

**JULIÁN TOLE MARTÍNEZ**

**Solución de  
controversias  
en los TLC**



**Aportes del Derecho de la OMC**

Universidad  
**Externado**  
de Colombia

JULIÁN TOLE MARTÍNEZ

**Solución de  
controversias  
en los TLC**



**Aportes del Derecho de la OMC**

Universidad  
**Externado**  
de Colombia



SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LOS TLC.  
APORTES DEL DERECHO DE LA OMC



JULIÁN  
TOLE MARTÍNEZ

SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS  
EN LOS TLC. APORTES DEL  
DERECHO DE LA OMC

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA



Tole Martínez, José Julián

*Solución de controversias en los TLC. Aportes del Derecho de la OMC / Julián Tole Martínez.* -- Bogotá : Universidad Externado de Colombia, 2014.

417 p. ; 24 cm.

Incluye bibliografía.

ISBN: 9789587721317

1. Tratados de libre comercio de Colombia 2. Tratados de libre comercio de Colombia -- América Latina 3. Tratados de libre comercio de Colombia -- Unión Europea 4. Tratados comerciales -- Colombia 5. Política comercial -- Colombia 6. Regulación del comercio exterior -- Colombia I. Universidad Externado de Colombia II Título

382.92 SCDD 21

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

Mayo de 2014

ISBN 978-958-772-131-7

© 2014, JULIÁN TOLE MARTÍNEZ

© 2014, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá

Teléfono (57 1) 342 0288

[publicaciones@uexternado.edu.co](mailto:publicaciones@uexternado.edu.co)

[www.uexternado.edu.co](http://www.uexternado.edu.co)

Primera edición: junio de 2014

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Composición: David Alba Salazar

Diseño ePub: [Hipertexto Ltda.](#)

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

*A mi familia,  
por supuesto*

## ABREVIATURAS

AAE	Acuerdos de Asociación Económica
Acuerdo SMC	Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias
ACE Chile-Mercosur	Acuerdo de Complementación Económica n.º 35 entre Chile y el Mercosur
ADPIC	Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio
AGCS	Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios
ACP	Grupo de países de África, Caribe y el Pacífico
ACR	Acuerdos Comerciales Regionales
ALCA	Acuerdo de Libre Comercio de las Américas
ALCCEU	Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá y Estados Unidos
APPRI	Acuerdos para la Promoción y la Protección Recíproca de Inversiones
ASEAN	Asociación de Naciones del Sudeste Asiático
ATPA	Andean Trade Preference Act / Ley de Preferencias Andinas
BID	Banco Interamericano de Desarrollo
CAFTA-RD	Tratado de Libre Comercio entre la República

Dominicana, Centroamérica y los  
Estados Unidos

CAN	Comunidad Andina de Naciones
CARICOM	Caribbean Community / Comunidad del Caribe
CECA	Comunidad Europea del Carbón y del Acero
CEEA	Comunidad Europea de la Energía Atómica
CELARE	Centro Latinoamericano para las Relaciones con Europa
CEPAL	Comisión Económica para América Latina y el Caribe
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones
Cláusula de NMF	Cláusula de Nación Más Favorecida
CEE	Comunidad Económica Europea
CVDT	Convención de Viena sobre el Derecho de Tratados
DSB	Dispute Settlement Body
DSU	Dispute Settlement Understanding
ECOSOC	Consejo Económico y Social de Naciones Unidas
ESD	Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias de la OMC
FMI	Fondo Monetario Internacional
FTA	Free Trade Agreement
GATS	General Agreement on Trade in Services / Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios

GATT	General Agreement on Tariff and Trade / Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio
ICITO	Interim Commission for the International Trade Organization
INTAL	Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe
Mercosur	Mercado Común del Sur
NAFTA	North American Free Trade Agreement
NWWP	New World Wine Producers / Grupo de Productores de Vino del Nuevo Mundo
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OIC	Organización Internacional del Comercio
OMC	Organización Mundial del Comercio
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OSD	Órgano de Solución de Controversias
PMA	Países Menos Adelantados
PTA	Preferential Trade Agreement
SGP	Sistema Generalizado de Preferencias Arancelarias
SICA	Sistema de Integración Centroamericano
TBI	Tratados Bilaterales de Inversión
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TLC	Tratado de Libre Comercio
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte

TLC Colombia-EEUU	Tratado de Libre Comercio entre Colombia y los Estados Unidos
TLC Chile-EEUU	Tratado de Libre Comercio entre Chile y los Estados Unidos
TLC Panamá-EEUU	Tratado de Libre Comercio entre Panamá y los Estados Unidos
TLC Perú-EEUU	Tratado de Libre Comercio entre Perú y los Estados Unidos
TLC México-UE	Acuerdo de Asociación Económica entre México y la Unión Europea
TLC Chile-EU	Acuerdo de Asociación Económica entre Chile y la Unión Europea
TLC Andino-EU	Acuerdo Comercial entre Perú, Colombia y la Unión Europea
TRIPS	Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights
UNCITRAL	Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas de Derecho Mercantil Internacional
USTR	Office of the United States Trade Representative
WTO	World Trade Organization

