

La Alianza del Pacífico y el CPTPP: ¿alternativas para la solución de diferencias ante la OMC?*

The Pacific Alliance and the CPTPP as alternatives to
WTO dispute settlement

NATALIA GALLARDO-SALAZAR**

Pontificia Universidad Católica de Chile (Chile)

JAIME TIJMES-IHL***

Universidad de La Frontera (Chile)

Resumen: El sistema de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC) está en crisis desde que su Órgano de Apelación dejó de funcionar en diciembre de 2019. Como consecuencia, el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC no puede adoptar el informe de un grupo especial si una parte en la diferencia notifica su intención de apelar. En ese contexto, el presente artículo analiza qué factores pueden influir en la decisión de las partes reclamantes de recurrir a dos acuerdos comerciales regionales (ACR), la Alianza del Pacífico y el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP), como foros alternativos a la solución de diferencias de la OMC. Tras un análisis comparativo de las normas de solución de diferencias en ambos ACR, y en el Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC, concluimos que los factores procesales e institucionales serán posiblemente relevantes para las partes reclamantes que deseen seleccionar un foro de solución de diferencias.

Palabras clave: Organización Mundial del Comercio (OMC), Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD), acuerdo comercial regional (ACR), Alianza del Pacífico (AP), Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP, CPTPPA, TPP-11, TPP11, TP, TPPA)

Abstract: The World Trade Organization (WTO) dispute settlement system is currently in crisis because the WTO Appellate Body ceased effectively functioning in December 2019. As a consequence, the WTO Dispute Settlement Body is unable to adopt a panel report if a party to the dispute notifies its intention to appeal. In this context, this article analyzes what factors may influence the complaining parties' decision on whether to recur to two regional trade agreements (RTA), namely the Pacific Alliance and

* Este artículo se basa en una selección de capítulos de la tesis de LLM de Natalia Gallardo-Salazar y contó con el financiamiento del proyecto de investigación ANID/Conicyt Chile Fondecyt Regular 1171085.

** Abogada de la Pontificia Universidad Católica de Chile y LLM en Derecho Internacional por la misma casa de estudios y la Universidad de Heidelberg. Es además especialista en derecho comercial internacional y solución de controversias con arreglo a acuerdos comerciales preferenciales en Asia-Pacífico.

Código ORCID: 0000-0002-3669-242X. Correo electrónico: natalia.gallardo.s@outlook.es

*** Profesor asociado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Empresariales, miembro del Centro de Investigación Desafíos Internacionales, Universidad de La Frontera, Temuco, Chile. Es abogado de la Universidad de Chile y Dr. iur. por la Universidad de Tübingen, Alemania.

Código ORCID: 0000-0003-1317-2015. Correo electrónico: jaime.tijmes@ufrontera.cl

the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP), as alternative fora to WTO dispute settlement. After a comparative analysis of dispute settlement rules in both RTAs and the WTO Dispute Settlement Understanding, we conclude that procedural and institutional factors will arguably be relevant for complaining parties that wish to select a dispute settlement forum.

Key words: World Trade Organization (WTO), Dispute Settlement Understanding (DSU), regional trade agreement (RTA, RTAs), Pacific Alliance, Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP, CPTPPA, TPP-11, TPP11, TPP, TPPA)

CONTENIDO: I. INTRODUCCIÓN.- II. LA CRISIS DEL OA DE LA OMC Y LA SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS EN LOS ACR.- III. COMPARACIÓN DE LOS SISTEMAS DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC, EL PA-AP Y EL CPTPP.- III.1. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN.- III.2. LAS INSTITUCIONES.- III.3. LAS PARTES.- III.4. LAS ETAPAS PROCESALES.- III.4.1. CONSULTAS.- III.4.2. FASE POSTERIOR A LAS CONSULTAS.- III.4.3. EL GRUPO ESPECIAL O EL TRIBUNAL ARBITRAL.- III.4.3.1. ESTABLECIMIENTO DE UN GRUPO ESPECIAL O DE UN TRIBUNAL ARBITRAL.- III.4.3.2. COMPOSICIÓN Y SELECCIÓN DEL GRUPO ESPECIAL O TRIBUNAL ARBITRAL.- III.4.3.3. NORMAS DE PROCEDIMIENTO.- III.4.3.4. INFORMES Y LAUDOS.- III.4.4. APELACIÓN.- III.4.5. APLICACIÓN Y VIGILANCIA.- III.4.6. NO APLICACIÓN, COMPENSACIÓN Y SUSPENSIÓN DE CONCESIONES.- III.4.7. RESUMEN.- IV. EVALUACIÓN DE LA AP Y DEL CPTPP COMO ALTERNATIVAS PARA LA SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS ANTE LA OMC.- IV.1. PERSPECTIVA PROCESAL.- IV.1.1. ÁMBITO DE APLICACIÓN.- IV.1.2. TRÁMITES PROCESALES.- IV.1.3. CUMPLIMIENTO.- IV.2. PERSPECTIVA INSTITUCIONAL.- IV.2.1. ESTRUCTURA INSTITUCIONAL.- IV.2.2. TRATO ESPECIAL Y DIFERENCIADO.- IV.2.3. TRANSPARENCIA.- IV.2.4. RESUMEN.- V. CONCLUSIONES.- VI. ANEXO: CUADRO COMPARATIVO.

I. INTRODUCCIÓN

El sistema de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC) enfrenta la mayor crisis desde su origen en 1995. En lo que pudiere ser el fin del sistema basado en normas (Brewster, 2019; Patch, 2019), Estados Unidos ha obstruido el nombramiento para las vacantes en el Órgano de Apelación (OA) de la OMC (Lehne, 2019; Bäuml, 2020), el que, por tanto, no ha podido funcionar efectivamente desde diciembre de 2019.

Por lo anterior, las apelaciones quedarán pendientes y el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la OMC no podrá adoptar el informe del grupo especial, con arreglo al artículo 16.4 del Entendimiento de la OMC relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (comúnmente denominado Entendimiento sobre Solución de Diferencias [ESD]). Por tanto, el informe del grupo especial

41

no será vinculante y las partes no podrán exigir su cumplimiento. Se han explorado varias soluciones a esta situación; por ejemplo, un conjunto de miembros de la OMC ha acordado un procedimiento arbitral de apelación provisional¹. Otra opción podría ser que los acuerdos comerciales regionales (ACR) resolvieren las diferencias de forma vinculante.

En este artículo, nuestra muestra consiste en dos ACR: la Alianza del Pacífico (AP) y el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP, por sus siglas en inglés). Ambos son ACR de última generación que abarcan obligaciones sustantivas y sistemas de solución de diferencias. La AP es un proyecto de integración económica latinoamericana que comenzó en 2011 y entró en vigor en 2016 (Toro-Fernandez & Tijmes-Ihl, 2020). Sus cuatro miembros son Chile, Colombia, México y Perú. Por su parte, el CPTPP es un proyecto de integración económica entre varios Estados de la región Asia-Pacífico (Australia, Brunéi Darussalam, Canadá, Chile, Japón, Malasia, México, Nueva Zelanda, Perú, Singapur y Vietnam). En noviembre de 2020 entró en vigor para algunos miembros. El CPTPP se creó después de que Estados Unidos se retirara del Tratado de Asociación Transpacífico (TPP); de ahí que el CPTPP también se denomine a veces extraoficialmente TPP-11. El capítulo 17 del Protocolo Adicional de la AP (PA-AP) y el capítulo 28 del TPP (incorporado al CPTPP) incluyen sus respectivos sistemas de solución de diferencias entre Estados, que todavía no se han aplicado. Los artículos 17.4 del PA-AP y 28.4 del TPP (incorporado al CPTPP) permiten a las partes reclamantes elegir el foro. Cabe señalar que algunos ACR incluyen sistemas de solución de diferencias entre inversionistas y Estados (Toro-Fernandez & Tijmes-Ihl, 2021), pero en este artículo solo analizaremos los sistemas de solución de diferencias entre Estados.

Antes de que Estados Unidos abandonara el TPP, algunas autoras compararon la solución de diferencias del TPP y de la OMC, aunque de forma menos detallada y con un enfoque menos jurídico que el de este artículo, para explorar si el TPP podría satisfacer los intereses de sus miembros asiáticos (Toohey, 2017). En una publicación anterior hemos concluido que los patrones observados en el uso del mecanismo de solución de diferencias de la OMC indican que algunos miembros preferirían solucionar sus controversias en la AP y el CPTPP en vez de en la OMC (Gallardo-Salazar & Tijmes-Ihl, 2020).

