

El sistema de solución de controversias del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos

Isabel Albornoz Garzón

El principal valor que aportaría el Capítulo de Solución de Controversias de un futuro TLC sería otorgar la certidumbre jurídica, bajo la expectativa de buscar el cumplimiento de los derechos adquiridos en la negociación de un potencial Tratado de Libre Comercio.

Antecedentes e introducción

La Comunidad Internacional, a través de la suscripción de la Carta de las Naciones Unidas, decidió asumir como principio rector de las relaciones internacionales la solución pacífica de las controversias entre Estados. Este principio ha trascendido a la normativa internacional, en los foros de la Organización Mundial de Comercio (OMC), con la implementación de un sistema multilateral para la solución de las controversias comerciales. De hecho, ya en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) -en sus artículos XXII y XXIII- se establece la obligación de "brindar oportunidades adecuadas", en la celebración de consultas con el objeto de buscar una "solución satisfactoria" frente a las eventuales controversias que pudieran surgir. Normas muy similares también están presentes en los demás acuerdos de la OMC.

Un gran avance en el Derecho Comercial Internacional ha sido la entrada en vigencia del Entendimiento de Solución de Diferencias, en el marco de la OMC, gracias al cual se ha conseguido desarrollar la normativa mundial de comercio, a través de la jurisprudencia y doctrina que deriva de los diferentes paneles que han resuelto las diferencias comerciales generadas en el ámbito multilateral.

Los acuerdos de comercio aluden directamente a actividades económicas que están íntimamente ligadas a la supervivencia económica de los Estados. Por ello, uno de los objetivos de las normas internacionales de comercio es promover la asociación comercial, como un medio para favorecer el crecimiento económico, el desarrollo y la cooperación internacional. Al producirse una estrecha relación comercial, pueden surgir diferencias, debido a que en estas relaciones se pueden afectar intereses económicos específicos. Por esta razón, en todo acuerdo de comercio, sea en el ámbito bilateral o multilateral, deben existir necesariamente procedimientos jurídicos a través

del cual los Estados partes de dicho acuerdo resuelvan sus diferencias derivadas de su implementación. De esta manera se garantiza el cumplimiento de los compromisos asumidos en los acuerdos comerciales, a través de un sistema que tiene por objeto procurar una solución, justa, equitativa, satisfactoria para las partes y de ser caso, bajo un pronunciamiento objetivo y ajustado a derecho.

Con estos antecedentes es más que evidente que en los Tratados de Libre Comercio (TLC) se incluya un capítulo que trate sobre los procedimientos a los que los Estados Partes deciden someterse para resolver las controversias que puedan surgir en su implementación. El Capítulo sobre Solución de Controversias del potencial TLC con Estados Unidos es un conjunto de normas de carácter procesal, esto quiere decir que este capítulo comprende normativa de índole adjetiva, mientras que los demás capítulos conforman las normas de carácter sustantivo. La pertinencia para comprender estos aspectos es que en la fase de implementación del posible TLC, los abogados deben considerar en sus actuaciones cada una de las normas sustantivas, de las cuales derivarán derechos y obligaciones que se establecerán entre las Partes contratantes del TLC. La afectación eventual de esos derechos y obligaciones, sea por acción u omisión determinarán la posibilidad demandar su cumplimiento o al menos un resarcimiento de índole comercial o pecuniario.

El objeto de este trabajo es explicar los alcances del Capítulo sobre Solución de Controversias del TLC que Ecuador estuvo negociando con Estados Unidos, y que Colombia y Perú celebraron, es decir explicar los procedimientos, o las normas adjetivas, que estarán potencialmente disponibles para el Ecuador y las demás Partes de la negociación o celebración, para demandar sus derechos o para defender al Estado, una vez que se establezca una estrecha relación de carácter comercial con la implementación del TLC, materia que es de central importancia para los abogados del país, para quienes se abre un marco normativo que es necesario comprender y dominar.

Aproximación jurídica al capítulo de solución de controversias del Tratado

El Tratado de Libre Comercio es un acuerdo circunscrito en el ámbito del Derecho Internacional Público. La normativa que se establece en el TLC tiene por objeto regular las relaciones económicas y comerciales que se establecen en la zona de libre comercio en la que circularán libremente bienes, capitales y servicios entre posiblemente Ecuador, Perú, Colombia y Estados Unidos.

