

SERIE DOCUMENTOS

Facultad de Jurisprudencia

No. 71, ISSN: 2463-1914

BORRADORES DE INVESTIGACIÓN

Aspectos prácticos del proceso ante el Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y del Procedimiento Interno Colombiano para la adopción de medidas en el ámbito internacional

Laura Victoria García Matamoros
Ana Cecilia Restrepo Escobar



ASPECTOS PRÁCTICOS DEL PROCESO ANTE EL ÓRGANO
DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA ORGANIZACIÓN
MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC) Y DEL PROCEDIMIENTO
INTERNO COLOMBIANO PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS
EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

Aspectos prácticos del proceso ante el órgano de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y del procedimiento interno colombiano para la adopción de medidas en el ámbito internacional / Laura Victoria García Matamoros, Ana Cecilia Restrepo Escobar. - Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia. Observatorio Laboral, 2016.

64 páginas. - (Borrador de Investigación, Facultad de Jurisprudencia)

Incluye referencias bibliográficas

ISSN: 2463-1914

Arbitramento comercial internacional / Comercio exterior - Colombia / Organización Mundial del Comercio / Colombia - Política económica / II. Restrepo Escobar, Ana Cecilia / III. Universidad del Rosario. Facultad de Jurisprudencia. Observatorio Laboral / IV. Título / V. Serie.

341.75 SCDD 20

Catalogación en la fuente -- Universidad del Rosario. Biblioteca

JDA

Febrero 12 de 2016

ASPECTOS PRÁCTICOS DEL PROCESO ANTE EL ÓRGANO
DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA ORGANIZACIÓN
MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC) Y DEL PROCEDIMIENTO
INTERNO COLOMBIANO PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS
EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

Laura Victoria García Matamoros
Ana Cecilia Restrepo Escobar

BORRADOR DE INVESTIGACIÓN N° 71
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
ASOCIACION CAVELIER DEL DERECHO
EDITORIAL UNIVERSIDAD DEL ROSARIO
Bogotá, D.C.
2016

Laura Victoria García Matamoros
Ana Cecilia Restrepo Escobar

Corrección de estilo
Carlos Eduardo Correa Montoya

Diseño y diagramación
Fredy Johan Espitia Ballesteros

ISSNe: 2463-1914

Todos los derechos reservados
Primera edición: abril de 2016

Made in Colombia

CONTENIDO

1. INTRODUCCIÓN: EL COMERCIO INTERNACIONAL	7
Los obstáculos al comercio	8
¿Por qué se crea una organización que propenda por la liberalización del comercio?	8
¿Cómo nació la Organización Mundial del Comercio? Del GATT de 1947 a la Ronda de Uruguay	13
Los cimientos de la Organización Mundial del Comercio.....	18
¿Cuál es la estructura de la OMC?	21
Anatomía de los Tratados que hacen parte de la Organización Mundial del Comercio	22
La Solución de Diferencias: la “joya de la corona” de la OMC	23
II. PRÁCTICAS DESLEALES DEL COMERCIO Y EL PROCEDIMIENTO INTERNO EN COLOMBIA	49
Colombia y la apertura económica	49
Prácticas desleales del comercio	49
III. REFERENCIAS.....	63

ASPECTOS PRÁCTICOS DEL PROCESO ANTE EL ÓRGANO DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC) Y DEL PROCEDIMIENTO INTERNO COLOMBIANO PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

Laura Victoria García Matamoros*
Ana Cecilia Restrepo Escobar**

1. INTRODUCCIÓN: EL COMERCIO INTERNACIONAL

La Organización Mundial del Comercio es una organización internacional que cumple una doble función. Como lo sugiere su nombre, busca la apertura en materia comercial sirviendo como foro a los Estados, para que estos puedan negociar la eliminación de barreras técnicas y económicas para el comercio. Cuenta también con un Órgano de Solución de Diferencias, fruto de un proceso de casi cinco décadas de ensayos, errores y reformas que son de vital importancia para que los Estados, sin importar su tamaño o la asimetría en temas de desarrollo, puedan participar del comercio mundial en condiciones de igualdad relativa¹.

Se habla de igualdad relativa y no absoluta, porque la OMC comprende que los países en vías de desarrollo necesitan tiempo, asesoría y recibir inicialmente un trato diferenciado en razón de su condición, para poder entrar a hacer parte de la cadena de comercio internacional. La Organización Mundial del Comercio se basa en la creencia firme de que el comercio internacional abierto conlleva al desarrollo, dado

* Laura Victoria García Matamoros. Profesora Asociada y Directora del Grupo de Investigación en Derecho Internacional de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

** Ana Cecilia Restrepo Escobar. Abogada de la Universidad del Rosario, especialista en Derecho Tributario, candidata a Magister en Derecho Tributario Internacional (LLM in International Taxation) de la Universidad de la Florida.

1 Organización Mundial del Comercio. (2013). Informe Anual 2013. Organización Mundial del Comercio. Recuperado el 6 de junio de 2014, de http://www.wto.org/spanish/res_s/booksp_s/anrep_s/anrep13_s.pdf

que incentiva la inversión extranjera directa y la expansión de las oportunidades comerciales de los productores y empresarios locales².

Los obstáculos al comercio

Doctrinalmente se han identificado dos clases de barreras al Comercio que la Organización Mundial del Comercio busca combatir: las arancelarias y las técnicas o no arancelarias que se explican a continuación:

Arancelarios	Técnicos o no arancelarios
Se trata de tasas muy altas, cuotas o restricciones de índole económica que se le imponen a los productos que entran a determinado Estado.	Restricciones que se basan, al menos en apariencia, en la salud, la seguridad y el medioambiente. Estas restricciones pueden adoptarse efectivamente por preocupaciones legítimas o pueden utilizarse como medida para generar asimetrías en el comercio

¿Por qué se crea una organización que propenda por la liberalización del comercio?

El punto de vista histórico

Para comprender a la Organización Mundial del Comercio, es necesario conocer sus antecedentes y particularmente el GATT (General Agreement on Tariffs and Trade), el cual surge como producto de la Segunda Guerra Mundial, con la intención de reducir los aranceles para el comercio internacional de bienes, en el entendido de que la liberalización comercial aportaría desarrollo y fomentaría las relaciones pacíficas entre los estados, tal como lo había planteado Keynes en la estructura económica propuesta para superar las causas y las consecuencias del conflicto mundial.

En términos de comercio en realidad el GATT surge como un acuerdo alternativo ante el fracaso en la creación de la Organización Internacional del Comercio y fue suscrito inicialmente por 23 estados, a los cuales se les fueron uniendo otros países. Este acuerdo tenía un doble objetivo: generar un comercio internacional en medio de la competencia leal entre países y lograr liberalizar dicho comercio. Sin embargo, la realidad de las relaciones comerciales sobrepasó el campo de aplicación del GATT, en la medida en que no incluía el comercio de servicios que crecía notablemente y que venía siendo complementado a través de acuerdos adicionales en temas como medidas

2 Esto se evidencia en el *Entendimiento sobre Solución de Diferencias*, en los artículos 3 párrafo 12, artículo 4 párrafo 10, artículo 8 párrafo 10, y el artículo 24.

sanitarias y fitosanitarias, la protección de los derechos de propiedad intelectual o incluso los procedimientos para el arreglo de controversias. En este escenario, se inicia el 20 de septiembre de 1986 la Ronda de Uruguay que varios años más tarde dio origen a la Organización Mundial del Comercio.

A pesar de los defectos y los desequilibrios, la Ronda de Uruguay ha sido el ciclo de negociaciones comerciales más ambicioso jamás organizado. Se buscaba discutir las reducciones de los obstáculos tarifarios y no tarifarios para los productos industriales y agrícolas, más los textiles y los vestidos, y se proponía extender las reglas multilaterales a nuevos sectores, especialmente los servicios y la propiedad intelectual³.

Al respecto es necesario tener claro que este acuerdo fue fuertemente marcado por las tendencias económicas y políticas de la época. “Fue así como prácticamente, desde la finalización de la Ronda de Tokio, la comunidad internacional vivió una nueva era mundial, marcada particularmente, por el fin del bipolarismo, el triunfo del capitalismo y del neo-liberalismo, las múltiples crisis económicas y financieras”⁴. La Ronda de Uruguay terminó con la adopción del Acuerdo de Marrakech el 15 de diciembre de 1993, el cual entró en vigor el 1 de enero de 1994. En este acuerdo, además de establecer el marco institucional de la OMC como organismo internacional, se incorporaron los acuerdos obtenidos en términos de liberalización comercial, habiendo sido particularmente discutidos los temas de comercio agrícola, debido a las diferencias surgidas sobre el tema entre Estados Unidos y la Unión Europea, y el del comercio de servicios, el cual fue finalmente incorporado en el GATS. De esta manera, la estructura de la OMC está compuesto por 28 acuerdos que aportaron importantes cambios al derecho económico internacional, los cuales si bien acogieron en buena parte las disposiciones del GATT de 1947, se inscribieron en las tendencias económicas vigentes para la época en que se inicia la Ronda de Uruguay, y en ese sentido establecen un esquema de liberalización más profunda que el previsto en el GATT.

El punto de vista económico de las ventajas comparativas

Desde el punto de vista de la teoría económica de las ventajas comparativas, esto es que cada Estado por su historia, ubicación geográfica, clima u otros factores, puede producir algún producto o productos específicos de la manera más eficiente posible si cada Estado

3 Stiglitz, J., & Charlton, A., (2005-2007). *Pour un commerce mondial plus juste*, Oxford University Press 2005-Fayard 2007, (Trad. Paul Chemla). 82.

4 Zarrouk, N. (2008). *Commerce et développement. Du GATT a l'OMC*. Rejjes. (1 Ed.) Rabat. 25.

se dedica a producir aquel o aquellos productos específicos, la apertura del comercio sería lo más deseable desde el punto de vista de la eficiencia y el bienestar generalizado⁵.

Aunque la teoría de la ventaja comparativa y de la ventaja nació a mediados del siglo XIX⁶ (cada país produce mejor algo por diversas razones (materias primas, conocimientos, clima, etc.) y debe beneficiarse de lo que los demás producen mejor)⁷, los Estados han reaccionado a las crisis económicas cerrando sus fronteras o aumentando los aranceles, desincentivando de esta manera la entrada de productos extranjeros. La idea detrás de esto es dar tiempo a los productores locales para que se recuperen al reducir significativamente la entrada de productos desde el exterior.

No obstante, estas políticas terminan siendo bastante problemáticas, en la medida en que acaban con los beneficios que propone la teoría de las ventajas comparativas. Si el Estado A aumenta la tasa de arancel a todos los productos que entran desde el exterior, los demás Estados a su vez le subirán la tasa de arancel a dicho Estado y de esta manera se dificulta o incluso se bloquea el comercio exterior del Estado A. El ejemplo clásico que explica este fenómeno se dio en 1930 después de la caída de la bolsa de los Estados Unidos cuando el congreso expidió lo que se conoce como el *Smoot-Hawley Tariff Act* que aumentó los aranceles en un 60%. Los socios comerciales de Estados Unidos hicieron lo propio y adicionalmente devaluaron sus monedas para obtener la ventaja competitiva en las exportaciones. Cayeron los precios de los productos, subieron las barreras arancelarias y de esta manera se hizo evidente la necesidad de cooperación entre los Estados⁸.

La idea es entonces contar con una organización que impida bien sea la imposición de barreras o el incremento de las mismas, con el propósito de avanzar hacia el libre comercio.

5 Narlikar, A. (2005). *The World Trade Organization: A Very Short Introduction*. Oxford: Oxford University Press, pp. 3-5.

6 La teoría de las ventajas comparativas ha sido objeto de fuertes críticas. Para ver un recorrido sobre la historia de la teoría de las ventajas comparativas y las críticas de las que ha sido sujeta esta teoría ver: García-Matamoros, L. V. (2010). *El Derecho al Desarrollo y sus Perspectivas de Aplicación de la OMC: hacia un sistema multilateral de comercio en función de los derechos*. Leipzig: Editorial Académica Española, pp. 208-239. El texto de Paul, J. R. (2006). *¿Es realmente libre el libre Comercio?* (H. Alviar García, Trad.) Bogotá: Facultad de Derecho de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores es especialmente relevante en este tema.

7 "Es una máxima de todo padre de familia prudente la de no fabricar en la casa lo que le costará más caro que comprarlo... eso que es prudencia en la conducción de una familia privada no puede ser una locura en la conducción de un gran reino". Adam Smith. *La riqueza de las naciones*. T I, libro IV, Cap. II.

8 Narlikar, A. (2005). Op cit., p. 3.

Desde el punto de vista jurídico y económico

Jackson, haciendo referencia a los economistas Stiglitz, North, y Coase plantea que para que el mercado funcione correctamente, se precisa la creación de un marco institucional para que el mismo sea estable y predecible. Esto se logra, mediante reglas claras y un sistema de resolución de controversias. De esta manera, las personas (y los Estados) están dispuestas a tomar decisiones bajo el entendido de que se trata de un riesgo calculado⁹.

Desde el punto de vista del poder

Una de las razones por las cuales los Estados o mejor sus gobernantes, pueden tomar decisiones económicamente poco racionales es la presión política interna que se genera durante las crisis económicas para que tomen medidas proteccionistas (subir los aranceles, por ejemplo, aunque el gobierno sepa que esta no es una medida inteligente a mediano y a largo plazo). En este sentido, una organización multilateral que se encargue de supervisar el comercio internacional, es el argumento perfecto para protegerse de dichas presiones, en la medida en que el gobierno se encuentra limitado por los compromisos adquiridos internacionalmente, cuyo incumplimiento puede conllevar a sanciones.

Adicionalmente, dichos compromisos no solamente dejan limitado al gobierno de turno, sino también a los gobiernos que lo sucedan. De esta manera, un gobernante obliga a sus sucesores a comportarse según una serie de parámetros o de lo contrario, existirán consecuencias desfavorables o al menos problemas políticos desagradables.

Desde el punto de vista de las relaciones y controversias entre Estados, la existencia de reglas claras y jueces que se consideran imparciales equilibran de alguna manera, el ejercicio del poder. En teoría, un país en vías de desarrollo estará en las mismas condiciones que un país que sea fuerte económicamente. Si alguno de los dos tiene alguna inconformidad y negocian directamente, entonces el país en vías de desarrollo tiene todas las de perder. No obstante, si acuden a alguna institución como la OMC, se entiende que ambos están en condiciones de igualdad¹⁰. Si bien en teoría lo anterior es cierto, las relaciones comerciales y diplomáticas entre Estados son un entramado de intereses de lado y lado. De esta manera, si bien el país en vías de desarrollo puede

9 Jackson, J. H. (Mayo 2008). Op. cit., p. 438.

10 Jackson, J. H. (mayo, 2008). Op. cit., p. 438.

ganar ante la OMC, esto no obsta para que el país más poderoso lo castigue en otros ámbitos y perjudique intereses distintos a aquellos que estuvieron en disputa¹¹. Además, llevar o no un caso ante la OMC puede utilizarse como instrumento de presión¹².

Otros objetivos:

La OMC puede interesarle a los Estados e incluso a la sociedad civil con el fin de proteger los Derechos Humanos, el medioambiente o como mecanismo para salir de la pobreza, gracias a los efectos positivos del incremento de las relaciones comerciales, efectos que pueden enmarcarse en un verdadero desarrollo para todos.

Las reglas previstas en la Organización Mundial del Comercio (OMC) fueron enmarcadas en el contexto del liberalismo económico y sus beneficios han sido tradicionalmente medidos en función del grado de liberalización del comercio. No obstante, las crisis generadas en el mundo globalizado han llevado a reflexionar y a proponer una nueva mirada de las reglamentaciones y los acuerdos comerciales, con la idea de buscar mover su eje hacia el desarrollo. En este sentido, la legalidad y legitimidad de estos debe analizarse no solo en términos de conveniencia o inconveniencia para el sistema comercial internacional, sino también en función de sus efectos en materia de desarrollo para los países que los adopten, sobre todo cuando se trata de países en vías de desarrollo y menos avanzados¹³.

11 Desde el punto de vista doctrinal, se ha planteado que el comercio internacional no solamente genera una relación de dependencia no solamente económica, sino también social política y cultural entre los países desarrollados y los Estados en vías de desarrollo.