## PRESENTACIÓN

Si presentar un libro es siempre algo agradable, escribir la presentación de un libro que recoge el trabajo de alguien a quien he venido siguiendo y orientando a lo largo de los años en que ha desarrollado su actividad investigativa hasta llegar al volumen que el lector tiene hoy en sus manos es aún más agradable. Por si ello fuera poco hay que recordar que el trabajo recibió la máxima calificación cuando fue presentado como tesis doctoral en la Universidad de Barcelona, lejos de la tierra natal de su autor. La tesis doctoral de JULIÁN TOLE MARTÍNEZ que ahora convertida en libro ve la luz se culminó en el Departamento de Derecho y Economía Internacionales de la Universidad de Barcelona, después de que su autor hubiera avanzado estudios sobre la materia en la propia Universidad Externado de Colombia y en la Universidad Nacional Autónoma de México.

Lo importante del trabajo es que llega en un momento en que el regionalismo económico mundial está en un punto álgido, porque el sistema multilateral de comercio, que nació con el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio en 1947 y se perfeccionó con la Organización Mundial del Comercio en 1995, ha entrado en crisis por la falta de culminación de la Ronda de Doha iniciada en 2001. Esta situación viene dando lugar a una proliferación de acuerdos comerciales regionales de diversa índole, en muchos de los cuales figuran como coprotagonistas, precisamente, los dos grandes actores comerciales mundiales sobre los que versa el análisis de JULIÁN TOLE MARTÍNEZ: la Unión Europea y los Estados Unidos. Esto significa que el libro sale a la luz en unas circunstancias críticas de transición del sistema regulatorio del comercio y las relaciones internacionales en el cual existe una amplia variedad de instrumentos internacionales de regulación de las ventajas comerciales con procedimientos propios para solución de conflictos y, por tanto, de posibles litigios entre Estados que forman o pueden formar parte simultánea o sucesivamente de diferentes arreglos con diversos copartícipes

que obligan a que los mecanismos de solución de diferencias se acoplen a las nuevas realidades.

Así, ha quedado lejos el momento en que las zonas de libre comercio o las uniones aduaneras eran una de las honrosas excepciones a la *Cláusula de la Nación más Favorecida* del GATT, luego incluida en la OMC, y que exige tratar a todos los partícipes en el sistema de idéntica forma. La *Cláusula de la Nación más Favorecida*, que era la piedra angular de la regulación multilateral del comercio internacional está hoy en crisis porque el trato especial y diferenciado que se otorga a los países en desarrollo, y la proliferación extraordinaria de acuerdos comerciales regionales de diverso alcance, se han convertido en la regla y han dejado de ser la excepción. En tal contexto, el sistema multilateral de comercio deja cada vez más espacio a estos acuerdos regionales o subregionales, entre ellos los estudiados por JULIÁN TOLE MARTÍNEZ, que ocupan un lugar destacado.

La publicación de este libro llega, por ello, en un momento oportuno para el análisis de la cambiante realidad del comercio mundial, suponiendo además una aportación que estoy seguro será aprovechada por la academia y las autoridades colombianas, puesto que Colombia está implicada en el fenómeno de la regionalización comercial de una manera destacada. De hecho, desde 1961 Colombia entró a formar parte de la recién creada Asociación Latinoamericana de Libre Comercio –ALALC– que cubría la totalidad de países sudamericanos y México, y que luego se transformó en la Asociación Latinoamericana de Integración –ALADI– en 1980, cuando la ALALC no pudo avanzar según el modelo de integración y desmantelamiento arancelario del que se había dotado. Casi al mismo tiempo, Colombia formó parte de aquella integración que quiso profundizar en su cooperación a través de un tratado subregional Andino, concretado por el acuerdo de Cartagena de 1969, firmado por Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú, hoy ejemplo de integración latinoamericana consolidada pese a las vicisitudes que ha tenido que experimentar con la entrada, primero, de Venezuela en 1973, la salida de Chile en 1976 y la posterior retirada de Venezuela cuando el presidente CHÁVEZ prefirió incorporarse al Mercosur, en un controvertido proceso. Colombia se apuntó también, desde su lanzamiento en la Cumbre de Miami de 1994, a la proyectada Área de Libre Comercio de las Américas –ALCA– que, impulsada por Estados Unidos, la OEA y el BID debía cubrir la totalidad de países democráticos de América y que fracasó tras la reunión de Buenos Aires de 1995. Pero esto

no es todo. Colombia se ha involucrado fuertemente en la Alianza del Pacífico que agrupa de momento a cuatro países, muy fiables en su concepción del comercio y la economía internacional como factor de progreso: Colombia, Chile, Perú y México y que espera incluir próximamente en plenitud a Costa Rica y Panamá. Con esta tradición de rompimiento con la antigua política de la CEPAL de impulsar la sustitución de importaciones y con el deseo de abrir fronteras es lógico que el país haya suscrito acuerdos de libre comercio con Estados Unidos y con la Unión Europea.