Este acuerdo está inmerso en el Derecho Internacional Público, por lo tanto, los actores por excelencia son los Estados. Esa es la primera particularidad del Capítulo sobre Solución de Controversias, pues los únicos actores admitidos para actuar como tales son los Estados contratantes del TLC, llamadas las "Partes", no y así las empresas individualmente consideradas, ni los particulares. Estos últimos pueden llegar a ser afectados por un incumplimiento del TLC, no obstante, para poder demandar los derechos adquiridos en el marco del Tratado, deberán recurrir a la administración central del Gobierno, para que en representación del Estado Parte, pueda actuar en busca del cumplimiento del derecho afectado.

En los artículos finales del Capítulo sobre solución de controversias se establece, además, que los particulares no tienen recurso de acción en su normativa interna contra otro Estado Parte, lo que ratifica lo anteriormente señalado. Sin embargo, en dichas disposiciones se establece que los Estados tienen la obligación de viabilizar el recurso de arbitraje y de otros medios alternativos para la solución de controversias entre los particulares. Este tema está cubierto en el Ecuador con la Ley de Arbitraje y Mediación.

El principio antes señalado tiene una sola excepción en el TLC y se refiere a las controversias que pueden surgir entre el inversionista y el Estado, para cuyo caso, el Capítulo que aborda la materia de inversiones prevé el recurso del arbitraje, en el cual puede actuar el inversionista, como actor principal contra el Estado y viceversa, recurriendo para el efecto a un arbitraje internacional. Esta excepción es extensible a su vez al Capítulo sobre Servicios Financieros, en los cuales el inversionista bancario aplica las normas del Capítulo sobre Inversiones para la resolución de las controversias que pudieran surgir por su implementación.

En general, el Capítulo sobre Solución de Diferencias del TLC cubre todos los demás capítulos del Tratado, ello implica que es un capítulo de aplicación transversal. Esto quiere decir que las garantías para perseguir el cumplimiento de las disposiciones de carácter sustantivo, contenidas en los demás capítulos están cubiertas por el de Solución de Controversias, con dos excepciones:

En el Capítulo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias para la solución de controversias que pudieran surgir por diferencias ligadas a estas materias, las Partes acuerdan recurrir directamente al mecanismo establecido en la OMC y no a los procedimientos establecidos en el Capítulo sobre Solución de Controversias.

La segunda excepción se refiere a la materia que puede ser demandada. En los Capítulos Laboral y Ambiental,

las Partes asumen la obligación de cumplir con su normativa interna, a efectos de no generar lo que se conoce como "dumping social o ambiental"¹, por lo tanto lo que se demanda no es la normativa del TLC, sino el cumplimiento de la normativa nacional.

En general el sistema de solución de controversias previsto en el TLC toma de las normas multilaterales los principios jurídicos básicos que deben guiar el proceso. Así mismo, la estructura del procedimiento y algunos recursos disponibles en el Entendimiento de Solución de Diferencias de la OMC, normas con las cuales el Ecuador ya está familiarizado, están presentes en el TLC.

No obstante, existen algunas peculiaridades que marcan diferencias sustanciales con el sistema previsto en el Entendimiento de Solución de Diferencias de la OMC. Una diferencia de esencia es que el TLC no prevé la creación de órganos multilaterales permanentes, con sede y personal internacional fijo. El TLC es un acuerdo cuya estructura institucional es ad hoc, y se basa en los mandatos otorgados en el propio Tratado. Por este motivo, los órganos que previstos para resolver las controversias, los cuales son la Comisión de Libre Comercio² en la fase de consultas y mediación y los paneles en la fase cuasijudicial, se activan con el único objetivo de contribuir a la resolución de la controversia y una vez cumplida su misión se disuelven. En ese contexto, una peculiaridad del procedimiento del TLC es que no admite la figura de la apelación, pues no hay órgano permanente ante el cual presentar la apelación, como ocurre en la OMC. Esto motiva que los procedimientos sean mucho más ágiles que los previstos en los foros multilaterales.