Nuestra pregunta de investigación es la siguiente: ¿qué normas jurídicas procesales e institucionales sobre la solución de diferencias en la OMC, la AP y el CPTPP podrían incidir cuando los demandantes elijan foro? Esta pregunta es importante porque de esas normas dependerá si las

LA ALIANZA DEL
PACÍFICO Y EL CPTPP:
¿ALTERNATIVAS
PARA LA SOLUCIÓN
DE DIFERENCIAS
ANTE LA OMC?

THE PACIFIC
ALLIANCE AND
THE CPTPP AS
ALTERNATIVES
TO WTO DISPUTE
SETTLEMENT

¹ Procedimiento arbitral multipartito de apelación provisional de conformidad con el artículo 25 del ESD, Organización Mundial del Comercio, JOB/DSB/1/Add.12 (30 de abril de 2020).

partes reclamantes efectivamente elegirán solucionar sus diferencias en la AP o el CPTPP en vez de en la OMC, especialmente por la actual crisis del OA. Esta crisis constituye el contexto histórico que imprime urgencia a estas meditaciones, pero no la examinaremos en cuanto tal. De hecho, nuestra investigación también tendría sentido si la solución de diferencias en la OMC estuviese funcionando perfectamente.

En este artículo aplicaremos una metodología positivista y comparativa que incluye los métodos interpretativos literal y sistemático para interpretar y comparar el significado de las normas de solución de diferencias de la OMC, la AP y el CPTPP. Adoptaremos una perspectiva voluntarista y formalista, y analizaremos las normas de los tratados, pero no otras fuentes (por ejemplo, las normas internacionales consuetudinarias, las decisiones judiciales o la práctica de los Estados). En esa línea, otras autoras, como Marceau (1997), han realizado comparaciones normativas similares en materia de derecho internacional económico.

La sección II ofrece una breve introducción a los sistemas de solución de diferencias de los ACR en el contexto de la crisis del OA. La sección III compara los sistemas de solución de diferencias de la OMC, el PA-AP y el CPTPP en cuanto a su ámbito de aplicación, sus instituciones, las partes y las etapas procesales. La sección IV evalúa las fortalezas y debilidades de estos sistemas, y si el PA-AP y el CPTPP pudieren constituir alternativas a la solución de diferencias en la OMC. La sección V concluye el trabajo.

El artículo 1 del CPTPP incorpora por referencia las disposiciones del TPP (aunque con excepciones, mientras el artículo 2 suspende la aplicación de ciertas disposiciones), pero son tratados independientes. Para citar de manera inequívoca, sencilla y técnicamente correcta, las menciones de los capítulos y las disposiciones del TPP se refieren a dicho tratado tal como está incorporado al CPTPP. Por ejemplo, las referencias al artículo 28.1 del TPP se refieren al artículo 28.1 del TPP tal y como ha sido incorporado al CPTPP. Por otra parte, dado que el TPP solo existe incorporado al CPTPP, nos referiremos al sistema de solución de diferencias del CPTPP (no del TPP).

Por simplicidad, en este artículo nos referiremos indistintamente a los miembros o partes de la OMC, la AP y el CPTPP.

II. LA CRISIS DEL OA DE LA OMC Y LA SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS EN LOS ACR

En esta sección resumiremos la crisis que afecta a la solución de diferencias de la OMC y el rol que pueden desempeñar los ACR en ella.

43

LA ALIANZA DEL
PACÍFICO Y EL CPTPP:
¿ALTERNATIVAS
PARA LA SOLUCIÓN
DE DIFERENCIAS
ANTE LA OMC?

THE PACIFIC
ALLIANCE AND
THE CPTPP AS
ALTERNATIVES
TO WTO DISPUTE
SETTLEMENT

Desde la creación de la OMC en 1995, su sistema de solución de diferencias ha sido fundamental para el sistema comercial multilateral. Según el artículo 3 del ESD, ese sistema fue concebido para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral, proporcionar un instrumento que aclare las disposiciones de los acuerdos y preservar los derechos y obligaciones.

La doctrina mayoritaria coincide en que el sistema de solución de diferencias de la OMC en general funciona muy bien (Porter, 2015). Sin embargo, principalmente los gobiernos de los presidentes estadounidenses Obama y Trump criticaron que la OMC no haya sido capaz de adaptarse a los cambios del comercio internacional (USTR, 2019) y que haya perdido su norte como foro de negociación para convertirse en una organización centrada en la litigación (USTR, 2017). Para forzar que los miembros de la OMC aborden esas cuestiones y reformen el sistema de solución de diferencias, Estados Unidos ha obstaculizado el consenso que requiere el artículo 2.4 del ESD para designar las vacantes del OA (Lehne, 2019, pp. 13-105). Así, el OA dejó de funcionar en diciembre de 2019.

En consecuencia, si un miembro apela el informe de un grupo especial de conformidad con el artículo 16.4 del ESD, la imposibilidad de tramitar esa apelación impide que el OSD de la OMC adopte la decisión del grupo especial. Por lo tanto, hay un incentivo evidente para que las partes perdedoras apelen. Además, las consecuencias sistémicas pueden ser de gran alcance: ante la imposibilidad de solucionar las diferencias, los miembros de la OMC podrían recurrir a las acciones unilaterales (Brewster, 2019).

La pregunta es si los sistemas de solución de diferencias incorporados en los ACR pueden resolver, con una decisión vinculante, las diferencias entre los Estados que son miembros de la OMC y de un determinado ACR.

La cantidad, cobertura, complejidad e importancia político-económica de los ACR ha aumentado en el último tiempo (Stoll, 2017). Hasta enero de 2021, se habían notificado a la OMC 335 acuerdos en vigor (WTO, 2021). Estos ACR han ampliado su ámbito de aplicación sustantivo al profundizar en asuntos ya incluidos en la OMC (llamados OMC+) o añadir asuntos no cubiertos por la OMC (llamados OMC-extra). Sus sistemas de solución de diferencias eran políticos, pero ahora son cada vez más jurídicos e instituyen procedimientos complejos (Chase *et al.*, 2016). Muchos ACR regulan la elección del foro a pesar de los problemas que plantea, como las sentencias contradictorias y la cosa juzgada (Hillman, 2009, pp. 202-204).

Tal como en el PA-AP y el CPTPP, es usual que, una vez que la parte reclamante elige un foro, se excluyan otros.

III. COMPARACIÓN DE LOS SISTEMAS DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC, EL PA-AP Y EL CPTPP

En este capítulo compararemos y exploraremos las similitudes y diferencias entre las disposiciones relativas a la solución de diferencias entre Estados en el ESD de la OMC, el capítulo 17 del PA-AP y el capítulo 28 del TPP. Nos centraremos en el ámbito de aplicación, las instituciones, las partes y las etapas procesales. Una vez hecho esto, en el próximo capítulo podremos evaluar los motivos que pudieren tener las partes reclamantes para elegir el sistema de la OMC, la AP o el CPTPP para solucionar sus diferencias.

III.1. El ámbito de aplicación

Con arreglo a los artículos 1 y 3 del ESD, las normas y procedimientos se aplican a las consultas y diferencias planteadas de conformidad con los acuerdos abarcados enumerados en el Apéndice 1 del ESD. Según los artículos XXIII:1 del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés) de 1994 y 26 del ESD, las partes pueden plantear una reclamación si otra parte ha anulado o menoscabado una ventaja o ha comprometido el cumplimiento de objetivos, a consecuencia de haber incumplido sus obligaciones contraídas en virtud de los acuerdos abarcados (reclamaciones en los casos en que existe infracción). La anulación, el menoscabo o el incumplimiento también pueden ser consecuencia de una medida que no sea contraria a los acuerdos abarcados (reclamaciones en los casos en que no existe infracción) o de otras situaciones (reclamaciones en casos en que existe otra situación).

De conformidad con los artículos 17.3 del PA-AP y 28.3 del TPP, estos sistemas de solución de diferencias se aplicarán para prevenir o solucionar diferencias relativas a la interpretación o aplicación del respectivo tratado, y también se aplicarán a las reclamaciones por infracciones y no infracciones referidas a medidas vigentes o en proyecto. Sin embargo, el ámbito de aplicación de las reclamaciones sin infracción se reduce en ambos acuerdos a determinados asuntos. El anexo 17.3 del PA-AP incluye el acceso a mercados, las reglas y los procedimientos de origen, las medidas sanitarias y fitosanitarias, los obstáculos técnicos al comercio, la contratación pública y el comercio transfronterizo de servicios. El CPTPP incluye los capítulos sobre trato nacional y acceso de mercancías al mercado, reglas y procedimientos de origen, mercancías textiles y prendas de vestir, administración aduanera y facilitación de comercio, obstáculos técnicos al comercio, comercio transfronterizo de servicios y contratación pública. La inclusión del capítulo de propiedad intelectual está pendiente hasta que la OMC conceda el derecho a iniciar reclamaciones por anulación o menoscabo sin violación en virtud de su

Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.