En definitiva, el libro de JULIÁN TOLE MARTÍNEZ es un magnífico instrumento para los estudiosos sobre la integración económica regional y una guía para que los negociadores colombianos, envueltos en la gestión de los acuerdos en que Colombia está involucrada en varias partes del mundo, tengan a mano un manual riguroso de cómo se resuelven las disputas en el foro multilateral de la OMC o las diferencias surgidas de alguno de los TLC entre Estados Unidos o la Unión Europea con Colombia y con los demás países latinoamericanos. Esta obra que el lector tiene en sus manos no es, pues, un simple ejercicio académico para la obtención de un título de doctor sino un estudio muy útil para entender cómo hay que abordar la solución de diferencias en un mundo caracterizado por zonas de libre comercio y uniones aduaneras al que Colombia se encuentra fuertemente integrado.

Francesc Granell Trías

Catedrático de la Organización Económica Internacional de la Universidad de Barcelona; Director General Honorario de la Comisión Europea y Académico de número de la Real Academia de Ciencias Económicas y Financieras de España

## PRÓLOGO

El intenso proceso de globalización económica en estas últimas décadas ha venido acompañado por la proliferación de acuerdos comerciales de carácter multilateral, regional y bilateral, que suelen prever, junto a sus preceptos sustantivos, mecanismos para la solución de las controversias. La doctrina ha venido prestando una especial atención al sistema de solución de diferencias de la OMC y a los mecanismos establecidos en el marco de ciertas organizaciones internacionales de integración económica regional. Ahora bien, otros mecanismos para la solución de controversias internacionales, como los previstos en múltiples Tratados de Libre Comercio –TLC– que se han venido celebrando desde los años noventa, han sido mucho menos analizados.

Este libro, que tengo el gusto de prologar, tiene el gran mérito de adentrarse en dicho último ámbito, pues realiza un análisis sistemático de los mecanismos de solución de controversias previstos en los TLC celebrados por los Estados Unidos y la Unión Europea con diversos países latinoamericanos. El autor trata de identificar y evaluar los “modelos” de solución de controversias que se vienen configurando en tales TLC, contrastándolos con los del sistema multilateral de comercio y otros referentes del Derecho internacional.

Esta obra es el fruto de una prolongada actividad de investigación del autor, que se inició en México, como investigador invitado del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, y culminó en la Universidad de Barcelona, donde defendió exitosamente en 2012 su tesis doctoral, que tuvo la oportunidad de co-dirigir y que es la principal base del presente libro. Seguidamente, destacaré algunos de los aspectos que considero más relevantes de esta monografía.

El libro incluye, entre sus primeros pasajes, un interesante análisis sobre la noción de controversia manejada en diversos instrumentos que regulan las relaciones comerciales internacionales. El autor subraya la existencia de ciertas diferencias y ambigüedades en los elementos que configuran la noción de controversia en distintos instrumentos internacionales. Así, los TLC analizados

en este libro emplean un concepto amplio de diferencia, que transita desde la *controversia de facto*, delimitada por la “medida comercial” u “otras cuestiones” que son objeto de la diferencia, hasta una *controversia de iure*, donde el “fundamento jurídico” o la norma concreta del tratado señalada en el mandato o en los términos de referencia define el alcance de la diferencia. El autor observa que la noción amplia del término “controversia” incorporada en los TLC celebrados por los Estados Unidos y la Unión Europea con países latinoamericanos no se limita a un tradicional ámbito *contencioso* o jurisdiccional, es decir, a estar en presencia de un desacuerdo causado por una acción u omisión de un Estado parte (demandado), que no ajusta su comportamiento al o los acuerdos, y otro Estado (reclamante), que estima que se ha ocasionado así una infracción del régimen jurídico que justifica recurrir a la decisión de un tercero imparcial dotado de jurisdicción. También se incluye dentro de esta noción un ámbito *político*, puesto que permite a las partes someter a consultas medidas en proyecto y, además, mantener su poder para negociar directamente una solución, incluso cuando ya se ha iniciado la etapa ante el panel o Grupo Especial. El autor también delibera acerca de los solapamientos o conflictos que pueden darse entre diversos mecanismos de solución de controversias, especialmente entre los previstos en los TLC y el del sistema de solución de diferencias de la OMC, que incluso se basa en una amplia noción de controversia, observando que pueden llegar a distintas aproximaciones sobre idénticas o muy parecidas cuestiones sustanciales y procedimentales. Como reconoce con detalle el autor, ello ya ha ocurrido en la práctica con algunas decisiones de órganos resolutorios multilaterales y del TLCAN que se han solapado o han sido contradictorias, por lo cual examina diversas cláusulas para la selección o exclusión de foro y otras fórmulas para tratar de solventar semejantes conflictos.

