



**Solución
de Controversias
Comerciales
Inter-Gubernamentales:**

**Enfoques
Multilaterales
y Regionales**



Banco Interamericano de Desarrollo
Departamento de Integración
y Programas Regionales

ITD

División Integración,
Comercio
y Asuntos Hemisféricos



Instituto para
la Integración de América
Latina y el Caribe

**Editores:
Julio Lacarte
Jaime Granados**



ITD

Banco Interamericano de Desarrollo
Departamento de Integración y Programas Regionales

Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe BID - INTAL
Esmeralda 130, pisos 16 y 17 (C1035ABD) Buenos Aires, Argentina -
<http://www.iadb.org/intal>

División de Integración, Comercio y Asuntos Hemisféricos
1300 New York Avenue, NW. Washington, D.C. 20577 Estados Unidos
<http://www.iadb.org/int>

*Las opiniones expresadas pertenecen a los autores y no necesariamente reflejan
la posición oficial del BID y/o INTAL-ITD, o de sus países miembros.*

Impreso en Argentina

Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe
Solución de Controversias Comerciales Inter-Gubernamentales: Enfoques Multilaterales y Regionales
1ª ed. - Buenos Aires: BID-INTAL, 2004.
00 p.; 28 x 21 cm.

ISBN 950-738-203-8

1. Economía Internacional. I. Título
CDD 338.91

US\$ 15.00

Edición:
Susana Filippa

ÚLTIMAS NOVEDADES Y TRABAJOS ACADÉMICOS SOBRE LOS RECURSOS PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS DE LA OMC

STEVE CHARNOVITZ

El país o territorio aduanero que ingrese a la Organización Mundial del Comercio (OMC) se obliga a respetar tanto el conjunto de normas aplicables a todos sus Miembros como todas las concesiones que haya ofrecido en el curso de las negociaciones multilaterales de la OMC.¹ En la seguridad de que los gobiernos Miembros de la OMC tendrían diferencias de opinión acerca del sentido de las normas y de su aplicación en determinadas circunstancias, el Acuerdo sobre la OMC incluye un entendimiento relativo a la solución de diferencias conocido como "ESD".² Si lo comparamos con la mayoría de los demás mecanismos de resolución de controversias y/o de cumplimiento de los tratados multilaterales, el ESD de la OMC constituye una potente combinación de procedimientos jurisdiccionales y herramientas para inducir al cumplimiento o ejecución. Conforme a los procedimientos jurisdiccionales, un Miembro de la OMC puede interponer una reclamación alegando que otro Miembro ha violado una norma de la Organización; dicha reclamación será examinada por un grupo especial independiente. El informe del Grupo Especial podrá ser apelado ante el Órgano de Apelación, cuya decisión – cualquiera sea ésta– será adoptada por el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la OMC a menos que exista consenso para descartarla. A pesar de que el ESD manifiesta que "es esencial el pronto cumplimiento de las recomendaciones o resoluciones del OSD",³ los redactores del Entendimiento reconocieron que este cumplimiento podría no tener lugar y dispusieron otros recursos para los gobiernos reclamantes. De acuerdo con las normas del ESD, si la diferencia continúa sin resolverse, el "último recurso" que se le permite al gobierno reclamante es "suspender concesiones u otras obligaciones" asumidas respecto del gobierno infractor.⁴

Ese último recurso constituye el tema de este trabajo, que considera el procedimiento por el cual los Miembros reclamantes de la OMC pueden emplear la herramienta de suspender las concesiones u otras obligaciones para con el Miembro demandado por falta de cumplimiento.⁵ Durante la última década, se ha escrito mucho

¹ Ver el Acuerdo por el que se Establece la Organización Mundial del Comercio (Acuerdo sobre la OMC), Artículo XVI.4.

² Acuerdo sobre la OMC, Anexo 2, Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias" (ESD).

³ ESD, Artículo 21.1.

⁴ ESD, Artículos 3.7, 22.7.

⁵ En otros trabajos he utilizado la expresión "SCOO" como abreviatura de "suspensión de concesiones u otras obligaciones". Steve Charnovitz, "The WTO's Problematic 'Last Resort' Against Noncompliance", 57 *Aussenwirtschaft* 409, 412 (2002). En este caso no emplearé

respecto de este procedimiento, sus ventajas y sus defectos. En este breve artículo, quiero reseñar algunas de las novedades recientes en la legislación y los círculos académicos acerca de cómo utiliza la OMC una suspensión de las concesiones.

Basándome en el trabajo de Robert E. Hudec, John H. Jackson, Petros C. Mavroidis, Joost Pauwelyn y otros estudiosos, en 2001 escribí un artículo titulado "Rethinking WTO Trade Sanctions".⁶ Mi tesis era que la OMC había llevado a cabo una "transformación del derecho comercial internacional", en el que actualmente la suspensión de las concesiones se considera en forma distinta de lo que ocurría en la época del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT).⁷ En la era del GATT (de 1947 a 1994), la suspensión de las concesiones como resultado de un conflicto comercial era considerada parte de un "paradigma del reequilibrio", según el cual el país reclamante aplicaba una "solución satisfactoria para él" del problema comercial derivado de la violación del GATT.⁸ Por el contrario, en la era de la OMC la suspensión de concesiones por parte del gobierno reclamante se asemeja a un "propósito externamente dirigido" a inducir al gobierno demandado al cumplimiento.⁹ Mi trabajo procuraba demostrar que este proceso de suspender las concesiones realizadas en el marco de la OMC para modificar el comportamiento del otro gobierno estaba denominándose habitualmente "sanción" comercial y que esta nueva denominación es apropiada, a pesar de que, en el derecho y la práctica de la OMC, la suspensión de concesiones carece de una intención punitiva.¹⁰ Después de detallar la transformación del derecho comercial internacional, señalé varias formas en las que las nuevas sanciones de la OMC estaban provocando serias tensiones: en primer lugar, como el ESD no permite que la suspensión sea desproporcionada o punitiva, a menudo la medida no es lo suficientemente severa como para inducir al cumplimiento. En segundo lugar, este defecto creará presión política que apunta a endurecer las sanciones. En tercer lugar, la suspensión de concesiones u otras obligaciones puede socavar tanto el objetivo de la OMC de ampliar el comercio como su enfoque basado en normas. En cuarto lugar, la disponibilidad de sanciones comerciales en la OMC y no en otras organizaciones internacionales llevará a una "envidia de sanciones" y a presionar por agregar nuevas cuestiones a la OMC.¹¹