Es decir, la primera diferencia principal en cuanto al ámbito de aplicación se refiere a que estos ACR incluyen las medidas en proyecto (pero solo para la fase de consultas, de conformidad con los artículos 17.7.3 del PA-AP y 28.7.7 del TPP). Cabe señalar que, aunque la solución de diferencias de la OMC no se aplica explícitamente a las medidas en proyecto, estas pueden ser objeto de una reclamación en aquellos casos en los que existe otra situación, de conformidad con el artículo 26.2 del ESD.

La segunda diferencia principal se refiere a los asuntos OMC+ y OMC-extra. La AP y el CPTPP tienen un ámbito de aplicación más amplio que la OMC y, por lo tanto, la posibilidad de que se generen conflictos es mayor; sin embargo, estos ACR suelen limitar el alcance de estas diferencias. Por ejemplo, la aplicación del capítulo 28 del TPP sobre la solución de diferencias está condicionada o restringida a las medidas sanitarias y fitosanitarias (MSF) (art. 7.18), los obstáculos técnicos al comercio (OTC) (art. 8.4.2) y el comercio electrónico (art. 14.18). Otros asuntos están excluidos de la solución de diferencias, como los derechos *antidumping* y compensatorios (art. 6.8.3) y la libre competencia (art. 16.9).

III.2. Las instituciones

Los tres tratados incorporan órganos vinculados con la solución de diferencias.

El OSD de la OMC administra las normas y los procedimientos en materia de solución de diferencias, de conformidad con el artículo 2 del ESD. Así, establece grupos especiales, adopta los informes de esos grupos especiales y del OA, vigila la aplicación de las resoluciones y recomendaciones, y autoriza la suspensión de concesiones y otras obligaciones. De conformidad con el artículo IV.3 del Acuerdo de la OMC, el OSD está compuesto por representantes de todos los miembros de la OMC, incluidos los que no tengan interés en una diferencia específica, lo que refleja el carácter multilateral de la solución de diferencias de la OMC.

Las principales instituciones de la AP y el CPTPP son la Comisión de Libre Comercio (CLC) y la Comisión de Asociación Transpacífica (CAT), respectivamente. La CLC contribuye a la solución de diferencias (art. 16.2.1(c) del PA-AP), por ejemplo, después de las consultas (art. 17.6). La CAT puede establecer o modificar las normas de procedimiento y establecer y revisar la lista de presidentes de los grupos especiales (TPP, arts. 27.2.1(f)- 27.2.1(g) y 28.13).

45

LA ALIANZA DEL
PACÍFICO Y EL CPTPP:
¿ALTERNATIVAS
PARA LA SOLUCIÓN
DE DIFERENCIAS
ANTE LA OMC?

THE PACIFIC
ALLIANCE AND
THE CPTPP AS
ALTERNATIVES
TO WTO DISPUTE
SETTLEMENT

La Secretaría de la OMC presta asistencia a los grupos especiales y a los Miembros de la OMC (especialmente a los países en desarrollo), mientras que la Secretaría del OA le presta apoyo al OA, de conformidad con los artículos 27 y 17.7 del ESD. Las secretarías desempeñan un papel crucial porque proporcionan asistencia técnica especializada en materia procesal y aportan a la coherencia de los informes (Davey, 2006). La AP y el CPTPP, por su parte, no incluyen secretarías. En cambio, el artículo 17.24 de la AP requiere que las partes designen una oficina permanente para proporcionar apoyo administrativo a los tribunales arbitrales, mientras que los artículos 27.5.1 y 27.6 del TPP requieren puntos de contacto para facilitar las comunicaciones entre las partes, y oficinas que proporcionen asistencia administrativa a los grupos especiales.

III.3. Las partes

En general, las partes tienen el impulso procesal, por ejemplo, para elegir el foro.

El artículo 23 del ESD estatuye que el sistema de solución de diferencias de la OMC goza de jurisdicción obligatoria y exclusiva, aunque incorpora excepciones relacionadas principalmente con los ACR. Las partes reclamantes del PA-AP y del CPTPP pueden elegir el foro (PA-AP, art. 17.4; TPP, art. 28.4). Ha ocurrido que una misma diferencia ha sido sometida a los sistemas de solución de diferencias de un ACR y de la OMC (Pauwelyn, 2006, pp. 197-202) y es posible que eso le ocurra a la AP, el CPTPP y la OMC. No está claro si los grupos especiales de la OMC pueden excusarse de conocer diferencias que las partes hayan sometido previamente a un sistema regional (Hillman, 2016, pp. 197-198).

Las normas procesales son dispositivas (PA-AP, art. 17.14.2; TPP, art. 28.12.2; ESD, art. 12.1). Además, las partes pueden recurrir en cualquier momento a medios alternativos de solución de diferencias (buenos oficios, conciliación y mediación) (PA-AP, arts. 17.6.3(b) y 17.23; TPP, art. 28.6; ESD, art. 5).

La OMC considera la condición de país en desarrollo o menos adelantado durante la solución de diferencias (ESD, arts. 4.10, 8.10, 12.10, 12.11, 24 y 27.2), a diferencia del PA-AP y del CPTPP. Esto es sensato en la AP, ya que sus miembros tienen niveles de desarrollo similares. En cambio, los miembros del CPTPP son heterogéneos, por lo que sorprende la ausencia de un trato especial y diferenciado. Por lo tanto, la solución de diferencias en la OMC podría ser más favorable para los demandantes en desarrollo y menos desarrollados.

Los tres sistemas de solución de diferencias admiten las tercerías. El artículo 17.5.10 del PA-AP requiere que los terceros tengan un interés

47

LA ALIANZA DEL
PACÍFICO Y EL CPTPP:
¿ALTERNATIVAS
PARA LA SOLUCIÓN
DE DIFERENCIAS
ANTE LA OMC?THE PACIFIC
ALLIANCE AND
THE CPTPP AS
ALTERNATIVES
TO WTO DISPUTE
SETTLEMENT

en el asunto objeto de las consultas y el tribunal arbitral puede incluso autorizar solicitudes extemporáneas (art. 17.8.1). El artículo 28.5.3 del TPP exige que el tercero tenga un interés sustancial y que lo notifique en determinado plazo. En la OMC, la parte reclamante opta por iniciar su reclamación con arreglo a los artículos XXII:1 o XXIII:1 del GATT. El artículo 4.11 del ESD solo admite las tercerías en las consultas celebradas en virtud del artículo XXII:1 del GATT. Por lo tanto, para evitar las tercerías, basta con que el reclamante presente su reclamación con arreglo al artículo XXIII:1 del GATT (Pelc, 2017, pp. 206-208). El artículo 4.11 del ESD requiere que los terceros tengan un interés comercial sustancial para participar en las consultas, pero permite que la futura parte demandada lo evalúe y rechace la solicitud. Esto es sensato, ya que los terceros reducen drásticamente las probabilidades de alcanzar pronto un acuerdo (Busch & Reinhardt, 2006, pp. 464-471). En cambio, los miembros tienen derecho a participar como terceros en los asuntos sometidos a un grupo especial o al OA, siempre que tengan un interés sustancial y hayan cumplido ciertas formalidades procesales (ESD, arts. 10.2 y 17.4). Es decir, las tercerías en la OMC en ocasiones requieren el consentimiento del demandante y del demandado y están sujetas a requisitos más estrictos que en el PA-AP y el CPTPP.

El ESD no hace referencia a los escritos de *amicus curiae*, pero los grupos especiales y el OA los han acogido aun contra la oposición de algunos miembros (Gao, 2006). El PA-AP contempla los escritos *amicus curiae* en la solución de diferencias entre inversionistas y Estados (art. 10.20.3), pero no en el capítulo 17. Por lo tanto, los tribunales arbitrales, con arreglo al capítulo 17, podrían adoptar una interpretación similar a la de los grupos especiales y el OA de la OMC. En cambio, el TPP requiere que los grupos especiales consideren los escritos *amicus curiae* de entidades no gubernamentales ubicadas en el territorio de una parte contendiente (art. 28.13(e)). En consecuencia, la regulación es disímil, pero la práctica procesal podría converger.

III.4. Las etapas procesales

Esta sección compara las principales fases procesales de los tres sistemas de resolución de diferencias.

