTOS GLOBALES DE LAS DS PLANTEADAS ANTE EL OSD

La existencia de procedimientos extremadamente largos y “parcialmente” ineficientes que se tramitan en el OSD puede contribuir a la inestabilidad de la economía mundial.

La recurrente inobservancia de los principios de “seguridad” y de “previsibilidad” jurídicas se ve reflejada en la falta de reconocimiento y ejecución de resoluciones por parte de los países económicamente más estables. Muestra de ello es el caso DS381, “Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún”, por sólo citar uno de tantos. Inició en 1991 y concluyó formalmente el 16 de mayo de 2012, con la resolución de la apelación interpuesta y resuelta parcialmente a favor de México, en la cual Estados Unidos se negó a cumplir en su totalidad con las determinaciones

de dicho organismo, frenando de manera considerable las exportaciones de atún y la actividad comercial de los países “terceros involucrados”, afectados con la DS, durante la sustanciación del procedimiento.⁷

Las causas que han determinado la presentación de las DS comerciales son de tres tipos.

1) Incumplimiento por falta de ejecución total o parcial de obligaciones pactadas (jurídicamente debidas) en tres principales acuerdos: Acuerdo sobre la OMC (y sus anexos), Acuerdo Antidumping y el GATT 1994. Incumplimiento entre:

- Estado desarrollado-Estado desarrollado: UE-Rusia (DS493, DS494), Ucrania-Japón (DS468), Canadá-Japón (DS412).
- Estado emergente-Estado desarrollado: China-Canadá (DS483) Brasil-UE (DS472), China-Japón (DS454).
- Estado emergente-Estado emergente: Sudáfrica-Brasil (DS439), Turquía-India (DS428), China-México (DS398).
- Estados en desarrollo-Estados en desarrollo: Colombia-Panamá (DS461), Perú-Guatemala (DS457), República Dominicana-El Salvador (DS418).
- Estados desarrollados-Estados emergentes: EU-China (DS471), EU-México (DS386), UE-China (DS397).

Este tipo de interdependencias conflictivas, llamadas por Ianni “mutua dependencia”,⁸ reconoce las disparidades entre los Estados nacionales en cuanto a la capacidad de actuación económica en el escenario mundial. Estas disparidades traen consecuencias sociales, laborales, económicas y políticas en diversos Estados, clasificados según su avance de desarrollo económico.

Esta relación de dependencia se hace posible mediante una red de intereses y coacciones que ligan a unos grupos sociales con otros, unas clases con otras, con relaciones básicas de dependencia entre Estado, clases y producción.⁹

2) Prácticas comerciales de carácter tanto correctivo como restrictivo (muchas de ellas discriminatorias) que realizan los Estados parte: medidas *antidum-*

⁷ DS381. México vs EU. Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún (2008). OSD-OMC. Recuperado de https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds381_s.htm

⁸ Ianni, Octavio, *Teorías de la globalización*, 7ª ed., México, Siglo XXI, 2006, p.49.

⁹ CARDOSO. F.H., y FALETTO Enzo, *op, cit*, p. 162.

ping y de salvaguardia, perjudiciales en el funcionamiento de los sistemas económicos del mundo y que a su vez dan origen a la reforma de las normas jurídicas comerciales nacionales de los miembros.¹⁰

El director general de la OMC, Roberto Azevêdo, afirmó que estas medidas afectaron aproximadamente 1.1% de las importaciones mundiales de mercancías.¹¹ El 17 de febrero de 2014, Azevêdo afirmó que “durante el periodo objeto de examen, se habían registrado 407 nuevas medidas restrictivas” que afectaban 1.3% de las importaciones mundiales de mercancías, por valor de 240 000 millones de dólares.¹²

Las medidas se clasifican en dos grupos: medidas comerciales correctivas (medidas de retorsión) y medidas comerciales restrictivas. A las 407 medidas, se tendrían que sumar las medidas ya existentes (restricciones y otros obstáculos dentro del comercio internacional). Las medidas que se crearon en años anteriores disminuyeron ligeramente: de 38% en 2012 a 35% en 2013. Todo esto ha contribuido a la inestabilidad de la economía mundial.

En sentido contrario a la declaración de Azevêdo, Kenichi Ohmae, en su libro *El próximo escenario global*, afirma que las fronteras nacionales desde hace mucho tiempo son menos restrictivas que antes, lo cual se debe en parte a la tecnología y en parte a los acuerdos internacionales y bilaterales, especialmente en el área de comercio. Cada día que pasa, el mundo tiene menos fronteras. El mundo aún no está completamente libre de fronteras, pues los Estados nación todavía tienen razones para mantener controlados los movimientos de personas y los productos por seguridad y la protección pública. Afirma que hay cuatro factores (4C) que ya han alcanzado la posibilidad de mantenerse efectivamente libres de fronteras: comunicaciones, capital, corporaciones y consumidores.¹³

A pesar de lo comentado por Ohmae respecto a la existencia de una menor cantidad de restricciones, en la práctica éstas aún determinan la inseguridad de las relaciones comerciales internacionales. Jaime Estay afirma que habría

¹⁰ En 2012 y 2013 el número de medidas comerciales correctivas (las de retorsión) iniciadas fue superior al número de medidas correctivas a las que se puso término. El número de otras medidas comerciales nuevas también aumentó: de 164 en 2012 a 190 durante 2013. La mayoría de esas nuevas medidas se aplicó a las importaciones, principalmente en forma de un aumento de los aranceles a la importación y de procedimientos aduaneros.

¹¹ wto Noticias, Azevêdo pasa revista al comercio mundial: el crecimiento se recupera pero aumentan las restricciones, 2014. Recuperado de https://www.wto.org/spanish/news_s/spra_s/spra8_s.htm

¹² wto, Primer informe de vigilancia del comercio mundial, 2014. Ginebra Suiza. Recuperado de https://www.wto.org/spanish/news_s/spra_s/spra8_s.htm

¹³ Cfr. OHMAE, Kenichi, *op. cit.*, p. 26.

que hacer balances más críticos y propuestas alternativas, lo cual incluye el reconocimiento de los graves conflictos presentes en la Ronda de Doha de la OMC y la crisis en la que está sumida esta organización.¹⁴

Sin embargo, se habla de datos poco precisos, ya que un porcentaje considerable de miembros no envió sus informes acerca de las nuevas medidas comerciales que adoptaron durante el 2013 e inicio del 2014, es decir, se sigue en la espera de más datos.¹⁵

Azevêdo concluyó: “pero debemos reconocer que el cúmulo de restricciones y distorsiones del comercio sigue en aumento”; lo cual confirma que el aumento de medidas correctivas o restrictivas no beneficia la dinámica comercial actual.¹⁶

3) las obligaciones entre lo que prescriben los acuerdos de la OMC y la normatividad comercial interna de cada país miembro. A manera de ejemplo, se listan las siguientes DS, cuyas leyes son incompatibles con los acuerdos de la OMC:

DS Canadá *vs* EU, incompatible con la Ley sobre Conservación y Administración de Pesquerías de EU.¹⁷ DS EU *vs*. Canadá, incompatibles con la Ley de Pesca de 1976 de Canadá.¹⁸ DS EU *vs*. Tailandia, incompatibles con la Ley del Tabaco de 1966 de Tailandia.¹⁹ DS México y otros países *vs* EU y DS UE *vs* EU, incompatibles con la Ley de Protección de los Mamíferos Marinos de los EU.²⁰ DS La India, Malasia, Pakistán y Tailandia *vs* los Estados Unidos, con Ley de Especies Amenazadas de 1973 de los EU,²¹ entre otras.

