

Solución de diferencias entre Perú y los Estados Unidos de América: consideraciones para elegir entre el mecanismo de solución de diferencias de la OMC y el del tratado de libre comercio entre ambos países

Fernando Piérola Castro*

1. Introducción

La conclusión de un tratado de libre comercio (TLC) entre el Perú y los Estados Unidos de América¹ constituye un paso muy importante en la política comercial del Perú. Sin duda, se presentan ventajas que permiten un mayor acceso de productos originarios del Perú al gran mercado norteamericano y la generación de incentivos a la inversión orientada hacia la exportación a ese mercado.

Sin embargo, la efectividad de estas ventajas depende del cumplimiento efectivo del TLC por parte de los Estados Unidos de América, o de no ser así, de mecanismos efectivos de solución de diferencias que le permitan al Perú corregir la situación o lograr una solución pronta, satisfactoria y positiva sobre la situación desfavorable.

* Abogado, consejero del Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC, Ginebra, Suiza. Versión adaptada a la situación del Perú, en el marco del sistema de solución de diferencias de la OMC y de la suscripción del tratado de libre comercio con los Estados Unidos de América, del documento titulado «Solución de diferencias de los acuerdos “Norte-Sur” en las Américas y en el Acuerdo sobre la OMC: consideraciones para la elección del foro más conveniente» (producido en coautoría). Las opiniones expresadas en este documento son las del autor y no necesariamente las de la institución con la que está afiliado.

¹ Firmado el 12 de abril de 2006 —aún no está en vigencia—. Este artículo se basa en la versión publicada en el portal de Internet del Ministerio de Comercio y Turismo del Perú (MINCETUR) al 30 de octubre de 2006.

Los derechos y obligaciones del TLC deben contextualizarse en el marco de los derechos y obligaciones del Perú y de los Estados Unidos que surgen de acuerdos multilaterales asumidos en el seno de la Organización Mundial del Comercio (OMC). En este contexto, tanto el Perú como los Estados Unidos de América han asumido derechos y obligaciones sobre el comercio de mercancías, servicios y propiedad intelectual con carácter multilateral, vinculándose no solo entre sí, sino también con otros 148 países hasta la fecha. Análogamente a la reglamentación bilateral, para aportar seguridad y previsibilidad a este sistema, los miembros de la OMC han establecido un sistema de solución de diferencias que tiene como propósito abordar las controversias entre los miembros con miras a lograr una solución pronta,² satisfactoria³ y positiva⁴ a las mismas.

Los acuerdos multilaterales de la OMC son la base del TLC: muchas de las disposiciones de este simplemente recogen las disposiciones de la OMC,⁵ mientras que otras disposiciones constituyen su desarrollo.⁶ Por otra parte, el mecanismo de solución de diferencias del TLC está hecho a imagen y semejanza del mecanismo de solución de diferencias de la OMC, con importantes excepciones en su configuración, como se verá más adelante.

Dada la concurrencia sustantiva y procesal entre el ordenamiento jurídico de la OMC y el del TLC, existe la posibilidad de que ante cualquier *impasse* comercial que afecte el acceso de bienes o servicios peruanos al mercado estadounidense, el Perú pueda optar por recurrir al mecanismo de solución de diferencias de la OMC y exigir la observancia de las normas sustantivas de este ordenamiento o por recurrir al mecanismo de solución de diferencias que establece el TLC y basarse en las disposiciones sustantivas del marco bilateral.

El propósito de este trabajo es brindar consideraciones que puedan asistir a un reclamante en dicho proceso de toma de decisión. Se presentan a continuación los presupuestos sobre los que se asienta la elección del foro más conveniente, así como las diversas consideraciones que fluyen de las características concretas de la diferencia

² Artículo 3.3 del «Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias» (ESD).

³ Artículo 3.4 del ESD.

⁴ Artículo 3.7 del ESD.

⁵ Así por ejemplo, con respecto a las controversias que surjan en aplicación del capítulo relativo a medidas sanitarias y fitosanitarias, un artículo prevé que «[n]inguna Parte recurrirá al mecanismo de solución de controversias establecido en este Tratado para ningún asunto que surja según lo dispuesto en este Capítulo».

⁶ Recital 13 del TLC. Sin perjuicio de ello, el TLC reglamenta que van más allá de aquellas cubiertas por los acuerdos multilaterales de la OMC —por ejemplo, el tratamiento de inversiones, los determinados aspectos ambientales y laborales, entre otros—.

como de las características inherentes a los procedimientos de solución de diferencias del sistema de la OMC y del TLC.

2. Los presupuestos en los que se asienta la posibilidad de elegir entre el foro de la OMC y el del TLC

Como se ha señalado en diferentes contextos, la posibilidad de elegir entre dos o más foros o jurisdicciones reposa en el presupuesto que las partes en la controversia (i) son partes en dos o más ordenamientos jurídicos independientes entre sí, (ii) que reglamenten la materia sobre la que versa la controversia y (iii) a través de sus respectivos mecanismos de solución de diferencias puedan brindar diferentes respuestas a la problemática que se suscita.⁷

Tanto el Perú como los Estados Unidos son miembros de la OMC, y como lo mencionáramos previamente, existe una multiplicidad de disposiciones que reglamentan en paralelo supuestos de hecho sobre los que se pueden presentar controversias.

La pregunta que por tanto surge es cómo decidirse por recurrir al mecanismo de la OMC o al mecanismo bilateral. La respuesta a dicha pregunta viene dada por los objetivos que pretende alcanzar el reclamante, las características de la controversia concreta y las características de los procedimientos ante la OMC o ante el TLC.

Los objetivos que pretende alcanzar un país afectado pueden ser variables. Normalmente, se busca conseguir el retiro o modificación de la medida en cuestión, o una solución comercial que permita la continuación del comercio sobre el producto o servicio afectado, con independencia del instrumento jurídico que la ponga en vigencia. Sin embargo, también existe la posibilidad que la solución que busca el reclamante sea una declaración jurídica de violación de normas⁸ o ante la imposibilidad de remoción de la medida, al menos una compensación comercial.⁹ La determinación clara de los objetivos que pretende alcanzar un reclamante es fundamental para definir el foro más conveniente y, dentro de este mecanismo, la estrategia procesal más apropiada para

⁷ PIÉROLA, F. y Gary HORLICK. «WTO Dispute Settlement and Dispute Settlement in the “North – South” Agreements of the Americas: Considerations for Choice of Forum». Manuscrito. Presentado el 26 de octubre de 2006. Washington DC: Banco Interamericano de Desarrollo.

⁸ En la historia del sistema de solución de diferencias de la OMC, se han presentado diferencias en las que el nivel de anulación o menoscabo de ventajas resultantes de una medida era mínimo o inexistente —véase, por ejemplo, la decisión de los árbitros, Estados Unidos – Ley Antidumping de 1916, Reclamación inicial de las Comunidades Europeas – Recurso de los Estados Unidos al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, WT/DS136/ARB, 24 de febrero de 2004—.