Además, el TLC añade algunas figuras al sistema de solución de controversias, tales como las compensaciones de índole monetaria o la activación del mecanismo para demandar por "medidas en proyecto" en la fase de consultas, figuras que actualmente no existen en el sistema de la OMC. La explicación sobre los alcances de estas figuras se explicará más adelante.

Con estos antecedentes, este artículo académico pretende informar a la colectividad interesada sobre los procedimientos previstos en el TLC para solución de controversias, con una breve sobre cada una de las fases y las peculiaridades de estos procedimientos.

Ambito de aplicación del TLC

El artículo 1 del Capítulo de Solución de Diferencias del TLC determina como obligación de las Partes, una vez que surjan controversias, la de realizar "todos los esfuerzos necesarios" y recurrir a todos los medios disponibles para alcanzar una "solución mutuamente satisfactoria" sobre cualquier asunto que pueda afectar el funcionamiento del TLC. Esta obligación marca el espíritu de todo el capítulo, puesto que el sistema del TLC se fundamenta en la búsqueda de soluciones negociadas, mutuamente satisfactorias, lo que hace a este sistema diferente a otros sistemas legales de solución de diferencias más rígidos, en los que los Estados acuerdan some-

terse a los pronunciamientos de tribunales o grupos arbitrales, aunque éstos no necesariamente satisfagan los intereses de todas las partes involucradas en la controversia. El enfoque del TLC es el de buscar en todo momento una resolución justa y equitativa para ambas partes. Al ser mutuamente satisfactoria, la solución puede ser definitiva y de carácter permanente en el tiempo. El principio de tener soluciones mutuamente satisfactorias se hace pertinente cuando la materia de la controversia es de índole comercial. Normalmente, un incumplimiento de un acuerdo comercial obedece a una presión de un sector vulnerable que se siente afectado por la competencia externa y que presiona por la adopción de medidas preventivas y restrictivas que no necesariamente se condicionan con las normas de la apertura. Esto no quiere decir que la adopción de dichas medidas de protección no sean legales, de hecho están previstas también en el TLC, no obstante suele surgir diferencias respecto de los fundamentos y los alcances de su adopción y de allí devienen las controversias por la interpretación de las normas de protección y sus alcances.

Las controversias pueden surgir también por la adopción de una "medida inconsistente" con el Tratado o por un "incumplimiento" del mismo. La primera figura se puede relacionar con acciones y omisiones, cuando se adopten medidas que no se amparan en normas del Tratado y por ende pueden dar lugar a violaciones. Lo segundo se refiere ya a hechos totalmente contradictorios con las normas del TLC, lo que podría ser demandado como violaciones notorias a la normativa.

La novedad introducida en el TLC es que también se puede invocar el mecanismo de solución de controversias, en la fase de consultas, mediación y de buenos oficios por un probable incumplimiento, lo que figura que en los acuerdos propuestos por Estados Unidos como "medidas en proyecto". Esta figura está íntimamente ligada a la obligación que adquieren las partes del TLC de actuar de manera transparente y por lo tanto de anunciar que se va a aplicar una medida restrictiva o que pueda afectar los derechos y obligaciones de las Partes. De hecho el TLC destina un capítulo con normativa sobre principios y procedimientos que aseguren la transparencia en el accionar de la administración pública ligada a actos de comercio y de inversión en todas las Partes. El Capítulo sobre Transparencia se relaciona con el Capítulo sobre Solución de Controversias cuando se abre la posibilidad que tienen las Partes de prevenir las controversias, al demandar consultas e inclusive la actuación de la Comisión de Libre Comercio, antes de que una medida administrativa pueda afectar el correcto funcionamiento del TLC y los intereses específicos amparados por el Tratado. De esta manera se permite, tanto al demandante como al demandado, prevenir la adopción de una medida que puede generar una restricción injusta, por lo tanto se previene la afectación directa al comercio. El Estado que va a implementar la medida, tendrá todos los elementos de juicio necesarios para adoptar la medida de manera coherente con el Tratado, considerando inclusive los elementos esgrimidos por los afectados por la adopción de la medida. Este elemento permitirá limitar el ac-

cionar arbitrario del Estado, tanto en Ecuador como en Estados Unidos. Una ventaja adicional también es la obligación de la administración pública de responder a todos los requerimientos de los particulares, según lo determina el capítulo de Transparencia, lo que implicará también en los Estados Unidos el acceso a canales adecuados para intercambiar información, canales que actualmente no están disponibles con la facilidad debida para el Ecuador.