Teniendo en cuenta que los mecanismos para la solución de controversias establecidos en los TLC analizados por el autor se inspiran, en buena medida, en los que se han venido empleando, en diversas etapas, dentro del sistema multilateral de comercio, el libro incluye una interesante visión retrospectiva sobre la evolución del sistema del GATT de 1947 hasta el vigente de la OMC. Bajo el GATT de 1947 se fue gestando, paulatinamente, un peculiar mecanismo que durante varias décadas fue un destacado modelo para diferentes procedimientos de solución de controversias comerciales internacionales. La evolución de este régimen ha permitido que, con la creación de la OMC por los

Acuerdos de Marrakech de 1994, se amplíen las materias abarcadas por el sistema multilateral de comercio, sumando al tradicional comercio de bienes, entre otros, el comercio de servicios, la protección de la propiedad intelectual, las medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio o las compras públicas. Ahora bien, para lograr esta expansión material fue necesario proveer al sistema multilateral de comercio durante la Ronda Uruguay de un marco institucional más estable, con una organización internacional dotada de personalidad jurídica y de una estructura institucional de naturaleza permanente y, al mismo tiempo, mejorar los mecanismos destinados a supervisar y garantizar el cumplimiento de sus distintos acuerdos mediante la transformación del procedimiento de solución de diferencias hacia un esquema mucho más *legalista* o *jurisdiccional*. Bajo este contexto, el autor emprende un estudio acerca de la *consolidación de la estructura institucional* del sistema multilateral de comercio y del *reforzamiento de su mecanismo de solución de diferencias* mediante el Entendimiento sobre Solución de Diferencias –ESD–, con el cual se busca un mayor respeto al Derecho de la OMC o, en otras palabras, se trata de garantizar una mayor previsibilidad del comportamiento de los Estados miembros.

Una vez sentadas las principales bases conceptuales y contextuales del estudio, el autor se sumerge en el análisis de los diversos esquemas de procedimientos de solución de controversias que se incorporan en los TLC estadounidenses y europeos con países latinoamericanos. Aunque se observan entre ellos algunas líneas o “modelos” comunes, cada mecanismo de cada acuerdo responde, por lo menos en parte, a las peculiares necesidades, objetivos e intereses de las partes signatarias. Precisamente por ello, los procedimientos de solución de controversias en los TLC son calificados por el autor como trajes hechos “a la medida”, combinando diferentes técnicas, que suelen materializarse en mecanismos híbridos con soluciones que dependen del mutuo acuerdo de las partes contendientes o de la decisión de un grupo *ad hoc*, que en ocasiones tienen carácter vinculante.

También hay que destacar que el autor parte en su análisis de una idea: los TLC y especialmente sus mecanismos de solución de controversias no existen de forma *aislada*, sino que se influyen mutuamente y también reciben las influencias de otros instrumentos internacionales. Existen, sin duda, influencias o relaciones entre los múltiples mecanismos de solución de controversias que pueden generar algunas *sinergias* o también *afectar y alterar* la

eficacia de los tratados que los regulan. Así, los TLC estadounidenses y europeos diseñan unos *nuevos modelos* de solución de controversias cuyos elementos fundamentales, que concreta cada instrumento, se ven influenciados, en buena parte, por la dilatada experiencia del sistema multilateral de comercio. Como bien subraya el autor, cada *modelo*, independientemente de que sea más cercano a la conciliación o al arbitraje internacional, tiene como finalidad garantizar el cumplimiento de los compromisos adquiridos por las partes signatarias y trata de proporcionar seguridad jurídica a las relaciones económicas a través de un conjunto de actuaciones, reglas y principios procesales. Es por esta razón que en esta monografía se ha realizado un importante trabajo de examen de las diferentes etapas (consultas, contenciosa y cumplimiento) de los denominados *modelo TLC estadounidense* y *modelo TLC europeo* de solución de controversias, que permite mostrar al lector de qué manera funcionan estos mecanismos, cuáles son sus propias singularidades y coincidencias, así como cuáles son sus dificultades o deficiencias como procedimientos destinados a resolver conflictos.

Considero, en suma, que estamos ante una valiosa y original obra, que realiza un estudio sistemático y profundo de los dos modelos de TLC antes mencionados, a la luz de los aportes del Derecho de la OMC, y de otras influencias y condicionantes del Derecho internacional público en la solución de controversias comerciales internacionales.

Xavier Fernández Pons

Profesor Titular de Derecho internacional público de la Universidad de Barcelona

## INTRODUCCIÓN

El comercio internacional es extraordinariamente dinámico e imprescindible para cualquier Estado que aspire a un desarrollo integral de su economía. Sin embargo, los Estados, al participar del comercio internacional, deben enfrentar una serie de retos y dificultades, sobre todo los efectos que generan las asimetrías en las relaciones económicas y los años de experiencia y de preeminencia que tienen algunos Estados con un mayor protagonismo en la construcción de reglas y estructuras institucionales de un sistema del comercio internacional que, fundado en la liberalización económica, camina entre el régimen multilateral y los procesos de integración regional.