⁹ Esta forma de solución podría corresponder a las reclamaciones por anulación o menoscabo sin violación de normas, de ventajas resultantes de los acuerdos multilaterales de la OMC o de los acuerdos regionales.

la consecución de dichos propósitos. El Estado reclamante no puede realizar la determinación en abstracto de los objetivos que se buscan a través del proceso de solución de diferencias; corresponde realizar consultas con el sector privado que es el que se ve directamente afectado por la medida en cuestión para definir el interés del país.

Una vez definidos estos objetivos, corresponde evaluar las características concretas de la controversia y sobre la base de ellas, qué procedimientos responden más favorablemente a las características de la diferencia.

3. Las características de la controversia y de los procedimientos de solución de diferencias de la OMC y del TLC

Para efectos de determinar el foro más conveniente, las características relevantes de la controversia dependen de:

- variables de índole jurídico sustantivo, vinculadas a los alcances y efectos de la medida en cuestión y al derecho que se invocaría; así como,
- variables de índole político, relativas a las circunstancias políticas concretas que rodean a cada diferencia y que podrían influir en la obtención de un resultado particular.

3.1. Variables de tipo sustantivo

Las variables de tipo sustantivo versan sobre los dos aspectos que identifican a toda reclamación tanto en el marco de la OMC¹⁰ como en los términos del TLC:¹¹ (i) la medida en cuestión y (ii) los fundamentos jurídicos de la reclamación, es decir, el derecho aplicable.

3.1.1. La medida en cuestión

Para elegir el foro más conveniente, los aspectos más relevantes que el reclamante debe evaluar son el estatus jurídico de la medida en cuestión y sus alcances, en términos de productos y servicios, así como los socios comerciales que se podrían ver afectados por sus consecuencias.

3.1.1.1. El estatus jurídico de la medida en cuestión

El primer aspecto sobre el cual el reclamante debe tener claridad es el estatus jurídico de la medida en cuestión, esto quiere decir, si su preocupación versa sobre una medida en vigor o una medida en proyecto, aún no adoptada. En el sistema de solución

¹⁰ Artículo 6.2 del ESD.

¹¹ Artículo 21.4.2 del TLC EE.UU. – Perú.

de diferencias de la OMC, es poco probable que se pueda respaldar una reclamación relativa a una medida que aún no ha sido adoptada, incluyendo la realización de consultas sobre la misma.¹² Sin embargo, el TLC permite realizar consultas no solo sobre medidas en vigor, sino también sobre medidas que aún se encuentran en proyecto.¹³ Esta posibilidad permite conocer con anticipación los alcances de futuras medidas que podrían afectar a futuro las exportaciones del reclamante sin necesidad de esperar su puesta en vigor y tener que experimentar sus efectos para contar con una mejor apreciación de sus alcances.

Sin embargo, este recurso en el TLC cuenta con una limitación. Si bien se pueden realizar consultas sobre medidas en proyecto, de no llegarse a soluciones satisfactorias, no se puede proceder a la fase siguiente de resolución jurídica,¹⁴ a no ser que la medida haya sido adoptada.¹⁵

3.1.1.2. El alcance de la medida en cuestión

Para el reclamante, la determinación del alcance de la medida en cuestión, en términos de países y productos o servicios, es importante porque permite apreciar el grado de apoyo potencial que se podría recibir por parte de terceros si el cuestionamiento se plantea al nivel de la OMC antes que al nivel del TLC. A mayor número de países afectados o mayor peso político de estos, existe una mayor probabilidad de que se pueda dar mayor presión internacional que induzca al demandado a encontrar una solución a la diferencia.

El alcance de la medida en cuestión se debe evaluar con respecto a la cobertura por países y la cobertura por productos o servicios. Si la medida en cuestión se aplica sin hacer distinción por origen, existe una gran probabilidad de que pueda afectar a otros países además del reclamante.¹⁶

¹² En el marco del sistema de solución de diferencias de la OMC, es claro que se pueden cuestionar medidas que están en vigor e incluso medidas que están en vigor con efectos diferidos —véase el informe del grupo especial del GATT, «Estados Unidos – Impuestos sobre el petróleo y sobre determinadas sustancias importadas» [BISD, 34S/136]—. Sin embargo, la jurisprudencia no se ha pronunciado hasta la fecha a favor de medidas futuras que aún no están en vigor —véase el informe del grupo especial, «Comunidades Europeas – Medidas que afectan al comercio de embarcaciones comerciales», WT/DS301/R, adoptado el 20 de junio de 2005, párrafo 7.31—.

¹³ Artículo 21.4.1 del TLC EE.UU. – Perú.

¹⁴ Artículo 21.6.6 del TLC EE.UU. – Perú.

¹⁵ Cabe señalar que en el contexto de la OMC, el artículo 6.2 del ESD establece que una solicitud para el establecimiento de un grupo especial debe indicar, adicionalmente a la identificación de la medida en cuestión y los fundamentos jurídicos del reclamo, si se sostuvieron consultas, lo cual ha sido interpretado por la práctica como que las consultas deben necesariamente versar sobre las medidas que son susceptibles de cuestionamiento ante un grupo especial, esto quiere decir, medidas en vigor.

¹⁶ Una forma como el reclamante puede probar el grado de receptividad de su preocupación en otros miem-

Aun en el caso en que una medida se aplique únicamente al reclamante, terceros aún podrían estar interesados en la controversia por la conexión que podría tener la medida en cuestión con medidas análogas que sí los afecten directamente. Así, por ejemplo, una medida *antidumping* que se aplique únicamente al reclamante y a determinados productos de este podría estar basada en una práctica o metodología —como la *reducción a zero* o *zeroing*— que también sea aplicable a otras medidas antidumping que afecten a terceros y no al reclamante. En consecuencia, si bien los terceros no estarían directamente afectados por la medida en cuestión, si el cuestionamiento del reclamante ataca la metodología que subyace tanto a la medida en cuestión como a las que sí afectan a terceros, estos tendrán incentivos para participar en la diferencia en apoyo del reclamante.

Con respecto al alcance de la medida por productos o servicios, si la medida en cuestión se aplica a todos los orígenes y no hace distinción por productos o servicios, existe también una gran probabilidad que afecte a terceros. Por el contrario, si la medida se aplica a productos o a sectores de servicios específicos, dicha probabilidad se vuelve menor. Aun en el caso en que la medida se aplicara a rubros muy específicos, existe la posibilidad de que se afecte a terceros siempre que el reclamante no sea el único exportador del producto o servicio en cuestión de conformidad con estadísticas de comercio que demuestren la afectación de terceros.