¹⁴ ESTAY Jaime, La crisis de la arquitectura monetaria, financiera y comercial internacional, en Calva, José Luis (coord.), *Crisis económica mundial y futuro de la globalización. Análisis Estratégico para el Desarrollo*, vol. 1, México, Consejo Nacional de Universitarios, Juan Pablos Editor, 2012, p. 391.

¹⁵ WTO, Primer informe de vigilancia del comercio mundial, 2014, Ginebra Suiza, Recuperado de https://www.wto.org/spanish/news_s/spra_s/spra8_s.htm

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ DS Canadá *vs* EE.UU. Prohibición de las importaciones de atún y productos de atún procedentes del Canadá. OSD-OMC (1981). GATT-OMC. Recuperado de http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/80tuna.pdf y http://www.wto.org/spanish/tratop_s/envir_s/edis01_s.htm

¹⁸ DS EE.UU *vs*. Canadá. Prohibición de las exportaciones de pescado. Medidas que afectan a las exportaciones de arenque y salmón sin elaborar, GATT-OMC, 1987, Recuperado de http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/87hersal.pdf y http://www.wto.org/spanish/tratop_s/envir_s/edis02_s.htm

¹⁹ DS EE.UU *vs*. Tailandia. Restricción a la importación de cigarrillos e impuestos internos sobre los cigarrillos. OSD-OMC, GATT-OMC, 1990. Recuperado de https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_status_s.htm

²⁰ DS México y otros países *vs* EE.UU "atún-delfines" "Restricciones a la importación de atún", OSD-OMC, GATT-OMC, 1994. Recuperado de https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_status_s.htm

²¹ DS India, Malasia, Pakistán y Tailandia *vs* EE.UU. Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón, GATT-OMC, 1991. Recuperado de http://www.wto.org/spanish/tratop_s/envir_s/edis04_s.htm

En estas incompatibilidades que han causado colisión en los sistemas jurídicos nacionales con el internacional, se ha seguido la teoría monista internacionalista que se inclina a la aplicación del sistema multilateral de comercio de la OMC, privando la norma de origen nacional.

Las consecuencias negativas de la problemática planteada son de dos tipos:

- Las directas, derivadas del factor “tiempo”. Se convierten en un elemento determinante para el mal desarrollo del procedimiento por la existencia de largos procedimientos de las DS comerciales, que obstaculizan y frenan el comercio, principalmente nacional. Por la interconexión de las economías, también afectan las relaciones comerciales que se sostienen entre Acuerdos de Alcance Parcial (AAP) y los TLC, originando problemas de desempleo, poder adquisitivo, así como de la dinámica propia de los flujos de importación y exportación en general.
- De manera indirecta. Tiene que ver con la autorización o concesión para la aplicación de medidas de retorsión, debido al mantenimiento de prácticas desleales o al incumplimiento de acuerdos después de la emisión del informe final del OSD que repercuten en la desaceleración económica mundial. Desde 1995 hasta el 2014, se han autorizado nueve medidas de retorsión a incumplimientos evidentes, todas ellas tienen su fundamento en el artículo 22 del ESD.

Estas medidas de retorsión pueden consultarse directamente en las direcciones citadas. La primera medida autorizada fue en el caso DS160²² el 7 de enero de 2002; las siguientes se presentaron en los siguientes casos: DS217²³ con autorización para aplicar estas medidas el 26 de noviembre de 2004; DS222,²⁴ 18 de marzo de 2003; DS234,²⁵ 26 de noviembre y 16 de diciembre de 2004,

²² DS160. Comunidades Europeas vs EE.UU. Artículo 10 (5) de la Ley de Derecho de Autor de los EE.UU. OSD-OMC, 1999. Recuperado de https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds160_s.htm

²³ DS217. Australia y otros vs EE.UU. Ley de compensación por continuación del *dumping* o mantenimiento de las subvenciones, OSD-OMC, 2000. Recuperado de https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds217_s.htm

²⁴ DS222. Brasil vs Canadá. Créditos a la exportación y garantías de préstamos para las aeronaves regionales, OSD-OMC, 2001, Recuperado de https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds222_s.htm

²⁵ DS234. Canadá, México vs EE.UU. Ley de compensación por continuación del *dumping* o mantenimiento de las subvenciones de 2000, OSD-OMC.

la DS267;²⁶ DS268,²⁷ 21 de junio de 2007; la DS285,²⁸ 28 de enero de 2013; DS291,²⁹ 17 de enero de 2008 y DS406,³⁰ 12 de agosto de 2013.

Es interesante puntualizar que de las nueve medidas de retorsión autorizadas, siete se pretenden o están en proceso de aplicación a EU, y las otras tres a las CE. Lo que confirma que EU, es el país que en más conflictos se ha involucrado tanto como reclamante, demandado y tercero involucrado.

3. ENTENDIMIENTO DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC

Desde el establecimiento de la OMC, al 2014 se han solventado 494 DS en el OSD (al 24 de mayo de 2015) que tienen su origen en diversos tipos de reclamaciones, que van desde la imposición de medidas que afectan al comercio, inversiones, importaciones y exportaciones (como las subvenciones y medidas compensatorias), clasificaciones aduaneras, adquisición de satélites, impuestos sobre bebidas alcohólicas, salvaguardias contra importaciones, protección de patentes, restricciones cuantitativas a las importaciones, contingente arancelario, métodos de ajuste de costos, hasta investigaciones en materia de derechos compensatorios y *antidumping*.³¹

El entendimiento sobre solución de diferencias (ESD) fue creado en la convicción de que un sistema de diferencias más fuerte y vinculante contribuiría al respeto y la observancia de las normas comerciales de este organismo; por tal razón, lo convertiría en la piedra angular del régimen de comercio multilateral actual.