Ver: García-Matamoras, L. V. (2010). *El Derecho al Desarrollo y sus Perspectivas de Aplicación de la OMC: hacia un sistema multilateral de comercio en función de los derechos*. Leipzig: Editorial Académica Española, pp. 224-225

12 Ver la siguiente entrevista realizada el 15 de octubre al Ministro de Comercio Exterior panameño, donde da a entender que Panamá acudirá a la OMC si es declarado "Paraíso Fiscal" por Colombia. http://www.wradio.com.co/escucha/archivo_de_audio/la-negociacion-no-puede-estar-sometida-a-presiones-ministro-de-comercio-de-panama/20141015/oir/2462488.aspx

13 García-Matamoras L.V. (2014). Una mirada del sistema multilateral de comercio en función del desarrollo. En María Eugenia Rodríguez Palop y María Teresa Palacios Sanabria (Eds.), *Crisis Económica. La globalización y su impacto en los Derechos Humanos*. (p. 31). Bogotá: Universidad del Rosario-Universidad Carlos III de Madrid.

¿Cómo nació la Organización Mundial del Comercio? Del GATT de 1947 a la Ronda de Uruguay

En la sección anterior enunciamos las ventajas hipotéticas de una organización multilateral, ahora entraremos a estudiar la Organización Mundial del Comercio tal y como está planteada en este momento.

La primera versión de la Organización Mundial del Comercio, cuyo nombre era la Organización Internacional del Comercio (ITO por sus siglas en inglés: International Trade Organization), nació como parte del esfuerzo que hicieron los aliados después de la Segunda Guerra Mundial para evitar una tercera gran guerra.

La gran lección que dejó la Primera Guerra Mundial fue que no se podía dejar a Europa (y en especial a Alemania) desprotegidas económicamente¹⁴ y se entendió que el comercio internacional sería un arma muy efectiva para evitar guerras posteriores.

Cordell Hull, el Secretario de Estado de los Estados Unidos en ese momento dijo lo siguiente:

Nunca he dudado, y nunca dudaré de mi creencia de que la paz duradera y el bienestar de las naciones están indisolublemente conectadas con la amistad, la justicia, la equidad y el límite máximo practicable de libertad en el comercio internacional¹⁵.

Así los Aliados, liderados por Estados Unidos y la Gran Bretaña, inspirados en las propuestas de Keynes firmaron en la Conferencia de Bretton Woods (1944) un acuerdo que buscaba mantener la cooperación económica internacional. Se concibieron allí las siguientes instituciones: El Fondo Monetario Internacional, el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (hoy Banco Mundial) y la Organización Internacional del Comercio.

La Organización Internacional del Comercio se creó luego de una serie de negociaciones por medio de la Carta de la Habana de 1948¹⁶. La misma fue firmada

14 Recordemos que uno de las condiciones que dio pie para la subida de Hitler al poder era que las sanciones impuestas a Alemania eran demasiado onerosas, especialmente para un Estado destruido por la guerra.

15 Hull, C. (1937). *Economic Barriers to Peace*. Nueva York: Woodrow Wilson Foundation, p.14. Citado por Narlikar, A. (2005). *The World Trade Organization: A Very Short Introduction*. Oxford: Oxford University Press, p. 10.

16 Organización Mundial del Comercio. (2014). Textos Jurídicos Anteriores al Establecimiento de la OMC. Recuperado el 20 de octubre de 2014, de http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/prewto_legal_s.htm

por 53 de los 56 Estados allí presentes, pero no fue ratificada por los mismos. Esta situación se le atribuye a que los Estados Unidos no hizo parte de la misma. A pesar de haber firmado el acuerdo, el mismo jamás fue ratificado dado que el congreso demócrata fue reemplazado por un congreso republicano. En 1950, el presidente Harry S. Truman anunció públicamente que la Carta de la Habana no sería sometida a consideración del congreso norteamericano después de varios intentos fallidos¹⁷.

Podría decirse que con o sin Estados Unidos a bordo, la Organización del Comercio Internacional era bastante compleja en el sentido de que para llegar a un acuerdo, se le dieron una serie de prerrogativas y se generaron una gran cantidad de excepciones al libre comercio a solicitud de sus futuros miembros. Por dar algunos ejemplos, Estados Unidos se reservó el derecho a continuar con su programa de subsidios agrícolas y el Reino Unido logró que se le permitiera hacer excepciones frente a sus colonias. De esta manera, no se le dio gusto a nadie finalmente. Sus opositores no estaban de acuerdo o porque era o demasiado proteccionista o abría el comercio más de lo que ellos quisieran¹⁸.

De manera paralela a las negociaciones que se llevaron a cabo para la creación de la Organización Internacional del Comercio, algunos Estados habían comenzado a negociar acuerdos multilaterales para la reducción de aranceles que regiría de manera temporal mientras se creaba dicha organización. Esto se conoció como el Acuerdo General sobre Aranceles (GATT, por sus siglas en inglés: General Agreement on Tariffs and Trade¹⁹). El primer capítulo traía el principio de “no-discriminación” al establecer el principio de “la nación más favorecida”, principio que se materializa de la siguiente manera: si se le da un beneficio a un miembro tendrá que extendersele a los demás miembros²⁰. El segundo capítulo incluía lo que podríamos llamar “los acuerdos sustanciales”, es decir los que tenían que ver con la reducción de aranceles. El segundo capítulo, no obstante, permitía que se aplicaran las excepciones existentes en la legislación interna en ese momento. Es decir, que cualquier Estado podía aplicar una política basándose en derechos adquiridos o de antigüedad²¹.

17 Narlikar, A. (2005). Op. cit., p. 11.

18 Narlikar, A. (2005). *Ibidem*. p. 7.

19 Se hará referencia a este acuerdo como el GATT dado que así se conoce en la doctrina.

20 Este principio no se aplicaba frente al GATT en casos de acuerdos regionales

21 Narlikar, A. (2005). Op.cit., p. 15.

No se puede hablar de “miembros del GATT” porque nunca fue una organización internacional y en este sentido se habla de “partes contratantes” puesto que era un foro de negociación y nada más. Esto significó que los procesos fueron el resultado de la improvisación y del “ensayo y error”. La resolución de disputas fue uno de esos procesos²².

Evolución de la Resolución de Disputas en el GATT de 1947

La aparición de disputas y discusiones sobre el alcance de las obligaciones del GATT llevó a que poco a poco se viera la necesidad de contar con un mecanismo institucional que permitiera su resolución adecuada. Si bien se contaba con los artículos XXII y XXIII (aún vigentes), de acuerdo con los cuales las partes podían presentar reclamos o solicitar consultas, en realidad no había un mecanismo que permitiera administrar las posibles controversias. Así se fue avanzando hacia la constitución de paneles neutrales²³, pero existía un inconveniente: la exigencia de unanimidad por parte de todos los miembros de la organización (incluyendo el que estaba tomando medidas que contravinieran el Acuerdo) para que se le permitiera a la parte agraviada tomar medidas. En otras palabras, cualquier Estado tenía derecho de veto²⁴.

Este mecanismo de adopción de decisiones conocido como “consenso positivo” era viable inicialmente cuando el GATT tenía muy pocos Estados contratantes. Inicialmente, los Estados se abstenían de utilizar su derecho a veto y en este sentido la organización funcionaba bastante bien. Sin embargo, a medida que más Estados comenzaron a ser signatarios, se fue haciendo más complejo llegar a consensos y la amenaza de que la parte infractora usara su derecho a veto se fue convirtiendo en una posibilidad real. Ante estas dificultades, los Estados comenzaron a suspenderle

22 Lester, S., Mercurio, B., & Davies, A. (2012). *World Trade Law: Text, Materials and Commentary*. Oxford: Hart Publishing.

23 Las reformas más importantes en la materia en el GATT se dieron en 1952 con el establecimiento de reglas para el establecimiento de paneles en los cuales se excluían las partes en conflicto, en la Decisión del 5 de abril de 1966 sobre el procedimiento previsto en el artículo XXIII y el de 1989 con una nueva reglamentación más clara y completa. Ver: Biggs, G. (agosto, 2005). El procedimiento de solución de controversias de la OMC. La experiencia de América Latina y el Caribe. *Revista de la Cepal* 86. 65. Recuperado de https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_settlement_cbt_s/a2s1p1_s.htm

24 Lester, S., Mercurio, B., & Davies, A. Op cit., pp. 150-153.

los beneficios a los Estados que consideraban que estaban menoscabando sus beneficios sin acudir a un panel como primera medida²⁵.

Un aporte interesante de los paneles de expertos del GATT de 1947

En 1962 Uruguay alegó que las prácticas comerciales de una serie de Estados industrializados menoscababan las ventajas a las que tenía derecho en virtud del GATT. El panel de expertos determinó que la mera violación de lo establecido en el GATT da lugar a la presunción de menoscabo de las ventajas y está en cabeza del “demandado” demostrar que no es así.²⁶

La Ronda de Uruguay y la creación de la actual Organización Mundial del Comercio

El GATT como foro de negociación en el que las reglas no estaban del todo claras (y había una gran cantidad de acuerdos contradictorios), comenzó a generar un descontento generalizado. De un lado se encontraban los Estados desarrollados liderados por los Estados Unidos que querían que se llegaran a acuerdos que les fueran favorables en cuanto a la protección de la propiedad intelectual. Del otro lado se encontraban los países en vías de desarrollo, quienes habían comenzado a contemplar la idea de implementar modelos económicos de exportación. Por este motivo, querían que se discutieran los textiles y los productos agrícolas, dado que estos eran de gran importancia para sus economías.

En 1986 en la Ronda de Uruguay quedó claro que el GATT como estaba formulado, no podía abarcar todas estas inquietudes. En ese momento, se planteó la idea de crear una organización internacional, idea que fue promovida por la Unión Europea. Los países en vías de desarrollo aceptaron bajo dos condiciones, la ya mencionada inclusión de textiles y agricultura dentro de las discusiones y que se les otorgaran periodos más largos para adoptar ciertas medidas. Estados Unidos, quien se opuso inicialmente, aceptó finalmente después de negociar algunas concesiones con la Unión Europea²⁷.

En 1994, las negociaciones de la Ronda de Uruguay tuvieron como resultado el Acuerdo de Marrakech en el que se creó la Organización Mundial del Comercio. Se habla del “Gran Pacto” o del “Acuerdo Único” porque los Estados no pueden hacer

25 *Ibidem.* p. 150-153.

26 Jackson, J. H. (Mayo, 2008). *Op. cit.*, p. 442.

27 Narlikar, A. (2005). *Op. Cit.*, p. 24-25.

reservas y al hacer parte de la organización lo toman todo²⁸. Es una especie de negocio de aquellos en los que la persona “o lo toma o lo deja”. De esta manera, la Organización Mundial del Comercio nació oficialmente el 1 de Enero de 1995 con 128 Estados miembros y con una serie de tratados que se ocupan de temas tan diversos como agricultura, textiles, prendas de vestir, servicios bancarios, telecomunicaciones, compras gubernamentales, estándares mínimos de ciertas industrias y propiedad intelectual.

Los objetivos de la OMC

La organización mundial del comercio dirige su actuación hacia el cumplimiento de en una serie de objetivos que pretenden incentivar al máximo la liberalización del comercio, puesto que esta es entendida como un medio para aumentar el bienestar general, contribuyendo a una economía global más sana y de esta manera generar mejores condiciones de vida, especialmente en los países en vías de desarrollo.

En este sentido, la OMC se erige como un sistema que genera²⁹:

- Libertad, pues busca derribar los obstáculos que afectan la libertad del comercio.
- Seguridad Jurídica, puesto que los gobiernos, las personas y los inversionistas tienen cierto nivel de seguridad frente al panorama del comercio internacional. De esta manera se sabe que un Estado que se ha comprometido a fijarle un límite a una tarifa arancelaria o aumentó la cuota arancelaria de productos que pueden entrar en un periodo de tiempo determinado, no podrá retractarse de dichos compromisos sin arriesgarse a compensar a los Estados que se hayan visto afectados por dichas prácticas.
- Competitividad, teniendo en cuenta que desincentiva prácticas que bajan los precios de los productos de manera artificial tales como subsidios³⁰ y dumping.

28 Solo existen unos pocos acuerdos puntuales multilaterales, pero no obligatorios. Tal es el caso del Acuerdo sobre Contratación Pública o el de Comercio de Aeronaves Civiles, entre otros.

29 Lester, S., Mercurio, B., & Davies, A. (2012). Op. Cit., p. 64

30 Si bien las normas y políticas de la OMC proscriben la concesión de subsidios a los sectores económicos por ser altamente distorsionadores del comercio, es cierto también que en la negociación para la creación de esta organización los países más fuerte como son Estados Unidos y los miembros de la Unión Europea se cuidaron de reservar el derecho a seguir aplicando ciertas ayudas internas, tema que sigue siendo objeto de discusión y en buena medida hace parte de la dificultad de avanzar en la Ronda de Doha para el Desarrollo.

Cuota arancelaria
Una cuota arancelaria consiste en una cantidad fijada por el Estado de bienes que pueden entrar a su territorio pagando una x (normalmente baja) y que una vez se llega a ese límite se pagará una tarifa y (normalmente más alta).

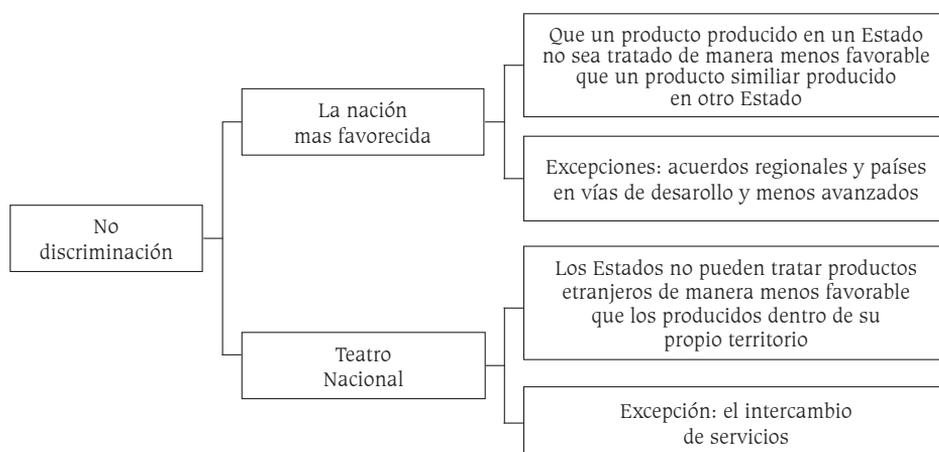
Tarifa arancelaria
La tarifa arancelaria es el impuesto que un Estado les impone a las personas jurídicas o naturales que importen productos a su territorio.

Los cimientos de la Organización Mundial del Comercio

La OMC se construye sobre cuatro cimientos o valores fundamentales:

- La **no discriminación** que consiste en no darle trato diferenciado a las importaciones en razón a su Estado de origen. De dicho principio se desprenden dos más: el de “La Nación Más Favorecida” que consiste en que si se le otorga alguna ventaja a los productos de un Estado, la misma debe extenderse a todos los productos iguales o similares de todos los Estados miembros de la OMC y el de “Trato Nacional” que consiste en la prohibición que tienen los Estado de darle un trato desfavorable a los productos originarios de otro Estado dentro de su propio territorio.

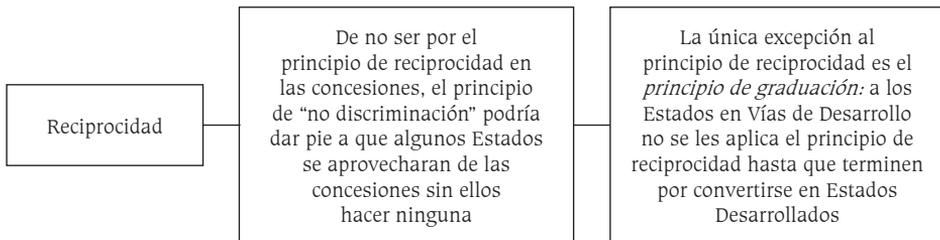
Gráfica 1. El principio de no discriminación



Fuente: elaboración propia.