La inserción de los Estados en el comercio internacional se hace particularmente notoria con la proliferación de acuerdos internacionales cuya morfología varía desde aquellos que regulan las zonas de libre comercio, de los cuales se tiene noticia diariamente, hasta los acuerdos negociados multilateralmente bajo el auspicio de la Organización Mundial del Comercio (en adelante OMC). Independientemente de la forma que asuman estos instrumentos, todos comparten un propósito, dotar de *previsibilidad y seguridad jurídica* a los intercambios económicos. De ahí que las instituciones, los mecanismos de solución de controversias y en general las obligaciones o concesiones que los Estados establecen en los acuerdos internacionales dependerán del grado, de complejidad y amplitud de sus objetivos económicos, más exactamente de los intereses de su comercio internacional. Así, en relación a los mecanismos con que cada acuerdo cuenta para resolver las controversias, sean multilaterales, regionales o bilaterales, obedecen directamente al parámetro del esquema de regulación de los intercambios económicos al cual pertenecen. En este sentido, se pueden presentar diferentes modelos de mecanismos que van desde la integración de un grupo *ad hoc* o panel de arbitraje hasta el establecimiento de un tribunal permanente.

Sin importar el modelo que asuma el mecanismo de solución de controversias, este es sin duda uno de los elementos centrales de todo acuerdo

comercial, en tanto no solo representa un instrumento procesal para resolver las diferencias que se presentan en la aplicación e interpretación de las obligaciones adquiridas por los Estados en el instrumento internacional, sino que también refuerzan el cumplimiento de las mismas y tratan de evitar que una controversia comercial se “politice”, es decir, sea afectada por otras consideraciones que no sean las obligaciones comerciales asumidas en los acuerdos.

Otro aspecto para tener en cuenta es que los mecanismos de solución de controversias incorporados en cada acuerdo comercial se relacionan de manera *horizontal* en el marco del Derecho internacional económico, sin establecer una jerarquía entre ellos o un órgano de cierre que tenga la última palabra en la resolución de controversias en materia de comercio internacional. Es más, existen numerosas influencias o relaciones entre ellos que pueden generar algunas *sinergias*, o también *afectar y alterar* la eficacia de un acuerdo. Por ello, las normas y las decisiones de cada grupo *ad hoc* o panel de arbitraje, inclusive de un tribunal permanente, pueden no solo colisionar, sino también competir entre sí. De ahí el interés de este libro, de realizar un estudio comparativo y del grado de aproximación al sistema de solución de diferencias de la OMC de las diferentes etapas, actuaciones procesales y principios de los mecanismos de solución de controversias incorporados en los tratados de libre comercio celebrados por los Estados Unidos y por la Unión Europea con países latinoamericanos. Al mismo tiempo, sin olvidar determinar en este estudio la cercanía de los mencionados mecanismos a un enfoque *jurisdiccional* (con una solución *legalista* de las controversias) o a un enfoque *diplomático* (con una solución *política* de las controversias).

Este interés por contribuir en el entendimiento de los elementos más importantes de los mecanismos de solución de controversias es compartido por diversos autores latinoamericanos, como LACARTE-MURÓ y GRANADOS, WITKER, SBERRO, LÓPEZ-AYLLÓN, VEGA CÁNOVAS, PIÉROLA, etc., y por otros autores como GANTZ, ABBOTT, MARCEAU, PAUWELYN, HENCKELS, DE MESTRAL, DAVEY, etc., quienes analizan las similitudes y discrepancias entre el mecanismo multilateral y los mecanismos regionales, o se refieren a algún mecanismo en un acuerdo regional para determinar el enfoque *jurisdiccional* o *diplomático* más próximo y sus posibles ventajas o dificultades respecto al mecanismo multilateral, o versan sobre la superposición o los conflictos entre estas jurisdicciones. Pese a esta abundante literatura se descubre que, salvo error u omisión, hasta la fecha

no existe ningún estudio que se refiera específicamente a determinar las características de los modelos de solución de controversias diseñados por dos de las economías más importantes, la estadounidense y la europea, y que al mismo tiempo examine los aportes del sistema de solución de diferencias de la OMC en cada una de las etapas y actuaciones procesales de los mecanismos regulados en los tratados de libre comercio antes señalados. Así, este libro contribuye con nuevos elementos teóricos-procesales sobre la solución de controversias, lo que resulta un caso de estudio interesante, ya que al valorar dos modelos, que si bien únicamente en los mecanismos del Tratado de Libre Comercio de América del Norte se ha logrado un nivel de práctica moderadamente “relevante”, permiten entender algunos aspectos de la evolución que ha venido experimentado el Derecho internacional económico, donde *circulan e interactúan* diversas normas, conceptos o instituciones jurídicas de numerosos instrumentos internacionales, provocando cambios que dinamizan las relaciones económicas sobre las cuales operan.