El sistema, a dicho de la propia organización, es “la contribución específica de la OMC a la estabilidad de la economía mundial”.³² Sin embargo, ya

²⁶ DS267. Brasil vs EE.UU. Subvenciones al algodón americano (upland), OSD-OMC, 2002. Recuperado de https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds267_s.htm

²⁷ DS268. Argentina vs EE.UU. Exámenes por extinción de las medidas antidumping impuestas a los artículos tubulares para campos petrolíferos procedentes de la Argentina, OSD-OMC, 2002. Recuperado de https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds268_s.htm

²⁸ DS285. Antigua y Barbuda vs EE.UU. Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas, OSD-OMC, 2003. Recuperado de https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds285_s.htm

²⁹ DS291. EE.UU vs CE. Medidas que afectan a la aprobación y comercialización de productos biotecnológicos. OSD-OMC, 2003. Recuperado de https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds291_s.htm

³⁰ DS406. Indonesia vs EE. UU. Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor, OSD-OMC, 2010. Recuperado de https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds406_s.htm

³¹ WTO Noticias, Azevêdo pasa revista al comercio mundial: el crecimiento se recupera pero aumentan las restricciones, 2014. Recuperado de https://www.wto.org/spanish/news_s/spra_s/spra8_s.htm

³² WTO, Primer informe de vigilancia del comercio mundial, 2014, Ginebra Suiza. Recuperado de https://www.wto.org/spanish/news_s/spra_s/spra8_s.htm

en 2012, estudios de economistas de la propia organización afirmaron que a pesar de la existencia del ESD el crecimiento del comercio mundial seguiría decayendo hasta llegar a 3.7%.³³ Dos años después, durante la presentación del “primer informe de vigilancia del comercio mundial” del 17 de febrero de 2014, Azevêdo afirmó que las previsiones de crecimiento del comercio para el 2014 “se sitúan entre 4.0% y 4.5%”. El comercio no cayó hasta el porcentaje que afirmó Lamy en 2012; sin embargo, su crecimiento es bajo en relación con la media histórica de 5.5% registrada desde 1990.³⁴

Estay Jaime sostiene que la OMC, como espacio multilateral encargado de impulsar los procesos de apertura, “ha sido visto con un profundo deterioro de las negociaciones desarrolladas en su seno, a tal punto que la organización está en una situación de crisis cuya mayor evidencia es el empantanamiento de la Ronda de Doha”.³⁵ Otros temas no resueltos, desde la Ronda de Uruguay y el fracaso de la Ronda del Milenio, relacionados con el comercio y medio ambiente son los obstáculos técnicos al comercio, los aspectos de la propiedad intelectual relacionados con el comercio y el acuerdo sobre contratación pública.

El actual ESD, en palabras de la OMC, se basa en nuevas medidas que permiten promover la estabilidad y la previsibilidad de las normas del comercio internacional en beneficio de las empresas, los agricultores, los trabajadores y los consumidores de todo el mundo. El ESD se creó como un mecanismo eficaz para resolver las diferencias y aumentar el valor práctico de los compromisos contraídos por los signatarios en un acuerdo internacional.

El hecho de que los miembros de la OMC establecieran el actual ESD explica, en teoría, la gran importancia que atribuyen al cumplimiento de las obligaciones que les incumben en virtud del acuerdo sobre la OMC;³⁶ pero la práctica ha demostrado lo contrario.

Sólo 91 de 490 DS han sido terminadas con soluciones mutuamente convenidas o desistimiento. La primera fue la DS1, de fecha 10 de enero de 1995, concluida el 29 de marzo del mismo año; la última, la DS391 de fecha 09 de abril de 2009, con solución del 20 de junio de 2012.

³³ LAMY Pascal, Conferencia de prensa como Director General de la OMC, 2012. Recuperado de <http://www.wto.org/indexsp.htm>

³⁴ *Idem.*

³⁵ ESTAY, Jaime, *op. cit.*, p. 406.

³⁶ Declaración de Marrakech del 15 de abril de 1994 (Acuerdo de la Ronda de Uruguay), 1994. Recuperado de http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/marrakesh_decl_s.pdf

Es importante que las DS se resuelvan a tiempo y de un modo estructurado, con la finalidad de evitar los efectos perjudiciales de los conflictos no resueltos del comercio internacional e impedir que se atenúen los desequilibrios entre los actores fuertes y los más débiles.

El ESD fue cobrando pronto importancia práctica a medida que los miembros recurrían a él con mayor frecuencia. Muestra de ello fue la primera DS1, presentada el 10 de enero de 1995, cuya parte demandada, Malasia, enfrentó una DS por “Prohibición de las importaciones de polietileno y polipropileno”; el reclamante fue Singapur. Terminó como DS resuelta en la modalidad de solución mutuamente convenida o desistimiento, el 29 de marzo de 1995; pero esta rapidez se ha observado en pocos casos.

Posterior a esta DS, en ese mismo año, se presentaron otras veinticuatro reclamaciones de países de todos los continentes. Durante sus primeros ocho años, se presentaron 305 DS, muchas de ellas aún en etapas de consulta, sin resolución; en los últimos 9 años, 131. Este último dato refleja que los países han presentado menos conflictos en sus relaciones comerciales. Sin embargo, esto no representa un crecimiento económico. Jaime Estay afirma que la relación entre comercio, mayor crecimiento y menor pobreza es dudosa, y que para una gran parte de los países atrasados lo único que efectivamente ha ocurrido es un aumento del comercio, sin que ello vaya acompañado de un crecimiento importante de la producción, o de la disminución de la pobreza.³⁷

A continuación se presentan, en orden cronológico, los principales tópicos de actividades comerciales en las que se han presentado las DS entre los países miembro de la OMC.

- 1995 (25 DS): Denominaciones comerciales, impuestos a bebidas alcohólicas, imposición de derechos, prohibición de importaciones y derechos aplicados.
- 1996 (39 DS): Medidas y restricciones aplicadas, régimen de importación, derechos compensatorios aplicados, protección de patentes, aumento de aranceles por programas de financiación a exportaciones, sistema de créditos, prohibición a importaciones, investigación y medidas *antidumping* y clasificaciones aduaneras.
- 1997 (50 DS): Medidas que afectan al comercio, inversiones, importaciones y exportaciones, clasificaciones aduaneras, adquisición de

³⁷ ESTAY, Jaime, *op. cit.*, p. 406.

satélite, impuestos a bebidas alcohólicas, salvaguardias contra importaciones, protección de patentes, restricciones cuantitativas a las importaciones, investigación en materia de derechos compensatorios y *antidumping*, subvenciones concedidas y contingente arancelario.

- 1998 (41 DS): Medidas aplicadas, *antidumping*, salvaguardia, protección de patentes, restricciones a la importación, derechos *antidumping*, investigación en materia de derechos compensatorios.
- 1999 (30 DS): Medidas *antidumping* y de salvaguardia que afectan las importaciones y la contratación pública, investigación en materia de derechos compensatorios, derechos *antidumping*, protección de patentes y reclasificaciones.
- 2000 (34 DS): Medidas *antidumping*, de salvaguardia, que afectan las importaciones de bienes y servicios, que afectan al tránsito, relativas a regímenes de licencias y precios mínimos de importación, derechos compensatorios.
- 2001 (23 DS): Sistema de bandas de precios y medidas de salvaguardia, créditos a la exportación y garantías de préstamos, contingentes arancelarios, código de patentes, derechos *antidumping* e imposición de éstos, denominación comercial, medidas que afectan las importaciones y prohibición de importaciones.
- 2002 (37 DS): Normas de origen, medidas *antidumping* y de salvaguardia que afectan las importaciones, impuestos especiales, trato fiscal aplicado, subvenciones a la exportación y clasificación aduanera.
- 2003 (26 DS): Derechos compensatorios, subvenciones, aplicaciones de medidas *antidumping*, medidas que afectan el suministro transfronterizo, régimen de cuarentena, derechos adicionales sobre las importaciones, cálculo de márgenes de *dumping* e investigación en materia de derechos compensatorios.
- 2004 (19 DS): Ayuda para embarcaciones comerciales, imposición de medidas fiscales, impuesto sobre el valor añadido, determinaciones de la CCI, derechos *antidumping*, derechos compensatorios, mantenimiento de suspensión de obligaciones y contingentes de importación.
- 2005 (DS 11): Determinaciones y derechos *antidumping*, medidas de salvaguardia, derechos compensatorios y medidas que afectan la importación en general.
- 2006 (21 DS): Derechos compensatorios, medidas *antidumping* y que afectan a las importaciones, directivas sobre fianzas aduane-

ras para determinadas mercancías, continuación de la existencia y aplicación de la metodología de reducción a cero, exenciones y reducciones fiscales.