A las figuras anteriores se añade también la posibilidad de demandar "anulación y menoscabo por no infracción". Esta figura viene del artículo XXIII del GATT y también ha sido desarrollada en el artículo 26 del Entendimiento de Solución de Diferencias de la OMC. El TLC determina que una Parte puede demandar que el "beneficio que razonablemente esperaba recibir" está siendo anulado o menoscabado por una medida que "no es inconsistente" con el Tratado.

Una medida adoptada por un Estado puede dejar sin efecto un derecho adquirido en la negociación de un acuerdo comercial, a esto se le liga a la "anulación del derecho adquirido". Así mismo, una medida adoptada por un Estado puede afectar el cumplimiento del tal derecho o disminuir los beneficios alcanzados en una negociación de un acuerdo comercial, a esto se le llama "menoscabo del derecho adquirido".

Esta figura que se puede demandar en la OMC está ligada al incumplimiento flagrante, como a una afectación de derechos sin infracción. La anulación y menoscabo sin infracción es una figura cuyo objeto está íntimamente ligado a asegurar que el comercio no se vea afectado entre las partes de un acuerdo comercial. Su inspiración en el marco del GATT de 1947 fue la de que los Estados podían aplicar medidas no arancelarias que podrían afectar el comercio, tales como restricciones de índole sanitario o fitosanitario u obstáculos técnicos al comercio, entre muchos otros tipos de restricciones para arancelarias. Siendo esas medidas legales, puede ocurrir que un Estado tenga la tentación de recurrir a estos mecanismos para impedir el libre comercio. A esto se conoce como medidas encubiertas de comercio. El objeto por lo tanto de la anulación y menoscabo no está orientado en si a levantar la medida, sino a buscar una compensación por el derecho que ha sido anulado o menoscabado. Normalmente esa compensación debe darse en comercio. Esto lo ratifica el artículo 26, párrafo 1, literal b)³ y la jurisprudencia generada en la OMC.

En el TLC el objeto central de demandar anulación y menoscabo también es la búsqueda de una compensación mutuamente aceptable, aunque también es posible que la parte demandada decida levantar la medida, lo que inhibe la generación del resarcimiento.

A la figura de anulación y menoscabo cabe también la posibilidad de que los paneles se pronuncien, por pedido de una de las partes en la controversia, sobre el efecto comercial adverso que puede generar la medida en controversia. El objeto de que se mida el efecto comercial adverso está íntimamente ligado a la obtención de compensaciones por el daño generado.

Elección de foro y efectos de la elección de foro

El TLC es un acuerdo que pretende hacer más estrechos lazos de índole comercial entre sus Partes. No obstante, el TLC es un conjunto de normativas que coexistirán junto a otros acuerdos comerciales que también regularán las relaciones comerciales entre las mismas partes. Para el caso que nos ocupa, Colombia, Ecuador, Estados Unidos y Perú son miembros de la OMC, y, a su vez, los tres países andinos también son miembros de la Comunidad Andina (CAN).

Todos esos foros de comercio tienen mecanismos para la resolver las controversias comerciales de sus Partes contratantes. Por ello, el TLC admite la posibilidad de que las Partes del TLC escojan el foro en el cual deseen dirimir sus controversias, con el compromiso de que dicho foro sea excluyente de los demás. El entendido de todos los negociadores del TLC es que, una vez que se ha iniciado la fase cuasijudicial, es decir la fase del Panel, se ha radicado competencia y por lo tanto las Partes asumen el compromiso de no someter el mismo caso a otro foro diferente.

Los tres países andinos partes de esta negociación a su vez incluyeron en esta parte del Tratado la obligación que les compete como miembros de la Comunidad Andina, de recurrir para la solución de las controversias que pudieran surgir entre sí, al Tribunal de Justicia de la CAN, siempre y cuando se vea afectado el ordenamiento jurídico andino, ratificando de tal manera la obligación asumida en el artículo 42 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la CAN.⁴ Esto implica que si no hay afectación del ordenamiento jurídico de la CAN, los tres países andinos pueden demandar el cumplimiento de las normas del TLC, no cubiertas en ordenamiento jurídico de la CAN.