3.1.1.3. Las implicaciones políticas y económicas que rodean a la medida en cuestión

Las implicaciones políticas y económicas del mantenimiento o eventual modificación o retiro de la medida en cuestión son factores que también pueden influir en la elección del foro. Una medida cuya modificación o retiro tenga un impacto político o económico bajo en el país demandado puede ser susceptible de una solución más eficiente en el marco del TLC antes que en el foro de la OMC. Por la envergadura de la controversia es razonable intentar solucionar este tipo de impases a bajo costo y para dichos propósitos es más probable que los mecanismos bilaterales del TLC representen costos menores que activar los canales multilaterales de la OMC. Por el contrario, para el retiro o modificación de una medida de alta sensibilidad política o de alto costo económico puede ser más conveniente para el reclamante plantear la problemática como un asunto de importancia multilateral, que requiere la atención del sistema de la OMC, y no meramente como un asunto bilateral o de repercusiones

bros de la OMC es exponiendo su problemática en el seno del Consejo de Comercio de Mercancías, o de Comercio de Servicios y verificando el posible «eco» que podría tener en terceros. De encontrarse un apoyo significativo, este factor le otorga una ventaja al mecanismo de solución de diferencias de la OMC sobre el mecanismo de solución de diferencias del acuerdo regional correspondiente.

únicamente regionales. En este contexto, el mecanismo multilateral de la OMC puede representar la alternativa más adecuada.

3.1.2. El derecho aplicable

3.1.2.1. Claridad del derecho

Hemos mencionado que una de las premisas sobre las que se basa la posibilidad de elegir entre dos foros diferentes es la coexistencia de reglamentación de la materia sobre la que versa la controversia bajo el ordenamiento jurídico de la OMC y el del acuerdo regional.¹⁷ Sin embargo, no siempre las reglamentaciones de la OMC y las del TLC tienen el mismo contenido, alcance o formulación.¹⁸ Al darse la posibilidad de divergencias, el reclamante debería considerar cuál de los ordenamientos jurídicos le proporciona el «mejor» derecho, o el derecho menos ambiguo que le permita afirmar sus derechos de manera más certera. El contexto en la interpretación de las obligaciones del TLC podría jugar un papel importante al delimitar el alcance de ciertos derechos y obligaciones en una medida que no necesariamente es la prevista en el marco de los acuerdos multilaterales de la OMC. Esta consideración se debe analizar al momento en que se examina la viabilidad sustantiva de plantear la controversia sea al amparo del ordenamiento bilateral del TLC o del ordenamiento multilateral de la OMC.

3.1.2.2. Valor del precedente y jurisprudencia

Por encontrarse aún en proceso de ratificación, no existe la posibilidad de que el TLC cuente con casuística que haya permitido aclarar los alcances de diversas disposiciones. Es en ese sentido que, en términos generales, por su existencia por más de cincuenta años —incluyendo los tiempos del GATT—, el mecanismo de solución de diferencias de la OMC puede ofrecer ventajas en muchas áreas en las que ya se han establecido criterios jurisprudenciales claros. De darse desarrollos jurisprudenciales en el marco del TLC, otro de los criterios que un reclamante deberá tener en cuenta al decidir por el foro más conveniente será cuál de las jurisdicciones en cuestión le otorga la jurisprudencia que apoya en mejor medida su derecho.

¹⁷ Sección 2 *supra*.

¹⁸ Por ejemplo, si bien varias de las disposiciones de los acuerdos multilaterales de la OMC se han incorporado en el texto del TLC, esta incorporación se ha llevado a cabo *mutatis mutandi*, confiriendo flexibilidad en determinada medida a las partes del TLC para que dependiendo del contexto modifiquen el alcance de las disposiciones de la OMC (por ejemplo, el artículo 2.8 del TLC incorpora *mutatis mutandi* las disciplinas del artículo XI del GATT de 1994 al TLC, o el artículo 8.3 del TLC incorpora los requisitos que establece el acuerdo sobre salvaguardias de la OMC para la conducción de investigaciones también *mutatis mutandi*).

3.2. Variables de índole procesal

Las variables de índole procesal se refieren a las diversas características de los procedimientos en el marco del TLC y de la OMC. A criterio de los autores, se han tomado en cuenta los siguientes aspectos como los más relevantes para la elección del foro:

1. El acceso al mecanismo —incluyendo la participación de particulares en el proceso—.
2. La estructura y plazos de los procedimientos.
3. Los remedios que los procedimientos ofrecen.

3.2.1. El acceso a los mecanismos de solución de diferencias de la OMC y del TLC

3.2.1.1. Legitimación para el inicio de procedimientos

El mecanismo de solución de diferencias de la OMC está limitado únicamente a la participación de los miembros de la OMC.¹⁹ Análogamente, en cuanto reclamaciones relativas a la reglamentación de índole comercial, el mecanismo que prevé el TLC es el que involucra únicamente la participación de los gobiernos. Este mecanismo Estado-Estado debe ser contrastado con el que se prevé en el TLC para disputas relativas a inversiones, en las que un inversionista puede cuestionar acciones tomadas por el Estado receptor de la inversión.²⁰ En tanto que no existe a nivel de la OMC o del TLC reglamentación sobre la decisión de las partes de iniciar un procedimiento, es potestad del Estado norteamericano o del Estado peruano, de conformidad con sus procedimientos administrativos nacionales, determinar cuándo es que procede la presentación de reclamaciones.²¹

Cabe también señalar que tampoco existe figura análoga al requisito de agotar vías previas o instancias administrativas o judiciales a nivel nacional para poder acceder a cualquiera de estos mecanismos.

3.2.1.2. Ausencia de requisitos procesales para el inicio de procedimientos

Ni el TLC ni el mecanismo de la OMC exigen el cumplimiento de requisitos administrativos o procesales para iniciar los respectivos procedimientos de solución de diferencias, salvo la presentación de una solicitud de consultas. En el caso del TLC esta solicitud deberá contener la identificación de la medida en cuestión —sea adoptada o en proyecto—, o en general, cualquier otro asunto que el mismo reclamante con-

¹⁹ Artículo 1 del ESD.

²⁰ Sección B del capítulo 10 del TLC.

²¹ En el caso de los Estados Unidos de América, existe un procedimiento administrativo mediante el cual los particulares pueden exigirle al representante comercial de los Estados Unidos (USTR) la iniciación de procedimientos a nivel internacional para la defensa de sus intereses comerciales, de conformidad en el artículo 301 de su Ley de Comercio Exterior. A nuestro entender, no existe procedimiento análogo en el caso del Perú.

sidere que pudiera afectar el funcionamiento del TLC, así como la identificación de los fundamentos jurídicos del reclamo.²² Este mismo requisito es el que se exige en el marco del sistema de solución de diferencias de la OMC.²³

Un requisito de carácter negativo que se presenta únicamente en el TLC es no haber iniciado la fase jurídica del procedimiento de solución de diferencias ante la OMC.²⁴ De ser ese el caso, el demandado puede pedir la exclusión del foro y la terminación del procedimiento regional sin pronunciamiento de fondo. No existe medida análoga en el mecanismo de solución de diferencias de la OMC por lo que un procedimiento podría llevarse a cabo a pesar que se haya establecido un panel de conformidad con el TLC.