- 2007 (13 DS): Subvenciones, medidas por las cuales se conceden devoluciones, derechos adicionales y suplementarios, diversos tipos de medidas que afectan a las importaciones.
- 2008 (19 DS): Valoración aduanera, medidas aduaneras y fiscales, trato arancelario, derechos *antidumping*, prescripciones sobre etiquetado, donaciones, préstamos y otros incentivos.
- 2009 (14 DS): Medidas que afectan o prohíben las importaciones y exportaciones, *antidumping*.
- 2010 (17 DS): Impuestos, medidas *antidumping*, confiscación, derechos, medidas que afectan la importación, derechos compensatorios y medidas de salvaguardia.
- 2011 (8 DS): Medidas y derechos *antidumping*, impuestos y tarifas reguladas.
- 2012 (9 DS): Medidas de salvaguardia, *antidumping*, relativas a la importación y exportación, compensatorias, relativas a las marcas de fábrica o de comercio y otras prescripciones de empaquetado genérico.
- 2013 (20 DS): Derechos *antidumping*, medidas relativas a importaciones e imposición de medidas al sector de energía.
- 2014 (6 DS): Métodos de ajuste de costos, medidas *antidumping*, medidas de tributación y cargas, métodos, investigaciones y procedimientos *antidumping*, medidas de salvaguardia, marcas, indicaciones geográficas, empaque de productos, tasas de reciclaje, derecho adicional sobre importaciones.
- 2015 (6 DS): Métodos de ajuste de costos y determinadas medidas *antidumping* sobre importaciones procedentes de Rusia, medidas *antidumping* sobre el nitrato de amonio, medidas que afectan a concesiones arancelarias relativas a determinados productos de carne de aves de corral, medidas *antidumping* y compensatorias sobre determinado papel estucado o cuché procedente de Indonesia, salvaguardia sobre determinados productos de hierro o acero, medidas relacionadas con los programas de bases de demostración y plataformas de servicios comunes.

De lo anterior, se puede deducir que el origen de las reclamaciones tiene que ver con la inobservancia de los acuerdos de la OMC relativos, en primer lugar,

al rubro de mercancías (el más dinámico hasta 2015 en los intercambios comerciales); en segundo, al de servicios; finalmente, al de propiedad intelectual.

En cuanto a las mercancías, se señala la imposición de medidas *anti-dumping* y de salvaguardia, así como de derechos compensatorios, entre otro tipo de medidas que afectan las importaciones de bienes. En el rubro de los servicios, sobresale el incumplimiento en materia de comunicaciones, servicios financieros y medio ambiente. En relación con la propiedad intelectual, sobresalen las reclamaciones relacionadas con protección de patentes, dibujos y modelos industriales, marcas y productos farmacéuticos. El elemento “tiempo” planteado en la problemática se aborda en el siguiente apartado.

4. DEFICIENCIAS DEL ENTENDIMIENTO SOBRE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS

El actual ESD forma parte del “Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias”; figura en el anexo 2 del AOMC (compuesto de dieciséis artículos que establecen el marco institucional de la OMC), donde se establecen los procedimientos y las normas que definen su funcionamiento.

No obstante, debe tenerse en cuenta que, en gran medida, el actual ESD se deriva de las normas, procedimientos y prácticas elaboradas a lo largo de casi medio siglo, en el marco del GATT de 1947. A continuación se presentan algunas de sus deficiencias en cuanto a su funcionamiento y objetivos.

Pronta solución de diferencias

El ESD hace hincapié en que la pronta solución de las DS es esencial para que la OMC funcione con eficacia y eficiencia. Sin embargo, es sabido que la justicia depende de que se llegue pronto a un resultado equitativo.

En consecuencia, el ESD indica con detalle los procedimientos y plazos que deben aplicarse en la solución de las DS; no obstante, en la realidad los plazos pueden ser prorrogables, ya sea por la excesiva carga de trabajo del organismo o por la complejidad del asunto.

Por citar sólo un ejemplo, el caso DS45 inició el 13 de junio de 1996 y hasta la fecha continúa en fase de consultas, con una duración de 16 años, según el estatus proporcionado por el sistema.³⁸ Esto demuestra que los

³⁸ DS45. EE.UU vs Japón. Medidas que afectan a los servicios de distribución, OSD-OMC, 1996. Recuperado de <https://>

términos de procedimiento, en varias ocasiones, se pueden prolongar varios años y no llegar a una solución “pronta”, como lo indican el párrafo 3 del artículo 4 y el 1 del artículo 6 del ESD.

Cuando un asunto entra en la etapa jurisdiccional, de ordinario no debería transcurrir más de un año hasta la formulación de una resolución por el grupo especial, ni más de 16 meses si se interpone una apelación (artículo 20 del ESD). Si el reclamante estima que el caso es urgente, su examen debería llevar aún menos tiempo (párrafo 9 del artículo 4 y párrafo 8 del artículo 12 del ESD) como sucedió el 22 de mayo de 1997, cuando las CE reclamaron a Estados Unidos las “Medidas que afectan a los textiles y las prendas de vestir”³⁹ y la DS fue resuelta o terminada como solución mutuamente convenida o desistimiento, el 11 de febrero de 1998, con carácter de urgente. Sin embargo, sólo 91 de 480 DS fueron resueltas con prontitud.

Estos plazos pueden parecer todavía largos, considerando el tiempo necesario para la aplicación después de adoptada la resolución, pero el reclamante puede seguir sufriendo daños económicos resultantes de la medida impugnada durante toda la tramitación de la DS; incluso, después de ganar su causa, puede no recibir ninguna compensación por el daño sufrido antes de la fecha fijada al demandado para la aplicación de las resoluciones y recomendaciones.