Me limito a presentar mis conclusiones sin entrar en detalles al respecto. En realidad, mi objetivo es repasar las novedades de mayor importancia producidas entre mediados de 2001 y abril de 2004. El resto de este trabajo se divide en tres partes: la parte I informa acerca de la jurisprudencia más reciente de la OMC. La parte II brinda una visión general de nuevos e importantes trabajos académicos acerca del mecanismo de ejecución de la OMC. En la parte III ofrezco breves comentarios de mi autoría.

I. LA NUEVA JURISPRUDENCIA DE LA OMC SOBRE APLICACIÓN DE LAS NORMAS

Cuando se comprueba que un gobierno está violando normas de la OMC y no subsana esa situación, el o los gobiernos reclamantes pueden pedir que se los autorice a suspender la aplicación de concesiones al gobierno infractor.¹² El ESD manifiesta que el nivel de la suspensión debe ser equivalente al "nivel de la anulación o del menoscabo".¹³ En caso de que el Miembro demandado esté en desacuerdo con el nivel de suspensión propuesto, podrá solicitar un arbitraje. En los últimos tres años se han emitido tres decisiones de arbitraje. Dos de los

esa expresión ya que esta ponencia es fundamentalmente un análisis de los trabajos académicos de otras personas que no la utilizan. De aquí en adelante, por motivos de brevedad, a veces eliminaré la frase "u otras obligaciones" cuando me refiera a la suspensión de concesiones.

⁶ Ver Steve Charnovitz, "Rethinking WTO Trade Sanctions", *95 American Journal of International Law* 792 (2001).

⁷ Ídem en 793.

⁸ Ídem en 802, 804.

⁹ Ídem en 803.

¹⁰ Ídem en 793-94.

¹¹ Ídem en 792.

¹² ESD, Artículo 22.2.

¹³ ESD, Artículo 22.7.

casos involucraron el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (SMC), que contiene disposiciones "especiales o adicionales" en materia de solución de diferencias.¹⁴ Respecto de los subsidios a la exportación prohibidos por el Acuerdo SMC, las normas establecen que el árbitro, de serle solicitado, determinará "si las contramedidas son apropiadas", en caso de no retirarse un subsidio a la exportación que esté prohibido.¹⁵ En orden cronológico, los laudos arbitrales más recientes tuvieron lugar en las tres diferencias siguientes: (1) *Estados Unidos – Trato fiscal aplicado a las "empresas de ventas en el extranjero"* (en adelante, las "EVE"), reclamo entablado por las Comunidades Europeas; (2) *Canadá – Créditos a la exportación y garantías de préstamos para las aeronaves regionales* (en adelante, el asunto sobre las "aeronaves regionales"), reclamo entablado por Brasil; y (3) *Estados Unidos – Ley Antidumping de 1916* (en adelante, la "Ley de 1916"), reclamo entablado por las Comunidades Europeas y Japón en el que sólo las Comunidades Europeas solicitaron una suspensión.¹⁶

En el caso de las EVE, el árbitro aprobó la imposición de una carga *ad valorem* del 100 por ciento a las exportaciones de los Estados Unidos a las Comunidades Europeas por un valor de US\$ 4.000 millones, un monto de contramedidas aproximadamente igual al costo presupuestado del subsidio prohibido, otorgado por el gobierno de los Estados Unidos. El árbitro explicó que el Acuerdo SMC no necesariamente convertía a los "efectos sobre el comercio" del subsidio en el criterio para determinar si las contramedidas eran apropiadas, ya que ese criterio equivaldría a optar por un "reequilibrio" y, de esa manera, eliminaría ciertas distinciones fundamentales del SMC.¹⁷ En lugar de ello, el árbitro manifestó que las contramedidas del SMC tienen "por finalidad inducir o garantizar", y también destacó que tales contramedidas no pueden ser "manifiestamente punitivas".¹⁸ Ante la solicitud de los Estados Unidos de que el árbitro determinara la parte del costo presupuestado del subsidio estadounidense que correspondía a exportaciones a Europa y no al resto del mundo, el árbitro se negó a considerarlo sobre la base de que su razonamiento en cuanto al monto de las contramedidas era "aplicable en forma inherente" a cualquier Miembro de la OMC y que no había habido un "problema de desglose" teniendo en cuenta que las Comunidades Europeas eran la única parte reclamante en el conflicto.¹⁹ El árbitro asimismo indicó que esperaba que su decisión de no disminuir la autorización concedida a las Comunidades Europeas para adoptar contramedidas tendría el efecto práctico de facilitar el inmediato cumplimiento de los Estados Unidos.²⁰

El monto de US\$ 4.000 millones en contramedidas autorizado por el arbitraje de las EVE en agosto de 2002 es por lejos el monto más alto en la historia de la OMC. Paradójicamente, después de semejante victoria, las Comunidades Europeas se mostraron renuentes a utilizar su autoridad,²¹ ya que demoraron la búsqueda de la autorización definitiva hasta mayo de 2003. Después de esperar varios meses más que los Estados Unidos cumplieran, en marzo de 2004 la Comisión Europea comenzó a imponer contramedidas contra una lista de

¹⁴ ESD, Artículo 1.2 y Anexo II.