3.2.1.3. Inicio de los procedimientos jurídicos

El TLC prevé que luego de la realización de la fase de consultas se lleve a cabo una etapa intermedia, previa a la fase jurídica, a cargo de una comisión que consistirá de representantes de los Estados Unidos de América y el Perú a nivel ministerial.²⁵ La experiencia del único mecanismo regional que cuenta con el beneficio de práctica procesal al respecto —el del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)— indicaría que, en la práctica, la intervención de esta comisión podría llevar a dilaciones innecesarias de procedimiento por la misma conformación de la comisión, compuesta de los representantes de las partes en la diferencia, con intereses opuestos inclusive con respecto a si los procedimientos deberían conducirse de manera expeditiva o previendo un plazo más holgado para buscar una solución.

El mecanismo de solución de diferencias de la OMC, por el contrario, contempla el inicio casi automático de la fase jurídica. De no lograrse una solución a la controversia en la fase de consultas, el reclamante puede proceder inmediatamente a solicitar el establecimiento de un grupo especial ante el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la OMC.²⁶ En tal sentido, no existe etapa intermedia entre las consultas y la fase jurídica, y, por lo tanto, el acceso al procedimiento de grupo especial es más expeditivo.

²² Así, el artículo 21.4.2 del TLC establece que «[l]a Parte solicitante [...] explicará las razones de su solicitud, incluyendo la identificación de la medida vigente o en proyecto u otro asunto en cuestión y una indicación de los fundamentos jurídicos de la reclamación».

²³ El artículo 4.4 del ESD establece que «[t]oda solicitud de celebración de consultas se presentará por escrito y en ella figurarán las razones en que se base, con indicación de las medidas en litigio y de los fundamentos jurídicos de la reclamación».

²⁴ Artículo 21.3.2 del TLC.

²⁵ Artículo 21.5 del TLC.

²⁶ Artículos 4.7 y 6.1 del ESD.

El TLC prevé en teoría un sistema casi automático de establecimiento de paneles a solicitud de un reclamante.²⁷ De nuevo, basados en la práctica del TLCAN cuyo mecanismo de solución de diferencias posee un diseño semejante, dicho establecimiento «casi automático» podría estar sujeto a obstáculos.²⁸ Como se mencionara anteriormente, la comisión llamada a realizarlo está conformada por las partes de la diferencia, incluyendo el demandado, el cual podría tener incentivos de retardar el inicio de procedimientos legales para efectos de buscar una solución negociada a la controversia.

El mecanismo de solución de diferencias de la OMC evita este riesgo al imponer la regla del consenso negativo, mediante la cual el OSD debe establecer un grupo especial a menos que exista consenso de los miembros a contrario.²⁹

En términos generales, se podría señalar que salvo la posibilidad de cuestionar medidas en proyecto bajo ciertas limitantes, no existen características saltantes en el acceso al TLC con respecto al mecanismo de solución de diferencias de la OMC que lo hagan más ventajoso. Por el contrario, el requerimiento de someter el asunto a una fase intermedia entre las consultas y la fase jurídica, con la intervención de la comisión, y la posibilidad que se den dilaciones en el establecimiento del panel, a raíz de la experiencia del TLCAN, le otorgarían una ventaja al mecanismo de solución de diferencias de la OMC sobre el mecanismo del TLC.

3.2.2. La estructura y plazos de los procedimientos

Tanto el mecanismo de solución de diferencias del TLC como el de la OMC están basados en un concepto de tres fases: una fase política consistente en un mecanismo de consultas —incluyendo la intervención de la comisión—, una fase jurídica consistente en los procedimientos cuasi judiciales ante los órganos resolutorios respectivos —incluyendo en el caso de la OMC el examen en apelación—, y, finalmente, una fase de cumplimiento o de la búsqueda de una solución efectiva a la controversia.

A pesar de esta similitud en perspectiva, en su configuración concreta, el mecanismo de solución de diferencias del TLC y el mecanismo de la OMC presentan variantes en términos de estructura y plazos que hay que tener en cuenta para el asunto de la elección del foro más conveniente.

²⁷ Artículo 21.9 del TLC.

²⁸ Las deficiencias en el establecimiento de grupos especiales se han presentado en el contexto del TLCAN en las diferencias entre México y los Estados Unidos relativas al sector de los camiones (USA-98-2008-1), y en el contexto de la revisión de medidas antidumping del TLCAN, en la diferencia relativa a la determinación de dumping por parte del Canadá al azúcar de Estados Unidos (CDA-95-1904-04), y la relativa a la imposición de derechos antidumping por parte de México sobre las importaciones de jarabe de fructosa de los Estados Unidos (MEX-98-1904-01).

²⁹ Artículo 6.1 del ESD.

El anexo a este artículo presenta el desagregado de etapas y plazos de ambos mecanismos. En términos generales, el mecanismo previsto en el TLC contempla un marco temporal más abreviado que el de la OMC. Sin embargo, existe el problema potencial descrito anteriormente que se suscita en el marco del TLCAN y que podría resultar en que los plazos del mecanismo del TLC resulten siendo más largos que los del mecanismo de la OMC.

En principio, se podría considerar que la mayor celeridad en los plazos es una ventaja para lograr una resolución jurídica más pronta de la diferencia. Sin embargo, esta ventaja se convierte en relativa dependiendo de la anulación o menoscabo de ventajas comerciales que se presente marginalmente con el transcurso del tiempo. Si la anulación o menoscabo de ventajas comerciales se acrecienta de manera exponencial con el paso del tiempo —como se podría dar con medidas que afecten a productos perecederos—, la celeridad en los procedimientos se constituirá en uno de los objetivos primordiales que debería buscar el reclamante al momento de elegir el foro.

Sin embargo, si la anulación o menoscabo de ventajas permanece sin mayores variaciones en el transcurso del tiempo —como, por ejemplo, se podría dar con el cuestionamiento de una ley que nunca ha sido de aplicación real—, un reclamante debería otorgar a la celeridad un peso relativo y sopesarla contra otras ventajas que se podrían desprender de otras características de los procedimientos.

Analizaremos estas características siguiendo las fases comunes de los mecanismos de solución de diferencias del TLC y de la OMC.