- El principio de **reciprocidad** que consiste en que si un Estado es beneficiario de una concesión, está en la obligación de ofrecerle un trato equivalente al Estado que propuso dicha concesión. Esto evita que algunos Estados se beneficien del sistema sin ofrecer nada a cambio. Sin embargo, la excepción al principio de reciprocidad es el “principio de graduación” sustentado en trato especial y diferenciado que se le aplica a las negociaciones con los países en vías de desarrollo a quienes los Estados Desarrollados no pueden exigirles las mismas prerrogativas que les otorgan.

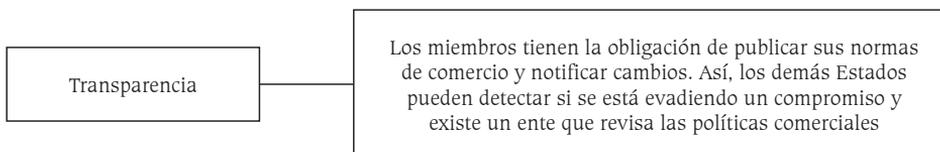
Gráfica 2. El principio de Reciprocidad



Fuente: elaboración propia.

- **Principio de transparencia:** la Organización y sus miembros han entendido que todos los actores del comercio, esto es los Estados, los particulares y las empresas deben conocer las reglas y políticas que aplican los países para participar en el sistema de comercio internacional. Para ello, las medidas, políticas o leyes deben ser de público conocimiento y debidamente notificadas a la Organización, para que estén al alcance de los interesados y para que la misma OMC pueda realizar periódicamente los exámenes de las políticas comerciales de los miembros.

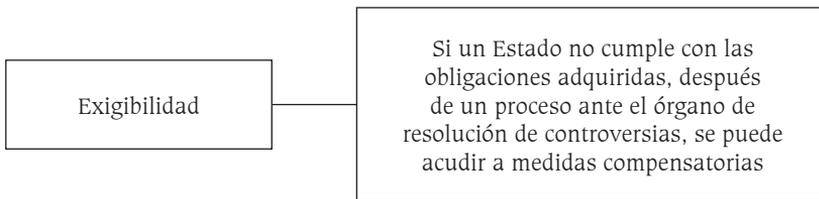
Gráfica 3. El principio de Transparencia



Fuente: elaboración propia.

- **Principio de Exigibilidad:** como resulta lógico, las normas de la OMC están hechas para cumplirse, por lo cual cuenta con el Sistema de Solución de Diferencias objeto de este estudio. En este sentido, si bien no prevé medidas indemnizatorias de carácter monetario, los Estados afectados por el incumplimiento de una regla de la Organización puede adoptar medidas compensatorias de carácter comercial, lo cual debe tener como consecuencia que el país incumplido deba poner sus medidas de conformidad.

Gráfica 4. El principio de Exigibilidad



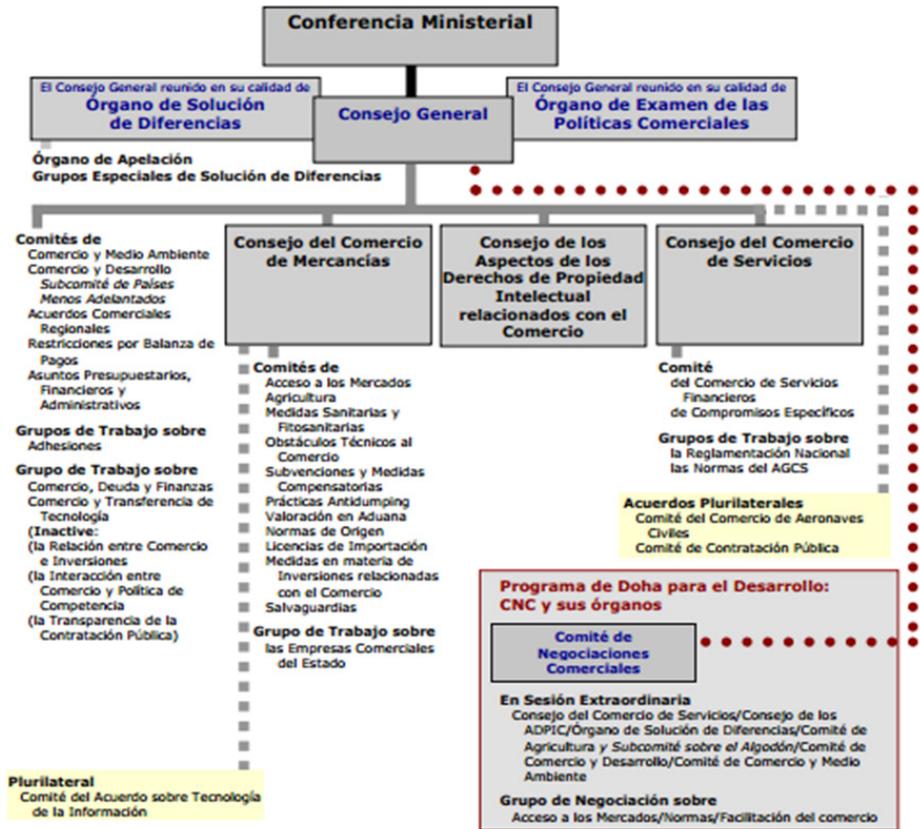
Fuente: elaboración propia.

¿Cuál es la estructura de la OMC?

Gráfica 5. Estructura de la OMC

Estructura de la OMC

Todos los Miembros de la OMC pueden participar en todos los consejos, comités, etc., con excepción del Órgano de Apelación, los grupos especiales de solución de diferencias, y los comités establecidos en el marco de los acuerdos plurilaterales.



Explicación

- ▬ Rinden informe al Consejo General (o a un órgano subsidiario)
 - ▬ Rinden informe al Órgano de Solución de Diferencias
 - ▬ Los Comités de los Acuerdos plurilaterales rinden informe de sus actividades al Consejo General o al Consejo del Comercio de Mercancías, aunque no todos los Miembros de la OMC han firmado estos acuerdos
 - El Comité de Negociaciones Comerciales rinde informe al Consejo General
- El Consejo General se reúne también en su calidad de Órgano de Examen de las Políticas Comerciales y Órgano de Solución de Diferencias

Fuente: http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/organigram_s.pdf consultada el 4 de mayo de 2014.

Anatomía de los Tratados que hacen parte de la Organización Mundial del Comercio

Gráfica 6. Principales Acuerdos de la OMC

<i>Acuerdo General</i>	Acuerdo por el que se establece la OMC		
	Bienes	Servicios	Propiedad intelectual
<i>Principios básicos</i>	GATT	AGCS	ADPIC
<i>Pormenores adicionales</i>	Otros acuerdos sobre bienes y sus anexos	Anexos sobre servicios	
<i>Compromisos de acceso a los mercados</i>	Listas de compromisos de los países	Listas de compromisos de los países (y exenciones del trato NMF)	
<i>Solución de diferencias</i>	Solución de diferencias		
<i>Transparencia</i>	Exámenes de las políticas comerciales		

Fuente: http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/agrm1_s.htm Recuperado el 4 mayo de 2014.

Nota aclaratoria:

Siglas del tratado	Nombre completo
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade (en español, conocido como Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles)
ADPIC	Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio

Fuente: elaboración propia.

Temas incluidos en el GATT
Acuerdo sobre Agricultura
Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias
Acuerdo sobre Textiles y Prendas de Vestir
Acuerdo sobre Barreras Técnicas al Comercio
Acuerdo sobre Medidas de Inversión Relacionadas al Comercio
Acuerdo sobre Medidas Anti-Dumping
Acuerdo sobre Valoraciones de Aduana
Acuerdo sobre Inspección Previa a la Expedición
Acuerdo sobre Reglas de Origen
Acuerdo sobre Concesión de licencias de importación
Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias
Acuerdo sobre Salvaguardias

Fuente: elaboración propia.

La Solución de Diferencias: la “joya de la corona” de la OMC

Si bien la fórmula para la solución de diferencias en el GATT de 1947 era bastante débil, fue evolucionando tal como se explicó anteriormente y sentó unas bases sólidas para el Órgano de Solución de Controversias. Según Jackson, “El Sistema de Solución de Controversias es probablemente el sistema de tribunales internacionales más poderoso y significativo que existe en la actualidad”³¹ Este establece un mecanismo efectivo de resolución de disputas entre los Estados que hace que las obligaciones contraídas por los mismos sean en efecto exigibles. Esto se debe a que si al final del proceso el Estado condenado no ha cumplido con las medidas que se le solicita que adopte en el Reporte en el plazo acordado, puede haber retaliación de parte del Estado afectado.

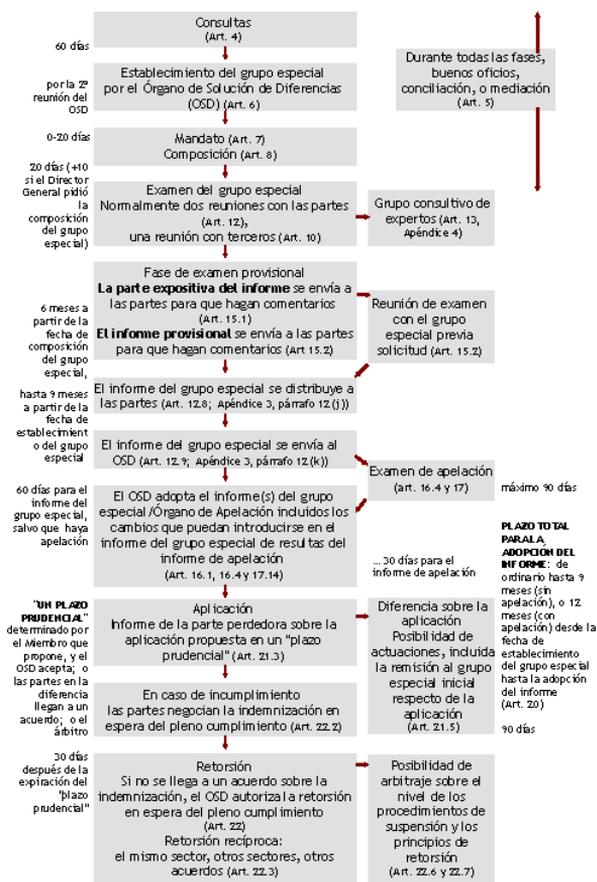
Resulta muy importante destacar que la jurisdicción de la OMC es obligatoria, exclusiva y excluyente, elementos que la hacen particularmente importante. Lo anterior tiene las siguientes consecuencias: i) Los países miembros de la organización no tienen la posibilidad de alegar falta de jurisdicción del OSD, esta es aceptada por el solo hecho de pertenecer a la misma; ii) Cualquier controversia que surja sobre un eventual

³¹ Jackson, J. H. (Mayo 2008). Op. cit., p. 438.

incumplimiento de las reglas de la OMC debe dar como resultado la aplicación del procedimiento expuesto en este documento, no ante ninguna otra jurisdicción interna o internacional; y iii) Ningún Estado que se sienta afectado por el incumplimiento de un Acuerdo de la OMC puede tomar medidas directas, deben ser siempre canalizadas por el OSD³².

Cronograma de la resolución de controversias en la OMC:

Gráfica 7. Etapas y términos del procedimiento en la OMC



Fuente: http://www.wto.org/images/img_cbt_course/dispute_settlement_s/chart_disp_settl_process_s.gif. Recuperado el 24 de octubre de 2014.

32 Biggs, G. Op cit., p. 67.

¿Qué son las consultas?

Desde el punto de vista procesal, la solicitud de consultas es el inicio del proceso de solución de controversias. Estas tienen lugar cuando alguno de los miembros de la OMC determina que las medidas de otro Estado están teniendo como resultado la anulación o menoscabo de los beneficios a los que tiene derecho. Dicha anulación o menoscabo normalmente es el fruto de la violación de alguno de los acuerdos.

Como vimos anteriormente frente al GATT de 1947, las consultas son una oportunidad para que las partes se comuniquen directamente para discutir sobre las medidas identificadas por el reclamante como violatorias de los Acuerdos de la OMC, con el propósito de que lleguen a un acuerdo. Para las mismas no existe ningún procedimiento específico que se deba seguir. Simplemente son obligatorias (en el sentido en que el reclamante debe identificar las medidas y justificar sucintamente la violación y el reclamado debe responder)³³, confidenciales y no pueden utilizarse como prejuzgamientos.

Existen dos clases de consultas: las Multilaterales, a las que pueden acudir otros Estados miembros que tengan un interés sustancial en el tema o las Bilaterales, en las que solamente participan la partes interesadas. El derecho de los terceros a participar en la etapa de consultas “dependerá, en primer lugar, del fundamento legal que haya sido invocado por la parte que solicitó las consultas. Si las consultas fueron invocadas sobre la base del artículo XXII del GATT (en lugar del artículo XXIII) un tercer Miembro tendrá derecho a solicitar su participación como tercero. Su participación depende en segundo lugar, en la voluntad del Miembro a quien se dirigió la consulta”³⁴.

Para las consultas se tiene un plazo de sesenta (60) días, o veinte (20) en caso de urgencia, pero las partes lo puede prolongar si lo consideran necesario³⁵. No obstante, en la solicitud de inicio de conformación de un pánel se debe establecer que las mismas se han llevado a cabo, puesto que son una especie de “requisito de procedibilidad”³⁶.

33 Artículo 4 numeral 3 del ESD.

34 Grané, P. (2008). *Guía Práctica de solución de diferencias en la OMC*. Documento de Proyecto. Cepal-GTZ.

35 Artículo 4 numeral 7 del ESD.

36 Kantchevski, P. D. (2006). *Note and Comment: The Differences between the Panel Procedures of the GATT and the WTO: The Role of GATT and WTO Panels in Trade Dispute Settlement*. Brigham Young University international Law and Management Review, 1-51, p. 9.

Un efecto importante de las consultas en caso de no llegarse a un acuerdo, es que se convierten en una forma de delimitar el objeto de la controversia sobre la cual se va a decidir en la siguiente etapa. Es decir, que debe existir coherencia entre las medidas alegadas en la etapa de consultas y aquellas por las cuales se solicita la constitución de un panel especial. No se habla de identidad, pero sí de correspondencia, tanto en las medidas identificadas, como en los argumentos jurídicos expuestos. Al respecto es claro que por estrategia, el reclamante no va a mostrar desde el inicio todas sus armas jurídicas, las cuales serán guardadas para la eventual etapa de Grupo Especial, razón por la cual justamente no se puede exigir identidad de argumentos.

¿Cuándo y cómo se conforma un Grupo Especial?

Luego de agotada la fase de consultas puede iniciar la fase contenciosa, para lo cual la parte demandante solicita al Órgano de Solución de Diferencias que establezca un Grupo Especial para que examine las medidas alegadas como incompatibles con los Acuerdos de la OMC y defina si están o no en conformidad. Esto se hace mediante la inclusión de este tema en la agenda de la próxima reunión. El Órgano de Solución de Diferencias debe decidir sobre el establecimiento del Grupo Especial a más tardar en la segunda reunión. La conformación del panel se erige básicamente bajo el principio de consenso negativo. Es decir que para no conformarlo se necesitaría que todos los miembros de la OMC, incluyendo el demandante, voten en contra de conformarlo³⁷.

Una vez se establece el Grupo especial, las partes tienen veinte días para ponerse de acuerdo en los miembros que les sugiere el secretariado. Las partes pueden rechazar la elección de cualquier miembro, manifestando que existen razones de peso para oponerse a su elección. De no llegar a un acuerdo, el Director-General es quien define quiénes serán los miembros del Grupo Especial, teniendo en cuenta a las partes, el director del Órgano de Solución de Controversias y los directores de los comités y consejos que sean relevantes en la disputa. Esto sucede en al menos la mitad de la conformación de los paneles³⁸.

37 Kantchevski, P. D. (2006). Op cit., p. 11.

38 Lester, S., Mercurio, B., & Davies, A. (2012). Op.cit., pp. 154-155.

a) ¿Quiénes son los miembros del Grupo Especial?