En definitiva, los mecanismos de solución de controversias constituyen una de estas instituciones jurídicas que crean una nueva perspectiva para resolver las complejidades en las relaciones económicas de una sociedad internacional cada vez más interdependiente y globalizada. Bien señala la propia OMC, que “[t]he best international agreement is not worth very much if its obligations cannot be enforced when one of the signatories fails to comply with such obligations”<sup>1</sup>. Esto explica la necesidad de un mecanismo de solución de controversias en los tratados de libre comercio celebrados por los Estados Unidos y por la Unión Europea con países latinoamericanos, que garantice que cuando surja una diferencia comercial estos Estados podrán disponer de un conjunto preestablecido de etapas y actuaciones procesales cuya aplicación permita adoptar una decisión que resuelva cualquier asunto relativo a la interpretación o aplicación de sus obligaciones comerciales.

Con el propósito de dar un tratamiento completo a las cuestiones antes planteadas, este libro se ha dividido en cuatro capítulos. En el primero, como un aspecto introductorio, se examinan los principales elementos de la noción de “controversia” en el marco del régimen jurídico de la OMC y de los tratados de libre comercio celebrados por los Estados Unidos y por la Unión Europea con países latinoamericanos, identificando el objeto, el tipo de reclamación prevista en los acuerdos bajo estudio y las limitaciones más importantes para

activar el procedimiento de solución de controversias, entre ellas, las denominadas *cláusulas de exclusión del foro* o *cláusulas de selección del foro*.

Seguidamente, el Capítulo segundo se centra en una visión retrospectiva del Entendimiento de Solución de Diferencias de la OMC, lo que permite comprender de modo integral la *consolidación de la estructura institucional* y el *reforzamiento de su mecanismo de solución de diferencias* con el Acuerdo de Marrakech de 1994, y también se analizan las etapas y actuaciones procesales aplicables a las controversias relativas a la aplicación e interpretación de los “acuerdos abarcados” entre los Estados Miembros de esta organización internacional.

En el Capítulo tercero se valoran los procedimientos de solución de controversias que se prevén en los diferentes tratados de libre comercio de los Estados Unidos con algunos países latinoamericanos; más exactamente, se determina la estructura institucional y cada una de las etapas procesales del llamado *modelo TLC* estadounidense de solución de controversias, que se elabora a partir de los mecanismos regulados en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte de 1994 (en adelante *TLCAN*), el Tratado de Libre Comercio entre Chile y los Estados Unidos de 2004 (en adelante *TLC Chile-EEUU*), el Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos de 2004 (en adelante *CAFTA-RD*), el Tratado de Libre Comercio entre Perú y los Estados Unidos de 2009 (en adelante *TLC Perú-EEUU*), el Tratado de Libre Comercio entre Colombia y los Estados Unidos de 2012 (en adelante *TLC Colombia-EEUU*), y el Tratado de Libre Comercio entre Panamá y los Estados Unidos (en adelante *TLC Panamá-EEUU*) de 2012.

Finalmente, el Capítulo cuarto centra la atención en los procedimientos de solución de controversias incorporados en los diferentes tratados de libre comercio de la Unión Europea con algunos países latinoamericanos. En concreto, el Acuerdo de Asociación Económica entre la Unión Europea y México de 2000 (en adelante *TLC México-UE*), el Acuerdo de Asociación Económica entre la Unión Europea y Chile de 2005 (en adelante *TLC Chile-UE*), y el Acuerdo Comercial entre Perú, Colombia y la Unión Europea de 2012 (en adelante *TLC Andino-UE*), los cuales configuran el denominado *modelo TLC* europeo de solución de controversias. De cada uno de estos acuerdos se estudiará de manera específica la estructura institucional y la tipología de la solución de controversias, comparando sus etapas y actuaciones procesales tanto con el *modelo TLC* estadounidense como el sistema de solución de diferencias de la OMC.

Para la elaboración de este libro se han tenido en cuenta la investigación realizada por el autor en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, y la participación en eventos y en discusiones sobre los diez años de vigencia del TLCAN de 1994. En esta estancia de investigación, se llevaron a cabo entrevistas personales con diferentes profesores mexicanos (WITKER, CRUZ MIRAMONTES, etc.) que participaron en las negociaciones del TLCAN. Además, esta obra es parte del trabajo de investigación de tesis doctoral presentada para obtener el título de Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona, y muy especialmente es el resultado de las exigencias, la rigurosidad y la crítica constructiva de sus directores de tesis, el profesor FRANCESC GRANELL TRÍAS, especialista en temas de cooperación entre la Unión Europea y América Latina, y el profesor XAVIER FERNÁNDEZ PONS, experto en Derecho internacional público y en el estudio del sistema de solución de diferencias de la OMC.