3.2.2.1. Fase política: desde las consultas hasta las acciones que anteceden al funcionamiento efectivo del órgano resolutorio respectivo

a) Consultas

Ambos procedimientos, el de la OMC y el del TLC, se inician con la solicitud de consultas. Con los procesos de consultas, se busca llegar a soluciones de manera acordada. Los plazos que se aplican para la realización de consultas en el mecanismo de la OMC y en el del TLC son en términos generales de sesenta días contados desde la presentación de la solicitud de consultas.³⁰

Una particularidad interesante que contempla el TLC es la obligación de convocar a las consultas a los expertos gubernamentales que tengan conocimiento especializado o competencia sobre el asunto objeto de consultas.³¹ Dicha posibilidad no se prevé en la reglamentación de las consultas en la OMC, dejando a criterio de las partes la

³⁰ Artículos 21.5.1 del TLC y 4.7 del ESD.

³¹ Artículo 21.4.6 del TLC.

conformación de sus delegaciones de la forma como lo estimen más conveniente. Una ventaja que se derivaría de esta obligación bilateral es la mayor probabilidad de que se produzcan conversaciones sustantivas entre las delegaciones y se dé un mejor entendimiento sobre las medidas en cuestión o sobre las violaciones que alega el reclamante. Sin embargo, el impacto de esta ventaja teórica parecería ser relativo porque no existen mecanismos para hacer exigible la obligación de convocar a expertos a consultas, y en todo caso, porque así fueran convocados, su asistencia no necesariamente asegura la realización de consultas de carácter constructivo.

b) Acciones previas al inicio de la fase jurídica

Tanto el mecanismo de solución de diferencias de la OMC como el mecanismo del TLC prevén determinadas acciones entre la finalización de las consultas y el inicio de la fase jurídica. En términos efectivos, estas acciones representan formalidades cuya razón de ser puede estar en tela de juicio.

En el caso de la OMC, estas acciones consisten en someter la solicitud para el establecimiento de un grupo especial a la consideración del OSD. Si el demandado se opone al establecimiento del grupo especial en la reunión del OSD en la que se considera la solicitud, el reclamante debe volver a someter dicha solicitud en la siguiente reunión del OSD.³² Este trámite adicional representa en la práctica una dilación de al menos un mes.

Sin embargo, uno de los mayores problemas de dilación en el mecanismo de la OMC se presenta con la composición del grupo especial una vez que este ha sido establecido. Esta fase debería durar —cumpliendo los plazos estrictos— treinta días desde el establecimiento del grupo especial hasta la composición por parte del director general de la OMC del grupo especial ante la falta de acuerdo entre las partes y a solicitud de alguna de ellas.³³ En muchos casos, sin embargo, considerando la conveniencia de llegar a un acuerdo sobre la composición del grupo especial, las partes exceden considerablemente dichos plazos, llegando a demorarse varios meses.

En lo que concierne al TLC, luego de la conclusión de las consultas se prevé la intervención de la comisión a efectos que convoque a reuniones de técnicos o expertos, ejerza buenos oficios, conciliación, mediación u otros procedimientos de solución de diferencias, o emita recomendaciones para que las partes solucionen la controversia.³⁴ Por otra parte, la composición de un panel también podría llevar a dilaciones innecesarias, debido a que a pesar de preverse una metodología para facilitar el proceso

³² Artículo 6.1 del ESD.

³³ Artículo 8.7 del ESD.

³⁴ Artículo 21.5.4 del TLC.

de selección entre las partes, a falta de voluntad de alguna de ellas para elegir a los integrantes del panel, parecería ser que la responsabilidad recaería en la comisión o en todo caso las partes en conjunto.³⁵ De ser ese el caso, se podría presentar el mismo riesgo de dilaciones que se podría dar para el establecimiento de un panel debido a los diferentes incentivos de las partes en la diferencia con respecto a los plazos que debería tener el proceso.

En conclusión, no existirían durante las consultas elementos determinantes que indiquen una mayor ventaja de un mecanismo de solución de diferencias con respecto al otro. Sin embargo, la mayor automaticidad en los procedimientos posconsultas y previos al funcionamiento efectivo del órgano resolutorio daría una ventaja relativa al mecanismo de solución de diferencias de la OMC por sobre el mecanismo del TLC.

3.2.2.2. Fase jurídica: procedimientos ante los órganos resolutorios

El procedimiento ante un grupo especial de la OMC es en teoría el más extenso en plazos. Esta extensión se debe en parte a las características del proceso, que contempla procedimientos de apelación y la adopción formal del informe del grupo especial y del órgano de apelación por el OSD.³⁶ Si bien este incremento en los plazos podría ser percibido como una desventaja, la existencia de un procedimiento de apelación otorga una garantía de juridicidad en determinados contextos, como se verá más adelante.

El procedimiento en teoría no debería exceder los quince meses desde el establecimiento del grupo especial hasta la adopción del informe por el OSD.³⁷ Sin embargo, en los hechos, los procedimientos duran un promedio de entre diecisiete y dieciocho meses.³⁸

Por contraste, en ausencia de práctica por motivos obvios, los plazos formales que prevé el TLC desde la designación del último árbitro del panel hasta la emisión del informe final a las partes son de ciento cincuenta días —cinco meses aproximadamente—. ³⁹ Por las razones expuestas previamente, en lo relativo a la intervención de la comisión, estos plazos podrían llegar a ser más largos.

Adicionalmente a los plazos, un factor importante a considerar es la organización de los procedimientos. El mecanismo de solución de diferencias de la OMC cuenta con reglas de procedimientos relativamente claras y afirmadas en el tiempo por la práctica

³⁵ Artículo 21.9.1 del TLC.

³⁶ Artículos 16.4 y 17.14 del ESD.

³⁷ Artículos 12.8, 16.4, 17.14 y 20 del ESD.

³⁸ Estadísticas proporcionadas en el portal WorldTradeLaw.Net: <<http://www.worldtradelaw.net/dsc/database/adoptiontiming1.asp>>. Última revisión: 15 de octubre de 2006.

³⁹ Artículos 21.13.3 y 21.14.1 del TLC.

continúa de más de una década.⁴⁰ El TLC aún no cuenta con reglas de procedimiento debido a que dichas reglas serán establecidas por la comisión cuando este tratado entre en vigor, lo cual a la fecha de este artículo aún no se ha concretado. Sin embargo, será también importante para la elección del foro evaluar las ventajas de dichas reglas en comparación con las que se prevé en el mecanismo de solución de diferencias de la OMC.