En general, la elección de foro se da básicamente por la normativa cuyo cumplimiento se demanda.

Fases de arreglo amigables

Las fases de arreglo de las controversias a las que se les puede llamar de amigables son las consultas directas y el recuso a la Comisión de Libre Comercio para que haga gestiones de buenos oficios, conciliación y mediación o para que recurra al apoyo de grupos técnicos que aporten soluciones para las controversias.

La fase de las consultas es la primera instancia en la que se relacionan directamente las diferentes oficinas designadas como puntos de contacto en los diferentes capítulos del TLC, así por ejemplo, si surge una controversia por un asunto ligado a una norma técnica, tendría que tomar conocimiento de la materia el Instituto Ecuatoriano de Normalización (INEN), el cual se comunicaría con su contraparte en Estados Unidos.

La solicitud de consultas debe formularse por escrito, lo que le da un nivel de formalidad básico y deja constancia del pedido. Pueden realizarse de manera presencial o por otros medios técnicos, como video conferencias.

En base a la reunión de los técnicos, la controversia puede ser absuelta y superada. De hecho, la mayor parte de controversias normalmente se resuelven en este nivel. Si la controversia no logra resolverse porque persiste una diferencia de criterio en el nivel técnico, pasado el plazo de 60 días, contados a partir de la entrega de solicitud de consultas y 15 días cuando las consultas se refieran a bienes perecederos, una de las Partes puede solicitar que se reúna la Comisión de Libre Comercio, que es el órgano de administración del Tratado, compuesto por los Ministros de Comercio Exterior de las Partes del TLC. Para el caso de las controversias, la Comisión estará conformada exclusivamente por los Ministros de las Partes que están en controversia.

A esta fase se le puede llamar la instancia política para la resolución de la controversia y en ella, los Ministros por sí mismos pueden buscar una solución mutuamente aceptable. No obstante, los Ministros de Comercio, que en definitiva pueden tener el interés de que su posición sea la asumida también tienen la posibilidad, prevista en el Tratado, de recurrir a terceros neutrales para que éstos apoyen la resolución de la controversia, a través de los mecanismos de conciliación, mediación y buenos oficios. Esto implica que esos terceros, que pueden ser representantes de otros Estados, expertos en la materia de la controversia o personas de gran prestigio, aporten a las dos Partes propuestas de transacción. Si bien la mediación y los buenos oficios no son procedimientos comunes en la resolución de las controversias comerciales internacionales, puede constituir un procedimiento apropiado, toda vez que el objeto central del sistema del TLC es el de buscar soluciones mutuamente aceptables. El procedimiento podría ser más simple y expedito.

La Comisión de Libre Comercio tiene el plazo de 30 días para aportar soluciones a la controversia aunque este plazo puede ser diferente si así lo acuerdan las Partes. Para el caso de bienes perecederos, la Comisión tiene el plazo de 15 días adicionales a los 15 días de las consultas técnicas para pronunciarse.

Es importante señalar que siendo el TLC entre Colombia, quizá a futuro Ecuador, Estados Unidos y Perú un acuerdo multilateral, en estas fases es factible que participen como consultantes varias Partes, para tratar un mismo asunto o un asunto similar y también que uno de los cuatro países solicite intervenir como tercero interesado, lo que implica que la controversia eventualmente puede afectarle, sin estar directamente involucrado en la ella. Esta es la figura de las tercerías, que también está presente en el ámbito multilateral de la OMC.

La fase cuasijudicial

Cuando la controversia no logra ser superada en las dos fases anteriores, las Partes que participaron en calidad de consultantes, están facultadas para solicitar por escrito a la parte demanda la convocatoria de un Panel.