III.4.1. Consultas

Las consultas son confidenciales (ESD, art. 4.6; PA-AP, art. 17.5.8; TPP, art. 28.5.8) y comienzan con una solicitud por escrito, que debe identificar las medidas e incluir los fundamentos jurídicos de la reclamación (ESD, art. 4.4; PA-AP, art. 17.5.1; TPP, art. 28.5.1). Los plazos para las consultas son dispositivos y similares, aunque ligeramente más breves en el CPTPP (ESD, art. 4.3; PA-AP, art. 17.5.4; TPP, art. 28.5.2). Los plazos para las consultas son más breves

para casos urgentes, por ejemplo, productos perecederos (ESD, art. 4.8; PA-AP, art. 17.5.5; TPP, art. 28.5.4).

Como mencionamos antes, el ámbito de aplicación del PA-AP y del CPTPP abarca las medidas en proyecto. En consecuencia, las partes de la AP y del CPTPP pueden solicitar consultas al respecto (PA-AP, arts. 17.5.1 y 17.3; TPP, arts. 28.5.1 y 28.3), a diferencia de la OMC. Otra diferencia con el ESD radica en que las consultas pueden celebrarse en forma presencial o mediante cualquier medio tecnológico (PA-AP, art. 17.5.9; TPP, art. 28.5.5).

III.4.2. Fase posterior a las consultas

De los sistemas de solución de diferencias analizados, solo el PA-AP incluye una fase posterior a las consultas. La CLC procurará que las partes resuelvan la diferencia y convocará asesores técnicos o grupos de trabajo, recurrirá a métodos alternativos de solución de diferencias, e incluso formulará recomendaciones (PA-AP, art. 17.6).

III.4.3. El grupo especial o el tribunal arbitral

Los tres sistemas incluyen grupos especiales o tribunales arbitrales.

III.4.3.1. Establecimiento de un grupo especial o de un tribunal arbitral

La parte que solicitó las consultas puede pedir que se establezca un grupo especial (ESD, art. 6; TPP, art. 28.7) o un tribunal arbitral (PA-AP, art. 17.7). La parte solicitante debe identificar las medidas en litigio y exponer los fundamentos jurídicos de la reclamación. En la OMC, el órgano competente para establecer (o no) el grupo especial es el OSD.

Como ya destacamos, los sistemas de solución de diferencias del PA-AP y del CPTPP se aplican a las medidas en proyecto, a diferencia de la OMC. Sin embargo, los tribunales arbitrales del PA-AP y los grupos especiales del CPTPP no se podrán establecer para examinar medidas en proyecto (PA-AP, art. 17.7.3; TPP, art. 28.7.7); por tanto, respecto de ellas solo se pueden celebrar consultas. En cambio, las medidas en proyecto pueden ventilarse como reclamaciones en casos en que existe otra situación, de conformidad con el artículo 26.2 del ESD, mientras que el PA-AP y el CPTPP no admiten esas reclamaciones. Por lo tanto, a primera vista pareciera que el PA-AP y el CPTPP fuesen más aptos que la OMC para impugnar medidas en proyecto, pero no es así.

El mandato (también llamado «términos de referencia») estándar, contenido en los artículos 7 del ESD, 17.11 del PA-AP y 28.8 del TPP, es dispositivo.

III.4.3.2. Composición y selección del grupo especial o tribunal arbitral

La composición de los grupos especiales o del tribunal arbitral es similar. En cambio, los procesos de selección difieren mucho, pues los

hay sencillos (ESD, art. 8; PA-AP, art. 17.12-17.13) y complejos (TPP, art. 28.9).

La Secretaría de la OMC mantiene una lista indicativa de candidatos (ESD, art. 8). Los integrantes, por regla general, no deben ser nacionales de las partes en la diferencia. Las partes solo pueden oponerse a la designación por razones imperiosas. En caso de desacuerdo, el director general de la OMC establece la composición del grupo especial, en consulta con los presidentes del OSD y del Consejo o Comité correspondiente. La elección de los integrantes debe asegurar la independencia del grupo especial.

El artículo 17.13 del PA-AP establece que cada parte designa un árbitro, que puede ser su nacional. Si una parte no designa un árbitro, la otra puede designarlo de la lista indicativa de la OMC. A continuación, las partes en litigio eligen un presidente, que no podrá ser nacional de ninguna de las partes ni residir permanentemente en una de ellas. Si las partes no logran designar un presidente de común acuerdo, lo hará por sorteo la presidencia *pro tempore* de la AP.

La posibilidad de bloquear la designación del grupo especial fue un grave defecto de la solución de diferencias en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), especialmente desde la diferencia sobre las restricciones al azúcar procedente de México (Lester *et al.*, 2019, pp. 64-69). El capítulo 28 del TPP subsana no solo esa, sino también otras deficiencias procesales del TLCAN (Toohey, 2017, pp. 94-99). En efecto, cada parte tiene un plazo para designar a un miembro del grupo especial (TPP, art. 28.9.2). Si la parte reclamante no lo cumple, el proceso expira. Si la parte reclamada no designa al miembro, la parte demandante lo seleccionará de la lista de la parte reclamada. Si la parte reclamada no ha establecido una lista, la parte reclamante propone tres candidatos y se selecciona uno por sorteo. Las partes nombran al presidente del grupo especial, quien, por regla general, no debe ser nacional de una parte ni de un tercero. Si las partes no se ponen de acuerdo sobre el presidente, lo designan los dos miembros. Si los dos miembros no acuerdan la designación del presidente, lo designarán con el acuerdo de las partes contendientes, o ellas lo seleccionarán al azar de la lista de candidatos, o una parte solicitará a un tercero independiente que lo seleccione de la lista. Si no se ha establecido la lista, las partes en litigio podrán designar tres candidatos y el presidente será seleccionado al azar o por un tercero independiente.

III. 4.3.3. Normas de procedimiento

Los tres tratados establecen que sus normas de procedimiento son dispositivas (ESD, art. 12.1; PA-AP, art. 17.14.2; TPP, art. 28.12.2).

49

LA ALIANZA DEL
PACÍFICO Y EL CPTPP:
¿ALTERNATIVAS
PARA LA SOLUCIÓN
DE DIFERENCIAS
ANTE LA OMC?

THE PACIFIC
ALLIANCE AND
THE CPTPP AS
ALTERNATIVES
TO WTO DISPUTE
SETTLEMENT

El ESD solo bosqueja las normas de procedimiento y deja el resto a la decisión del grupo especial. Las normas deben propender a la flexibilidad y eficiencia procesal, así como a la calidad de los informes, y deben dar a las partes tiempo suficiente para preparar sus comunicaciones (arts. 12.2 y 12.4). Hay normas procesales especiales para las diferencias que involucren a los países en desarrollo (arts. 12.10-12.11).

Los artículos 17.14 del PA-AP y 28.13 del TPP establecen que la CLC de la AP y la CAT deberán aprobar normas de procedimiento. Estas deben incluir al menos una audiencia pública, una comunicación escrita y una réplica. Deben salvaguardar la información confidencial. Las deliberaciones de los tribunales arbitrales de la AP son confidenciales (PA-AP, art. 17.14.3 (e)), a diferencia del CPTPP. Este último admite los escritos *amicus curiae* y especifica el lugar donde se celebrarán las audiencias (TPP, art. 28.13(e) y 28.13(h)), a diferencia del PA-AP. De acuerdo con los artículos 17.14.7 del PA-AP y 28.12.4 del TPP, el grupo especial o tribunal arbitral buscará decidir por consenso; pero, si no puede alcanzarlo, podrá decidir por mayoría.

Por regla general, el plazo para que el tribunal arbitral o grupo especial emita su informe es de 120 días en el PA-AP y 180 días (o seis meses) en el CPTPP y el ESD. Los plazos pueden variar en ciertas circunstancias o por acuerdo de las partes (PA-AP, art. 17.15; ESD, arts. 3.12 y 12.8-12.9; TPP, arts. 28.17.3 y 28.18.1). Ahora bien, la práctica en la OMC indica que esos plazos no suelen cumplirse.

III.4.3.4. Informes y laudos

De acuerdo con el artículo 15 del ESD, el grupo especial comunica los capítulos expositivos de su proyecto de informe a las partes, luego un informe provisional y, finalmente, el informe final, que se distribuye a los miembros de la OMC. El artículo 19 del ESD dispone que, si el grupo especial concluye que una medida es incompatible con un acuerdo abarcado, recomendará que el miembro afectado la ponga en conformidad con el acuerdo. Podrá sugerir la forma de aplicar las recomendaciones, pero sin aumentar o reducir los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados. Según el artículo 16, el OSD considerará el informe final para su adopción, a menos que decida por consenso no adoptarlo o que una parte notifique su decisión de apelar.