Otro factor relevante es la asistencia técnica, logística e institucional que los órganos resolutorios reciban de las entidades que administran los acuerdos. En este sentido, los grupos especiales de la OMC cuentan con el respaldo de personal habituado al manejo de diferencias comerciales. A su debido momento, será importante evaluar estos aspectos en el marco del TLC para efectos de determinar el respaldo institucional que podrían recibir eventuales grupos especiales.⁴¹

Otro factor que en algunos contextos puede ser importante considerar es el nivel de publicidad de los procedimientos. Como reclamante, podría ser favorable que un procedimiento tenga cierto grado de apertura cuando la medida en cuestión tiene aspectos que son políticamente sensibles, o cuando se busque algún tipo de respaldo por determinados sectores de la sociedad civil del país cuestionado. De la misma manera, la publicidad también podría ser favorable para que el reclamante demuestre a la opinión pública de su país las acciones que está tomando a fin de salvaguardar el interés nacional. En este sentido, el TLC dispone que las comunicaciones de las partes se revelen al público,⁴² mientras que el mecanismo de solución de diferencias de la OMC establece que todas las actuaciones y escritos presentados ante el órgano resolutorio respectivo deberían tener carácter confidencial.⁴³

Con relación a este aspecto, otro criterio a tener en cuenta, tal vez en menor medida, es el relativo a la posibilidad de que entidades no gubernamentales presenten escritos de *amicus curiae*. La conveniencia de optar por un mecanismo que provea esta posibilidad es algo que se deberá analizar caso por caso. El TLC prevé esta posibilidad de manera expresa.⁴⁴ Por el contrario, la posibilidad no está *expresamente* prevista en el mecanismo de solución de diferencias de la OMC.⁴⁵

⁴⁰ El modelo de reglas de procedimiento está contenido en el apéndice 3 del ESD. Para cada diferencia concreta, los grupos especiales basan sus procedimientos de trabajo en estas reglas estándar.

⁴¹ Sobre los aspectos relativos a las capacidades institucionales que se deben tener en cuenta para la elección del foro, véase: APAZA, Pamela. «The Interaction between the Dispute Settlement Mechanisms of the American Regional Trade Agreements and the WTO». Tesis de maestría. World Trade Institute, Berna, año académico 2005-2006.

⁴² Artículo 21.10.1(c) del TLC.

⁴³ Artículo 18.2 del ESD.

⁴⁴ Artículo 21.10.1(c) del TLC.

⁴⁵ Dicho ello, sin embargo, se debe mencionar que por vía jurisprudencial el Órgano de Apelación de la OMC

Tanto los mecanismos de solución de diferencias de la OMC como los del TLC prevén la expedición de informes preliminares que deben contener los argumentos, las constataciones fácticas, el razonamiento jurídico del grupo especial o panel y las conclusiones a las que se llegó.⁴⁶ En lo que se refiere a la expedición del informe final, tampoco existe mayor distinción entre lo previsto en el mecanismo de solución de diferencias de la OMC y el del TLC. En ambos casos con la emisión de dichos informes finaliza la etapa resolutoria del procedimiento.⁴⁷

Probablemente la característica más distintiva del mecanismo de solución de diferencias de la OMC en su estructura es la existencia de un examen en apelación para la revisión de las decisiones de los grupos especiales. En términos de plazo, este procedimiento representa un tiempo adicional que no se presenta en el mecanismo del TLC, pero en términos de derecho representa una garantía de una mayor certeza con respecto al derecho sustantivo, al debido proceso y al establecimiento de criterios concordantes en las varias diferencias planteadas ante la OMC. El procedimiento de apelación únicamente comprende la revisión de las constataciones jurídicas e interpretaciones legales que hubiera desarrollado el informe de un grupo especial, y no los aspectos de hecho contenidos en el mismo.⁴⁸ A diferencia de la OMC, el mecanismo del TLC no prevé instancia de apelación.

Si la controversia versa sobre un asunto altamente jurídico o es el interés del reclamante obtener una declaración jurídica antes que una solución comercial, valdrá la pena tener en cuenta la garantía de juridicidad que proporciona el Órgano de Apelación de la OMC.

En conclusión, los plazos más abreviados —en teoría— son ventajas del mecanismo del TLC sobre el mecanismo de solución de diferencias de la OMC, a lo que se debe añadir un mayor acceso del público a información relativa a la controversia. Sin embargo, el mecanismo de solución de diferencias de la OMC podría presentar ventajas en lo que se refiere a reglas de procedimientos establecidas por la práctica, apoyo de personal experimentado para asistir al grupo especial en descargar sus funciones y el beneficio de una segunda instancia que provea de una mayor seguridad jurídica.

ha admitido que escritos de *amicus curiae* sean recibidos por los grupos especiales de la OMC. Informe del Órgano de Apelación, «Estados Unidos – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón», WT/DS58/AB/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998, párrafos 99-110.

⁴⁶ Artículos 15.2 del ESD y 22.12.2 del TLC.

⁴⁷ Existe una diferencia incidental en cuanto a la firmeza de la decisión. En el caso del TLC, la expedición de los informes hace que las constataciones y conclusiones allí contenidas sean últimas, mientras que en el caso de la OMC, la decisión de un grupo especial está sujeta a la adopción por parte del OSD o a la revisión si es que alguna de las partes presenta una apelación.

⁴⁸ Artículo 17.6 del ESD.

3.2.2.3. Fase de cumplimiento y de búsqueda de una solución a la controversia

En el marco de la OMC, una vez que las decisiones sobre una controversia han sido adoptadas por el OSD, las decisiones tienen carácter vinculante y deben ser aceptadas incondicionalmente por las partes en la controversia.⁴⁹

La formulación que presenta el TLC es distinta. A pesar de entenderse que los informes de los paneles son obligatorios, el TLC se centra en el hecho que dichos informes se constituyen en la base para que las partes convengan una solución de la controversia que deba ajustarse a las determinaciones y recomendaciones que formule el órgano correspondiente.⁵⁰

De ello se podría inferir que la decisión de un órgano resolutorio de la OMC tendría mayor finalidad jurídica que la decisión recaída en un panel bilateral. Sin embargo, también se podría argumentar por otra parte que las decisiones de un panel del TLC otorga una mayor flexibilidad a las partes para buscar una solución efectiva a la diferencia con independencia de su situación jurídica. La ventaja de uno u otro mecanismo con respecto al carácter de la decisión dependerá de los objetivos del reclamante: obtener una solución comercial, una resolución jurídica, o quizá una combinación de ambas.

El mecanismo de solución de diferencias de la OMC prevé el otorgamiento de un plazo prudencial para dar oportunidad de cumplimiento.⁵¹ Si al final de dicho plazo existe desacuerdo sobre el cumplimiento efectivo, se da la posibilidad de que se plantee un nuevo grupo especial para verificar el cumplimiento.⁵² De constatarse la falta de cumplimiento, el mecanismo de la OMC contempla un conjunto de «remedios» para encontrar algún alivio a la anulación o menoscabo de ventajas —compensación temporal— o inducir al cumplimiento —suspensión de concesiones u otras obligaciones—. ⁵³

Por su parte, el mecanismo del TLC prevé que luego de emitirse la decisión, las partes deben intentar convenir una solución, lo cual introduce un elemento de manejo político al asunto que puede socavar la seguridad y previsibilidad de los derechos y obligaciones. Se contempla como primer recurso acordar «una solución» que, siempre y cuando sea posible, debería consistir en el retiro de las medidas que incumplan el TLC.⁵⁴ Ante el fracaso del acuerdo sobre dicha solución, el TLC prevé la posibilidad

⁴⁹ Artículo 17.14 del ESD.