Tal y como sucedió con el asunto DS381 México vs Estados Unidos,⁴⁰ que inició en 1991 y concluyó formalmente el 16 de mayo de 2012 con la resolución de la apelación interpuesta y resuelta a favor de México, en la que Estados Unidos no pagó la reparación del daño.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que las DS en la OMC suelen ser muy complejas, desde el punto de vista fáctico y jurídico. Por lo general, las partes presentan una considerable cantidad de datos y documentos relacionados con la medida impugnada y aducen argumentos jurídicos muy detallados (algunos con la finalidad de retardar el asunto). Esto sucede, por ejemplo, con la reclamación de Estados Unidos *vs* China en materia de donaciones, préstamos y otros incentivos, del 19 de diciembre de 2008, y que a la fecha apenas va en la etapa de consultas.⁴¹

www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds45_s.htm

³⁹ DS85. CE vs EE.UU. Medidas que afectan a los textiles y las prendas de vestir, OSD-OMC, 1997. Recuperado de https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds85_s.htm

⁴⁰ DS381. México vs EE.UU. Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún, OSD-OMC, 2008. Recuperado de https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds381_s.htm

⁴¹ DS387. EE.UU. vs China. Donaciones, préstamos y otros incentivos, OSD-OMC, 2008. Recuperado de https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds387_s.htm

Las partes necesitan tiempo para preparar estos argumentos fácticos y jurídicos y responder a los argumentos de la parte contraria. El grupo especial y el Órgano de Apelación, al cual se asigna la cuestión, necesitan considerar todas las pruebas y argumentos, posiblemente escuchar a expertos y corroborar sus conclusiones con un razonamiento pormenorizado. Esto acontece en el caso *Canadá vs Estados Unidos*, en relación con la reclamación de determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO), del 1 de diciembre de 2008, y que en 2013 seguía en la etapa procedimiento sobre cumplimiento en curso.⁴² Teniendo todo esto en cuenta, puede decirse que el ESD de la OMC funciona en algunas ocasiones con rapidez y en otras con más lentitud.

Defensa de los derechos y las obligaciones de los miembros de la OMC

La DS se plantea cuando un miembro de la OMC adopta una medida de política comercial que otro u otros miembros consideran incompatible con las obligaciones enunciadas en el AOMC.

En tal situación, el miembro que se considera perjudicado tiene derecho a invocar los procedimientos y las disposiciones del ESD para impugnar esta medida; si las partes en una DS no consiguen llegar a una solución mutuamente convenida, el reclamante tiene garantizado un procedimiento basado en normas, con el cual su reclamación es examinada, en sus elementos sustanciales, por los grupos especiales o por el Órgano de Apelación.

Si el reclamante demuestra que su inconformidad es fundada, el resultado previsto será el retiro de las medidas que se hayan constatado como incompatibles con el AOMC. Las compensaciones y las contramedidas (suspensión de obligaciones) no son más que respuestas secundarias y temporales al incumplimiento de dicho acuerdo (párrafo 7 del artículo 3 del ESD).

Las resoluciones de los órganos competentes y los árbitros tienen por objeto reflejar y aplicar correctamente los derechos y las obligaciones, tal y como se enuncian en el AOMC, y no deben modificar las normas jurídicas de ésta que son aplicables entre las partes ni, como indica expresamente el ESD, entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos.

⁴² DS384. *Canadá vs EE.UU.* Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen (EPO), OSD-OMC, 2008. Recuperado en https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds384_s.htm

Sin embargo, podemos percatarnos de que el ejercicio y la defensa de los derechos acordados en el AOMC no siempre pueden ser reclamados a través de un DS por el alto costo (de tramitación y de bloqueo comercial) que les ocasiona a un gobierno determinado (principalmente a países menos desarrollados y de economías emergentes) y que los Estados que más han emprendido DS son los países desarrollados, que se ubican principalmente como países reclamantes, como Estados Unidos, la UE y Canadá.

Tabla I. Países que más intervienen en el ESD

| País que han presentado más diferencias | | Núm. de DS como reclamante | Núm. de DS como demandado | Núm. de DS como tercero |
|---|--------------------|----------------------------|---------------------------|-------------------------|
| 1 | Estados Unidos | 107 | 121 | 114 |
| 2 | CE/UE | 92 | 79 | 144 |
| 3 | Canadá | 33 | 17 | 96 |
| 4 | Brasil | 26 | 15 | 85 |
| 5 | México | 23 | 14 | 73 |
| 6 | India | 21 | 22 | 99 |
| 7 | Argentina | 20 | 22 | 51 |
| 8 | Japón | 19 | 15 | 143 |
| 9 | República de Corea | 16 | 14 | 86 |
| 10 | China | 12 | 31 | 110 |

Fuente: Elaboración propia con datos obtenidos de la "Lista cronológica de las diferencias de la OMC", actualizada el 16 de febrero de 2015.

Llama la atención precisar que Estados Unidos es el país que más reclama y a su vez es el más demandado. Esta situación tiene cierta lógica, porque también se ubica como uno de los países con dinámica comercial más fluida. Alemania (que no figura en los diez primeros lugares) y China (con décimo lugar en conflictos), que juntos representan 28% del comercio mundial sólo en el rubro de mercancías, a pesar de su gran dinámica comercial, no se consideran tan conflictivos en sus relaciones de importaciones y exportaciones.

Aportar seguridad y previsibilidad al régimen multilateral de comercio

Los miembros reconocen que el sistema sirve para preservar sus derechos y obligaciones en el marco de los acuerdos abarcados y para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público.

Las recomendaciones y resoluciones del OSD no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados. Muchas de estas diferencias se interponen por estos motivos.

Aunque en la OMC se entiende por comercio internacional “el flujo de bienes y servicios entre los miembros”, no son los Estados los que se dedican típicamente a este comercio, sino más bien los agentes económicos privados, los que enfrentan y sufren las consecuencias de las diversas problemáticas planteadas en sus DS.

Estos participantes en el mercado necesitan estabilidad y previsibilidad en los diversos sistemas jurídicos de los Estados que regulan su actividad comercial, especialmente cuando se trata de transacciones a largo plazo, como las de contratación pública internacional y financiación.

Aclaración de los derechos y obligaciones mediante la interpretación

El alcance concreto de los derechos y las obligaciones previstos en el AOMC no siempre se infiere claramente de una simple lectura de los acuerdos internacionales por dos motivos fundamentales:

- Las disposiciones jurídicas con frecuencia se redactan en términos muy generales para que puedan ser aplicadas a una serie de casos individuales
- Muchas veces son fórmulas de compromiso resultantes de negociaciones multilaterales.

Por tales motivos, no siempre es fácil establecer si una serie determinada de hechos da lugar al incumplimiento de un requisito jurídico previsto en una cláusula. Por lo tanto, en la mayoría de los casos es necesario recurrir a la interpretación de los términos jurídicos previstos en el AOMC.

La interpretación es una actividad a la que acuden todas las cortes o tribunales, respecto a las disposiciones legales aplicables a un caso particular.

Por lo tanto, esta actividad también está presente en el procedimiento del ESD, tal como lo indica el párrafo 2 del artículo IX del AOMC: la Conferencia Ministerial y el Consejo General tendrán la “facultad exclusiva de adoptar interpretaciones” del AOMC.