Los paneles tienen tres miembros como regla general y cinco si las partes así lo acuerdan. Se tratan de personas expertas que son elegidos *ad hoc* (es decir para ese propósito en particular) y no pueden ser nacionales de los Estados parte en la controversia. En general se trata de abogados, antiguos (o actuales miembros) de delegaciones de otros Estados ante la OMC o académicos. Incluso pueden ser funcionarios de gobierno con independencia³⁹.

b) ¿Cómo es el proceso?

El panel se comporta de manera similar a una corte local o a un tribunal arbitral, en el sentido en que se apoya de memoriales, audiencias y peritos. Se trata de un “juez activo” puesto que dentro de sus facultades está la de solicitar evidencia adicional incluyendo peritazgos. El panel luego examina la evidencia a la luz de los acuerdos aplicables y los principios de la OMC para emitir un reporte o informe que contiene un análisis de los hechos a la luz de las normas aplicables, unas conclusiones sobre la conformidad o no de las medidas alegadas como violatorias de los Acuerdos y unas recomendaciones en caso de considerar que las mismas se deben poner en conformidad con las obligaciones⁴⁰. Para poder desarrollar el proceso de una manera adecuada, el Entendimiento sobre Solución de Diferencias en el Apéndice número 3 contempla lo que se denomina “Procedimientos de Trabajo”, en el cual se contemplan las formas, etapas y tiempos así:

Procedimientos de trabajo – Apéndice 3 ESD
1. En sus actuaciones los grupos especiales seguirán las disposiciones pertinentes del presente Entendimiento. Se aplicarán además los procedimientos de trabajo que se exponen a continuación.
2. El grupo especial se reunirá a puerta cerrada. Las partes en la diferencia y las partes interesadas solo estarán presentes en las reuniones cuando aquél las invite a comparecer.

Continúa

³⁹ Artículo octavo (8) del ESD.

⁴⁰ Lester, S., Mercurio, B., & Davies, A. (2012). Op. cit., pp. 154-156.

Procedimientos de trabajo – Apéndice 3 ESD	
3. Las deliberaciones del grupo especial, y los documentos que se hayan sometido a su consideración, tendrán carácter confidencial. Ninguna de las disposiciones del presente Entendimiento impedirá a una parte en la diferencia hacer públicas sus posiciones. Los Miembros considerarán confidencial la información facilitada al grupo especial por otro Miembro a la que este haya atribuido tal carácter. Cuando una parte en la diferencia facilite una versión confidencial de sus comunicaciones escritas al grupo especial, también facilitará, a petición de cualquier Miembro, un resumen no confidencial de la información contenida en esas comunicaciones que pueda hacerse público.	
4. Antes de celebrarse la primera reunión sustantiva del grupo especial con las partes, las partes en la diferencia le presentarán comunicaciones escritas en las que expongan los hechos del caso y sus respectivos argumentos.	
5. En la primera reunión sustantiva con las partes, el grupo especial pedirá a la parte reclamante que presente sus alegaciones. Posteriormente, pero siempre en la misma reunión, se pedirá a la parte demandada que exponga su opinión al respecto.	
6. Todos los terceros que hayan notificado al OSD su interés en la diferencia serán invitados por escrito a exponer sus opiniones durante una sesión de la primera reunión sustantiva del grupo especial reservada para tal fin. Todos esos terceros podrán estar presentes durante la totalidad de dicha sesión.	
7. Las réplicas formales se presentarán en la segunda reunión sustantiva del grupo especial. La parte demandada tendrá derecho a hablar en primer lugar, y a continuación lo hará la parte reclamante. Antes de la reunión, las partes presentarán sus escritos de réplica al grupo especial.	
8. El grupo especial podrá en todo momento hacer preguntas a las partes y pedirles explicaciones, ya sea durante una reunión con ellas o por escrito.	
9. Las partes en la diferencia, y cualquier tercero invitado a exponer sus opiniones de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10, pondrán a disposición del grupo especial una versión escrita de sus exposiciones orales	
10. En interés de una total transparencia, las exposiciones, las réplicas y las declaraciones mencionadas en los párrafos 5 a 9 se harán en presencia de las partes. Además, las comunicaciones escritas de cada parte, incluidos los comentarios sobre la parte expositiva del informe y las respuestas a las preguntas del grupo especial, se pondrán a disposición de la otra u otras partes.	
11. Las normas de procedimiento adicionales propias de cada grupo especial.	
12. Calendario previsto para los trabajos del grupo especial (modificable en función de acontecimientos imprevistos)	
a) Recepción de las primeras comunicaciones escritas de las partes: 1) la parte reclamante 2) la parte demandada	3 a 6 semanas 2 a 3 semanas
b) Fecha, hora y lugar de la primera reunión sustantiva con las partes; sesión destinada a terceros.	1 a 2 semanas
c) Recepción de las réplicas presentadas por escrito por las partes.	2 a 3 semanas
d) Fecha, hora y lugar de la segunda reunión sustantiva con las partes.	1 a 2 semanas

Continúa

Procedimientos de trabajo – Apéndice 3 ESD	
e) Traslado de la parte expositiva del informe a las partes.	2 a 4 semanas
f) Recepción de comentarios de las partes sobre la parte expositiva del informe.	2 a 4 semanas
g) Traslado del informe provisional, incluidas las constataciones y conclusiones, a las partes.	2 a 4 semanas
h) Plazo para que cualquiera de las partes pida el reexamen de parte (o partes) del informe.	1 semana
i) Período de reexamen por el grupo especial, incluida una posible nueva reunión con las partes.	2 semanas
j) Traslado del informe definitivo a las partes en la diferencia.	2 semanas
k) Distribución del informe definitivo a los Miembros.	3 semanas

c) ¿Cómo se llega al “veredicto” que contendrá el informe?

En el desarrollo del proceso en los términos y condiciones acabados de enunciar, es necesario poner de relieve algunos aspectos prácticos importantes en el mismo:

i) Actuación de las partes

La condición arriba identificada de que todas las partes de la OMC tienen la obligación de aceptar la jurisdicción del OSD, tiene como corolario que solo los Estados miembros de la Organización tienen derecho a ser parte en la controversia. Así mismo, se reconoce que los Estados, como resulta lógico, sean representados por abogados externos expertos en la materia.

De otro lado, el derecho de defensa y el debido proceso se encuentran garantizados gracias a las etapas previstas en los procedimientos de trabajo, de manera que las partes pueden intervenir por escrito y en audiencias orales y referirse en todas sus oportunidades procesales a los hechos, a la interpretación jurídica y a las pruebas que apoyan los argumentos. Como lo reconoce la doctrina.

Los escritos (al menos dos) que las partes le presentan al grupo especial son la mejor oportunidad que tienen las partes de presentar sus alegatos de hecho y de derecho, con la prueba de respaldo. El principio básico que debe informar y permear los escritos es el de eficiencia. Por lo tanto, todo escrito debe tener una estructura clara y ordenada, debe utilizar un lenguaje simple, pero preciso, debe ser corto, pero abarcar todos los puntos que sean relevantes. El tono del escrito no debe ser excesivamente agresivo. El nivel de detalle no debe ser tal que el punto principal se pierda o se haga difícil de discernir. El escrito debe ser también económico. Es decir, no conviene presentar todos los posibles

reclamos y argumentos legales que puedan concebirse en contra de la medida. Por el contrario, conviene más presentar únicamente aquellos que tengan mayor probabilidad de éxito y que sean necesarios para obtener la recomendación pretendida⁴¹.

ii) Régimen de pruebas

Sin duda el éxito de una reclamación o de la defensa ante la misma depende de quién debe probar sus afirmaciones, es decir de quién tiene la carga de la prueba, de los medios de prueba permitidos en una determinada jurisdicción y de la fuerza probatoria dada a los mismos. Al respecto no hay normas claras y expresas en el ESD, por lo cual el Órgano de Apelaciones ha debido pronunciarse sobre la carga de la prueba en los siguientes términos:

“Al abordar esta cuestión, encontramos que es verdaderamente difícil concebir que ningún sistema de solución judicial de diferencias pueda funcionar si acoge la idea de que la mera afirmación de una alegación puede equivaler a una prueba. Por consiguiente, no resulta sorprendente que diversos tribunales internacionales, incluida la Corte Internacional de Justicia, hayan aceptado y aplicado de forma general y concordante la norma según la cual la parte que alega un hecho —sea el demandante o el demandado— debe aportar la prueba correspondiente. Además, es una regla de prueba generalmente aceptada en los ordenamientos jurídicos de tradición romanista, en el *common law* y, de hecho, en la mayor parte de las jurisdicciones, que la carga de la prueba incumbe a la parte, sea el demandante o el demandado, que afirma una determinada reclamación o defensa. Si esa parte presenta pruebas suficientes para fundar la presunción de que su reclamación es legítima, la carga de la prueba se desplaza a la otra parte, que deberá aportar pruebas suficientes para refutar la presunción”.

Lo anterior implica que quien hace una afirmación debe probarla. Al respecto hay dos situaciones posibles: 1) El reclamante, al afirmar que el demandado ha violado una obligación de alguno de los acuerdos abarcados, debe probar su alegación. 2) El demandado, al invocar como defensa una excepción a la obligación incumplida, es quien debe probar que se cumplen las condiciones exigidas para que la medida esté amparada por una excepción. Tal es el caso del Artículo XX del GATT⁴².

41 Grané, P. Op cit., pp. 34

42 Una mención especial merece el procedimiento excepcional previsto en el Art. XX. Cuando los asuntos relacionados con medidas adoptadas por un Estado, que a juicio de otros resulta incompatible con las reglas de la OMC llegan a esta etapa del procedimiento, el demandado trata de demostrar

Ahora bien, a la parte que debe probar su afirmación en principio se le exige aportar pruebas suficientes para que el Grupo Especial pueda presumir *prima facie* que esa afirmación es verdadera y sobre esa base la contraparte pueda entrar a controvertir la afirmación aportando pruebas en contrario. Si esa demostración *prima facie* satisface o no al Grupo Especial se evaluará en el informe final, en el cual este evaluará los argumentos y las pruebas de las dos partes.

que dichas medidas en realidad no menoscaban los derechos de los estados reclamantes para lo cual, como es de esperarse, los Estados dejaron en el GATT de 1994 una lista de excepciones a los compromisos adquiridos que buscan cumplir fines legítimos. Si bien doctrinalmente se discute si los Derechos Humanos tienen cabida dentro de la OMC, se ha entendido que estas excepciones son útiles para defender la salud, la vida y la privacidad de las personas. **Las Excepciones Generales que están contenidas en el artículo XX del GATT:** a) necesarias para proteger la moral o mantener el orden público; b) necesarias para proteger la vida y la salud de las personas y de los animales o para preservar los vegetales; c) necesarias para lograr la observancia de las leyes y los reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del presente acuerdo, con inclusión de los relativos a: i) la prevención de prácticas que induzcan a error y prácticas fraudulentas o los medios de hacer frente a los efectos del incumplimiento de los contratos de servicios; ii) la protección de la intimidad de los particulares en relación con el tratamiento y la difusión de datos personales y la protección del carácter confidencial de los registros y cuentas individuales; iii) la seguridad; **El Chapeau o Cláusula Introductoria del Artículo XX.** La primera parte del Artículo XX establece que dichas medidas deben ser “necesarias” para evitar que sean utilizadas de manera injustificada para obstaculizar el comercio internacional. El test de necesidad: El test de necesidad se lleva a cabo de la siguiente manera: 1.) Necesidad: a) Establecer si la medida cabe dentro del objetivo planteado b) Identificar si la medida es apta para la realización del fin buscado. Esto puede establecerse de manera cualitativa o cuantitativa. c) Mirar si hay alguna manera alternativa idónea para cumplir con el objetivo. 2.) Que las medidas no sean discriminatorias, arbitrarias o injustificables potencialmente. 3.) No debe ser utilizada como una justificación para limitar el libre comercio. Frente a la interpretación de las medidas que pueden tomar los Estados, no existe jurisprudencia uniforme. No es lo mismo que una medida sea efectiva a que sea indispensable. Si nos guiamos únicamente por el criterio de efectividad, muchas medidas pueden ser efectivas para proteger estos bienes jurídicos, pero no ser indispensables, porque pueden existir medidas menos restrictivas que lleven al cumplimiento de dichos objetivos. De la misma manera, como se desprende de una lectura superficial de la lista, nos encontramos ante bienes jurídicos indeterminados que se definen de diferentes maneras en distintas culturas. Por ejemplo ¿puede un Estado restringir la entrada de cigarrillos y alcohol por considerar que dichos productos van en contravía de la moral pública? ¿Puede restringir la entrada de material impreso, por considerar que dentro del mismo puede haber pornografía o se planteen ideas contrarias a la cultura? Son temas que se analizan individualmente en cada caso. Asimismo, ¿puede un Estado, que busque evitar prácticas restrictivas a la competencia, por ejemplo exigir que en los supermercados se separen claramente los productos importados de los producidos dentro del mismo país, por ejemplo para evitar que los productos importados que son más baratos se hagan pasar por los productos nacionales que son más caros? ¿Qué es la seguridad? ¿En qué consiste exactamente la protección de la vida silvestre? ¿Puede un Estado exigir que toda la gasolina que entre a su territorio cumpla con ciertos requisitos técnicos que generan menos contaminación? ¿Qué sucede si solamente los productores nacionales pueden cumplir con aquellos estándares? Por este motivo

En cuanto a los medios de prueba admitidos y de su peso probatorio no hay tampoco normas específicas. Los Grupos Especiales son autónomos en cuanto a la naturaleza y fuerza de las diferentes pruebas.

El ESD no contiene ni remite a reglas sobre la naturaleza y forma de la evidencia o tipo de prueba que será admisible. Cualquier medio probatorio, presentado de cualquier forma, puede ser admitido por el grupo especial. Le compete exclusivamente al grupo especial determinar el valor probatorio que le dará a cualquier prueba que las partes le presenten.

Los grupos especiales no están limitados a la prueba que les quieran presentar las partes. Por el contrario, el grupo especial tiene el derecho bajo el ESD de recabar información y asesoramiento técnico de cualquier persona o entidad que estime conveniente. Eso incluye el derecho a aceptar o rechazar información no solicitada, incluyendo información presentada por *amicus curiae* (amigos de la corte), como pueden ser ONG, asociaciones comerciales, académicos, etc⁴³.

En el punto específico de la posible participación de peritos el pánel de expertos no solamente se limita a escuchar a los informes de los peritos que traigan las partes, sino que pueden llamar a terceros que tengan conocimientos amplios sobre ciertos temas técnicos para que los mismos asesoren al Grupo Especial. Esta facultad está consagrada en el parágrafo segundo del artículo décimo tercero del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (el “DSU”).

los Estados pueden acudir ante el órgano de solución de diferencias si consideran, por ejemplo, que la motivación real detrás de una medida es la protección a la industria nacional. Un ejemplo, sería el Estado A exporte gasolina al Estado B quien ha condicionado que toda la gasolina que entre sea producida bajo el amparo de los estándares ambientales que al momento solamente los productores de dicho Estado (el B) estén en condiciones de cumplir. Las respuestas a las preguntas anteriores se pueden verificar en los siguientes casos: casos interesantes sobre la interpretación de las excepciones establecidas en el GATT. Restricción a la entrada de material impreso en defensa de la moralidad pública Informe del Órgano de Apelación, China - Medidas que afectan a los derechos comerciales y los servicios de distribución respecto de determinadas publicaciones y productos audiovisuales de esparcimiento, WT/DS363/AB/R, adoptado el 19 de enero de 2010. La exigencia de separar los productos importados de los nacionales para evitar medidas anticompetitivas Informe del Órgano de Apelación, Corea — Diversas medidas que afectan a la carne vacuna. WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R adoptado el 11 de diciembre de 2010. Prohibir la entrada de gasolina de otros Estados por no cumplir con los estándares internos para proteger el medioambiente. Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos-Gasolina reformulada. WT/DS2/R, adoptado el 29 de abril de 1996.