El Panel en el TLC está conformado por tres panelistas. El Tratado dispone como requisitos para ser panelista los siguientes:

- “(a) tener conocimientos especializados o experiencia en Derecho, comercio internacional, otros asuntos de este Tratado, o en la solución de controversias derivadas de acuerdos comerciales internacionales;
- (b) ser seleccionados estrictamente en función de su objetividad, imparcialidad, confiabilidad, y buen juicio;
- (c) ser independientes, no tener vinculación con cualquiera de las Partes, y no recibir instrucciones de las mismas; cumplir el código de conducta que establezca la Comisión.”⁵

Los Panelistas pueden ser seleccionados por las Partes en la Controversia. Dos de ellos pueden ser nacionales de una de las Partes, no obstante, el que hará las veces del Presidente del Panel debe ser de una nacionalidad diferente a la de las Partes en controversia. Los panelistas también pueden ser seleccionados por sorteo, de una lista “indicativa”, a la que se puede recurrir, transcurrido el plazo de 15 días de la solicitud del Panel, cuando una de las Partes se inhibe de designar el panelista que le corresponde. Esto le da automaticidad al sistema de solución de controversias y evita las demoras premeditadas que podrían darse con el fin de alargar innecesariamente el proceso. En el TLC que están negociando los tres países andinos con Estados Unidos se acordó que la lista indicativa tenga un carácter supletorio a la inacción, es decir que no es obligatorio tomar a los panelistas designados en la lista. Por lo tanto, las Partes pueden escoger a la persona que consideren más idónea. Sin embargo, las Partes pueden también recusar un árbitro si consideran que no reúne uno de los requisitos arriba señalados.

Las Partes en controversia pueden acordar el mandato que se le otorga al Panel aunque el Tratado también prevé como contenido mínimo de mandato lo siguiente:

“Examinar, a la luz de las disposiciones aplicables de este Tratado, el asunto a que se hace referencia en la solicitud de establecimiento del panel y emitir las conclusiones, determinaciones y recomendaciones según lo dispuesto en los Artículos X.10.6 (se refiere a la solicitud de un pronunciamiento sobre el efecto comercial advero) y X.13.3 (se refiere al contenido del informe inicial) y presentar los informes escritos a que se hace referencia en los Artículos X.13 (informe inicial) y X.14 (informe final).”

El Tratado establece la obligación de que se realice “al menos” una audiencia en la que serán escuchadas las Partes en controversia. Las audiencias tienen el carácter público. A su vez las Partes tienen derecho a presentar por una vez sus alegatos por escrito y la Parte demandada a presentar su contrarréplica por escrito. Así mismo, el acceso a dicha información está garantizado a las Partes y los escritos deben tener también carácter público. El Panel asume la obligación de dar el trato confidencial a toda aquella información que se le otorgue con tal carácter, previendo la oportunidad de las Partes de defenderse frente a tal información.

En el procedimiento, también se establece la figura de intervención de terceros interesados, en calidad de “amicus curiae” y la aceptación de su intervención es atribución exclusiva de los panelistas.

El Panel tiene el plazo de 120 días, contados a partir de la solicitud de su instalación, para dirimir la controversia. Luego de ese plazo el Panel debe presentar un informe inicial, que contiene el criterio preliminar de los pa-

nelistas, sobre la controversia, al igual que lo previsto en los foros de la OMC. En este criterio, los Panelistas deben pronunciarse si hubo o no violación o incumplimiento del TLC y si se ha producido o no anulación y menoscabo de un derecho y, en caso de que las Partes en controversia lo hayan solicitado, un pronunciamiento sobre el efecto comercial adverso generado por la medida y una propuesta de arreglo. Frente a este pronunciamiento, las Partes pueden presentar ante por escrito a panel sus observaciones y sus solicitudes de aclaración en un plazo de 14 días. El Panel debe pronunciarse por escrito en el informe sobre estas solicitudes en el informe final y, de ser el caso, reconsiderar su informe.

En el plazo de 30 días de enviado el informe inicial, el Panel debe emitir su informe final, el cual debe hacer público, pasados 15 días de haberse recibido. Inmediatamente después de recibido el informe final las Partes deben acordar la solución de la controversia. Por lo tanto, el Panel simplemente emite un criterio, donde se puede confirmar si hubo o no violación o anulación y menoscabo. El Tratado prevé que la solución será, “siempre que sea posible”, eliminar la disconformidad con el Tratado o la medida que genera la anulación y menoscabo. El Panel, a solicitud de las Partes puede formular también la forma como puede resolverse la controversia

El proceso de incumplimiento y la suspensión de beneficios

Si no logra acordarse la solución, las Partes en la controversia inician el proceso de incumplimiento y por lo tanto deben negociar compensaciones comerciales de carácter temporal, hasta que la parte demanda se ponga en conformidad con el TLC. En caso de que las compensaciones no se ejecuten o que simplemente la parte que debía ponerse en conformidad, no lo haga, la Parte reclamante notificará su intención de suspender beneficios.