Se ha realizado también una revisión exhaustiva de las principales fuentes bibliográficas, teniendo en cuenta los informes de los órganos resolutorios más relevantes sobre los mecanismos de solución de controversias multilaterales (GATT-OMC) y de los indicados TLC estadounidenses y europeos. En cuanto a los análisis académicos y doctrinales, se ha puesto particular atención tanto en obras clásicas sobre la materia como en estudios más novedosos. Han ayudado igualmente las publicaciones compiladas por el Banco Interamericano de Desarrollo, el Banco Mundial, la OMC, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, la Comisión de Derecho Internacional, así como muchos artículos publicados en algunas revistas especializadas como el *Journal of World Trade*, el *Journal of International Economic Law*, el *American Journal of International Law*, el *Journal of International Arbitration*, el *European Journal of International Law*, la *Revista Española de Derecho Internacional*, la *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* y la *Revista de Economía (Información Comercial Española)*, entre otras. Por último, se ha acudido a las publicaciones que recogen los instrumentos jurídicos multilaterales, páginas *Web* y publicaciones oficiales de la OMC, y los instrumentos jurídicos regionales, como los *Diarios Oficiales* de cada uno de los Estados partes en los TLC. Todas estas fuentes son detalladas en la bibliografía y notas de pie de página de este libro.

## CAPÍTULO PRIMERO

### *Elementos que configuran las controversias en la OMC y en los TLC de Estados Unidos y de la Unión Europea con países latinoamericanos*

En las últimas tres décadas, la manera más visible de manifestarse la inserción de los Estados en la economía internacional ha sido mediante la proliferación de acuerdos comerciales con una morfología muy disímil que varía desde los tratados de libre comercio (en adelante TLC) bilaterales o plurilaterales, de cuyas negociaciones hay informaciones diariamente, hasta las cada día más complejas negociaciones de acuerdos multilaterales auspiciados por la OMC. Una tendencia generalizada en estos instrumentos que regulan el comercio internacional es la inclusión de mecanismos para dirimir las diferencias que se presentan en la aplicación o interpretación de los textos acordados y que al mismo tiempo garantizan el cumplimiento de las obligaciones que en ellos se incorporan. Los procedimientos de solución de controversias en los acuerdos comerciales se caracterizan por su dinamismo y diversidad, pues cada mecanismo en cada acuerdo se diseña como un “traje a la medida”, que en ocasiones incluso puede regular más de un mecanismo. Si se realiza un inventario de todo ese abanico de enfoques y matices que ofrece tal cantidad de mecanismos en los acuerdos comerciales, se observa que es una materia cuyo análisis no se puede realizar de una manera escueta debido a sus múltiples implicaciones y ramificaciones de todo orden. Por ello, resulta lógico que el punto de partida del examen de estas cuestiones sea delimitar la noción de controversia y sus elementos básicos.

El concepto “controversia” es anfibológico, así se evidencia en los diferentes acuerdos comerciales que admiten la posibilidad de celebrar consultas e iniciar el procedimiento de solución de controversias aunque no haya un “incumplimiento”<sup>1</sup>, y otros permiten, en ciertos casos, que la medida que

genera la controversia *no* se encuentre *vigente* o sea tan solo un “proyecto” de medida. Por ello, en este estudio la noción de “controversias” comprende el catálogo más amplio de elementos significativos que ofrecen, en primer lugar, los novedosos TLC celebrados entre los Estados Unidos o la Unión Europea con algunos países latinoamericanos y, segundo, el *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias* (en adelante ESD) de la OMC; simultáneamente, para entender esta noción es necesario retomar algunas construcciones doctrinales comunes del Derecho internacional público, como son las definiciones de los profesores SERENI, DÍEZ DE VELASCO, MERRILLS, REMIRO BROTONS y MONTAÑA MORA, entre otros **2**.

En términos generales tanto en el Derecho internacional público como Derecho internacional económico han utilizado indistintamente los vocablos “controversia” o “diferencia”; es más, al confrontar las versiones oficiales en español y en inglés del artículo 2.º párrafo 3 de la Carta de la Naciones Unidas se advierte el término “controversia” como equivalente de la voz inglesa *dispute*, cuestión que se repite en el texto de diversos acuerdos comerciales contemporáneos. De hecho, en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (en adelante GATT) de 1947 no se mencionan en ninguna de sus disposiciones las palabras controversia, diferencia ni disputa: solo contempla el mecanismo de consultas entre sus Partes Contratantes (art. XXII) para ser invocado por la Parte que alegue sufrir “anulación” o “menoscabo” de las ventajas obtenidas (art. XXIII). En los documentos oficiales del antiguo GATT se encuentra que la única alusión al término “diferencia” es para aclarar que se usa “con el mismo sentido que en otros organismos se atribuye a la palabra ‘controversias’” **3**.

En el régimen jurídico de la OMC, el mecanismo destinado a resolver las posibles disputas entre sus Miembros consta de un instrumento que incorpora la palabra “diferencia”, y no controversia, como sinónimo oficial frente a la versión inglesa *Dispute Settlement Understanding*. Pese a esta elección del ESD de la OMC, en ninguna de sus normas se define qué es una diferencia, de ahí que sea necesario recurrir a algunas nociones de “diferencia internacional” en el Derecho internacional, como, por ejemplo, aquella empleada desde 1924 por la jurisprudencia del Tribunal Permanente de Justicia Internacional, que en el caso *Mavrommatis* en Palestina la define como:

[...] un desacuerdo en un punto de Derecho o de hecho, una contradicción, una oposición de tesis jurídicas o de intereses entre dos personas o Estados **4**.