43 Grane, P. Op cit., p. 35.

Esta práctica ha sido controvertida porque se ha entendido que dichos expertos no siempre serán imparciales e influyen intensamente en las decisiones del Grupo Especial. No obstante, hay que tener en cuenta que el mandato de los expertos consultados se limita a responder preguntas técnicas más no jurídicas. Además el Grupo Especial es quien toma la decisión final sin estar atado a los conceptos del experto o los expertos consultados.

iii) Adopción del informe

El Grupo Especial tiene como función interpretar, a la luz de los hechos esgrimidos y probados por las partes, los acuerdos de la Organización. En este punto es necesario saber que las interpretaciones autorizadas solo las pueden hacer la Conferencia Ministerial y el Consejo General y que estos Grupos deben realizar sus interpretaciones de acuerdo con las normas generales de interpretación del derecho internacional público⁴⁴, es decir, como lo ha establecido el Órgano de Apelaciones, deben aplicar la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969⁴⁵.

Una mención especial merece el valor del precedente para los miembros del Grupo frente a decisiones anteriores. Formalmente las decisiones son obligatorias exclusivamente para las partes, por lo cual no son en estricto sentido precedentes. “No obstante... el Órgano de Apelación ha establecido que los grupos especiales tomarán en cuenta las decisiones de otros grupos especiales y del Órgano de Apelación en casos anteriores porque estas crean expectativas legítimas entre los Miembros. Por lo tanto, los grupos especiales deben tener razones de peso para apartarse de lo que ha establecido la jurisprudencia y en todo caso deben justificar esos desacuerdos”⁴⁶. Lo anterior trae como resultado también que las partes acudan a decisiones anteriores para justificar sus argumentos, lo cual en últimas permite hablar de una jurisprudencia anterior.

Una vez entonces valorados los hechos, las pruebas y los argumentos de las partes, el grupo especial debe proferir un informe escrito. Si bien lo ideal es que se adopte por unanimidad, es posible que existan opiniones concurrentes (apoyan la decisión a la que se llega, pero por motivos diferentes) o disidentes (no apoyan la decisión).

44 Artículo Tercero, numeral segundo (3.2) del ESD.

45 Grane, P. Op cit., p. 36.

46 *Ibidem*. p. 35.

Dichas opiniones se publican con el informe, pero son anónimas, es decir que no se sabe cuál de los miembros del panel la emitió⁴⁷.

El “informe provisional” una característica interesante de las Normas y Procedimientos de Solución de Controversias de la OMC: antes de emitir el informe definitivo, el panel emite un “informe provisional” que solamente es conocido por las partes. A estas les está dado hacer comentarios que son tenidos en cuenta para la emisión del informe final⁴⁸.

Una vez tomados en cuenta los comentarios de las partes (de haberlos), se circula el informe final entre todos los Estados miembros, luego de lo cual, si ninguna de las partes expresa su decisión de apelar, se cita a una reunión del OSD en la cual se discute y adopta (por consenso negativo) este reporte, el cual es de naturaleza pública y que se traduce a los demás idiomas oficiales de la OMC⁴⁹.

¿Cuánto se demora esta etapa del proceso?

Si bien según las normas y procedimientos de Solución de Diferencias se supone que esta etapa debe durar entre seis y nueve meses como máximo, en la práctica termina por demorarse más del tiempo previsto. No obstante, una crítica de la doctrina en este momento es que cada vez se demoran más los paneles en emitir su informe final. Esto se debe entre otras cosas, a disputas procesales entre las partes, dificultades y demoras para reunir a los miembros de los paneles dado que lo normal es que se dediquen a otras actividades externas, y disputas sobre traducción⁵⁰.

Tabla 1. Casos emblemáticos por su demora

Caso	Partes	Fecha de Inicio y Terminación
El Sistema de sistema de aprobación de los productos Biotecnológicos por parte de la Unión Europea. (DS291 DS 292 y DS 293.)	Estados Unidos, Canadá y Argentina vs. La Unión Europea.	<u>Inicio (Establecimiento del Panel):</u> agosto 29 de 2003 <u>Terminación (Circulación del Reporte):</u> septiembre 29 de 2006

Continúa

47 Lester, S., Mercurio, B., & Davies, A. (2012). Op. cit., p. 156.

48 *Ibidem.* p. 155

49 Los idiomas oficiales de la OMC son inglés, español y francés.

50 Kennedy, M. (2011). Why are WTO Panels Taking Longer and What can be Done About it? *Journal of World Trade* (45)1. 221-253.

Caso	Partes	Fecha de Inicio y Terminación
Comunidades Europeas- Hormonas. Suspensión Injustificada del Cumplimiento. (DS 320 y DS 321)	Estados Unidos y Canadá vs. Comunidades Europeas	<u>Inicio (Establecimiento del Panel):</u> febrero 27 de 2005 <u>Terminación (Circulación del Reporte):</u> marzo 31 de 2008
Las Comunidades Europeas y ciertos Estados Miembros-Grandes Aeronaves Civiles. (DS 326)	Los Estados Unidos vs. las Comunidades Europeas, Francia, Alemania, España y Reino Unido.	<u>Inicio (Establecimiento del Panel):</u> 20 de julio de 2005 <u>Terminación (Circulación del Reporte):</u> 30 de junio de 2010
Las Comunidad Europeas y ciertos Estados Miembros-Grandes Aeronaves Civiles. (DS 353)	Comunidades Europeas vs. Estados Unidos.	<u>Inicio (Establecimiento del Panel):</u> 17 de febrero de 2006 <u>Terminación (Circulación del Reporte):</u> 31 de marzo de 2011
Australia — Medidas que afectan a la importación de manzanas procedentes de Nueva Zelandia. (DS 367)	Nueva Zelandia vs. Australia.	<u>Inicio (Establecimiento del Panel):</u> 21 de enero de 2008 <u>Terminación (Circulación del Reporte):</u> 9 de septiembre de 2010

Fuente: elaboración propia.

Publicación del Reporte y la Posibilidad de Acudir ante el Órgano de Apelaciones.

Como se acaba de mencionar, una vez se emite el reporte final, existen dos posibilidades:

- a. Que pasen 60 días sin que se apele. En este caso se pone a consideración del Órgano de Solución de Diferencias quien lo adopta mediante consenso negativo. Es decir que para que sea rechazado se requiere que todos los Estados presentes, incluyendo el reclamante, tendrían que oponerse.
- b. Que una de las partes apele dentro de los 60 días siguientes a la publicación. En este caso el reporte será examinado por el Órgano de Apelaciones que lo “enmendará” de considerarlo necesario para luego someterlo al Órgano de Solución de Diferencias⁵¹. Una vez presentada la apelación cualquier otra parte puede sumarse a la misma o presentar una diferente. Así mismo, los miembros que en la etapa del grupo especial se reservaron derechos como terceros pueden participar en la de apelación.

51 Artículo 16, párrafo 4 del ESD

Tabla 2. Composición y Funciones del Órgano de Solución de Diferencias

Composición	Se compone de representantes diplomáticos de los Estados miembros de la OMC ubicados en Ginebra, sede de la OMC.
Funciones	Autoriza el establecimiento de los Grupos Especiales. Adoptan los informes de los Grupos Especiales como decisiones vinculantes. Autorizan la aplicación de medidas de retorsión cuando un miembro no cumple con lo establecido en las resoluciones.

Fuente: elaboración propia.

El Órgano de Apelaciones

A diferencia de los paneles, el Órgano de Apelaciones es, como bien lo dice su nombre, un órgano permanente. Sus miembros no son elegidos *ad hoc* (para completar la tarea), sino que tienen periodos de cuatro años que pueden renovarse hasta por otros cuatro años⁵².

Se trata de siete personas que tengan profundos conocimientos jurídicos, del comercio internacional y, por supuesto, de la reglamentación de la OMC. Se eligen teniendo en cuenta que deben representar la diversidad dentro de la OMC. Hasta ahora, siempre ha habido un representante de los Estados Unidos, otro de la Unión Europea y tres o cuatro representantes de países en vías de desarrollo⁵³.

Tabla 3. Composición actual del Órgano de Apelaciones

	Nacionalidad	Mandato
Ujal Singh Bhatia	India	Del 11 de diciembre de 2011 al 10 de diciembre de 2015
Peter Van den Bossche	Bélgica	Del 12 de diciembre de 2009 al 11 de diciembre de 2013 Del 12 de diciembre de 2013 al 11 de diciembre de 2017
Seung Wha Chang	Corea	Del 1 de junio de 2012 al 31 de mayo de 2016
Thomas R. Graham	Estados Unidos	Del 11 de diciembre de 2011 al 10 de diciembre de 2015
Ricardo Ramírez-Hernández	México	Del 1 de julio de 2009 al 30 de junio de 2013 Del 1 de julio de 2013 al 30 de junio de 2017

Continúa

52 Artículo 17 del ESD.

53 Lester, S., Mercurio, B., & Davies, A. (2012). Op. cit., pp. 156-157.

	Nacionalidad	Mandato
Shree Baboo Chekitan Servansing	Mauricio	Del 1 de octubre de 2014 al 30 de septiembre de 2018
Yuejiao Zhang	China	Del 1 de junio de 2008 al 31 de mayo de 2012 Del 1 de junio de 2012 al 31 de mayo de 2016

Fuente: elaboración propia.

a. ¿Quiénes conocen de la apelación?

El Órgano de Apelaciones se escinde en “divisiones” de tres miembros elegidos al azar, que son quienes conocen del caso específico. De esta manera, los miembros del Órgano de Apelaciones se van rotando para conocer los casos bajo el principio de que todos deben conocer⁵⁴.

Un tema interesante sobre el Órgano de Apelaciones es que se rige por la colegialidad, es decir que los miembros independientemente de que estén conociendo de un caso en particular se consultan unos a otros antes de que se tome la decisión final⁵⁵.

b. ¿Qué aspectos del reporte emitido son conocidos por el Órgano de Apelaciones?

El Órgano de Apelaciones se limita a revisar la interpretación jurídica del panel así como sus conclusiones. No le está dado examinar los hechos y la evidencia y por este motivo así como los paneles emiten reportes, el Órgano de Apelaciones emite “reportes enmendados”, es decir que modifica el reporte emitido originalmente.

c. ¿Cómo se toma la decisión?

Al igual que con los paneles de apelaciones, la decisión se toma en lo posible por unanimidad. Si esto no es posible, la decisión se toma por mayoría calificada y al publicarse se incluyen las opiniones concurrentes (se está de acuerdo con la decisión más no con la manera en que se llegó a ella) o disidentes (no se está de acuerdo con la decisión) siempre bajo la condición de anonimidad⁵⁶.

54 Artículo 6 del Procedimiento del Órgano de Apelaciones.

55 Artículo 4 del Procedimiento del Órgano de Apelaciones.

56 Artículo 17 del ESD.

d. ¿Cuánto se demora esta etapa del proceso?

En teoría debe demorarse 60 días que pueden extenderse a 90⁵⁷.

e. ¿Una vez emitido el reporte enmendado qué sucede?

El mismo se pone a consideración del Órgano de Solución de Controversias y al igual que un reporte común y corriente se adopta a menos que exista consenso negativo. (Que todos los miembros se pongan de acuerdo para no adoptarlo)⁵⁸.

¿Qué obligaciones se le imponen al Estado Infractor y cómo se hacen cumplir?

Cuando un panel o el Órgano de Apelaciones determina que un Estado ha estado incumpliendo con sus obligaciones hace dos recomendaciones estándar en consonancia con el ESD:

- Que se modifique o que cese la medida incompatible con las obligaciones que tiene el Estado. Lo que se expresa como la obligación de poner la medida en conformidad con el acuerdo que se considere violado.
- Que se haga de manera pronta y expedita⁵⁹.

Es de anotar que frente a un incumplimiento de cualquier acuerdo de la OMC, el Órgano de Solución de Diferencias no está habilitado para imponer sanciones resaristorias del tipo monetario. Una vez este reporte ha sido aprobado por el Órgano de Solución de Controversias este entra a hacer parte de sus “recomendaciones y fallos”⁶⁰.

a. ¿Cómo se cumple la Obligación de modificar o hacer cesar la medida incompatible?

Realmente es el Estado condenado quien desde el punto de vista de su régimen interno puede escoger los medios apropiados para dicho fin.

57 Artículo 17 del ESD, párrafo 5.

58 Artículo 17 del ESD, párrafo 14.

59 Artículo 19 del ESD.

60 Artículo 19 del ESD.

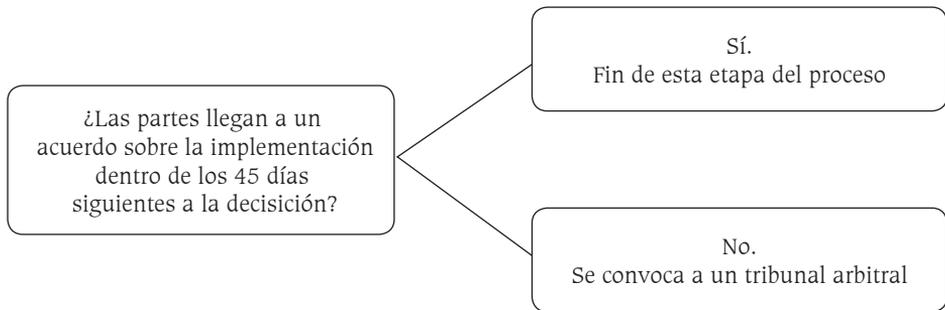
b. ¿Cómo se cumple con una obligación de tal manera que sea “pronta y expedita”?

Si bien en un mundo ideal una obligación se cumpliría de manera inmediata, esto no siempre es posible en la práctica. Muchas veces tienen que mediar trámites internos (legislativos, por ejemplo) que pueden tomar tiempo. Es por este motivo que no hay un periodo de tiempo preestablecido.

El Acuerdo sobre Resolución de Controversias trae tres formas en las que se puede determinar el “plazo razonable”.

i) Primera opción: arreglo directo

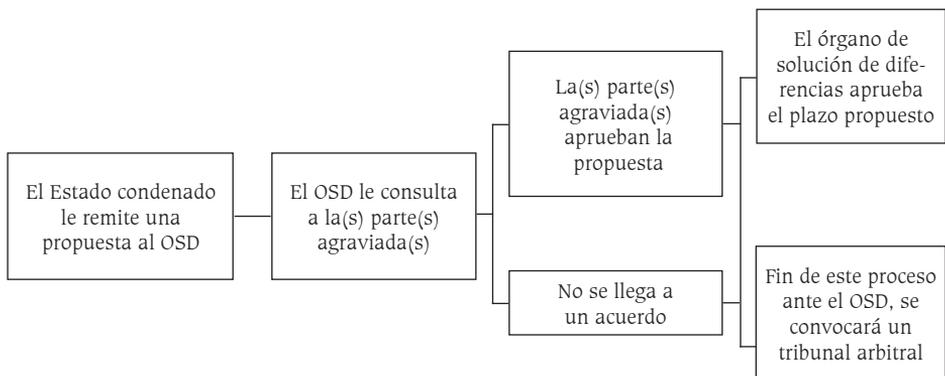
Gráfica 8. Arreglo directo



Fuente: elaboración propia.

ii) Segunda opción: arreglo directo con la intervención del OSD.

Gráfica 9. Arreglo directo con intervención del OSD

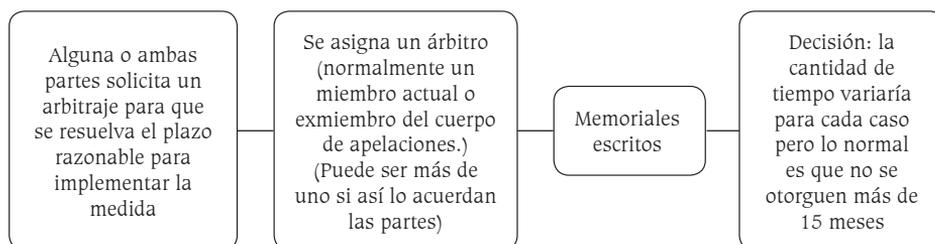


Fuente: elaboración propia.

iii) Tercera opción: arbitraje

Como podemos ver, existen entonces dos opciones de arreglo amigable de la controversia. No se agotan en el orden expuesto, simplemente si alguna o ambas de las opciones anteriormente expuestas no funciona, las partes recurren a un arbitraje que no debe demorarse más de noventa (90) días.

Gráfica 10. Arbitraje



Fuente: elaboración propia.

c. ¿Cómo se vela por que en efecto el Estado condenado cumpla con las medidas impuestas?