La suspensión de beneficios son lo que algunos le llaman los “dientes del sistema” o el único mecanismo que hace coercitivo el procedimiento. Una característica del Derecho Internacional Público en general es que no es un derecho coercitivo. En los acuerdos comerciales la única coerción posible es la suspensión de beneficios, que implica castigar a un sector que se estaba beneficiando de la apertura. La coerción recae en la mayor parte de los casos contra un sector económico o productivo que tiene un alto porcentaje de participación en el mercado de la Parte reclamante, sector al que se le limitará un derecho ganado en la negociación. Por lo tanto, ese sector afectado motivará al interior del Estado sancionado que la medida que generó la sanción sea levantada y que el Estado demandado se ponga en conformidad con el TLC, para no perder los beneficios de acceso con los que contaba en el mercado de la Parte reclamante que aplica la sanción. Es importante señalar que aún en el sistema de solución de controversias previsto en la CAN, sigue siendo la suspensión de beneficios la sanción mayor. En la UE se recurre a multas, es decir sanciones pecuniarias que pueden au-

mentar si la Parte incumplidora no paga. En todo caso, la suspensión de beneficios tiene por objeto que el Estado que cae en la figura de incumplimiento (equivalente a un desacato), cumpla con la obligación de cumplir el Tratado o de compensar si ha asumido esa obligación.

En el TLC con los Estados Unidos, la suspensión de beneficios involucra un problema para los tres países andinos y es que la relación económica y comercial con el primero es asimétrica. Cuando los demandados sean los países andinos, la suspensión de beneficios puede traer costos elevados. Por esta razón, los tres países andinos lograron que se introdujera una norma que limite la suspensión de beneficios, de tal forma que éste sea equivalente al perjuicio económico que generó el incumplimiento. Por otro lado, se introdujo también una norma para que la suspensión de beneficios se aplique en la medida de lo posible en el mismo sector donde se generó el incumplimiento y solo si ello no resulta eficaz, en otro sector. Esta fórmula también está presente en el CAFTA y responde a un reconocimiento a la asimetría económica existente.

El procedimiento del TLC prevé la posibilidad de recurrir al mismo Panel, en caso de que una Parte considere que la suspensión de beneficios es manifiestamente excesiva, en cuyo caso, el Panel se pronunciará sobre el nivel más justo, tomando en cuenta los parámetros antes señalados.

El TLC introduce la posibilidad de que la Parte demanda inhiba la suspensión de beneficios, con el pago de una multa o sanción pecuniaria, la cual puede ser definida de común acuerdo. Si este acuerdo no se logra, el Panel también tendría que pronunciarse, determinando un monto equivalente al perjuicio generado y si ello no es aceptado, hasta un 50% del total que representaría el monto total de la suspensión de beneficios.

Para el caso de que las controversias por incumplimientos de normativas ambientales y laborales nacionales, la sanción que prevé el TLC también es de carácter pecuniario. Su objeto es que el monto respectivo debe quedar en el Estado demandado, con el objeto de que financie proyectos sociales o ambientales que ayuden a ese país a cumplir con su normativa nacional, para cuyo caso, la Comisión de Libre Comercio determinará los proyectos a los que se destinarán esos dineros. El máximo de la multa que puede ser determinada por el Panel es de US\$ 15'000.000. Estas son figuras introducidas por exigencia del Congreso de los Estados Unidos. No se tienen antecedentes sobre su implementación.

Finalmente, el sistema de solución de controversias del TLC prevé que si una parte considera que ha cumplido con la medida o que ha eliminado la situación que generaba anulación y menoscabo, puede solicitar la reconstitución del Panel, con el objeto de que la Parte reclamante deje sin efecto la suspensión de beneficios y los restituya al sector afectado.