¹⁵ Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (SMC), Artículos 4.7, 4.10.

¹⁶ *Estados Unidos – Trato fiscal aplicado a las "empresas de venta en el extranjero"* (Arbitraje de las EVE), Recurso al Arbitraje, WT/DS108/ARB (30 de agosto de 2002); *Canadá – Créditos a la exportación y garantías de préstamos para las aeronaves regionales* (Arbitraje sobre las aeronaves regionales), Recurso al Arbitraje, WT/DS222/ARB (17 de febrero de 2003); *Estados Unidos – Ley Antidumping de 1916* (Arbitraje sobre la Ley de 1916), Recurso al arbitraje, WT/DS136/ARB (24 de febrero de 2004).

¹⁷ Arbitraje de las EVE (referencia en nota al pie 16), párrafos 5.41, 5.43, 5.61, 6.34.

¹⁸ Ídem, párrafos 5.52, 5.62.

¹⁹ Ídem, párrafo 6.28. El árbitro también explicó que la obligación de los Estados Unidos de no utilizar un subsidio a la exportación es una obligación que se contrae en su totalidad con todos y cada uno de los Miembros de la OMC y no puede ser prorrateable entre ellos. Ídem, párrafo 6.10.

²⁰ Ídem, párrafos 6.28, 6.29.

²¹ Un analista sabiamente observó que: "A pesar de estar autorizada a imponer sanciones a un nivel varias veces superior al de cualquier otro asunto anterior del GATT o de la OMC, a la Unión Europea parece serle imposible imponerle el cumplimiento a los Estados Unidos si no se da anteriormente alguna forma de internalización de las normas y cambio de los incentivos políticos internos en ese país". Naboth van den Broek, "Power Paradoxes in Enforcement and Implementation of World Trade Organization Dispute Settlement Reports", 37 *Journal of World Trade* 127, 148 (2003).

bienes exportados desde los Estados Unidos.²² Las primeras contramedidas arancelarias se fijaron a un arancel *ad valorem* del cinco por ciento, con aumentos mensuales automáticos de un punto porcentual hasta llegar al 17 por ciento.²³ Ésta es la primera vez en el contexto de la OMC que un gobierno que aplica contramedidas o suspende concesiones lo hace por aranceles *ad valorem* inferiores al 100 por ciento.

En el asunto sobre aeronaves regionales, relacionado con subsidios prohibidos, el árbitro aprobó que Brasil impusiera contramedidas a Canadá por un valor de US\$ 248 millones.²⁴ Este monto era menos del 10 por ciento de lo solicitado por Brasil, que el árbitro rechazó como inapropiado. Teniendo en cuenta que "la lógica en que se basan las contramedidas es que las de nivel más alto tienen mayores probabilidades de inducir al cumplimiento que las de nivel más bajo", el árbitro señaló que la prescripción del Acuerdo SMC de que las contramedidas sean apropiadas "impide basarse exclusivamente en esa lógica".²⁵ En lugar de ello, el árbitro basó el otorgamiento de contramedidas en el monto del subsidio prohibido, con un reajuste hacia arriba para inducir aún más al cumplimiento.²⁶ Tomando en consideración que Canadá admitió ante el árbitro que no pensaba retirar el subsidio prohibido, el árbitro agregó otro 20 por ciento al valor de las contramedidas "para hacer que el Canadá reconsidere su posición actual de mantener la subvención de que se trata en infracción de sus obligaciones".²⁷ Hasta el momento, Brasil no impuso ninguna contramedida.

En el arbitraje sobre la Ley de 1916, las Comunidades Europeas intentaron que se aprobara su criterio de suspender las obligaciones contraídas ante la OMC respecto de los Estados Unidos.²⁸ Los árbitros rechazaron la solicitud de las CE de reflejar la legislación de los Estados Unidos, así como el argumento de los Estados Unidos sobre que, en ausencia de efectos comerciales, el nivel de anulación o menoscabo era claramente "cero".²⁹ En lugar de ello, los árbitros decidieron que, como hubo una violación de las normas de la OMC, el nivel de anulación debía ser superior a "cero",³⁰ por lo que autorizaron una suspensión equivalente al valor monetario acumulativo de todo monto pagadero por entidades de las CE en virtud de sentencias judiciales firmes y resoluciones por reclamaciones formuladas al amparo de la Ley de 1916.³¹ Sin embargo, los árbitros se negaron a ir más lejos y contabilizar los costos derivados del "efecto paralizador" de la Ley de 1916 o las costas del procedimiento.³² Al pronunciar su laudo, el árbitro manifestó que un objetivo fundamental de la suspensión de obligaciones es "inducir al cumplimiento."³³ Hasta el momento, no se han tomado medidas tendientes al cumplimiento o a la imposición de la suspensión.

Estas nuevas decisiones son en gran medida congruentes con la anterior jurisprudencia arbitral. En los tres casos, los árbitros estuvieron de acuerdo en que inducir el cumplimiento es el objetivo esencial de las suspensiones que

²² Scott Miller, "EC Trade Sanctions Have Dual Edge", *Wall Street Journal*, 26 de febrero de 2004, en A3; Edward Alden y Tobias Buck, "'Sad Day' as EU Puts Sanctions on US Goods", *Financial Times*, 1º de marzo de 2004, en 6.

²³ European Communities, Foreign Sales Corporations (FSC): Questions and Answers, 27 de febrero de 2004, disponible en el sitio web sobre Comercio de las CE.

²⁴ Daniel Pruzin, "WTO Give Brazil Green Light for Sanctions in Canadian Aircraft Dispute", *BNA Daily Report for Executives*, 20 de marzo de 2003, en A-4.

²⁵ Arbitraje sobre las aeronaves regionales (referencia en nota al pie 16), párrafo 3.48. El árbitro también indicó que las contramedidas no deben ser desproporcionadas. *Idem*, en 3.36.