Algunos autores iusinternacionalistas, entre ellos el profesor DÍEZ DE VELASCO, precisan el alcance de esta definición del Tribunal Permanente de Justicia Internacional, en tanto que limitan la diferencia internacional

... al momento en que se crea o aparece internacionalmente la diferencia, cabe decir que esta surge cuando un sujeto internacional hace valer ante otro una reclamación concreta basada en un incumplimiento de una obligación y la parte a la que va dirigida la rechaza **5**.

Por tanto, para que exista una controversia en el ámbito internacional es necesario que al menos concurren los siguientes elementos: los *sujetos* de Derecho internacional o la presencia de partes identificadas; el *objeto* o la existencia de un conflicto de intereses que se refieren no solo a cuestiones puramente jurídicas, sino también a cuestiones de hecho **6**; y la *exteriorización* o manifestación del conflicto, es decir, que la diferencia haya sido fijada por las partes mediante actos unilaterales, conversaciones directas o cualquier medio idóneo para identificar o delimitar el contenido de la misma **7**.

Esta noción y elementos de la doctrina *iusinternacionalista*, aunque *prima facie* aparece ajustada al criterio de “controversia” en contexto de los acuerdos comerciales bajo estudio, resulta todavía insuficiente para determinar el ambiguo contenido de las controversias económicas internacionales ya que, como se mencionó anteriormente, los diferentes acuerdos comerciales no presuponen solamente, dentro del origen de la diferencia o tipos de reclamaciones, el “incumplimiento de una obligación” como ocurre en la clásica teoría de la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos; además, incluyen otras reclamaciones que se producen por actos u omisiones que, sin ocasionar tal incumplimiento, representan la anulación o menoscabo de una norma emergente del acuerdo, es decir, en “reclamaciones sin infracción” **8**.

Ante este panorama una *diferencia* surge cuando las partes están en desacuerdo acerca de la interpretación o aplicación al caso concreto de alguna o algunas de las normas del acuerdo comercial **9**. Este desacuerdo es causado por una acción u omisión de un Estado (demandado) que no ajusta su comportamiento al, o los acuerdos, y otro Estado (reclamante) que estima que

se ha ocasionado así una ruptura del régimen jurídico **10**. Claro está, la acción u omisión del Estado demandado puede originarse por la aplicación de una medida *vigente o en proyecto, o cualquier asunto* que afecte o pueda afectar el funcionamiento de un acuerdo, bien sea porque es *incompatible* o porque vulnera los contenidos jurídicos de los acuerdos (reclamaciones por una “violación”), o siendo *compatible* anula o menoscaba alguna de las ventajas resultantes del acuerdo (reclamaciones de “sin infracción”), o *cualquier otra cuestión* que el Miembro reclamante juzgue que puede afectar el funcionamiento del acuerdo (reclamaciones de “situación”).

La noción de “diferencia” en los acuerdos comerciales no se limita a un acto estrictamente *contencioso*, ya que permite a las partes contendientes mantener su poder político para negociar directamente una solución. En otras palabras, los mecanismos que resuelven las diferencias han sido concebidos para privilegiar el pronto arreglo entre las partes, de tal manera que es posible una solución previa, o incluso durante el proceso, ante el panel o Grupo Especial mediante un acuerdo entre las partes. Así se establece en el párrafo 7 del artículo 3.º del ESD de la OMC, que a la letra reza:

El objetivo del mecanismo de solución de diferencias es hallar una solución positiva a las diferencias. Se debe dar siempre preferencia a una solución mutuamente aceptable para las partes en la diferencia y que esté en conformidad con los acuerdos abarcados.

Otro ejemplo de este aserto se encuentra en el párrafo 10 del artículo 3.º *ibíd.*, que señala:

Queda entendido que las solicitudes de conciliación y el recurso al procedimiento de solución de diferencias *no* deberán estar concebidos ni ser considerados como *actos contenciosos* y que, si surge una diferencia, todos los Miembros entablarán este procedimiento de buena fe y esforzándose por resolverla ( *cursiva fuera del texto*).

Teniendo en cuenta las anteriores concreciones, para establecer el alcance de una controversia concreta que origina la activación de su mecanismo de solución, tanto en el régimen multilateral de la OMC como en los TLC estadounidenses y europeos, se debe, en primer lugar, definir el *objeto de la controversia* que da lugar al procedimiento, lo cual alude esencialmente a la interpretación y/o aplicación de las disposiciones de los acuerdos comerciales o sus instrumentos jurídicos abarcados; en segundo lugar, establecer el *tipo de reclamación* prevista en el acuerdo, esto es, analizar la medida contraria con las