Conclusiones

El principal valor que aporta el Capítulo de Solución de Controversias es el de otorgar la certidumbre jurídica,

bajo la expectativa de buscar el cumplimiento de los derechos adquiridos en la negociación del TLC. Esta garantía es indispensable cuando se establecen estrechos vínculos comerciales y económicos, de los cuales es probable que surjan diferencias. De hecho esto contribuye a eliminar en las relaciones comerciales la arbitrariedad y garantiza que las medidas sean sujetas a derecho y así se preservan los derechos y las obligaciones asumidos en el TLC.

Una de las características más importantes de este acuerdo es la automaticidad del sistema de solución de controversias, que está garantizada por el cumplimiento de varias instancias y plazos específicos que aseguran celeridad en los procedimientos y certidumbre respecto de los mismos. También es positivo el hecho de que las partes deban esforzarse en todo momento en acordar soluciones mutuamente satisfactorias, lo que puede permitir una solución definitiva que se pueda sostener en el tiempo.

El TLC trae figuras novedosas. Una de esas figuras que tienen una cualidad preventiva de gran valor es la posibilidad de demandar medidas en proyecto. Otra figura novedosa es la compensación monetaria, cuya aplicación no es común en los sistemas de solución de controversias comerciales. De hecho, no existen muchos antecedentes en su implementación. Esta figura puede desequilibrar el proceso, pues es más probable que la economía más grande tienda a pagar sus incumplimientos. No obstante, una de las reflexiones al respecto es que los incumplimientos pueden llegar a sostenerse en el tiempo, sin posibilidad de que la suspensión de beneficios de economías pequeñas logre el efecto deseado, levantar la medida que genera la violación, razón por la cual el pago puede ser una alternativa preferente. No obstante esto trae otro problema y es la forma como ese fondo tendría que ser administrado al interior del país que va a recibir el pago. Al no tener un antecedente histórico sobre su implementación, los Estados que se vieran compelidos a aplicar estas figuras tendrán que ser creativos respecto de la operatividad de los fondos en beneficio de los sectores afectados por los incumplimientos.

Como se mencionó al inicio de este trabajo, es fundamental que los abogados interesados en estas materias conozcan a cabalidad todas las normas del posible TLC, es decir los capítulos que contienen los derechos sustantivos, que serán las materias que se demandarán. Para el efecto, en el Ecuador se debe hacer un esfuerzo por difundir la normativa del TLC y también la de la OMC y de la CAN, con el objeto de defender mejores los intereses nacionales y escoger los foros más idóneos para demandar sus derechos, a la luz de las normas de procedimiento que dichos acuerdos proveen. Este es un esfuerzo del que se debe tener conciencia en el nivel gubernamental, en el nivel privado y en el nivel académico, con el objeto de contribuir a lograr una mejor inserción económica y comercial del Ecuador coherente y ajustada a derecho.

Notas

- 1 Significa que los costos de producción son más bajos porque se utilizan métodos de producción o tecnología que no respetan al medio ambiente o no evitan daños al entorno – industrias sucias; y, para el caso laboral, cuando el irrespeto de los derechos fundamentales del trabajador no son respetados, por ejemplo un pago por debajo del salario mínimo vital para cada actividad o cuando se emplean trabajo infantil, entre otras situaciones que implican violación de derechos de los trabajadores.
- 2 Conformada por los Ministros de Comercio Exterior de las Partes en controversia.
- 3 Artículo 26, párrafo 1, literal b) cuando se haya llegado a la conclusión de que una medida anula o menoscaba ventajas resultantes del acuerdo abarcado pertinente, o compromete el logro de objetivos de dicho acuerdo, sin infracción de sus disposiciones, no habrá obligación de revocar esa medida. Sin embargo, en tales casos, el grupo especial o el Órgano de Apelación recomendarán que el Miembro de que se trate realice un ajuste mutuamente satisfactorio;
- 4 Artículo 42 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la CAN: “Los Países Miembros no someterán ninguna controversia que surja con motivo de la aplicación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina a ningún tribunal, sistema de arbitraje o procedimiento alguno distinto de los contemplados en el presente Tratado.”
- 5 Artículo 8 del TLC entre Colombia, Ecuador, Estados Unidos y Perú.