²⁶ *Idem*, párrafos 3.51, 3.91, 3.104, 3.107.

²⁷ *Idem*, párrafos 3.106, 3.119.

²⁸ Frances Williams, "WTO Allows Trade Sanctions on U.S.", *Financial Times*, 25 de febrero de 2004, en 8.

²⁹ Arbitraje sobre la Ley de 1916 (referencia en nota al pie 16), párrafos 5.32, 5.48.

³⁰ *Idem*, párrafo 5.50.

³¹ *Idem*, párrafos 5.8, 7.11, 8.1, 8.2. El árbitro hizo notar además que el ESD prohíbe las sanciones punitivas. *Idem*, párrafo 5.22.

³² *Idem*, párrafos 5.69, 5.76.

³³ *Idem*, párrafo 5.7.

se autoricen. En efecto, en el caso de las aeronaves regionales, el árbitro le agregó un aumento del 20 por ciento a Canadá, después de que este país manifestara que no cumpliría. En los tres casos también, el efecto comercial de la violación subyacente de normas de la OMC no parece haber sido tenido en cuenta en los cálculos. El aspecto más sorprendente de los arbitrajes fue la decisión del árbitro del asunto sobre las EVE de no asignarles a las Comunidades Europeas una parte proporcional del total del subsidio estadounidense a la exportación. Esta decisión, juntamente con la sugerencia del árbitro de que los posibles nuevos reclamantes contra la ley de los Estados Unidos podrían asimismo tener derecho a contramedidas por un valor de US\$ 4.000 millones, demuestra cómo se ha alejado la OMC del paradigma del reequilibrio. Otra característica interesante de los nuevos arbitrajes es que en sólo una de las tres diferencias se utilizó una contramedida/suspensión, e incluso en ese caso el monto impuesto fue bajo. Se torna cada vez más evidente que los gobiernos van a dudar antes de recurrir a las sanciones autorizadas por la OMC.

II. PANORAMA GENERAL DE LOS ÚLTIMOS TRABAJOS ACADÉMICOS SOBRE LA OBSERVANCIA DE LAS NORMAS DE LA OMC

El análisis de todo lo escrito por académicos en los últimos tres años acerca de la observancia de las normas de la OMC demandaría un espacio mucho mayor del que disponemos. Con esa explicación, y un pedido de disculpas a los autores omitidos, consideraré algunos estudios de importancia clave.

Schwartz y Sykes

A principios de 2002 se publicó un artículo de Warren F. Schwartz y Alan O. Sykes acerca de la economía política positiva de las negociaciones y solución de diferencias de la OMC.³⁴ Desde el punto de vista de los autores, el Acuerdo sobre la OMC emplea una sanción "contractual" para responder a una violación de las obligaciones.³⁵ Esa sanción es el retiro de concesiones sustancialmente equivalentes por parte de la nación perjudicada. Al basar una medida de defensa comercial en una norma sobre responsabilidad, según los autores, la OMC permite que una nación que ha hecho una promesa viole una obligación de la OMC cuando el costo de cumplirla supere los beneficios derivados de dicho cumplimiento para las naciones a las que se les otorgó dicha promesa. En otras palabras, si una nación que viola una norma de la OMC lo hace incluso si los socios comerciales perjudicados pueden responderle retirando concesiones equivalentes, entonces la OMC permite el acaecimiento de tan "eficiente" violación.³⁶ Es más, los dos autores alegan que la OMC debería permitir tales violaciones para promover la maximización del bienestar de los Miembros y facilitarle a cada gobierno Miembro la modificación de sus compromisos.

Schwartz y Sykes hacen observaciones tanto de índole económica como legal. La observación económica es que si consideramos que el Acuerdo sobre la OMC es un contrato, debería permitir a cada Miembro que lo incumpliera en tanto esté dispuesto a hacerse cargo del costo de la suspensión de las obligaciones en represalia. La observación legal es que los Miembros de la OMC no están obligados a respetar las decisiones en materia de solución de diferencias que les resulten desfavorables y, por lo tanto, que "el incumplimiento, en algunos casos, puede ser aceptable".³⁷ El hecho de que solamente se autorice que la nación afectada retire concesiones sustancialmente equivalentes en lugar de imponer alguna penalidad de mayor cuantía es una demostración, según los autores, de que los gobiernos que negociaron la creación de la OMC no tenían la intención de que el cumplimiento fuera obligatorio.³⁸

³⁴ Warren F. Schwartz y Alan O. Sykes, "The Economic Structure of Renegotiation and Dispute Resolution in the World Trade Organization", 31 *Journal of Legal Studies* S179 (2002).

³⁵ Ídem, en S181.

³⁶ Ídem, en S182.

³⁷ Ídem, en S190.

³⁸ Ídem, en S191.

Sin embargo, Schwartz y Sykes consideran que la suspensión de las concesiones es una sanción. Después de notar que hay prácticamente una ausencia de sanciones formales en el sistema del GATT, explican que la OMC introdujo "una perspectiva alentadora de sanciones formales por violaciones que no se subsanen dentro de un lapso razonable".³⁹ Pero, al hacerlo, los negociadores de la OMC conservaron los límites de la era del GATT, que restringen en gran medida los beneficios de una sanción utilizada por la OMC para inducir al cumplimiento. Y los autores manifiestan que así debería ser, ya que "librarse de una obligación con un pago" sería un resultado superior al del cumplimiento.⁴⁰

Lawrence

El único análisis que llega a constituir un libro acerca del uso de la frase "suspensión de las obligaciones" en el proceso de solución de diferencias de la OMC fue escrito por Robert Z. Lawrence y publicado en octubre de 2003 por el Institute for International Economics.⁴¹ Lawrence aboga por el paradigma del reequilibrio de la OMC y busca revivirlo como el verdadero principio en el que se basa la suspensión de las concesiones, que él denomina "retorsión". Y llega a esta conclusión mediante una "deconstrucción" de las medidas correctivas de la OMC.⁴²