Dichas facultades exclusivas deben entenderse como la posibilidad de adoptar interpretaciones autorizadas de validez general para todos los países miembro, a diferencia de las interpretaciones de los grupos especiales y el Órgano de Apelación, que sólo son aplicables a las partes y al asunto de que trate una DS (casos concretos y no generales).

El mandato del ESD de aclarar las normas de la OMC debe entenderse sin perjuicio del derecho de los miembros a recabar una interpretación autorizada, de conformidad con el párrafo 2 del artículo IX del AOMC (párrafo 9 del artículo 3 del ESD). En cuanto a los métodos de interpretación, el ESD habla de las “normas usuales de interpretación del derecho internacional público” (párrafo 2 del artículo 3). Si bien el derecho internacional consuetudinario no suele ser escrito, algunas de estas normas consuetudinarias de la interpretación de los tratados se han codificado en una convención internacional.

En particular, los artículos 31, 32 y 33 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados contienen muchas de las normas consuetudinarias de interpretación del derecho internacional público. Aunque la referencia del párrafo 2 del artículo 3 del ESD no guarda relación directa con esos artículos, el Órgano de Apelación ha resuelto que los mencionados artículos pueden servir de referencia para discernir las normas usuales aplicables.

De su lectura puede interpretarse conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos de la disposición pertinente, en el contexto de éstos y teniendo en cuenta el objeto del acuerdo. El sentido corriente de un término en una disposición deberá determinarse con arreglo al propio texto; las definiciones del diccionario pueden ser útiles para este objetivo.

Soluciones de mutuo acuerdo como soluciones preferidas

Aunque el ESD tiene como objetivos aclarar el alcance de los derechos y las obligaciones, reivindicar los derechos de los miembros perjudicados, formular resoluciones o establecer jurisprudencia, su prioridad es resolver las DS, preferentemente mediante una solución de mutuo acuerdo compatible con el AOMC (párrafo 7 del artículo 3 del ESD), ya que a la vía jurisdiccional se recurre solamente cuando las partes no pueden llegar a una solución mutuamente convenida.

En la historia del ESD, 91 de 480 DS se han resuelto bajo esta modalidad, lo cual refleja la buena voluntad de las partes y el reconocimiento de errores en la operatividad del comercio y sobre todo la conciencia del desarrollo armónico y civilizado de la actividad comercial. A continuación se presentan sólo algunas de las DS resueltas como solución mutuamente convenida o desistimiento.

DS1: “Malasia-Prohibición de las importaciones de polietileno y poli-propileno” (iniciada el 10/01/1995, terminada el 29/03/1995). DS6: “EE-UU-Imposición de derechos de importación a los automóviles del Japón en virtud de los artículos 301 y 304 de la Ley de Comercio Exterior de 1974” (iniciada el 17/05/1995, terminada en 19/07/1999). DS7: “CE-Denominación comercial de los moluscos del género *pectinidae*” (iniciada el 19/05/1995, terminada el 05/07/1996), DS232: “México-Medidas que afectan a las importaciones de fósforos” (iniciada el 17/05/2001, terminada el 02/02/2004); otras bajo esta modalidad son: DS1, DS7, DS232.

Al exigir que se celebren consultas formales como primera etapa de todo procedimiento de solución de DS, el ESD establece un marco en el cual las partes han de tratar siempre de negociar por lo menos un arreglo, alentándolas a procurar esta solución (párrafo 7 del artículo 3 y artículo 11 del ESD).

Prohibición de las determinaciones unilaterales

Los miembros de la OMC han convenido en utilizar el sistema multilateral para resolver sus DS en lugar de recurrir a la acción unilateral (párrafo 1 artículo 23 del ESD). Esto significa que ningún miembro puede tomar ninguna medida basada en la determinación unilateral de la existencia de una situación de este tipo, sino que antes deberá recurrir a las normas y procedimientos del ESD.

Cualquiera que sea la medida que tome el miembro reclamante, ésta habrá de basarse en las conclusiones del informe adoptado del grupo especial o el Órgano de Apelación, o en el laudo arbitral dictado (párrafo 2 inciso a, del artículo 23 del ESD), respetando los procedimientos previstos para la determinación del plazo de aplicación. Esto sucedió en el caso Estados Unidos *vs* China, respecto a las medidas que afectaban a las importaciones de automóviles, del 30 de marzo de 2006, con aplicación notificada por el demandado el 31 de agosto de 2009.⁴³

⁴³ DS340. EE.UU *vs* China. Medidas que afectan a las importaciones de partes de automóviles, OSD-OMC, 2006. Recuperado de https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds340_s.htm

Jurisdicción exclusiva

Al exigir el recurso al sistema multilateral de la OMC, el artículo 23 del ESD no sólo excluye la acción unilateral, sino que también impide que se recurra a otros foros (*forum shopping*) para la solución de la DS.

Obligatoriedad del sistema

El ESD es obligatorio a todos los miembros de la OMC para el sometimiento de sus DS, simplemente porque firmaron y ratificaron el acuerdo de la OMC como un todo único⁴⁴ del cual el ESD forma parte. El ESD prescribe que todos los miembros deben someterse cuando éstas tengan que ver con las disposiciones del AOMC; por lo tanto, no es necesario que las partes acepten la jurisdicción del ESD de la OMC en una declaración o acuerdo separado, ya que la aceptación de la jurisdicción del ESD figura ya en la fórmula de adhesión del miembro a la organización.

5. ESTATUS CONFLICTIVO DE MÉXICO EN EL ESD

México es miembro de la OMC desde el 1 de enero de 1995, año en el cual también presentó sus primeras DS junto con Guatemala, Honduras, Estados Unidos, contra las CE (DS16, 1995).

De 490 DS presentadas, en 110 interviene México, en veintitrés como reclamante, en catorce como demandado y en 73 como tercero. A continuación se presenta su intervención.

A. Estatus México (reclamante)/CE/UE y CE/UE-México (demandado)

- 1) DS16. Régimen de la importación, venta y distribución de plátanos. Inicio de consultas: 28/09/1995. Terminada como solución mutuamente convenida o desistimiento 08/11/2012. Duración: 17 años.
- 2) DS27. Régimen de la importación, venta y distribución de bananos. Inicio de consultas: 05/02/1996. Terminada como solución mutuamente convenida o desistimiento 08/11/2012. Duración 16 años.
- 3) DS158. Régimen para la importación, venta y distribución de bananos. Inicio de consultas: 20/01/1999. Terminada como solución mutuamente convenida o desistimiento 08/11/2012. Duración 13 años.

⁴⁴ Por "todo único" se entiende que el AOMC tuvo que firmarse en su totalidad.