Los tribunales arbitrales del PA-AP dictan un proyecto de laudo y un laudo final. El proyecto de laudo determinará si la parte demandada ha cumplido sus obligaciones, o si la medida causa anulación o menoscabo, e incluirá cualquier determinación solicitada en los términos de referencia (PA-AP, art. 17.15). Puede incluir recomendaciones para que la parte reclamada ponga sus medidas de conformidad con el PA-AP y también sugerir formas para implementar el laudo (art. 17.15.5). Al igual que en

el ESD, el tribunal arbitral del PA-AP no puede aumentar o disminuir los derechos y obligaciones de las partes (art. 17.15.6). Las partes pueden presentar observaciones al proyecto de laudo y el tribunal arbitral podrá reconsiderarlo (art. 17.15.7-17.15.8). Después de treinta días, el tribunal arbitral notifica a las partes el laudo final, que es definitivo, inapelable y obligatorio (art. 17.16).

Los grupos especiales del CPTPP dictan un informe preliminar y otro final. El informe preliminar contendrá las conclusiones de hecho, la determinación de si la medida es incompatible con las obligaciones establecidas en el tratado, si la parte demandada ha incumplido sus obligaciones, si la medida causa anulación o menoscabo, cualquier otra determinación solicitada en los términos de referencia, y los razonamientos de las conclusiones y determinaciones (TPP, art. 28.17.4). Solo si las partes contendientes lo solicitan conjuntamente, puede el grupo especial hacer recomendaciones, a diferencia de lo estipulado por el ESD y el PA-AP. Al igual que en el PA-AP, las partes pueden presentar observaciones sobre el informe inicial y el grupo especial puede modificarlo (art. 28.17.7-28.17.8). A continuación, el grupo especial presenta un informe final público (art. 28.28.1).

III.4.4. Apelación

La apelación es la diferencia más importante del ESD con el PA-AP y el CPTPP. Es infrecuente que los ACR contemplen un recurso de apelación, aunque es el caso del artículo 12 del Protocolo de la ASEAN sobre el Mecanismo Reforzado de Solución de Controversias y el capítulo VII del Protocolo de Olivos del Mercosur. No lo incluyen el PA-AP y el CPTPP.

De acuerdo con el artículo 17.6 del ESD, las apelaciones se limitan a las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y a sus interpretaciones jurídicas. El OA puede confirmar, modificar o revocar las constataciones y conclusiones jurídicas del grupo especial (art. 17.13). Al igual que el grupo especial, el OA puede sugerir formas en que la parte demandada podría aplicar las recomendaciones, pero sin aumentar ni reducir los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados (art. 19). El OSD adopta los informes del OA, salvo que decida por consenso no hacerlo (art. 17.14).

III.4.5. Aplicación y vigilancia

Según el artículo 21 del ESD, si no es factible cumplir de inmediato las recomendaciones y resoluciones del OSD, la parte demandada dispondrá de un plazo prudencial. La parte demandada puede proponer un plazo y el OSD puede aprobarlo (art. 21.3(a)); y, dado que el OSD decide por consenso (art. 2.4), da la impresión de que esta cuestión está sometida a un control multilateral. Sin embargo, si no lo aprueba, las partes contendientes pueden fijar un plazo de común acuerdo

51

LA ALIANZA DEL
PACÍFICO Y EL CPTPP:
¿ALTERNATIVAS
PARA LA SOLUCIÓN
DE DIFERENCIAS
ANTE LA OMC?

THE PACIFIC
ALLIANCE AND
THE CPTPP AS
ALTERNATIVES
TO WTO DISPUTE
SETTLEMENT

(art. 21.3(b)); es decir, se trata de un asunto bilateral. A falta de acuerdo entre las partes, un árbitro determinará el plazo (art. 21.3(c)), con lo que la cuestión se vuelve multilateral. Si las partes contendientes discrepan sobre si el demandado ha cumplido con el informe del grupo especial y/o del OA, pueden recurrir de nuevo a un grupo especial y del OA (art. 21.5). Además, el artículo 21.6 del ESD prevé la vigilancia multilateral de la aplicación de las recomendaciones o resoluciones adoptadas, ya que cualquier miembro puede plantear cuestiones de aplicación en el OSD y la parte demandada deberá presentar informes de situación.

Los procedimientos de aplicación, de conformidad con el artículo 21.5 del ESD, pueden dar lugar a un bucle interminable de procesos. Eso impediría pasar a las siguientes etapas procesales, lo que se denomina el problema de la secuencia, que fue muy debatido durante los inicios de la OMC. Hoy en día, las partes en una diferencia suelen solucionar la secuencia de mutuo acuerdo.

Las partes acordarán el cumplimiento del laudo con arreglo a las determinaciones, conclusiones y recomendaciones del tribunal arbitral (PA-AP, art. 17.19.1). El PA-AP no establece un plazo para el cumplimiento.

El artículo 28.19.3 del TPP establece que, en principio, el demandado deberá cumplir inmediatamente. Si no es posible, dispondrá de un plazo razonable, a menos que las partes acuerden algo diferente. Si las partes contendientes no llegan a acuerdo, el presidente determinará el plazo mediante arbitraje (TPP, art. 28.19.4).

En definitiva, las normas procesales para determinar un plazo razonable de cumplimiento difieren notablemente. Por ejemplo, el PA-AP y el CPTPP no prevén procedimientos relativos a la aplicación, con lo que evitan el problema de la secuencia. Los procedimientos de aplicación dependen del impulso procesal de las partes. A ello, el ESD añade un sistema de vigilancia multilateral, mientras que la vigilancia en el PA-AP y el CPTPP es bilateral. La presión grupal multilateral fortalece el sistema de solución de diferencias de la OMC y contribuye a su legitimidad, mientras que el PA-AP y el CPTPP dependen de las contramedidas para incentivar el cumplimiento.

III.4.6. No aplicación, compensación y suspensión de concesiones

Los artículos 3.7, 22.1 y 22.2 del ESD optan por que, de preferencia, las partes alcancen una solución mutuamente aceptable que esté en conformidad con los acuerdos abarcados. A falta de lo anterior, el demandado debe aplicar plenamente las recomendaciones y suprimir las medidas incompatibles con los acuerdos abarcados. Si el demandado no las aplica de manera plena, puede compensar de manera voluntaria y temporal. Como última medida, puede solicitar al OSD una

53

autorización temporal para suspender el cumplimiento de obligaciones respecto del demandado. El nivel de la suspensión será equivalente al nivel de anulación o menoscabo (ESD, art. 22.4). El artículo 22.3 del ESD enuncia los principios y procedimientos para determinar qué obligaciones suspender. Si las partes contendientes no logran acordar el nivel de la suspensión, el OSD someterá la cuestión a arbitraje (art. 22.6) y la mantendrá bajo vigilancia multilateral hasta que el demandado ponga la medida en conformidad con los acuerdos abarcados (art. 22.8).

De conformidad con el artículo 17.20.1 del PA-AP, si las partes no llegan a un acuerdo sobre el cumplimiento del laudo final o a una solución mutuamente satisfactoria, pueden acordar una compensación temporal mutuamente aceptable. De lo contrario, o si el reclamante considera que el reclamado no ha cumplido el acuerdo, podrá suspender obligaciones respecto del demandado (art. 17.20.2). El nivel de suspensión será equivalente al nivel de anulación o menoscabo, de forma idéntica a lo que señala el artículo 22.4 del ESD. Los principios y procedimientos del artículo 17.20.4 del PA-AP para determinar cuáles obligaciones suspender son muy similares al artículo 22.3 del ESD, las principales diferencias son que el reclamante puede comenzar la suspensión en cualquier momento y que el reclamado solo puede pedir que el tribunal arbitral determine *ex nunc* el nivel de suspensión o si ha cumplido con el laudo final (PA-AP, arts. 17.22.1, 17.20.2, 17.22.6 y 17.22.7). En cambio, en la OMC el demandado puede invocar los procedimientos de solución de diferencias sobre el cumplimiento (ESD, art. 21.5) y el arbitraje sobre la suspensión de obligaciones (art. 22.6) antes de que el demandante pueda empezar a suspender obligaciones. Es decir, el PA-AP favorece al demandante, quien desde ya puede suspender obligaciones y solo después el tribunal arbitral podrá finalizarlas, mientras que el ESD favorece al demandado, quien puede recurrir a los artículos 21.5 y 22.6 del ESD para postergar las contramedidas del demandante.