Su análisis comienza aclarando el "paradigma de la OMC", que guía los acuerdos abarcados así como la solución de diferencias.⁴³ Ese paradigma es el de la reciprocidad, o el intercambio de "concesiones" entre gobiernos que reflejan "flujos comerciales iguales".⁴⁴ Según Lawrence, "concesión" es un término apto para describir el acuerdo de un gobierno de reducir sus propias barreras al comercio, porque el hacerlo exige "costos políticos y económicos" en un país de gran tamaño y puede reducir el bienestar de su comunidad.⁴⁵ Por ello, el beneficio derivado de un acuerdo comercial para un país grande es la reducción de las barreras de otro país. Si ese otro país incumpliera sus obligaciones, el país perjudicado podría retirar las concesiones para revertir los costos incurridos en la celebración del acuerdo original.⁴⁶ Esa retorsión no beneficia al país perjudicado tanto como lo beneficiaría la conservación del acuerdo, pero es mejor que no tomar represalias, y no es equivalente a que el tiro se escape por la culata.⁴⁷ Lo que logra la retorsión es volver al país perjudicado a la posición que tenía antes de celebrar el acuerdo comercial.⁴⁸

Lawrence distingue su postura de la de Schwartz y Sykes.⁴⁹ En el modelo de violación contractual eficiente, la parte incumplidora reembolsa a la parte perjudicada los "daños y perjuicios por expectativas", y ninguna de las partes sale perdedora. Esta analogía no funciona en la OMC, de acuerdo con lo que señala Lawrence, porque los reembolsos se efectúan a través de volúmenes comerciales en lugar de transferencias financieras de sumas fijas. Como los cambios arancelarios pueden afectar la asignación de recursos, el país que toma

³⁹ Ídem, en S179, S200.

⁴⁰ Ídem, en S201.

⁴¹ Robert Z. Lawrence, *Crimes and Punishments? Retaliation under the WTO* (2003).

⁴² Ídem, en 8, 30.

⁴³ Ídem, en 19, 22.

⁴⁴ Ídem, en 21-22.

⁴⁵ Ídem, en 17, 20. Por el contrario, Lawrence argumenta que la reducción de los aranceles en un país pequeño aumentará el bienestar de su comunidad. Ídem, en 20.

⁴⁶ Ídem, en 17, 51.

⁴⁷ Ídem, en 8, 17, 36.

⁴⁸ Ídem, en 9, 18, 31, 38-39, 46, 51. Lawrence sostiene además que la retorsión cumple una "función política" útil porque los productores que compiten con la importación en el país que toma represalias "pueden tener su premio". Ídem, en 43-44.

⁴⁹ Ídem, en 36-39.

represalias podría no recuperar el nivel de bienestar que habría gozado de haberse cumplido la obligación de la OMC y, por lo tanto, el requisito previo exigido para que una violación sea eficiente no existe.

Del análisis de Lawrence pueden extraerse dos conclusiones principales acerca de las compensaciones con arreglo al ESD. Una es que la lógica de suspender las concesiones es reequilibrarlas, no inducir al cumplimiento. La otra conclusión relacionada es que el monto de la compensación debería ser el que permita lograr un reequilibrio comercial, y no ser fijado a un nivel coercitivo o punitivo.

En cuanto a la lógica de la compensación, el análisis de Lawrence se basa en la economía del "paradigma de la OMC" y en ciertas consideraciones de los textos de la OMC. En primer lugar, porque la compensación conforme al ESD por una reclamación que no implica violación es la misma que por una reclamación que sí involucra violación, lo cual demuestra que esa medida correctiva no "está concebida para inducir al cumplimiento".⁵⁰ En segundo lugar, debido a que la retorsión se encuentra más "fuertemente restringida" de conformidad con el ESD de lo que estaba en el GATT, lo que demuestra la improbabilidad de que los redactores del ESD se orientaran más al cumplimiento.⁵¹

En lo relativo al importe de la compensación, el análisis de Lawrence se basa en consideraciones políticas y económicas. Si la compensación se hubiera fijado a un nivel por encima o por debajo del nivel de reequilibrio comercial, los gobiernos se mostrarían renuentes a celebrar acuerdos de liberalización del comercio.⁵² Por lo tanto, la compensación apropiada conforme al ESD es un reequilibrio y no una sanción punitiva.⁵³

Usando su estructura analítica, Lawrence critica la forma en que se autorizan las compensaciones de la OMC desde la óptica tanto del ESD como del Acuerdo SMC. Desde su punto de vista, con el ESD los gobiernos han utilizado las suspensiones en forma punitiva, para infligir daños.⁵⁴ Pero Lawrence argumenta que esto es un error, porque el gobierno que emplea retorsiones debería tratar únicamente de anular concesiones comerciales por un monto equivalente al que ha perdido.⁵⁵ Una implicación importante de esta perspectiva, explica Lawrence, es que "las violaciones sin efectos comerciales no llevan a la retorsión comercial y, en principio, no se penaliza a los que las han practicado".⁵⁶ La desviación de las prácticas de la OMC es incluso más peligrosa conforme al Acuerdo SCM, sostiene Lawrence, porque los árbitros se han "apartado radicalmente del resto del sistema", pasando del paradigma del contrato a otro paradigma en el que las violaciones de las normas de la OMC se consideran "delitos".⁵⁷ Lawrence insiste en que la compensación por un subsidio a la exportación no retirado debería calcularse de acuerdo con el intercambio comercial perdido por el país perjudicado,⁵⁸

⁵⁰ Ídem, en 36 (en relación con el Artículo 26.1 del ESD).

⁵¹ Ídem, en 33, 35.

⁵² Ídem, en 18, 44–46, 98.