El Estado condenado debe rendirle informes de manera regular al OSD una vez pasados los primeros seis meses desde que se comprometió con el plazo o desde la toma de la decisión por parte del árbitro o árbitros para la puesta de medidas en conformidad. No obstante, dichos informes son muy generales y si un Estado quiere aprovechar la situación para dilatar el proceso o evitar sus obligaciones bien podría hacerlo⁶¹.

d. ¿Qué sucede si el Estado condenado no cumple con el plazo acordado o impuesto por el tribunal arbitral a satisfacción del Estado demandante?

En este caso el artículo 21.5 del ESD establece que en caso de desacuerdos de esta naturaleza deben ser resueltos en la medida de lo posible, por el mismo panel arbitral que originalmente conoció de la disputa y usando el mismo procedimiento dentro de un plazo de noventa (90) días.

Uno pensaría que es únicamente el Estado demandante el que puede acudir a este procedimiento, pero en realidad puede iniciarlo cualquiera de los dos. Esto se puede dar, por ejemplo, cuando el Estado condenado siente que está tomando o ha

61 Artículo 20 del ESD.

tomado medidas por medio de las cuales está cumpliendo con su obligación, pero el Estado condenado no acepta⁶².

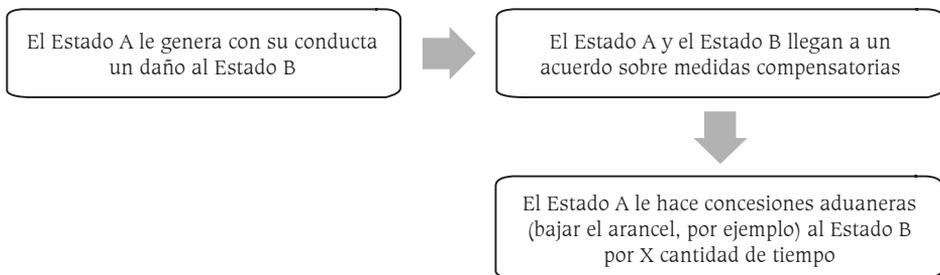
e. ¿Qué sucede una vez el panel toma una decisión?

El pánel puede tomar dos determinaciones: la primera es que en efecto el Estado condenado ha puesto sus medidas de conformidad con lo que se había solicitado, o puede determinar que el Estado “condenado” no cumplió con poner las medidas en conformidad tal como se le había exigido. En este caso el Estado demandante, que ha sido afectado por el incumplimiento puede tomar dos medidas: compensación o suspensión de las concesiones arancelarias⁶³.

f.  C mo funcionan las medidas compensatorias?

Si bien a primera vista la compensación puede sonar como un pago monetario, no hay tal necesariamente. La compensación significa que ambas partes se ponen de acuerdo por medio de un proceso de Consultas para así llegar a un acuerdo en el que el Estado “condenado” le hace concesiones aduaneras al Estado demandante para reparar los perjuicios ocasionados. Un ejemplo sería que el Estado A que con su conducta le ha ocasionado un perjuicio al Estado B le disminuya el arancel a algunos productos de dicho Estado durante cierto periodo de tiempo con el fin de reparar los perjuicios ocasionados por su conducta⁶⁴.

Gráfica 11. Medidas compensatorias



Fuente: elaboración propia.

62 Lester, S., Mercurio, B., & Davies, A. (2012). Op. cit., pp. 157-158.

63 Ibídem. p. 160.

64 Artículo 22 del ESD.

Tabla 4. Punto interesante

Una pregunta interesante es si cuando se aplican medidas de compensación hay que aplicar el principio de Nación Más Favorecida (NMF). La compensación no ha sido utilizada con mucha frecuencia, pero en el caso conocido como *Turquía-Restricciones a la importación de Textiles y Prendas de Vestir*⁶⁵ Turquía, el “Estado condenado” le bajó el arancel a algunos químicos provenientes de la India sin que se sepa de quejas al respecto⁶⁶.

Fuente: elaboración propia

i) ¿Cómo funciona la Suspensión de Concesiones aduaneras?

Una vez se vence el plazo para que el Estado condenado ponga sus medidas a conformidad, las partes tienen veinte (20) días para ponerse de acuerdo sobre las medidas compensatorias. De no llegarse a un acuerdo, el Estado demandante puede solicitarle al OSD que le dé permiso para suspenderle al Estado incumplido concesiones aduaneras otorgadas, una medida que se conoce también como una “medida de retorsión”.

El Órgano de Solución de Diferencias deberá otorgar la autorización solicitada dentro de los 30 días siguientes al vencimiento del término para poner las medidas a conformidad, a menos que haya consenso negativo o que la parte condenada solicite que la suspensión sea sometida a arbitraje.

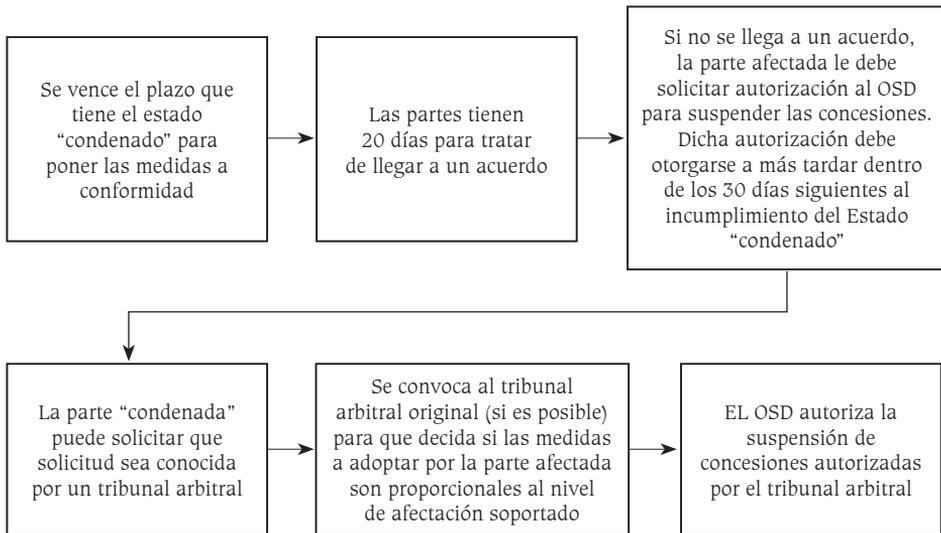
De nuevo, en la medida de lo posible, se reinstalará el mismo panel arbitral que conoció inicialmente de la disputa y evaluará si el nivel de suspensión de las concesiones que solicita el Estado afectado es proporcional al nivel de afectación que haya sufrido el Estado demandante. Dicho laudo debe demorarse a más tardar sesenta (60) días desde el vencimiento del plazo para poner medidas a conformidad. Luego del laudo, el Estado afectado le solicita al OSD que autorice las medidas compensatorias y este lo hará de conformidad con el laudo⁶⁷.

65 WT/DS34/R

66 Lester, S., Mercurio, B., & Davies, A. (2012). Op. cit., p. 161.

67 Artículo 22 del ESD.

Gráfica 12. Suspensión de concesiones



Fuente: elaboración propia.

ii) ¿En qué consiste una medida de retorsión o la suspensión de las concesiones?

Las medidas retorsión son una especie de sanción o castigo para el Estado condenado por no cumplir sus obligaciones y tiene dos fines principales: reestablecer el equilibrio y ejercer presión sobre dicho Estado para que ponga las medidas en conformidad. En este sentido el Estado afectado le subirá las tarifas arancelarias al Estado condenado en algunos de los productos que importe a su territorio y siempre se tratará de una medida proporcional, compensatoria y temporal, que no constituye un reemplazo a la obligación de adecuar las normas.

iii) ¿Cómo funciona este tema en la práctica?

En teoría estas sanciones se le deben aplicar a productos del Estado condenado similares a aquellos originarios del Estado demandante. Si esto no es posible, entonces se le debe aplicar la medida a un producto que se encuentre dentro de la misma categoría. Por ejemplo, si hay una violación del GATT dado que existen disputas sobre productos bovinos (de carne de res), se podrían aplicar medidas sobre la importación de otra categoría diferente, por ejemplo, textiles⁶⁸. Si se considera que esto no

68 Lester, S., Mercurio, B., & Davies, A. (2012). Op. cit., pp. 161-163.

es posible entonces las medidas de retorsión podrían aplicársele a asuntos en relación con otro tratado. Por ejemplo, del GATT podríamos pasar al ADPIC e imponer sanciones sobre marcas o patentes.

A primera vista, uno pensaría que no debe ser difícil tomar una medida que “castigue” al mismo producto. ¿Entonces por qué no se hace de esta manera y existen todos estos criterios para aplicar la medida? La respuesta es que si lo que se busca es presionar a la contraparte para que ponga sus medidas en conformidad, hay que buscar un producto que realmente genere cierto impacto. Este impacto puede ser económico o político y la magnitud del impacto depende de las circunstancias. Para que la suspensión de ventajas arancelarias tenga algún efecto económico, las medidas deben imponerse sobre un producto que tenga cierta importancia dentro de la economía del Estado condenado y que tenga un mercado dentro del Estado demandante. Por ejemplo, si hay un Estado cuya exportación principal es algodón, pero el Estado demandante solamente constituye el 1% de su mercado alrededor del mundo, imponerle mayores tarifas arancelarias al algodón no será efectivo. De otro lado, si las exportaciones totales de algodón del Estado condenado al Estado demandante representan por ejemplo el 30% de su mercado total, disminuirle beneficios arancelarios al algodón puede ser una medida muy efectiva. Desde el punto de vista político, sin hacer a un lado el económico, una medida efectiva puede ser disminuirle los beneficios arancelarios a un producto que tenga gremios y asociaciones fuertes que ejerzan presión sobre el gobierno. Si el Estado condenado tiene una agremiación muy fuerte de ganaderos, suspenderle los beneficios arancelarios a los productos bovinos (de carne de res) puede generarle al gobierno suficiente presión política para que ponga sus medidas de conformidad⁶⁹.

iv) Un Caso Interesante: La Unión Europea contra Estados Unidos

Liebman y Tomlin hicieron un análisis detallado del conflicto generado por las salvaguardias⁷⁰ impuestas por el presidente estadounidense George W. Bush, sobre los productos de acero en marzo de 2002 y la reacción de la Unión Europea.

69 *Ibidem.* Op.cit., pp. 161 -163.

70 Las salvaguardas son sobre aranceles temporales que toma un Estado cuando una industria se ve seriamente afectada. Dentro del marco de la OMC las mismas se pueden aplicar cuando las importaciones amenazan con causar o le están causando un daño irremediable a alguna de las ramas de la industria nacional.

Como en la etapa de consultas la Unión Europea no quedó satisfecha con la compensación que le ofrecía los Estados Unidos, la misma calculó el daño que sufriría su industria en virtud de dicha medida e hizo una lista de productos estadounidenses sobre a los cuales aplicaría medidas de retorsión. Esta lista se hizo teniendo en cuenta los productos provenientes de los Estados Federales en los que George W. Bush tenía mayor interés para su reelección⁷¹. De la misma manera, se le apuntó a afectar empresas con presencia en dichos Estados. Según los autores la Harley-Davidson fue uno de los objetivos principales de la Unión Europea puesto que tenía actividades en Pennsylvania, Wisconsin y la Florida⁷².

El 10 de noviembre de 2003, después de surtido el proceso, el Órgano de Apelaciones dejó en firme el reporte del Órgano de Solución de Controversias que establecía que las medidas tomadas por Estados Unidos no se ajustaban a los parámetros de la OMC. Si bien las medidas de salvaguardia tal como estaban planteadas inicialmente debían durar quince (15) meses más, Bush anunció el 4 de diciembre de 2003, faltando dos semanas para que las medidas de retorsión de la Unión Europea se comenzaran a aplicar, que la industria del acero se había recuperado y las medidas de salvaguardia ya no eran necesarias⁷³.

Las Tercerías: una manera en la que Colombia puede contribuir al sistema

Dentro de este análisis procesal de la Organización Mundial del Comercio, es necesario mencionar y profundizar un poco en el tema de tercerías dado que las mismas tienen el potencial de influir sobre las decisiones del Órgano de Solución de Controversias y generar de esta manera precedentes que puedan serle útiles a Colombia hacia futuro.

¿Qué es una tercería?

La Organización Mundial del Comercio establece que todos los Estados miembros pueden conocer los argumentos de las partes y aportar su opinión dentro de todas

71 Liebman, B. H. (2008). Safeguards and Retaliatory Threats. *Journal of Law and Economics*, 51, 351-376 citando el artículo de Meller, P. (23 de marzo de 2002). Europe Lists U.S Imports it Plans to Tax. *The New York Times* en el que el autor señalaba que la inclusión de productos cítricos dentro de la lista se debía al interés electoral en ese momento presidente en la Florida.

72 Liebman, B. H. (2008). Safeguards and Retaliatory Threats. *Journal of Law and Economics*, vol 51. *Mayo de 2008*, 351-376 citando a Young, C. (18 de abril de 2002). Harley a Possible Target of European Tariffs. York Dispatch.

73 *Ibidem.*, 351-376.

las etapas del proceso. De esta manera, un tercer Estado puede solicitar que se le escuche, incluso desde la fase de consultas⁷⁴.

Por una parte, a través de las tercerías, los intervinientes evitan que las partes en litigio lleguen a arreglos bilaterales que de alguna forma discriminen al resto de miembros de la OMC, y se aseguran de que los acuerdos sean pactados en el marco multilateral de la Organización. Por otra, el sistema de tercerías permite a quienes tengan interés en el objeto jurídico de la decisión un mecanismo de control del precedente, a través del cual participan en la discusión e interpretación de las disposiciones contenidas en los Acuerdos Cubiertos. Así mismo, resulta frecuente que el país miembro que se ha querido constituir como tercero simplemente desee tener acceso a las comunicaciones de las partes, sin el ánimo de intervenir con un escrito propio o una intervención oral⁷⁵.

¿Por qué querría un Estado intervenir dentro de un conflicto del que no hace parte?

En primer lugar, resaltamos que las tercerías les otorgan el derecho a los solicitantes a conocer los argumentos de las partes. Esta información es valiosa e interesante por sí misma. Limitarse a conocer dicha información es una ganancia porque el tercero tiene la oportunidad de conocer a fondo los argumentos de las partes y ver finalmente el tratamiento que les da el panel de expertos o el Órgano de Apelaciones si el conflicto llega a dicha instancia.

En este sentido, puede afirmarse que las tercerías son una oportunidad invaluable porque se ha demostrado que en la práctica, influyen de dos maneras muy importantes: la economía procesal⁷⁶ y las decisiones finales⁷⁷.

74 Esto está condicionado a la aceptación del Estado convocado. Ver artículo 4 numeral 11 del ESD.

75 García-Matamoras, L.V. Londoño Tabares, J.D. (2015). Como parte y como tercero: hacia un sistema de buenas prácticas para la defensa jurídica de Colombia ante la OMC. En *Derecho del litigio internacional: herramientas jurídicas y estrategia para la solución de controversias internacionales en el siglo XXI* (p. 373). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

76 Dentro de la Organización Mundial del Comercio se habla de "Economía Procesal" cuando un panel de expertos decide que no hay necesidad de conocer sobre algunos argumentos de las partes porque una vez decidida una cuestión, el resto se vuelve irrelevante. Para ver cómo las tercerías influyen en la economía procesal ver: Busch, M. L. (2010). The Politics of Judicial Economy at the World Trade Organization. *International Organization*, (64) 2, 257-279.

77 Busch, M. L. (2010). The Politics of Judicial Economy at the World Trade Organization. *International Organization*, (64) 2, 257-279.

Así, los Estados deciden si se limitan a conocer la información o si deciden presentarle su opinión al Panel de Expertos⁷⁸ y de haberlo hecho, si la disputa llega a dicha instancia, pueden presentarle su opinión al Órgano de Apelaciones⁷⁹.

¿Cuándo se puede presentar una tercera?