⁵⁰ Artículo 21.15.1 del TLC.

⁵¹ Artículo 21.3 del ESD.

⁵² Artículo 21.5 del ESD.

⁵³ Artículo 22 del ESD.

⁵⁴ Artículo 21.15.2 del TLC.

de negociar una compensación.⁵⁵ Si no se cumpliera con la solución acordada o no se conviniera en una compensación, corresponderá al reclamante el derecho de tomar medidas de retorsión.⁵⁶

Solamente a efectos de oponerse a dicha represalia es que se daría la posibilidad que el demandado solicite un grupo arbitral para que verifique el cumplimiento o que el nivel de la medida de retorsión es excesivo.⁵⁷

Como se puede apreciar, en términos globales, el TLC proporciona un mecanismo más expeditivo para tomar medidas de retorsión. Sin embargo, corresponde preguntarse si es que en efecto es esta una respuesta satisfactoria que se espera obtener del recurrir a la solución de diferencias en uno u otro foro. Podría ser el caso que en algunos contextos sea beneficioso otorgar un plazo prudencial de cumplimiento —como lo contempla el mecanismo de solución de diferencias de la OMC—, en lugar de optar inmediatamente por la retorsión comercial.

De manera especial el TLC⁵⁸ prevé la posibilidad de que se impida la posibilidad de suspender concesiones si es que el demandado ofrece una contribución monetaria. Esta posibilidad no se contempla en el mecanismo de solución de diferencias de la OMC.

En conclusión, a pesar que la obligatoriedad de retirar medidas ilegales al amparo de los informes de los paneles del TLC levanta interrogantes, estas decisiones proveen determinado margen de flexibilidad para realizar negociaciones que conduzcan a una solución efectiva a la controversia. De no hallarse dicha solución, el mecanismo del TLC prevé una estructura para la toma de medidas de retorsión más expeditiva que la de la OMC. Por su parte, el mecanismo de la OMC proporciona decisiones que generan inequívocamente obligaciones de cumplimiento al demandado y una oportunidad para que este pueda rectificar su medida, lo cual procede a cualquier tipo de medidas de retorsión.

3.2.3. Remedios

Tanto los mecanismos de la OMC como los del TLC prevén la compensación y la toma de medidas de represalia como los «remedios» principales a través de los cuales se debe buscar una solución a la diferencia.⁵⁹ Adicionalmente a ellos, el mecanismo del TLC prevé la posibilidad de que el demandado evite la retorsión en su contra

⁵⁵ Artículo 21.16.1 del TLC.

⁵⁶ Artículo 21.16.2 del TLC.

⁵⁷ Artículo 21.16.3 del TLC.

⁵⁸ Artículo 21.16.6 del TLC.

⁵⁹ Artículos 22 del ESD y 21.16 del TLC.

ofreciendo una contribución monetaria.⁶⁰ Si bien existen paralelos entre la compensación y la retorsión que prevén la OMC y el TLC, existen divergencias importantes en cuanto a sus alcances y al momento en que se puede hacer uso de ellos.

3.2.3.1. Compensación

Como se mencionara previamente, el TLC prevé que a falta de acuerdo sobre cómo buscar una solución a la controversia se permita ofrecer una compensación que aparentemente sería la solución de la diferencia.⁶¹ Por su parte, en el caso del mecanismo de la OMC, se prevé primero la puesta en conformidad de la medida con las obligaciones de la OMC y la compensación surge únicamente como un remedio subsidiario y de carácter temporal en tanto no se procede con la puesta en conformidad de la medida con el ordenamiento de la OMC.⁶² Se entiende que una compensación comercial, consistente en preferencias comerciales, debería aplicarse sobre la base del principio de nación más favorecida.⁶³

Tanto en el caso de la OMC como del TLC, la compensación, por sus características, resulta ser voluntaria y no se presentan parámetros para el establecimiento de la misma. Debido a este carácter incierto, no es aconsejable determinar la elección del foro tomando en cuenta una eventual compensación. De no producirse ninguna compensación, el único camino que queda a disposición es la toma de medidas de retorsión.⁶⁴

3.2.3.2. Medidas de retorsión

Las medidas de retorsión únicamente pueden recaer sobre concesiones u obligaciones que se encuentran reguladas por los acuerdos. A pesar que es poco probable que la decisión sobre el foro se base en la capacidad del reclamante de tomar medidas de retorsión, es importante tener en cuenta que las concesiones sobre las que se puede tomar retorsión en la OMC, no necesariamente son las mismas que aquello sobre lo que se puede tomar medidas de retorsión en el marco del TLC.

Por otra parte, con relación al nivel de la represalia, en el TLC se establece que dicho nivel debe ser equivalente al nivel de beneficios.⁶⁵ Entendemos que dicho nivel de beneficios equivalente correspondería al nivel de anulación o menoscabo que prevé el mecanismo de la OMC.⁶⁶

⁶⁰ Artículo 21.16.5 del TLC.

⁶¹ Artículo 21.16.1 del TLC.

⁶² Artículos 3.7 y 22.1 del ESD.

⁶³ Artículos 22.1 del ESD y I: 1 del GATT de 1994.

⁶⁴ Artículo 21.16.2 del TLC.

⁶⁵ Artículo 21.16.2 del TLC.

⁶⁶ Artículo 22.4 del ESD.

Como se mencionara previamente, uno de los aspectos más importantes del TLC es la posibilidad de que se conceda una contribución monetaria para evitar la toma de medidas de represalia.⁶⁷ Una vez manifestada la intención de brindar una contribución monetaria, esta compensación monetaria se debe fijar por acuerdo entre las partes o a falta del mismo, en un monto equivalente al 50% del monto de los beneficios que el grupo especial haya establecido para efectos de tomar medidas de retorsión. Esta contribución monetaria en caso de ausencia de decisión en ese sentido será equivalente al 50% del monto que el reclamante solicitó inicialmente. El pago de dicha contribución monetaria se puede hacer de manera gradual y uno de los mecanismos ingeniosos al respecto es el hecho de que cuando lo ameriten las circunstancias, la comisión podría establecer que dicho pago se canalice a través de un fondo para favorecer iniciativas que faciliten el comercio entre las partes, incluyendo iniciativas destinadas a reducir obstáculos injustificados al comercio o a facilitar el cumplimiento de obligaciones bilaterales por parte de alguna de las partes del TLC.⁶⁸

Otro aspecto que cabe resaltar en lo concerniente al TLC es que se dispone de un mecanismo de revisión de cumplimiento posterior a la toma de medidas de represalia. Este mecanismo se activa cuando el panel de cumplimiento ha determinado que se ha cumplido con la decisión original o se ha eliminado la anulación o menoscabo. A diferencia de ello, el mecanismo de solución de diferencias de la OMC no prevé dicha posibilidad, lo cual ha generado debate y controversias al respecto.⁶⁹

En conclusión, no existe en esencia mayor distinción en cuanto a los remedios que proporcionan ambos mecanismos. El mecanismo del TLC, sin embargo, pone un mayor énfasis en la compensación como una forma de llegar a una solución mutuamente satisfactoria y evitar medidas de retorsión. Por su parte, el mecanismo de solución de diferencias de la OMC le otorga una mayor importancia al retiro de la medida que ha sido hallada como incompatible con la OMC.