⁵³ Ídem, en 47, 95. Lawrence manifiesta que "[a] pesar del cuidado en la redacción y en la estrictez del Acuerdo sobre la OMC, existe una opinión generalizada de que el sistema de la OMC permite aplicar sanciones punitivas." Ídem, en 49–50. Yo pienso que esta afirmación no se justifica. No conozco ningún analista que sostenga que actualmente el sistema de la OMC permite sanciones punitivas. Lawrence llega a esta conclusión por la forma en que utiliza el término "sanción" – al que define como una "medida punitiva", es decir, una medida o respuesta que inflige más daño que la que dio lugar a la respuesta". Ídem, en 1 n. 1. Sobre la base de esta definición idiosincrática, el autor supone que cualquiera que manifieste que el ESD autoriza "sanciones" se refiere a sanciones punitivas. Lawrence no ofrece justificación alguna de esta definición de "sanción" ni intenta conciliarla con la costumbre contemporánea de la sanción económica en las Naciones Unidas u otra organización. Desde mi punto de vista, las sanciones económicas utilizadas en el período posterior a la Segunda Guerra Mundial no tenían la intención de causarle más daño al gobierno culpable que el cometido por ese gobierno contra sus propios ciudadanos u otros países. Desde luego, no hay una metodología establecida para efectuar mediciones de desutilidad entre países.

⁵⁴ Ídem, en 9, 49–50, 54.

⁵⁵ Ídem, en 51, 54–55, 95.

⁵⁶ Ídem, en 9.

⁵⁷ Ídem, en 58, 60.

⁵⁸ Ídem, en 12, 55.

crítica especialmente el arbitraje sobre las aeronaves regionales (donde se agregó un 20 por ciento a las contramedidas) y se pregunta: "¿Esto es arbitraje o arbitrariedad?".⁵⁹

Jackson

Un nuevo artículo de John H. Jackson contribuye significativamente a nuestra comprensión de la naturaleza de las obligaciones de la OMC.⁶⁰ Un artículo tan rico no puede ser resumido adecuadamente en el espacio del que disponemos, pero sí es posible describir su esencia. Jackson sostiene que un gobierno que viola una norma de la OMC tiene la obligación de cumplirla y no puede simplemente pagar por su incumplimiento.⁶¹ Llega a esta conclusión mediante un análisis profundo de los textos de la OMC y de las bases en materia de política del GATT/OMC. En su opinión, la tendencia en cuanto a la solución de diferencias ha sido alejarse de las ideas incipientes del reequilibrio en dirección a las nociones más jurídicas de una jurisprudencia basada en las normas. Jackson dice que esta tendencia comenzó en la era del GATT y que, en este momento, "el reequilibrio desempeña un papel cada vez menor en el contexto de la OMC".⁶² El problema con la analogía contractual de las normas del comercio internacional, explica Jackson, es que los beneficiarios finales son más que las partes gubernamentales en el contrato.⁶³ Otro problema con el concepto del reequilibrio es que, como ocurre con las normas comerciales que actualmente consideran las barreras no arancelarias, a menudo será imposible cuantificar el efecto que puede tener la violación de una norma sobre el comercio potencial futuro.

III. COMENTARIOS

Jackson y Schwartz y Sykes están en desacuerdo acerca de si existe la obligación de cumplir las resoluciones de la OMC. (Lawrence no opina sobre esa cuestión jurídica).⁶⁴ Yo considero que Jackson tiene razón. Esta obligación puede encontrarse en los textos de la OMC así como en las posturas uniformes de los árbitros de la OMC en el sentido de que el objetivo de las compensaciones que se imponen cuando se solucionan diferencias es inducir al cumplimiento. Los árbitros han valorado la necesidad de exigir el cumplimiento de las normas para llegar a un orden comercial mundial.

Tanto Schwartz y Sykes como Lawrence están de acuerdo en que la solución de diferencias en la OMC no debería procurar inducir al cumplimiento. Schwartz y Sykes sostienen que la OMC no debería ordenar que se anule una violación eficiente, mientras que Lawrence va más allá al afirmar que la OMC debería permitir todas las violaciones siempre y cuando el país perjudicado también pueda tomar medidas para resolver su compromiso con la OMC. Schwartz y Sykes parecen acoger con entusiasmo las violaciones eficientes. Lawrence no lo hace, pero no quiere que la OMC se muestre intolerante al respecto. La crítica que hace Lawrence de la lógica de "inducir al cumplimiento" que tienen las compensaciones conforme al ESD se deriva de su renuencia a reconocer la obligación de cumplir y de su propio análisis legal, económico y político. Es este análisis el que consideraré a continuación.

Lawrence brinda dos argumentos legales en contra de la lógica de "inducir al cumplimiento". En primer lugar, ofrece un silogismo ilógico; según él, como (1) las compensaciones en presencia y en ausencia de violación son simétricas y (2) las reclamaciones en ausencia de violación no buscan el cumplimiento, el corolario es que

⁵⁹ Ídem, en 58.

⁶⁰ John H. Jackson, "International Law Status of WTO Dispute Settlement Reports: Obligation to Comply or Option to 'Buy out'?", 98 *American Journal of International Law* 109 (2004).

⁶¹ Ídem, en 120–21, 123.

⁶² Ídem, en 121.

⁶³ Ídem, en 118–22.

⁶⁴ Lawrence (referencia en nota al pie 41), en 41.

las reclamaciones en presencia de violación tampoco deben buscarlo.⁶⁵ Obviamente, las reclamaciones en ausencia de violación no buscan el cumplimiento, pero eso no nos dice nada acerca de las reclamaciones en presencia de violación. En segundo lugar, su aseveración de que la retorsión tiene restricciones más estrictas conforme al ESD de la OMC que las que tenía conforme al GATT ignora el hecho de que, en los cuarenta y siete años del GATT, sólo se autorizó una retorsión, y que no se podría haber autorizado ninguna sin la aprobación del país demandado. En realidad, el nuevo sistema de solución de diferencias de la OMC ha habilitado la retorsión y esta situación cambia las expectativas acerca del resultado de ese sistema.