Existen tres momentos procesales en los que pueden darse las tercerías de los cuales dependen ciertas consecuencias y efectos:

- a. Desde la convocatoria a consultas (artículo 4.11 del ESD). Cuando un miembro que no sea parte en las consultas convocadas y considere que tiene un *interés comercial sustancial* en las mismas, puede notificar a las partes involucradas y al OSD su deseo de participar. El solicitante será asociado a las consultas siempre que el demandado acepte que la reivindicación del interés sustancial está correctamente fundada.
- b. En la fase del Grupo Especial. (Artículo 10 del ESD). Cuando un miembro tenga un *interés sustancial* en un asunto sometido a un Grupo Especial y así lo haya notificado al OSD, podrá ser oído por el Grupo que conozca la controversia. Caso en el cual podrá presentar comunicaciones por escrito, que serán circuladas entre las partes y se reflejarán en el informe del mismo.
- c. En la fase de apelación. Si bien en esta etapa es claro que solo las partes en controversia pueden apelar, es también cierto que los terceros que hayan notificado un *interés sustancial* (párrafo 2 del Artículo 10), podrán presentar comunicaciones por escrito al Órgano de Apelación, “que podrá darles la oportunidad de ser oídos”.

Como se observa hay dos tipos de interés que deben ser argumentados el “interés comercial o económico sustancial” y el “interés sustancial”, cuya distinción ha suscitado discusiones: en relación con el primero, no hay un mayor desarrollo jurisprudencial. Al respecto el informe del Órgano de Apelaciones en EC-Bananas, al resolver la cuestión de si los Estados Unidos tenían un “interés económico sustancial” estableció:

78 Ver artículo 10, numeral 2 del ESD.

79 Ver artículo 17, numeral 4 del ESD.

Estamos persuadidos de que en el asunto que se examina los Estados Unidos tenían justificación para presentar sus alegaciones en el marco del GATT de 1994. Los Estados Unidos son un país productor de banano y no puede excluirse un interés potencial de exportación de ese país. El régimen del banano de las CE podía afectar al mercado interno de los Estados Unidos, especialmente debido a los efectos de ese régimen en los suministros y precios mundiales del banano⁸⁰.

En cuanto al segundo, es decir el interés simplemente “sustancial” se ha admitido que va más allá de los temas puramente comerciales o econométricos e involucra un “*interés sistémico*” representado en su interés por la aplicación, sentido e interpretación de las normas en juego.

De otro lado, en términos prácticos es necesario saber que los derechos de los terceros son limitados⁸¹: participan en la fase oral, siempre y cuando haya efectivamente participado en la escrita mediante un documento y haya notificado al Órgano de Apelaciones de su intención de participar en la fase oral (25 días a partir de la notificación de la apelación).

Existe la discusión acerca de la posibilidad de ampliar los derechos de los terceros. Al respecto el Órgano de Apelaciones ha expresado que la decisión sobre una posible ampliación está en cabeza de los Grupos Especiales⁸², sin perjuicio de la obligación que tienen estos de considerar plenamente las argumentaciones planteadas por los terceros intervinientes⁸³.

¿Cómo puede contribuir Colombia?

La participación como tercero por parte del Estado colombiano se ha convertido en una estrategia para lograr que sus intereses sean tenidos en cuenta dentro de las decisiones de la OMC y para contribuir a la construcción del derecho aplicable al comercio internacional bajo la perspectiva de los países en vías de desarrollo.

80 Reporte del Órgano de Apelaciones. EC-Bananas WT/DS27/AB/R. Septiembre de 1997. Parágrafo 133-136.

81 VAN DEN BOSSCHE, Peter. Op cit., p. 275.

82 Caso Estados Unidos-Trato Fiscal Aplicado a las “Empresas de Ventas en el Extranjero”-EVE-(WT/DS108/AB/RW), Parágrafo 245.

83 García-Matamoros L.V.- Londoño-Tabares J.D., Op cit., pp. 374-378.

II. PRÁCTICAS DESLEALES DEL COMERCIO Y EL PROCEDIMIENTO INTERNO EN COLOMBIA

Colombia y la apertura económica

Si bien Colombia en las décadas del sesenta y setenta adscribió a las propuestas económicas de la CEPAL⁸⁴, de acuerdo con las cuales para lograr el desarrollo era necesario proteger la economía mediante la restricción y sustitución de importaciones y el fortalecimiento de las exportaciones, es también cierto que en el noventa, ante el fortalecimiento del liberalismo económico, acometió un proceso de apertura comercial mediante la adopción de normas internas que se vieron complementadas con algunos acuerdos bilaterales y con la suscripción y ratificación del Acuerdo de Marrakech, por el cual se creó y se puso en funcionamiento la OMC.

Prácticas desleales del comercio

¿Qué es una práctica desleal del comercio y cuáles existen?

Una práctica desleal del comercio es un comportamiento “que distorsiona la competencia a precios artificialmente bajos”⁸⁵ y que pone en peligro la apertura de una rama nacional así como “permanencia de productores locales amenazando de esta forma los objetivos trazados dentro de la apertura económica”⁸⁶. Por este motivo, el gobierno ha diseñado mecanismos para que los gremios y los productores puedan acudir al gobierno con el fin de que se tomen medidas correctivas o incluso preventivas.

¿Cuáles son las prácticas desleales del Comercio?

Las prácticas desleales del comercio son dumping y subsidios o subvenciones a las importaciones.

84 Ver PREBISH, Raúl. (1981). En torno a las ideas de la CEPAL. Problemas de la industrialización en América Latina. En *Intercambio y Desarrollo*, Serie Lecturas, No. 38, México, Fondo de Cultura Económica.

85 *Ibidem.*, p. 12.

86 *Ibidem.*

a. ¿Qué es dumping?

El dumping es:

La práctica desleal del comercio internacional, que consiste en introducir en el mercado de otro país, un producto idéntico o similar a un precio de exportación, inferior al valor normal de ese producto en el país de origen, en igual nivel de comercialización⁸⁷.

b. ¿Qué es una subvención o subsidio?

“Se considera como subsidio o subvención una contribución financiera de un gobierno o de cualquier otro organismo público de un país miembro de la OMC, o cuando exista en dicho país alguna forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios y que ello otorgue un beneficio”⁸⁸

c. ¿En qué contextos se pueden dar prácticas desleales del comercio?

Las prácticas desleales del comercio se pueden dar dentro de un tratado de libre comercio, la OMC o con Estados con los cuales se tengan relaciones comerciales, pero que no estén reguladas por ningún tratado.

d. Decretos sobre las Prácticas Desleales del Comercio⁸⁹

Decreto	Práctica desleal que regula
Decreto No. 1500 de 1990	Dumping y subsidios
Decreto No. 2444 de 1990	Dumping y subsidios
Decreto No. 150 de 1993	Dumping y subsidios
Decreto No. 299 de 1995	Dumping y subsidios
Decreto No. 2550 de 2010	Dumping

Fuente: elaboración propia.

87 Íbidem. p. 25.

88 Íbidem. p. 27.

89 Íbidem. p. 27.

El Procedimiento ante el Estado colombiano:

¿Quién puede acudir?

La rama de producción nacional se entiende como “el conjunto de los productores nacionales de los productos similares, o aquellos cuya producción conjunta constituya una proporción importante de la producción nacional total de dichos productos”⁹⁰.

Para que se entienda que una rama de producción nacional fue la que presentó la solicitud, o en nombre de la misma, la solicitud debe estar apoyada por productores nacionales cuya producción conjunta represente más del 50% de la producción nacional. No obstante, se pueden iniciar investigaciones mientras al menos el 25% de la rama de producción nacional haga la solicitud⁹¹.

Si se trata de un mercado fragmentado se utilizan medidas de muestreo⁹².

¿Qué debe contener la solicitud?

a. Para casos a dumping

1. Identificación del peticionario. Nombre o razón social y justificación de que es representativo de la rama de producción nacional. Para este efecto, el solicitante podrá aportar la certificación del Registro de Productor Nacional expedida por el Grupo de Origen y Producción Nacional del Ministerio de Comercio Industria y Turismo o quien haga sus veces, o cualquier otro tipo de documento mediante el cual sea posible constatar de manera fehaciente tal condición y su nivel de participación en el volumen de la producción total.

Cuando la solicitud se eleve en nombre de la rama de producción nacional, se deberá identificar la rama en cuyo nombre se hace, por medio de una lista de todos los productores nacionales conocidos o de las asociaciones de productores nacionales del producto similar y, facilitar una descripción del volumen y del valor de la producción nacional del producto similar que representen dichos productores.

2. Descripción del producto de producción nacional, similar al producto considerado presuntamente objeto de “dumping”.
3. Descripción del producto considerado presuntamente objeto de “dumping”, señalando la clasificación arancelaria comúnmente utilizada.
4. País o países de origen y de exportación.

90 *Ibíd.* p. 12.

91 *Ibíd.* p. 13.

92 *Ibíd.* p. 13.

5. Nombre y domicilio de los importadores, exportadores y productores extranjeros, si se conocen.
6. Datos sobre los precios a los que se vende el producto considerado de que se trate cuando se destina al consumo en los mercados internos del país o países de origen y exportación o cuando proceda, sobre los precios a los que se venda el producto desde el país o países de origen y exportación a un tercer país o a terceros países, o sobre el valor reconstruido del producto. Estos datos pueden tomarse, entre otros, a partir de listas de precios, cotizaciones, facturas, estudios de mercado, revistas especializadas o estadísticas de importación.
7. Datos sobre los precios de exportación, o cuando proceda, sobre los precios a los que el producto se revenda por primera vez a un comprador independiente en Colombia. Estos datos pueden tomarse, entre otros, a partir de listas de precios, cotizaciones, facturas, estudios de mercado, revistas especializadas o estadísticas de importación.
8. Datos sobre la evolución del volumen de las importaciones del producto considerado supuestamente objeto de “dumping”, su efecto en los precios del producto similar en el mercado interno y su consecuente repercusión en la rama de producción nacional, según vengán demostrados por los factores e índices pertinentes que influyan en el estado de la rama de producción nacional.
9. Ofrecimiento de presentar a las autoridades los documentos correspondientes para verificar la información suministrada, así como de autorizar la realización de visitas de verificación.
10. Elementos para determinar la causalidad entre la práctica de “dumping” y el daño.
11. Pruebas que se pretenden hacer valer.
12. Identificación y justificación de la documentación confidencial y, resumen o versión no confidencial de tal documentación.
13. Poder para actuar, cuando se actúa a través de apoderado.
14. Prueba de la existencia y representación de personas jurídicas que figuren como peticionarios⁹³.

b. Casos de subsidios o subvenciones

1. Identificación del peticionario.
2. Descripción de la mercancía de cuya importación se trate.
3. Países de origen o de exportación.

93 Artículo 24 del Decreto 2555 del 15 de julio de 2010.

4. Nombre y domicilio de los importadores y exportadores, si se conocen.
5. Precios de exportación y valor normal en el país de origen o de exportación.
6. Estímulo, incentivo, prima, subvención, o ayuda de cualquier clase que se otorgue al bien importado, o a sus materias primas e insumos en el país de origen o de exportación, autoridad u organismo que la otorga, indicando en su caso la disposición aplicable y de ser posible, el valor o monto del mismo y su incidencia sobre el precio del producto importado.
7. Determinación del perjuicio, de su amenaza, o del retraso sensible del establecimiento de una producción en Colombia, producido por las importaciones que se efectúen a precio de “dumping”, o con subvenciones, mediante indicadores de la producción, de las ventas, de la utilización de la capacidad instalada y del comportamiento de las utilidades, entre otros.
8. Ofrecimiento de presentar a las autoridades los documentos correspondientes para verificar la información suministrada.
9. Entrega de las pruebas que se pretenden hacer valer.
10. Elementos para determinar la causalidad entre la práctica y el perjuicio.
11. Identificación de la documentación confidencial y resumen o versión no confidencial de tal documentación⁹⁴.

Comentario:

De los listados de requisitos para presentar la solicitud se destaca la necesidad de aportar pruebas de lo siguiente:

- La similitud entre el producto que está siendo importado y el de fabricación nacional.
- La existencia de dumping o subsidios.
- La causalidad entre la práctica desleal y el daño identificado. El daño se entiende como:

Un daño importante causado a una rama de producción nacional, una amenaza de daño importante a una rama de producción nacional o un retraso importante de esta rama de producción nacional⁹⁵.

94 Artículo 32 del Decreto 299 de 10 de febrero 1995.

95 Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Op. cit. p. 25.

Advierte el Ministerio de Comercio Exterior que “La simple afirmación no fundamentada con las pruebas pertinentes no se considerará una solicitud formal de investigación”⁹⁶.

c. Producto similar

Es un producto idéntico, es decir, igual en todos los aspectos al producto considerado de que se trate, o, cuando no exista ese producto, otro producto que, aunque no sea igual en todos los aspectos, tenga características muy parecidas a las del producto considerado. Para estos efectos se podrá considerar las características físicas y químicas, los criterios de materias primas empleadas, proceso de manufacturación o producción, canales de distribución, clasificación arancelaria, entre otros, para efectos de probar la similaridad⁹⁷.

¿Qué debería contener una solicitud de investigación de dumping?

- El precio del producto:

Esto se puede hacer al momento de la salida de la fábrica (hay dumping si en Colombia el producto se vende a un precio menor que al que cuesta crear el producto.) o teniendo en cuenta el precio de salida de la fábrica, pero sumándole los gastos de “operaciones comerciales corrientes”, (independientemente del precio del producto al momento de la salida de la fábrica, el precio por el que se vende en Colombia no se compadece de los gastos que implica la importación a Colombia). Lo normal es que para calcular los costos que genera importar el producto a Colombia teniendo en cuenta lo declarado al momento de la importación al territorio colombiano. No obstante, si por cualquier motivo se determina que lo declarado no es confiable, el precio puede calcularse bajo “la base que el Ministerio de Comercio exterior determine”⁹⁸.

Es importante saber que si se trata de un Estado que no tenga economía de mercado, o cuyo volumen de producción sea muy bajo, el precio se comparará con un Estado que tenga economía de mercado⁹⁹.

96 *Ibidem.* p. 13.

97 *Ibidem.* p. 27.

98 *Ibidem.* pp. 14-15.

99 *Ibidem.* p. 14.

- El margen del dumping, es decir “la diferencia entre el valor normal y el precio de exportación (hacia Colombia)”. Es muy importante tener en cuenta que para estos efectos se tiene en cuenta cada producto que se importa a Colombia a precio de dumping¹⁰⁰.

¿Qué debe contener la solicitud de una investigación sobre subsidios o subvenciones?

Los solicitantes deben

- “Aportar información que demuestre la existencia de un subsidio específico concedido a la producción, del bien importado fabricación, transporte o exportación de sus materias”.
- Calcular el subsidio de la siguiente manera:
Subsidio Original - Gastos para acceder al mismo - tributos y otros gravámenes para la exportación del producto a Colombia = Subsidio total para ser tenido en cuenta durante la investigación.

¿Cómo se determina la existencia, amenaza de daño importante a la rama de producción nacional afectada con la práctica desleal o retraso sensible del establecimiento de una producción en Colombia?

- Daño:
La Dirección de Comercio Exterior calcula el daño, teniendo en cuenta algunos de los siguientes factores¹⁰¹:
 - El volumen de producción nacional.
 - El volumen de las ventas nacionales.
 - El Consumo nacional aparente.

100 *Ibidem.* p. 17.

101 *Ibidem.* p. 17.

- Consumo Nacional Aparente
 - Fórmula 1 para calcular el consumo nacional aparente¹⁰²: (la sumatoria de la producción nacional + importaciones totales + inventario inicial) - (exportaciones - inventario final)¹⁰³.
 - Fórmula 2 para calcular el consumo nacional aparente: (suma de las ventas de todos los productores en Colombia + importaciones totales del bien en cuestión)¹⁰⁴

- Otros Factores frente a la Capacidad Instalada de los productores nacionales del bien en cuestión¹⁰⁵:
 - Inventarios
 - Ventas
 - Producción
 - Utilidad Bruta y Operacional
 - Participación en el mercado
 - Productividad
 - Precios
 - Capacidad instalada y su utilización
 - El establecimiento de una producción en Colombia; empleo directo e indirecto
 - Los salarios
 - La magnitud de margen de dumping
 - Flujo de Caja
 - Crecimiento y capacidad de reunir capital o inversión

- Amenaza de daño importante:

Hay que probar la inminencia de la entrada de productos subsidiados o a precios de dumping por ejemplo por medio de¹⁰⁶:

102 Se hace por periodos.

103 Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Op. cit., p. 17.