De conformidad con el artículo 28.20.1 del TPP, una vez transcurrido el plazo razonable para cumplir (o, aunque improbable, si la reclamada notifica que no cumplirá lo indicado por el informe del grupo especial), el reclamante puede solicitar al reclamado que entable negociaciones con miras a desarrollar una compensación mutuamente aceptable. Si no llegan a un acuerdo, o si el reclamante considera que el reclamado lo ha incumplido, podrá suspender beneficios (art. 28.20.2). Los principios y procedimientos para determinar esa suspensión (art. 28.20.4) siguen el artículo 22.3 del ESD más de cerca que el artículo 17.20.4 del PA-AP, por ejemplo, respecto de la importancia del comercio en cuestión y de los elementos y consecuencias económicos más amplios.

LA ALIANZA DEL
PACÍFICO Y EL CPTPP:
¿ALTERNATIVAS
PARA LA SOLUCIÓN
DE DIFERENCIAS
ANTE LA OMC?

THE PACIFIC
ALLIANCE AND
THE CPTPP AS
ALTERNATIVES
TO WTO DISPUTE
SETTLEMENT

Al igual que en el PA-AP, y a diferencia del ESD, recién una vez que el reclamante esté suspendiendo beneficios (TPP, arts. 28.20.3 y 28.20.6), podrá el demandado solicitar que se vuelva a constituir el grupo especial (art. 28.20.5). El grupo especial podrá revisar *ex nunc* el nivel de beneficios suspendidos, si el reclamante ha seguido los principios y procedimientos para determinar cuáles beneficios suspender, y si la reclamada ha cumplido con el informe del grupo especial. Es decir, estas disposiciones favorecen al reclamante, de modo análogo al PA-AP.

En el CPTPP, tal como en el ESD y el PA-AP, el criterio para determinar el nivel de suspensión es la equivalencia, pero con otro parámetro: la equivalencia debe referirse al efecto de la disconformidad, anulación o menoscabo (TPP, art. 28.20, nota 3). Ese énfasis en los efectos requerirá, pues, necesariamente cálculos econométricos. La jurisprudencia de los árbitros del artículo 22.6 del ESD en ciertos casos no se ha basado en los efectos, sino, por ejemplo, en el valor de las subvenciones (*Brasil - Aeronaves*, art. 22.6; *Estados Unidos - EVE*, art. 22.6; *Canadá - Créditos y garantías para las aeronaves*, art. 22.6). Sin embargo, han aplicado modelos econométricos para estimar los efectos de la anulación o menoscabo y de las contramedidas, como la disminución de flujos comerciales (*CE - Banano III (EE.UU.)*, art. 22.6; *CE - Hormonas (Estados Unidos, Canadá)*, art. 22.6), la disminución de transferencias netas (*Estados Unidos - Artículo 110 (5) de la Ley de Derecho de Autor*, art. 25.3), los efectos económicos (*Estados Unidos - Algodón americano (Upland)*, art. 22.6), etc. Por tanto, el CPTPP exige al grupo especial que determine los efectos y descarte otros enfoques que han aplicado los árbitros de la OMC. Ahora bien, el CPTPP no especifica cuáles son esos efectos, por lo que los árbitros tendrán un margen de maniobra considerable.

El reclamante deberá suspender las contramedidas si el reclamado ofrece pagar una contribución monetaria (TPP, art. 28.20.7). Si las partes no llegan a un acuerdo sobre el monto, se fijará en un equivalente al 50 % del nivel de los beneficios que había determinado el grupo especial o, si no lo ha determinado, equivalente al 50 % del nivel que la parte reclamante pretende suspender. La contribución monetaria no es la solución preferida y no exime al demandado de presentar un plan para cumplir con el informe del grupo especial (art. 28.20.9). La evaluación monetaria es transitoria y en principio dura máximo doce meses (TPP, arts. 28.20.10-28.20.11). Si el reclamado no paga, no presenta el plan, o excede la duración de la compensación sin haber cumplido con el informe del grupo especial, el reclamante podrá aplicar contramedidas (art. 28.20.12). A modo de comparación, la doctrina ha debatido desde hace tiempo sobre la compensación monetaria para la OMC (Sutherland *et al.*, 2004; Bronckers & Van den Broek, 2005) y en ocasiones se ha aplicado (O'Connor & Djordjevic, 2005), pero no ha sido posible consagrarla en el ESD.

En resumen, el PA-AP y el CPTPP ofrecen soluciones originales que benefician al reclamante en comparación con el ESD; por ejemplo, la suspensión inmediata de las obligaciones y la compensación monetaria. En cambio, la OMC se destaca por la vigilancia multilateral respecto de la aplicación de los informes de los grupos especiales y del OA, lo que, como ya mencionamos, otorga legitimidad y refuerza la presión grupal.

III.4.7. Resumen

Los tres sistemas pueden solucionar diferencias interestatales que surjan de la aplicación e interpretación de los respectivos acuerdos, el incumplimiento de obligaciones, o cuando un miembro anule o menoscabe una ventaja o comprometa el cumplimiento de objetivos. A diferencia de la OMC, el PA-AP y el CPTPP abarcan las medidas vigentes y aquellas en proyecto, aunque solo durante las consultas. El sistema de solución de diferencias de la OMC incluye todos los acuerdos abarcados (Apéndice 1 del ESD), mientras que el CPTPP excluye determinadas materias. En este sentido, el CPTPP amplía el ámbito de aplicación al incluir las medidas proyectadas, pero lo reduce al excluir las materias que generan la mayoría de las diferencias en la OMC, como las medidas comerciales correctivas, los OTC y las MSF. Parece que la importancia del CPTPP radica en sus regulaciones sustantivas más que en la solución de diferencias.

Los tres sistemas incorporan una primera etapa de consultas para que las partes solucionen la diferencia de mutuo acuerdo, y, luego, una etapa de heterocomposición con un grupo especial o un tribunal arbitral imparcial. El PA-AP opta por el arbitraje, mientras que el ESD y el CPTPP optan por grupos especiales; sin embargo, es una diferencia terminológica, sin mayores efectos procesales. Los procedimientos para seleccionar el grupo especial o tribunal arbitral son disímiles, y el del CPTPP es el más complejo. Los tres sistemas incluyen términos de referencia similares, que son dispositivos para que las partes puedan delimitar la labor del grupo especial o tribunal arbitral. Los derechos procesales de las partes son análogos, como la presentación de una comunicación escrita y de una réplica, al menos una audiencia, y la protección de información confidencial. También admiten tercerías. Contemplan un informe inicial, respecto del cual las partes pueden formular observaciones, y un informe final.

En cuanto a la aplicación, los tres sistemas enfatizan el cumplimiento de la sentencia. El demandado puede obtener un plazo razonable para cumplirla. En caso de incumplimiento, los tres sistemas admiten compensar de manera transitoria y, como última opción, suspender las obligaciones. Incluyen principios similares para que el reclamante seleccione el sector al suspender las obligaciones. En la OMC, el demandante puede proponer una suspensión de obligaciones, pero si

55

LA ALIANZA DEL
PACÍFICO Y EL CPTPP:
¿ALTERNATIVAS
PARA LA SOLUCIÓN
DE DIFERENCIAS
ANTE LA OMC?

THE PACIFIC
ALLIANCE AND
THE CPTPP AS
ALTERNATIVES
TO WTO DISPUTE
SETTLEMENT

el demandado se opone, debe seguirse un arbitraje antes de que pueda comenzarla y, en cualquier caso, el OSD debe autorizarla. En cambio, el PA-AP y el CPTPP permiten que el reclamante inicie la suspensión sin autorización previa, pero el grupo especial o tribunal arbitral puede revisarla. El CPTPP, por su parte, admite que el reclamado pague una contribución monetaria para evitar las contramedidas.

Las diferencias más significativas entre estos tres sistemas se refieren al carácter multilateral de la solución de diferencias (compárese con el OSD) y al recurso de apelación en la OMC.

La doctrina ha señalado que la robustez de la solución de diferencias en los ACR depende de la profundidad del acuerdo, la participación de Estados Unidos y la asimetría de poder entre los miembros (Allee & Elsig, 2016). Desde esa perspectiva, hubiésemos esperado grandes diferencias entre la AP y el CPTPP. Por el contrario, si bien hay diferencias, son menos gravitantes de lo esperado.