El análisis económico y político de la OMC que hace Lawrence se basa en su paradigma de la OMC, de acuerdo con el cual los países intercambian oportunidades comerciales (o flujos comerciales) nuevas y equivalentes.⁶⁶ Al igual que muchos economistas que escriben sobre el tema del comercio internacional, Lawrence estudia a la OMC bajo la misma lente utilizada alguna vez para el GATT. El problema con esta lente es que no enfoca bien el papel de la OMC como organización internacional y como conjunto de normas jurídicas. Los miembros gubernamentales de la OMC han creado expectativas en cuanto a las obligaciones de los Miembros, y numerosos actores económicos privados esperan que la OMC mantenga el imperio de la ley en las relaciones comerciales. Actualmente, el derecho de OMC representa más que una simple reciprocidad comercial.

Si la OMC fuera a inducir el cumplimiento, según Lawrence, se haría más difícil lograr acuerdos comerciales multilaterales. Ese resultado seguramente ocurriría en caso de darse algún tipo de fuerza coercitiva. Sin embargo, lo que yo interpreto que está diciendo Lawrence es que cualquier compensación más onerosa que el simple reequilibrio desestabilizaría a la OMC.

No me convence esa hipótesis. En mi opinión, las compensaciones que permite el Acuerdo sobre la OMC no son suficientemente onerosas. En términos ideales, un gobierno infractor debería pagar daños y perjuicios (en efectivo) equivalentes a las pérdidas sufridas por los países perjudicados.⁶⁷ Cuando un gobierno viola las normas de la OMC y lo único que enfrenta como consecuencia es que se lo devuelva a la posición que tenía antes de celebrar el acuerdo, ello podría ser considerado un resultado aceptable según Lawrence, pero muchos observadores no coinciden con él. Su análisis pone poca atención acerca de cómo las violaciones no subsanadas de las normas de la OMC puedan impedir nuevos acuerdos comerciales y alentar a otros gobiernos a desobedecer dichas normas.⁶⁸

Retirar concesiones equivalentes es, según Lawrence, una respuesta suficiente para el que viola las normas de la OMC. En esa tesitura, manifiesta que "aceptar la retorsión [de ESD]" después de una violación es una cláusula de escape *de facto* de la OMC, similar al artículo XIX del GATT.⁶⁹ Una referencia citada por Lawrence es un análisis económico hecho por Chad P. Bown, quien postula que "a los países que necesitan flexibilidad en la política comercial se les da la opción de instrumentar protección ilegal o *legalmente*... a través de las disposiciones sobre salvaguardas del GATT/OMC".⁷⁰ Los puntos de vista de Lawrence y Bown se fundan en el concepto de que el reequilibrio es la respuesta correcta en ambas situaciones. En mi opinión, sin embargo, es más justificable la inferencia contraria. Es decir, que un gobierno que viola normas de la OMC debería afrontar medidas más severas que aquel que recurre a una salvaguarda *con arreglo* a las normas de la OMC.

⁶⁵ Ídem, en 35–36.

⁶⁶ Ídem, en 21–22.

⁶⁷ Ver Petros C. Mavroidis, "Proposals for Reform of Article 22 of the DSU: Reconsidering the Sequencing Issue and Suspension of Concessions", en *Preparing the Doha Development Round: Improvements and Clarifications of the WTO Dispute Settlement Understanding* 81, 97–98 (Ernst-Ulrich Petersmann, ed., European University Institute, 2002) (considerando sanciones retroactivas).

⁶⁸ Lawrence (referencia en nota al pie 41), en 92 (donde brevemente describe estos puntos).

⁶⁹ Ídem, en 40.

⁷⁰ Chad P. Bown, "The Economics of Trade Disputes, the GATT's Article XXIII, and the WTO's Dispute Settlement Understanding," Departamento de Economía de la Universidad Brandeis, enero de 2002, en 27.

La antigua lente del GATT visualizaba los acuerdos comerciales como bilaterales, por lo que utilizar la misma lente para la OMC puede devolver una imagen distorsionada. En el análisis de Lawrence, la OMC ofrece a las partes una garantía de "devolución del dinero" en el sentido de que, si el Miembro A viola una norma y se autoriza una retorsión por parte del Miembro B, ambos países vuelven al *status quo* previo al acuerdo y ninguno de ellos estará peor de lo que estaba originalmente.⁷¹ Esa conclusión puede ser la apropiada para A y B (sin contar los costos de los reajustes locales). Pero el análisis no debería terminar allí, porque la violación del Miembro A puede causar externalidades negativas sobre los Miembros C, D, E u otros, que A puede no considerar al decidir si viola o no la norma. El modelo de Lawrence solamente funciona si los Miembros C, D y E someten una diferencia ante la OMC. Sin embargo, por muchas razones, C, D y E pueden decidir no hacerlo, especialmente si son países de bajos ingresos que carecen de recursos para entablar un proceso.⁷² La falta de demandantes ha sido un problema permanente en la solución de diferencias de la OMC. Es interesante destacar que, en el caso de las EVE, el árbitro se esforzó en explicar que el otorgamiento de US\$ 4.000 millones en contramedidas *no* autorizaba a las Comunidades Europeas a actuar en representación de Miembros que no fueran ellas mismas.⁷³ Esta conclusión es correcta, a mi entender, porque no puede esperarse que las Comunidades representen el interés por obtener el cumplimiento de los Estados Unidos de los otros 120 Miembros de la OMC.