B. Estatus México (reclamante)/EE.UU y EE.UU-México (demandado)

México, al igual que muchos países en desarrollo, utilizó una estrategia centrada en el proteccionismo comercial y en la intervención gubernamental, pero después de la crisis de la deuda, en 1982, inició una nueva política de promoción de exportaciones, tratando de convertirse en una economía más abierta. Inicia con el ingreso al GATT en 1986, y, en 1992, con la firma del TLCAN, con entrada en vigor en 1994. A partir de los años noventa, inició una serie de negociaciones de acuerdos comerciales regionales; es decir, se presentó un giro de política de comercio internacional.⁴⁵

En este contexto, Kenichi Ohmae afirma que la historia favoreció a Estados Unidos al proporcionarle una forma de gobierno realmente federal, en la cual sus Estados pueden seguir una agenda económica innovadora sin el riesgo de que el gobierno central les ponga obstáculos. Todos sus estados constitutivos están bien posicionados para beneficiarse de la economía global; pero eso no significa que los cincuenta Estados lo hagan, ya que algunos de ellos siguen aferrados a la protección de sus sectores económicos “estratégicos”.

En el caso de México, no se permite una autonomía económica real entre sus constitutivos, porque el gobierno central mantiene un férreo control.⁴⁶ La política económica mexicana sigue envuelta en la reivindicación del discurso multilateralista, sin elementos para oponerse al neoproteccionismo de los países centrales y aferrada a la ortodoxia del Consejo de Washington.⁴⁷

En la relación México-Estados Unidos, nuestro país enfrentó nuevos problemas; conforme las empresas mexicanas penetraban en el mercado estadounidense, se encontraban con un fuerte proteccionismo por parte de Estados Unidos, a través de diversos juicios basados en un supuesto comercio desleal, donde eran aplicables los derechos compensatorios y el *antidumping*. México fue sometido a veintiséis investigaciones de derechos compensatorios. Los recursos comerciales estadounidenses contra México entre 1980-1989 fueron las cláusulas de escape, impuesto compensatorio, arancel *antidumping* y eliminación de barreras extranjeras, todo esto un poco antes de consolidar su ingreso al GATT y su reforma económica interna. Para 1994, México

⁴⁵ VEGA Cánovas, Gustavo, *México y Estados Unidos. La economía política del libre comercio*, México, Colegio de México, Centro de Estudios Internacionales, 2014, p. 9.

⁴⁶ Cfr. KENICHI, *op cit.*, pp. 24-25.

⁴⁷ PRECIADO Coronado, Jaime Antonio, *op. cit.*

prácticamente ya era una economía más abierta, pero ello trajo consigo la presencia de las siguientes DS en el interior de la OMC.

- 1) DS49. Investigación *antidumping* sobre las importaciones de tomates frescos o refrigerados procedentes de México. Iniciada: 01/07/1996. Sigue en fase de consultas.
- 2) DS234. Ley de compensación por continuación del *dumping* o mantenimiento de las subvenciones de 2000. Iniciada 21/05/2001. Autorización para adoptar medidas de retorsión concedidas el 26 de noviembre de 2004 y 17 de diciembre de 2004.
- 3) DS280. Derechos compensatorios impuestos a la placa de acero procedente de México. Iniciada: 21/01/2003. Grupo Especial establecido, pero aún no constituido el 29 de agosto de 2003.
- 4) DS281. Aplicación de medidas *antidumping* al cemento procedente de México. Iniciada: 31/01/2003. Resuelta o terminada como solución mutuamente convenida o desistimiento el 16 de mayo de 2007.
- 5) DS282. Medidas *antidumping* relativas a las tuberías para perforación petrolera procedentes de México. Iniciada: 18/02/2003. Decisión de establecer el grupo especial sin efecto el 6 de julio de 2008.
- 6) DS325. Determinaciones *antidumping* con respecto al acero inoxidable procedente de México. Iniciada: 05/01/2005. No se cuenta con datos de avance.
- 7) DS344. Medidas antidumping definitivas sobre el acero inoxidable procedente de México. Iniciada: 26/05/2006. Diferencia resuelta o terminada (solución mutuamente convenida o desistimiento) el 8 de abril de 2013.
- 8) DS381. Medidas relativas a la importación, comercialización y venta de atún y productos de atún. Iniciada: 24/10/2008. Procedimiento sobre el cumplimiento en curso el 22 de enero de 2014.
- 9) DS386. Determinadas prescripciones en materia de etiquetado indicativo del país de origen. Iniciada: 17/12/2008. Procedimiento sobre el cumplimiento en curso el 25 de septiembre de 2013.

Estados Unidos vs México:

- 1) DS101. Investigación *antidumping* sobre el jarabe de maíz con alta concentración de fructosa procedente de los Estados Unidos. Iniciada: 04/09/1997. Sigue en fase de consultas.

- 2) DS132. Investigación *antidumping* sobre el jarabe de maíz con alta concentración de fructosa procedente de los Estados Unidos. Iniciada: 28/05/1998. Procedimiento sobre el cumplimiento concluido con constataciones de incumplimiento el 21 de noviembre de 2001.
- 3) DS203. Medidas que afectan al comercio de cerdos vivos. Iniciada: 10/07/2000. Sigue en fase de consultas.
- 4) DS204. Medidas que afectan a los servicios de telecomunicaciones. Iniciada: 17/08/2000. Aplicación notificada por el demandado el 31 de agosto de 2005.
- 5) DS295. Medidas *antidumping* definitivas sobre la carne de bovino y el arroz. Iniciada: 16/06/2003. Informes adoptados con la recomendación de poner las medidas en conformidad el 20 de diciembre de 2005.
- 6) DS308. Medidas fiscales sobre los refrescos y otras bebidas. Iniciada: 16/03/2004. Aplicación notificada por el demandado el 23 de enero de 2007.

El resultado total de la intervención de México en las DS le trajo diversos problemas a su economía, pero con el paso del tiempo logró ir uniformando y armonizando su sistema jurídico interno económico-comercial con el sistema multilateral de comercio. Ello no significa una reducción de la pobreza. Los largos procedimientos trajeron consecuencias como desempleo, paro productivo, inseguridad jurídica, altos costos en la inversión en tecnologías para la producción, falta de certeza en las relaciones comerciales, entre otros.

C. *Estatus México (reclamante)-China*

China adopta, en cierto modo, una política esquizofrénica. En teoría, sigue una fórmula política rígida, centralizada; pero en la práctica, a determinadas regiones y ciudades les ha permitido una autonomía económica sin precedentes, a partir de la Reforma de Zhu Rongji en 1998. Sólo China posee una estructura gubernativa para ayudar a sus regiones a que trabajen de manera interactiva con la economía global.⁴⁸

México demandó en cuatro ocasiones a China, todas ellas relacionadas con medidas de carácter proteccionista, que representaron grandes ganancias para China en el comercio con México, y nuestro país no tuvo ventajas significativas.

⁴⁸ Cfr. OHMAE, Kenichi, *op. cit.*, p. 25.

- 1) DS359. Determinadas medidas por las que se conceden devoluciones, reducciones o exenciones de impuestos y de otros pagos. Iniciada: 26/02/2007. Diferencia resuelta o terminada (solución mutuamente convenida o desistimiento) el 7 de febrero de 2008.
- 2) DS388. Donaciones, préstamos y otros incentivos. Iniciada: 19/12/2008. En fase de consultas desde el 19 de diciembre de 2008.
- 3) DS398. Medidas relativas a la exportación de diversas materias primas. Iniciada: 21/08/2009. Aplicación notificada el 28 de enero de 2013.
- 4) DS451. Medidas relativas a la producción y exportación de prendas de vestir y productos textiles. Iniciada: 15/10/2012. En fase de consultas el 15 de octubre de 2012.