IV. EVALUACIÓN DE LA AP Y DEL CPTPP COMO ALTERNATIVAS PARA LA SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS ANTE LA OMC

En la sección anterior comparamos los sistemas de solución de diferencias interestatales de la OMC, el PA-AP y el CPTPP. En esta sección examinaremos algunas razones por las que las partes reclamantes podrían elegir el foro regional de la PA-AP o del CPTPP, en vez del foro multilateral de la OMC, para resolver una diferencia.

Clasificaremos las razones en procesales e institucionales. Las primeras abarcan el ámbito de aplicación, las etapas procesales y, por último, el cumplimiento y las acciones por incumplimiento. Desde la perspectiva institucional, evaluaremos la estructura de la solución de diferencias en ambos ACR, su trato especial y diferenciado, y su transparencia.

IV.1. Perspectiva procesal

IV.1.1. Ámbito de aplicación

El ámbito de aplicación de la solución de diferencias es una cuestión central. Nos concentraremos en dos materias: las medidas en proyecto y los asuntos OMC+ y OMC-extra. La AP y el CPTPP admiten celebrar consultas respecto de medidas en proyecto. Estas consultas son un trámite procesal que fomenta la cooperación regulatoria proactiva cuando los Estados dictan medidas y, por tanto, disminuye la probabilidad de que se produzcan diferencias cuando las medidas entren en vigor. Sin embargo, la AP y el CPTPP no permiten que un grupo especial o tribunal arbitral examine las medidas en proyecto. En cambio, el ámbito de aplicación

57

de la solución de diferencias en la OMC no abarca las medidas en proyecto, a menos que se interpreten de manera amplia el artículo 26 del ESD y las reclamaciones en casos en los que existe otra situación. En consecuencia, pudiese ser una táctica procesal conveniente que el reclamante acuda al PA-AP o al CPTPP para celebrar consultas respecto de medidas en proyecto, y si no son satisfactorias, acuda a la OMC y entable una reclamación para casos en que existe otra situación.

Es evidente que el reclamante recurrirá a un ACR para solucionar una diferencia, si la materia en litigio se refiere a obligaciones más profundas (OMC+) o excluidas de la OMC (OMC-extra) (Chase *et al.*, 2016). La AP abarca pocas materias OMC-extra (sobre todo, el comercio electrónico y los servicios financieros), a diferencia del CPTPP (además de las materias mencionadas, por ejemplo, la libre competencia [llamada «política de competencia»], laboral y medio ambiente). Por tanto, la AP ofrece ventajas considerables en las materias OMC+, pero menos respecto de las OMC-extra. En cambio, el CPTPP abarca numerosas materias OMC-extra, pero varias de ellas están excluidas de la solución de diferencias del capítulo 28, como el *antidumping* y la libre competencia. Quizás las excluye para evitar colisiones de competencia procesal en materias que están reguladas de manera muy similar a nivel regional y multilateral, o tal vez los miembros del CPTPP esperaban poder incluirlas en la OMC (Stoll, 2017, pp. 15-16). De lo anterior, deducimos que el principal motivo para crear el CPTPP probablemente no haya sido resolver diferencias, sino cooperar y profundizar las regulaciones comerciales en el marco de un acuerdo megarregional.

IV.1.2. Trámites procesales

El PA-AP y el CPTPP incorporan innovaciones procesales notables respecto de las consultas. Las partes pueden decidir el lugar y momento para celebrarlas. Además, ambos tratados permiten celebrar consultas por cualquier medio tecnológico, lo que disminuye las costas procesales, aunque también puede entorpecer las negociaciones (Roberts & St. John, 2020). Esta flexibilidad podría incentivar que el reclamante prefiera invocar estos ACR (en vez de la OMC) para solucionar una diferencia, especialmente si prevé que la diferencia acabará en la fase de consultas. Por cierto, así han acabado la mayoría de las diferencias que los miembros de la AP han ventilado en la OMC, y algunas diferencias entre miembros del CPTPP (Gallardo-Salazar & Tijmes-Ihl, 2020, pp. 653-655).

La AP consagra tribunales arbitrales, a diferencia de los grupos especiales de la OMC y del CPTPP. Parte de la doctrina sostiene que los miembros de la AP querían seguir la línea de los tratados bilaterales que han suscrito con Estados Unidos (Álvarez Zárate & Beltrán Vargas, 2019); no obstante, discrepamos porque esos tratados bilaterales consagran grupos

LA ALIANZA DEL
PACÍFICO Y EL CPTPP:
¿ALTERNATIVAS
PARA LA SOLUCIÓN
DE DIFERENCIAS
ANTE LA OMC?

THE PACIFIC
ALLIANCE AND
THE CPTPP AS
ALTERNATIVES
TO WTO DISPUTE
SETTLEMENT

especiales. Ahora bien, la diferencia entre los tribunales arbitrales de la AP y los grupos especiales de la OMC y el CPTPP es solo terminológica.

Es primordial que las partes no puedan obstruir el nombramiento de los integrantes del grupo especial o del tribunal arbitral (Lester & Manak, 2018). La OMC lo ha logrado, con la excepción del OA. En principio, el PA-AP y el CPTPP parecen bastante robustos al respecto². Será interesante observar cuánto se esforzarán las partes de la AP y del CPTPP para preparar las listas de integrantes, pues será un indicio de la importancia que atribuyan a estos sistemas de solución de diferencias y su futuro funcionamiento.

El ESD consagra el recurso de apelación, pero actualmente es estéril. Por tanto, si una parte no desea cumplir con el informe del grupo especial, puede impedir el curso de la causa de manera indefinida simplemente con interponer una apelación. Es decir, el demandante obtiene un informe del grupo especial, pero el OSD no puede adoptarlo y el demandado no puede ser forzado a cumplirlo. En cambio, en el PA-AP y el CPTPP el reclamado sí puede ser forzado. Ese es un incentivo para plantear las diferencias ante estos ACR, especialmente si el reclamante prevé que la causa llegaría al OA en caso de tramitarla ante la OMC (Gallardo-Salazar & Tijmes-Ihl, 2020, pp. 655-656).

Las diferencias que los miembros de la AP y el CPTPP han ventilado ante la OMC indican que la crisis del OA afecta de distinta manera a cada miembro. Las cinco diferencias entre los miembros de la AP se han resuelto mediante consultas o han acabado por desistimiento; es decir, no han finalizado la etapa del grupo especial. De continuar esta tendencia, la crisis del OA no debiese incidir cuando el reclamante elija foro, ya que la OMC y la AP ofrecen un sistema para solucionar diferencias por medios diplomáticos. En cambio, algunos miembros del CPTPP muestran una tendencia distinta, ya que sus causas ante la OMC han concluido la etapa del grupo especial. Cuando ellos demanden, probablemente preferirán elegir el foro del CPTPP en vez de la OMC debido a la crisis del OA. Sin embargo, a causa del reducido ámbito de aplicación de la solución de diferencias del CPTPP (en comparación con la OMC), no se podrán resolver eficazmente las diferencias respecto de numerosas materias en la OMC ni en el CPTPP (Gallardo-Salazar & Tijmes-Ihl, 2020, pp. 653-656).

IV.1.3. Cumplimiento

Otra faceta importante es el cumplimiento. El ESD y el CPTPP conceden al demandado un plazo prudencial para cumplir, a diferencia del PA-AP (lo que debiese abreviar el proceso de solución de diferencias).

² En la misma línea, ver Lester *et al.* (2019, pp. 70-72).

En su momento, la doctrina debatió si la OMC permitía que sus miembros incurrieran en un incumplimiento eficiente (Bello, 1996; Jackson, 1997), pero hoy está claro que tienen la obligación de cumplir con las decisiones jurisdiccionales. Por su parte, los artículos 17.20.1 y 17.20.4 del PA-AP y 28.20.15 del TPP consagran esa obligación de forma unívoca. La doctrina ha debatido si la suspensión de obligaciones en la OMC es eficaz para incentivar el cumplimiento (Tijmes-Ihl, 2014, pp. 32-35): si se dirige contra un país con un gran mercado, probablemente será imperceptible para el demandado, o incluso contraproducente para el demandante si aumenta el precio de importación en mercados nacionales que no estaban involucrados en la diferencia (Bronckers & Baetens, 2013, p. 282). Por esto, el CPTPP admite que el demandado, si no ha restablecido el equilibrio de concesiones, pague de manera transitoria una compensación monetaria para que el demandante no suspenda sus obligaciones (el artículo 28.20.15 del TPP subraya que no exime de cumplir con el informe del grupo especial). La evaluación monetaria puede ser interesante para reclamantes, ya que recompone el equilibrio de manera transitoria, no perjudica indirectamente sus intereses y es más que una mera victoria simbólica. También puede interesar a los reclamados que no pueden cumplir de inmediato con la decisión del grupo especial, por ejemplo, debido a presiones políticas o económicas nacionales. Sin embargo, no está clara la forma de calcularla (WTO, 2013, pp. 37 y 50-51) ni sus consecuencias, sobre todo entre Estados heterogéneos en términos de desarrollo económico y poder. En cambio, la OMC no admite la compensación monetaria, aunque al parecer las partes la han acordado en algunas diferencias, como *Estados Unidos -Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor y Estados Unidos - Algodón americano (Upland)* (p. 6 y nota 9).