El análisis de Lawrence se basa en gran medida en la tesis indiscutida de que, cuando el ESD manifiesta que el nivel de suspensión "será equivalente al nivel de la anulación o menoscabo", esta norma se remite a los "efectos comerciales" de la violación.⁷⁴ Si bien, por un lado, acepto que dicha tesis no está desprovista de autoridad, me pregunto si "anulación o menoscabo" no será una expresión de la antigua jerga comercial que ya se encuentra madura para una interpretación más dinámica. Tal vez el Arbitraje sobre la Ley de 1916 muestra una leve diferencia de interpretación, ya que en su curso los árbitros determinaron la existencia de anulación o menoscabo sin referencia aparente a los efectos comerciales.⁷⁵

Por estos motivos, el derecho de la OMC no es tan claro como lo considera Lawrence cuando manifiesta que "las violaciones sin efectos comerciales no acarrearán retorsiones comerciales".⁷⁶ Si Lawrence tuviera razón, habría muchas normas de las OMC sin compensación posible, lo cual es lamentable en cualquier sistema jurídico. Las leyes nacionales "como tales" técnicamente podrían violar las normas de la OMC y, sin embargo, no podría haber retorsión alguna hasta que se demuestre la existencia de consecuencias comerciales. En mi opinión, el sistema de solución de diferencias de la OMC no debería acordarle a la expresión "anulación o menoscabo" una interpretación tan restringida que sólo cuando se producen infracciones con un efecto comercial desfavorable y cuantificable justifica una suspensión de las concesiones para subsanarlas.⁷⁷

Lawrence no se mueve de su paradigma del reequilibrio del comercio incluso cuando considera subsidios a la exportación prohibidos. En este caso, la norma del Acuerdo SMC pertinente autoriza una compensación especial mediante "contramedidas" apropiadas, compensación que no se encuentra en ninguna otra disposición de la OMC.⁷⁸ Teniendo en cuenta que en ninguno de aquellos arbitrajes por subsidios a la exportación se manifestó que las contramedidas debían ser equivalentes a los efectos sobre el comercio, Lawrence argumenta que los

⁷¹ Lawrence (referencia en nota al pie 41), en 44.

⁷² Chang ha sugerido que los países pequeños podrían no presentar diferencias porque carecen del poder de exigir el cumplimiento. Pao-Li Chang, "The Politics of WTO Enforcement Mechanism", Singapore Management University, enero de 2004, en 17.

⁷³ Arbitraje de las EVE (referencia en nota al pie 16), párrafos 6.62–6.63.

⁷⁴ Ver Artículo 22.4 del ESD; Lawrence (referencia en nota al pie 41), en 25, 47, 49.

⁷⁵ Ver texto que acompaña a la nota al pie 31. Téngase en cuenta que la decisión fue tomada después de la publicación del libro de Lawrence.

⁷⁶ Ver Lawrence (referencia en nota al pie 41), en 9.

⁷⁷ Ver Jackson (referencia en nota al pie 60), en 121 (donde señala que es prácticamente imposible cuantificar el efecto que tiene la violación de una norma de la OMC sobre el posible intercambio futuro).

⁷⁸ Ver Acuerdo SMC, Artículo 4.10.

árbitros podrían haber interpretado contramedidas apropiadas para "adaptarlas" a su "paradigma de la OMC".⁷⁹ Tal vez debería haber ocurrido eso, pero el libro de Lawrence sería mejor si hubiera buscado con mayor ahínco una lógica económica de la jurisprudencia del ESD tomada tal cual, en lugar de medir la jurisprudencia con un paradigma procrusteano.

A Lawrence le gustaría que todos los árbitros designados conforme al ESD utilizaran su paradigma de la OMC, pero a algunos de ellos este paradigma puede parecerle no realista. Según lo expuesto anteriormente, Lawrence sostiene que la liberalización del comercio en los países grandes puede reducir el bienestar de la comunidad, y en los países pequeños puede aumentarlo.⁸⁰ Supongo que Lawrence, técnicamente, tiene razón (no soy un economista), pero que tal vez la diferencia más importante (en lugar de países grandes comparados con países pequeños) es si un país tiene suficiente capacidad para adaptarse a la liberalización, y esa capacidad puede diferir entre países de altos y de bajos ingresos. Si los países con bajo nivel de ingresos liberalizan el comercio sin una adecuada redistribución de sus recursos humanos, algunos de ellos no se beneficiarán con el comercio. Por otra parte, los países con alto nivel de ingresos pueden invertir fácilmente en los necesarios programas de readaptación de sus trabajadores y comunidades (a pesar de que, con frecuencia, no lo hacen). Tal vez los árbitros designados con arreglo al ESD no estén de acuerdo con Lawrence en que la liberalización del comercio en países con alto nivel de ingresos sea realmente un "costo" para ellos. De ser así, los árbitros podrían estar intentando presionar a dichos países al cumplimiento.

El presente ensayo examina el libro de Lawrence con detenimiento porque sus argumentos deberían ser considerados por la comunidad del comercio internacional. En muchos puntos estoy de acuerdo con él, incluso cuando se muestra incómodo con el hecho de que, en casos de incumplimiento, la OMC autoriza "respuestas proteccionistas regresivas".⁸¹ Una suprema paradoja del derecho internacional actual es que la sanción comercial que apunta a la observancia está más perfectamente desarrollada dentro de la OMC, en aparente desafío del objetivo de la OMC de eliminar las discriminaciones comerciales y emancipar el comercio.

⁷⁹ Lawrence (referencia en nota al pie 41), en 59.

⁸⁰ Ídem, en 20.

⁸¹ Ídem, en 11. Un análisis reciente de Showalter sostiene que la OMC debería utilizar multas en lugar de compensaciones comerciales porque "no tiene sentido imponer costosas ineficiencias para subsanar las ineficiencias". J. Michael Showalter, "A Cruel Trilemma: The Flawed Political Economy of Remedies to WTO Subsidies Disputes", 37 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 587, 628 (2004).