104 *Ibidem*. p. 18.

105 *Ibidem*. p. 18.

106 *Ibidem*. p. 18.

- La adjudicación de una licitación en que se vayan a importar productos subsidiados o a precio de dumping.
- Contratos de suministro.
- Retraso sensible en el establecimiento en una producción en Colombia¹⁰⁷:
 - * Estudios de Factibilidad.
 - * Empréstitos negociados.
 - * Contratos de adquisición de maquinaria o en ensanches de las plantas.

El Procedimiento de Investigación

¿Quiénes participan en la investigación?

Subdirección de Prácticas Comerciales:

Adelantar las investigaciones previstas en el presente decreto y actuar como Secretaría Técnica del Comité de Prácticas Comerciales, sin perjuicio de todas las demás facultades inherentes que le asisten. La Subdirección de Prácticas Comerciales para cada procedimiento o investigación, elaborará un estudio que incluya los resultados finales de los mismos¹⁰⁸.

El Comité de Prácticas Comerciales

Conceptuar a la Dirección de Comercio Exterior sobre los compromisos de precios, los resultados del estudio final adelantado por la Subdirección de Prácticas Comerciales dentro de la investigación, la imposición, supresión, prórroga o modificación de los derechos 'antidumping' definitivos y la terminación de los compromisos de precios. Igualmente, le corresponde autorizar las prórrogas del plazo máximo fijado para realizar y dar por concluida la investigación, cuando existan razones que lo justifiquen. Esta última facultad comprenderá la posibilidad de autorizar una prórroga adicional a la prevista para los plazos de la determinación preliminar y la final establecidos en el presente decreto¹⁰⁹.

107 *Ibíd.* p. 18

108 Decreto 2550. (Julio 15 de 2010).

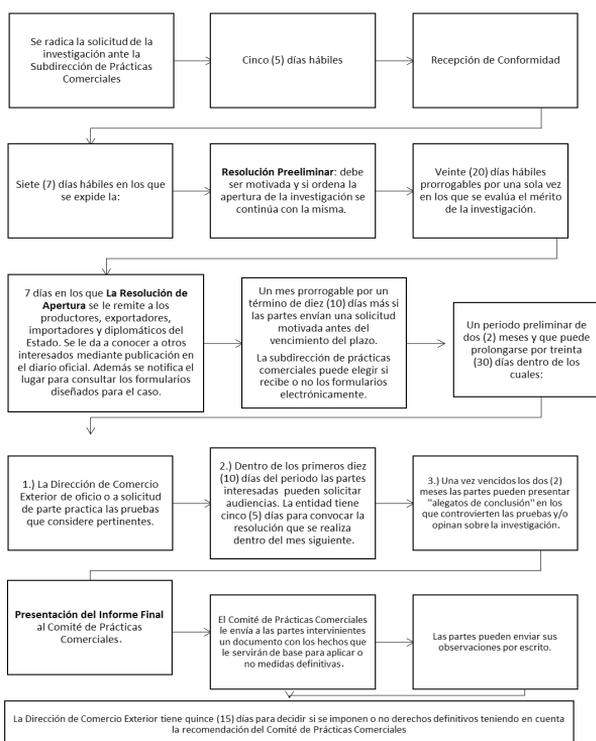
109 *Ibíd.*

Dirección de Comercio Exterior:

Emitir mediante resolución motivada el resultado de la apertura o del inicio de los procedimientos antes descritos, de la evaluación preliminar y final, imponer los derechos provisionales y definitivos a que haya lugar, conceder o adoptar las prórrogas contempladas en el curso de la investigación y resolver los compromisos de precios que se le presenten. Los derechos definitivos se impondrán por la Dirección de Comercio Exterior de conformidad con el concepto del Comité de Prácticas Comerciales¹¹⁰.

¿Cómo Funciona el Proceso para casos de Dumping?

Gráfica 13. Proceso en Colombia en caso de Dumping



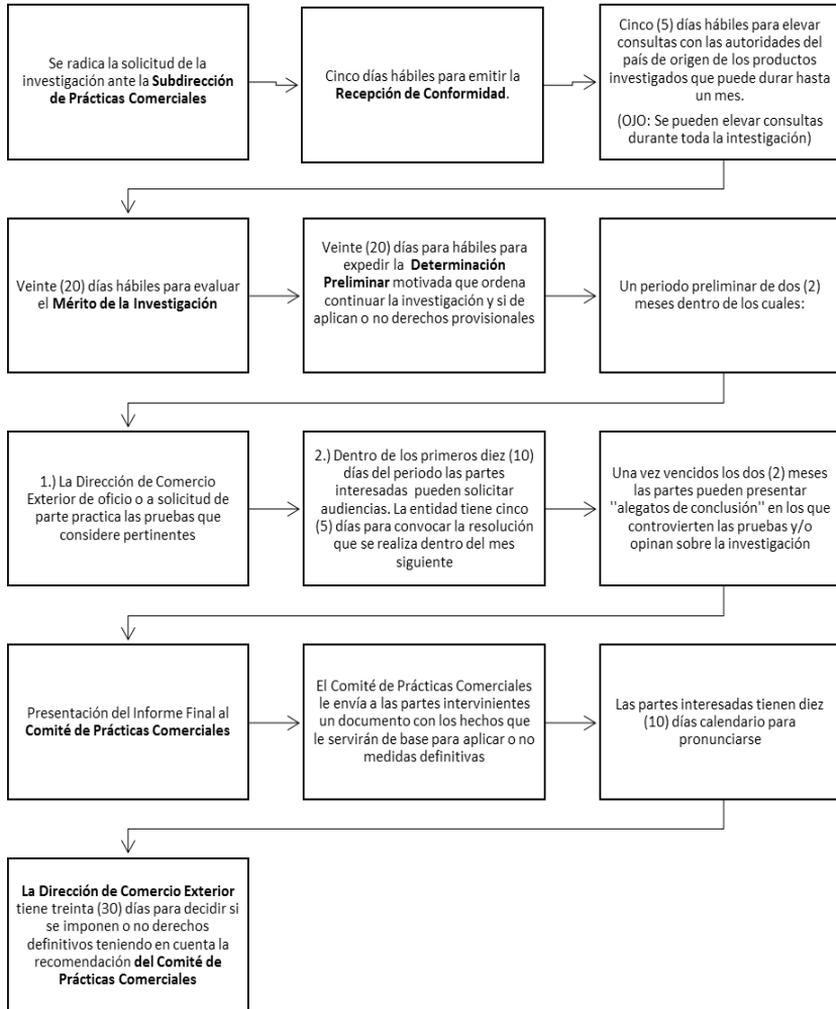
Fuente: elaboración propia¹¹¹.

110 Decreto 2550. (Julio 15 de 2010).

111 Con base en Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Dirección de Comercio Exterior: Subdirección de Prácticas Comerciales. (2010). Dumping y Subsidios. Bogotá: www.proexport.com.co/sites/default/files/CartillaDumping2010.pdf. Pg. 20

¿Cómo funciona el proceso de subvenciones?

Gráfica 14. Proceso en Colombia en caso de afectación por subvenciones



Fuente: elaboración propia¹¹².

112 Con base en el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Dirección de Comercio Exterior: Subdirección de Prácticas Comerciales. (2010). Dumping y Subsidios. Bogotá: www.proexport.com.co/sites/default/files/CartillaDumping2010.pdf. p. 21.

Aspectos Varios Sobre el Procedimiento de Investigación

a. ¿Cuánto dura una investigación?
Según el Acuerdo Antidumping de la OMC las investigaciones duran un año, pero pueden prorrogarse máximo hasta dieciocho (18) meses¹¹³.

b. ¿Qué pasa si alguna de las partes de la investigación se rehúsa a cooperar con la investigación?
Se hace uso de lo que se conoce como la “Mejor Información Disponible” esto es:

Hechos de los que se tenga conocimiento y sobre los cuales se podrán formular determinaciones preliminares o definitivas, positivas o negativas en los casos en los que una parte interesada niegue el acceso a la información necesaria, no la facilite dentro de un plazo prudencial o entorpezca significativamente una investigación¹¹⁴.

c. ¿Qué pasa si existe información confidencial?
Se debe presentar la información advirtiendo la necesidad de que la misma permanezca confidencial para no generar daños y debe ir acompañada de un resumen no confidencial. Si la Dirección de Comercio Exterior rechaza los motivos por los cuales se considera que dicha información debe ser confidencial, simplemente no la tendrá en cuenta¹¹⁵.

d. ¿La Dirección de Comercio Exterior es un juez activo o pasivo?
La Dirección de Comercio Exterior es un juez activo dado que puede solicitar las pruebas que considere pertinentes.

e. ¿Cuál es la magnitud del daño que hay que demostrar para que se considere tomar medidas?
Cuando la investigación arroje que el margen de dumping o la cuantía sea considerado mínimo o “de minimis”, es decir “cantidades mínimas de ayuda

113 (Organización Mundial del Comercio, 2014)

114 Con base en el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Op. Cit. p. 25.

115 *Ibidem*. p. 21.

interna que están permitidas aun cuando tengan efectos de distorsión del comercio”¹¹⁶.

El Ministerio de Comercio Exterior considera de minimis “cuando el margen de dumping es inferior al 2% expresado como porcentaje del precio de exportación”¹¹⁷.

- f. ¿Se puede dar por terminada una investigación de manera anticipada?
Sí. En los casos de subsidios esto puede hacerse en el transcurso de la investigación si se recibe una propuesta de las autoridades del país de origen o de importación del producto en cuestión o si se trata de dumping durante los primeros dos (2) meses de la investigación si la parte demandada (productores o exportadores hacia Colombia) presenta compromisos con relación a los precios. Dentro de las propuestas pueden encontrarse¹¹⁸:

- “Suprimir o limitar la subvención”
- “Revisar los precios de exportación”
- “Cesar las exportaciones hacia Colombia”

El Comité de Prácticas Comerciales evalúa el caso y le hace recomendaciones a la dirección de Comercio Exterior quien toma la decisión finalmente¹¹⁹.

- g. ¿Qué sigue en caso que se demuestre que en efecto había Dumping o Subvenciones?

Recordemos que se pueden aplicar un derecho compensatorio cuando la causa es un subsidio o de un derecho antidumping cuando se trata de un caso de dumping.

Los derechos pueden ser provisionales si en la determinación preliminar se detecta que existe *amenaza* de daño o definitivos si el Comité de Prácticas comerciales así lo determina y teniendo en cuenta que es muy importante que todas las partes tengan la oportunidad de ser escuchadas.

116 Decreto 2550. (Julio 15 de 2010). Art. 99.

117 Con base en Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Op. cit., p. 21.

118 *Ibíd.* p. 23.

119 *Ibíd.* p. 23.

Lo normal será que se aplique un “sobrearancel”, es decir que se cobra un arancel equivalente a la ventaja que se adquiere por razón del dumping o el arancel para que dichos productos compitan en igualdad de condiciones.

No obstante, también es posible que el Comité de Prácticas Comerciales no considere conveniente imponer medidas definitivas y que las mismas no se impongan. Recordemos que “Los derechos definitivos se impondrán por la Dirección de Comercio Exterior de conformidad con el concepto del Comité de Prácticas Comerciales”. No olvidemos que el mismo es un órgano compuesto en su gran mayoría por viceministros quienes evaluarán no solamente la existencia de dumping o subvenciones en estricto sentido, sino también la conveniencia política de imponer dichas medidas o acudir a la OMC.

- h. ¿Si se aplican los derechos antidumping, compensatorios o compromisos cada cuánto se evalúa la situación?

Los derechos antidumping, compensatorios o compromisos, según el caso, se revisan cada año para verificar si se han cumplido las medidas y si existen cambios en las circunstancias que permitan que se modifiquen o se revoquen los derechos o compromisos¹²⁰.

- i. ¿Cuál es la duración máxima de los derechos antidumping o compensatorios?

En principio el periodo máximo de duración de los derechos antidumping o compensatorios es de cinco (5) años a menos que la rama de producción nacional solicite de manera fundamentada que los mismos se mantengan.

El examen se hace de oficio por lo menos dos (2) meses antes de que la medida cumpla cinco (5) años de vigencia y la rama de producción nacional debe solicitar que los derechos se mantengan por lo menos cuatro (4) meses antes. Frente a los Compromisos Relativos a precios, las autoridades pueden llevar a cabo investigaciones y si ya no son necesarios, el Ministerio de Comercio, Industria y Comercio determinará que se le ponga fin a los mismos¹²¹.

120 *Ibíd.* p. 24.

121 *Ibíd.* p. 24.

III. REFERENCIAS

- Burgos, G. (2012). La OMC y los derechos humanos: ¿alguna relación? *Colombia Internacional, Julio a Diciembre de 2012*, 327-359.
- Busch, M. L. (2010). The Politics of Judicial Economy at the World Trade Organization. *International Organization*, (64) 2 , 257-279.
- Decreto 2550. (Julio 15 de 2010).
- García Matamoros, L. V. (s.f.). Como parte y como tercero: hacia un sistema de buenas prácticas para la defensa de Colombia ante la OMC. *Artículo Pendiente de Publicación*.
- García-Matamoros, L. V. (2010). *El derecho al desarrollo y sus perspectivas de aplicación den la OMC: hacia un sistema multilateral de comercio en función de los derechos*. Leipzig: Editorial Académica Española.
- Jackson, J. H. (Mayo 2008). The Case for the World Trade Organization. *International Affairs*, 437-454.
- Kantchevski, P. D. (Winter, 2006). Note and Comment: The Differences Between the Panel Procedures of the GATT and the WTO: The Role of GATT and WTO Panels in Trade Dispute Settlement. *Brigham Young University international Law and Management Review*, NA.
- Kennedy, M. (2011). Why are WTO Panels Taking Longer and What can be Done About it? *Journal of World Trade* 45. 1, 221-253.
- Leitner, K. a. (2013). WTO Dispute Settlement 1995-2012-A Stataistical Analysis. *Journal of International Economic Law* 16 (1), 257-261.
- Lester, S., Mercurio, B., & Davies, A. (2012). *World Trade Law: Text, Materials and Commentary*. Oxford: Hart Publishing.
- Liebman, B. H. (2008). Safeguards and Retaliatory Threats. *Journal of Law and Economics*, 51, 351-376.
- Marceu, G. Z. (2012). Experts in WTO Dispute Settlement. *Journal of International Dispute Settlement*. 493-507.
- Meller, P. (23 de Marzo de 2002). Europe Lists U.S Imports it Plans to Tax. *The New York Times*.
- Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Dirección de Comercio Exterior: Subdirección de Prácticas Comerciales. (2010). *Dumping y Subsidios*. Bogotá: www.proexport.com.co/sites/default/files/CartillaDumping2010.pdf
- Narlikar, A. (2005). *The World Trade Organization: A Very Short Introduction*. Oxford: Oxford University Press.
- Organización Mundial del Comercio. (2013). *Informe Anual 2013*. Organización Mundial del Comercio. Recuperado el 6 de junio de 2014, de http://www.wto.org/spanish/res_s/booksp_s/anrep_s/anrep13_s.pdf
- Organización Mundial del Comercio. (13 de septiembre de 2014). *Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de*

1994. Obtenido de Acuerdo Antidumping: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/adp_s/antidum2_s.htm
- Organización Mundial del Comercio. (9 de septiembre de 2014). *Glosario*. Obtenido de De Minimis: http://www.wto.org/spanish/thewto_s/glossary_s/de_minimis_s.htm
- Organización Mundial del Comercio. (2014). *Órganos de la OMC que participan en el proceso de solución de diferencias. El órgano de solución de diferencias*. . Recuperado el 22 de octubre de 2014, de http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/disp_settlement_cbt_s/c3s1p1_s.htm
- Organización Mundial del Comercio. (2014). *Textos Jurídicos Anteriores al Establecimiento de la OMC*. Recuperado el 20 de octubre de 2014, de http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/prewto_legal_s.htm
- Paul, J. R. (2006). *¿Es realmente libre el libre Comercio?* (H. Alviar García, Trad.) Bogotá. Facultad de Derecho de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores.
- Young, C. (18 de abril de 2002). Harley a Possible Target of European Tariffs. *York Dispatch*.