3.3. Variables de índole política

Una consideración importante para la elección del foro es la posible participación de terceros que de por sí no podrían participar en el mecanismo bilateral y que de otro

⁶⁷ Artículo 21.16.6 del TLC.

⁶⁸ Artículo 21.16.7 del TLC.

⁶⁹ En el marco de la OMC, la ausencia de un mecanismo de revisión de medidas de retorsión ha dado motivo a una diferencia entre las Comunidades Europeas y los Estados Unidos de América y el Canadá en lo relativo a las medidas de retorsión que estos dos últimos impusieron a las Comunidades Europeas como resultado de la diferencia Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (Hormonas), Canadá – Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE – Hormonas (DS321), Estados Unidos de América – Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE – Hormonas (DS320).

modo pueden apoyar la postura del reclamante en el foro de la OMC.⁷⁰ Sin embargo, la participación de terceros en la OMC puede ser un apoyo significativo para el reclamante. Como lo mencionáramos previamente, la determinación del alcance de la medida es importante para determinar a su vez la probabilidad de apoyo por terceros.

Otra consideración que puede representar algún peso en la toma de decisiones es la existencia de práctica previa o de acuerdo tácito entre las partes del acuerdo regional de agotar los mecanismos regionales antes de recurrir al mecanismo de la OMC. Por ejemplo, en el contexto de la Comunidad Andina, hasta la fecha no se han planteado diferencias en el seno de la OMC que de otra forma pudieran haberse dirimido en el marco regional. Entendemos que esta práctica responde a una regla tácita de que las controversias regionales se deben resolver en los foros regionales. La práctica a futuro en cuanto a diferencias entre el Perú y los Estados Unidos de América puede devenir en algún entendimiento tácito en este sentido.

También la existencia de diferencias simultáneas en uno u otro foro podría presentarse como un factor relevante. La coexistencia de diferencias en paralelo puede brindar a las partes determinado margen de negociación política para «saldar cuentas» en diferencias que se tramiten en paralelo.

4. Conclusiones

La elección del foro es una decisión que se debe realizar caso por caso y entraña la consideración de factores de índole diversa. En el caso de la elección de foro entre los mecanismos del TLC y de la OMC, un posible reclamante debe tener en cuenta factores de índole sustantivo —como el alcance de la medida cuestionada, la claridad tanto de la OMC como del TLC, la existencia de posibles precedentes—, de índole procesal —los plazos, la estructura de procedimientos, las consecuencias que prevean los mecanismos ante una constatación de incumplimiento, la factibilidad de obtener compensaciones o de tomar medidas de retorsión—, y variables de índole política —entre las que destaca la influencia de la participación de terceros en la búsqueda de una solución—. Algunos de estos factores pueden apuntar a ventajas de uno u otro mecanismo. Sin embargo, una decisión mesurada requiere sopesar a todos ellos en conjunto a la luz de los objetivos que pretende alcanzar el reclamante.

⁷⁰ Sobre la base de la versión publicada en el portal de Internet del MINCETUR, se prevé la posibilidad de que participen terceros bajo el artículo 21.11 del TLC. Entendemos que dicha disposición se preveía a la luz de la participación conjunta de Colombia y Ecuador en el mismo acuerdo internacional como partes contratantes.

Anexo
Plazos estimados en procedimientos regulares

OMC	TLC
Consultas (60 días) ⁷¹	Consultas (60 días) ⁷²
Proceso de establecimiento y constitución del grupo especial (40 días) ⁷³	Comisión, buenos oficios, conciliación y mediación, y establecimiento del panel (76 días) ⁷⁴
Emisión del informe del grupo especial (6 a 9 meses) ⁷⁵	Emisión del informe final del panel (150 días) ⁷⁶
Adopción del informe del grupo especial o posibilidad de apelación (60 días) ⁷⁷	---
Procedimientos ante el órgano de apelación (90 días) ⁷⁸	---
Adopción del informe del órgano de apelación (30 días) ⁷⁹	---
Determinación del plazo prudencial (90 días) ⁸⁰	Posibilidad de acordar una solución a la controversia (45 días) ⁸¹
Plazo prudencial (15 meses como directriz) ⁸²	Posibilidad de acordar una compensación (30 días) ⁸³

⁷¹ Artículo 4.7 del ESD.

⁷² Artículo 21.5 del TLC.

⁷³ Artículo 6.2 y nota de pie de página 5, artículo 8.7 del ESD.

⁷⁴ Artículos 21.5.4, 21.6.1 (a) y 21.9.1 del TLC.

⁷⁵ Artículo 12.9 del ESD.

⁷⁶ Artículos 21.13.3 y 21.14.1 del TLC.

⁷⁷ Artículo 16.4 del ESD.

⁷⁸ Artículo 17.5 del ESD.

⁷⁹ Artículo 17.14 del ESD.

⁸⁰ Artículos 21.3 (b) y 21.3 (c) del ESD.

⁸¹ Artículo 21.16.1 del TLC.

⁸² Artículo 21.3 (c) del ESD.

⁸³ Artículo 20.16.2 (a) del TLC.

OMC	TLC
Acuerdo de secuencia de procedimientos (30 días) ⁸⁴	---
Procedimientos ante el grupo especial de conformidad con el artículo 21.5 del ESD, incluyendo procedimientos de apelación (240 días) ⁸⁵	---
Procedimientos para la toma de medidas de retorsión, incluyendo arbitrajes (60 días) ⁸⁶	Notificación de la toma de medidas de retorsión ⁸⁷
---	Procedimiento de arbitraje sobre nivel de retorsión o cumplimiento (120 o 150 días) ⁸⁸
---	Procedimiento para el pago de una contribución monetaria (40 días) ⁸⁹

⁸⁴ No previsto expresamente, pero debe realizarse de conformidad con el marco temporal previsto en el artículo 22.6 del ESD.

⁸⁵ Artículos 21.5, 17.5 y 16.4 del ESD.

⁸⁶ Artículos 22.6 y 22.7 del ESD.

⁸⁷ Artículo 21.16.2 del TLC.

⁸⁸ Artículo 21.16.3 del TLC.

⁸⁹ Artículo 21.16.6 del TLC.