D. Como reclamante en siete ocasiones contra América Latina

- 1) DS23. Investigación *antidumping* sobre las importaciones de ciertos bienes tubulares para exploración y explotación petrolera (OTG). República Bolivariana de Venezuela. Iniciada: 05/12/1995. Diferencia resuelta o terminada (solución mutuamente convenida o desistimiento) el 6 de mayo de 1997.
- 2) DS60. Investigación *antidumping* sobre el cemento Portland procedente de México. Guatemala. Iniciada: 17/10/1996. Informe(s) adoptado(s), no son necesarias más actuaciones de fecha de 25 de noviembre de 1998.
- 3) DS156. Medida *antidumping* definitiva aplicada al cemento Portland gris procedente de México. Guatemala. Iniciada: 05/01/1999. Aplicación notificada por el demandado el 12 de diciembre de 2000.
- 4) DS182. Medida *antidumping* provisional aplicada al cemento procedente de México. Ecuador. Iniciada: 05/10/1999. Sigue en fase de consultas.
- 5) DS191. Medida *antidumping* definitiva aplicada al cemento procedente de México. Ecuador. Iniciada: 15/03/2000. Sigue en fase de consultas.
- 6) DS329. Clasificación arancelaria de determinados productos lácteos. Panamá. Iniciada: 15/03/2005. Diferencia resuelta o terminada (solución mutuamente convenida o desistimiento) el 6 de octubre de 2005.
- 7) DS446. Medidas que afectan a la importación de mercancías. Argentina. Iniciada: 24/08/2012. Sigue en fase de consultas.

Como país demandado

CE vs México:

- 1) DS53. Medidas en materia de legislación aduanera. Iniciada: 27/08/1996. Sigue en fase de consultas.
- 2) DS314. Medidas compensatorias provisionales sobre el aceite de oliva procedente de las CE. Iniciada: 18/08/2004. Sigue en fase de consultas.
- 3) DS341. Medidas compensatorias definitivas sobre el aceite de oliva procedente de las CE. Iniciada: 31/03/2006. Aplicación notificada por el demandado el 11 de diciembre de 2008.

Países de América Latina vs México

- 1) DS216. Medida *antidumping* provisional sobre los transformadores eléctricos. Brasil. Iniciada el 20/12/2000. Sigue en fase de consultas.
- 2) DS232. Medidas que afectan a las importaciones de fósforos. Chile. Iniciada: 17/05/2001. Diferencia resuelta o terminada (solución mutuamente convenida o desistimiento) el 2 de febrero de 2004.
- 3) DS284. Determinadas medidas que impiden la importación de frijoles negros procedentes de Nicaragua. Iniciada: 17/03/2003. Diferencia resuelta o terminada (solución mutuamente convenida o desistimiento) el 8 de marzo de 2004.
- 4) DS298. Derechos *antidumping* sobre las tuberías de acero procedentes de Guatemala. Iniciada: 22/07/2003. Diferencia resuelta o terminada (solución mutuamente convenida o desistimiento) el 29 de agosto de 2005.
- 5) DS331. Derechos *antidumping* sobre las tuberías de acero procedentes de Guatemala. Iniciada: 17/06/2005. Aplicación notificada por el demandado el 14 de marzo de 2008.

De 110 DS, ya sea como reclamante o demandado, sólo en once asuntos, desde 1995 a la fecha, nuestro país ha concluido en la modalidad “solución mutuamente convenida o desistimiento”.

México resolvió todas sus DS contra las CE/UE bajo esta modalidad en tres ocasiones (DS16, DS27 y DS158). Para llegar a esta solución, en la primera tuvieron que pasar 17 años; en la segunda, 16; en la última, 13.

Como reclamante, en nueve ocasiones contra Estados Unidos, sólo en dos se ha concluido bajo esta modalidad (DS281 después de 4 años y DS344 después de 7 años).

Como reclamante en cuatro ocasiones contra China, México sólo resolvió en esta modalidad en una ocasión en el caso DS359, con una duración de 1 año.

Como reclamante en siete ocasiones contra América Latina, nuestro país concluyó en dos ocasiones: la primera DS23 contra Venezuela, de 2 años: la segunda DS329 contra Panamá, de 7 meses.

Como país demandado

Las CE *vs* México no se han resuelto bajo esta modalidad. Lo mismo aplica para los casos de Estados Unidos *vs* México. La excepción se da con América Latina, en específico la DS232 (Chile), con una duración 3 años, DS284 (Nicaragua), con una duración de 1 año, y la DS298 (Guatemala), con una duración de 2 años.

6. CONCLUSIONES

En la historia del ESD, 91 DS de 490 se han resuelto bajo la modalidad de mutuo consentimiento o desistimiento. Esto refleja la buena voluntad de las partes y el reconocimiento de errores en la operatividad del comercio y sobre todo la conciencia del desarrollo de la actividad comercial de manera armónica y civilizada.

Las medidas de retorsión se implementan debido al mantenimiento de prácticas desleales, y la importación de productos extranjeros que rompen la cadena de producción nacional, destruyen empresas nacionales e inducen a procesos de “desindustrialización”, que frenan el desarrollo del comercio internacional y afectan a miles de empresas y trabajadores, principalmente de países en vías de desarrollo.

Las medidas restrictivas siguen en rápido aumento. La acumulación de obstáculos afecta a las importaciones mundiales. Las restricciones impuestas por los gobiernos no se han frenado y su eliminación se ha desacelerado. Lo anterior, finalmente, tiene que ser resuelto a través del ESD, con la apertura de un expediente conflictivo en el cual se sabe la fecha de inicio, pero no la de conclusión. Mientras el Tribunal no lo resuelva, las restricciones al comercio permanecen y causan efectos negativos en las economías de los países miembro de la OMC.

La dinámica del actual ESD de la OMC, a pesar de contar con procedimientos y términos relativamente rápidos para la solución de conflictos, en la práctica y consulta de casos nos percatamos que de 490 DS, más de 50% se

encuentran en proceso de resolución desde 1995 hasta la fecha. Ello refleja de facto largos procesos en los cuales no sólo salen afectadas las partes involucradas, tanto en lo económico como en lo político, sino también la sociedad en general.

A 19 años de creación del ESD de la OMC, México ha presentado 33 DS sin que ello signifique una mejoría en las relaciones comerciales multilaterales que nuestro país sostiene principalmente con nuestros socios comerciales de América del Norte. Entre las DS, 28 siguen pendientes desde 1995 a la fecha, y sólo cinco han sido resueltas en menos de 4 años bajo convenio o desistimiento. Los actuales AOMC siguen siendo cuestionados, ya que se considera que son necesarios nuevos reglamentos acordes con el nuevo contexto geoeconómico en que opera la OMC.