En resumen, desde una perspectiva procesal, ambos ACR constituyen buenas opciones a la solución de diferencias en la OMC, sobre todo por la crisis del OA.

IV.2. Perspectiva institucional

IV.2.1. Estructura institucional

Una primera interrogante es si la estructura institucional de solución de diferencias de la OMC (sobre todo su Secretaría, el OSD y el OA) ofrecerá motivos suficientes para preferirla por sobre el PA-AP y el CPTPP. La principal ventaja de la Secretaría se refiere a la enorme influencia que ejerce en la cultura organizacional (Toohey, 2017, pp. 101-102). Por su parte, el OSD institucionaliza la vigilancia multilateral de las diferencias. Por el contrario, los principales beneficios de carecer de esas instituciones se refieren a agilizar los procesos (Hillman, 2016, p. 102) y al ahorro de costos administrativos y de infraestructura para las partes en

59

LA ALIANZA DEL
PACÍFICO Y EL CPTPP:
¿ALTERNATIVAS
PARA LA SOLUCIÓN
DE DIFERENCIAS
ANTE LA OMC?

THE PACIFIC
ALLIANCE AND
THE CPTPP AS
ALTERNATIVES
TO WTO DISPUTE
SETTLEMENT

la diferencia (Toohey, 2017, pp. 101-102). Ese ahorro es especialmente gravitante si los miembros esperan que las diferencias sean infrecuentes o si la solución de diferencias no es el objetivo principal del ACR, como es el caso de la AP y el CPTPP (Gallardo-Salazar & Tijmes-Ihl, 2020). Además, las estructuras institucionales más ligeras pueden deberse a una decisión consciente para solucionar las diferencias de manera que refleje las relaciones de poder (sobre todo, en caso de incumplimiento), y de manera bilateral sin la intervención de otros miembros. Por lo tanto, es probable que los miembros de la AP y el CPTPP, en vez de copiar las instituciones de la OMC, quisieran crear un sistema regional eficiente para solucionar sus diferencias bilaterales.

Es decir, si no fuera por la crisis del OA, la OMC sería la mejor vía para solucionar de manera multilateral las diferencias que trascienden lo bilateral. Por ejemplo, hay medidas que afectan a Estados que no son miembros del ACR, hay diferencias que tienen un marcado cariz político, el demandante puede querer sentar un precedente multilateral para diferencias futuras, etc. (Davis, 2006; Busch, 2007). Sin embargo, la crisis del OA casi siempre neutralizará esas ventajas multilaterales. Ahora bien, es probable que los Estados que han suscrito el procedimiento arbitral de apelación provisional de la OMC mencionado antes (Australia, Canadá, Chile, Colombia, México, Nueva Zelanda, Singapur y Perú) prefieran solucionar sus diferencias ante la OMC en vez de la AP y el CPTPP.

IV.2.2. Trato especial y diferenciado

Las disposiciones sobre solución de diferencias de la OMC contemplan un trato especial y diferenciado (TED) para los países en desarrollo, a diferencia del PA-AP y el CPTPP. ¿Llevará esta omisión a que los países en desarrollo prefieran solucionar sus diferencias ante la OMC? Tal vez no, porque la doctrina ha destacado que el sistema de solución de diferencias de la OMC no logra compensar las carencias de los países en desarrollo, especialmente por la duración y el costo de las diferencias (Walters, 2011). Ahora bien, sería interesante investigar a futuro por qué la AP y el CPTPP no incluyen TED.

IV.2.3. Transparencia

La apertura y la participación también son importantes. Los tres tratados requieren que las consultas sean confidenciales (ESD, art. 4.6; PA-AP, art. 17.5.8; TPP, art. 28.5.8). Parte de la doctrina ha sostenido que, después de las consultas, la apertura hacia el público es insuficiente en la solución de diferencias de la OMC (Charnovitz, 2004; Feeney, 2002), especialmente en lo que respecta a las audiencias y a los escritos de *amicus curiae*. Las deliberaciones de los grupos especiales de la OMC y los procedimientos del OA son confidenciales (ESD, arts. 14.1 y 17.10). Aparte de eso, no existe ninguna norma general sobre la apertura o

el secreto de las audiencias y han sido las partes en las diferencias de la OMC, los grupos especiales y el OA quienes han decidido en cada caso. En cambio, el PA-AP y el CPTPP exigen al menos una audiencia pública, aunque protegiendo la información confidencial. Las normas de procedimiento del CPTPP exigen que los paneles consideren (en determinadas circunstancias) las solicitudes de presentación de escritos *amicus curiae* (TPP, art. 28.13(e)); en cambio, el ESD y el PA-AP no se refieren a esta cuestión. No obstante, podría decirse que solo en circunstancias excepcionales estas normas relativas a la apertura y a los escritos de *amicus curiae* serían un factor decisivo a la hora de que el demandante elija el foro, quizás si el asunto tiene un impacto social muy elevado o si el demandante quiere utilizar la apertura y la participación como herramienta táctica contra el demandado.

En resumen, parece plausible que los denunciantes prefieran a menudo la solución de diferencias de la OMC por sus instituciones más sólidas, su carácter multilateral y el TED, mientras que los niveles relativamente bajos de apertura y participación muy probablemente no contrarresten esos puntos fuertes. En otras palabras, en circunstancias normales, es probable que los incentivos institucionales hubieran sido muy favorables a la solución de diferencias de la OMC frente al PA-AP y al CPTPP. Además, hay que tener en cuenta el efecto de pares de otros miembros que recurren a la solución de diferencias de la OMC, y la experiencia práctica en materia de litigios ya adquirida en esta organización, en contraste con los sistemas de solución de diferencias de la AP y el CPTPP, que aún no se utilizan. Sin embargo, la actual crisis del OA evidentemente compensa estas fortalezas institucionales.

IV.2.4. Resumen

¿Son el PA-AP y el CPTPP alternativas a la solución de diferencias de la OMC? Desde la perspectiva procesal, el ámbito de aplicación de la AP y el CPTPP abarca consultas respecto de medidas en proyecto, y abarca materias OMC+ y OMC extra (pero el sistema de solución de diferencias del CPTPP se les aplica con restricciones). La OMC actualmente no puede garantizar que la solución de una diferencia será definitiva y vinculante, a diferencia del PA-AP y el CPTPP. Evitar el OA mientras esté en crisis es especialmente importante para los miembros del CPTPP, ya que muchas de sus diferencias ante la OMC han involucrado una apelación (Gallardo-Salazar & Tijmes-Ihl, 2020, pp. 645-652). Los procedimientos del PA-AP y del CPTPP garantizan representatividad pues cada parte nombra a un integrante del grupo especial o tribunal arbitral, limitan las posibilidades de bloquear los nombramientos y garantizan su independencia del presidente. Respecto del cumplimiento, el CPTPP contempla la compensación monetaria. Por último, ambos ACR ofrecen flexibilidad logística para tramitar la causa, por ejemplo, respecto del lugar y los medios tecnológicos.

61

LA ALIANZA DEL
PACÍFICO Y EL CPTPP:
¿ALTERNATIVAS
PARA LA SOLUCIÓN
DE DIFERENCIAS
ANTE LA OMC?

THE PACIFIC
ALLIANCE AND
THE CPTPP AS
ALTERNATIVES
TO WTO DISPUTE
SETTLEMENT

Desde la perspectiva de la institucionalidad para la solución de diferencias, una de las principales fortalezas de la OMC es el TED. Ahora bien, eso tal vez sea irrelevante, ya que las diferencias que los miembros del CPTPP han ventilado ante la OMC han sido normalmente entre miembros con niveles de desarrollo económico similares. Obviamente, también ha sido así para los miembros de la AP. Otra ventaja de la OMC es la existencia del OSD y de la Secretaría. Por otro lado, ambos ACR consagran la publicidad de las audiencias y el CPTPP establece la obligación de considerar los escritos de *amicus curiae*, que pueden ser relevantes para diferencias sobre asuntos socialmente controvertidos.

En definitiva, los miembros de la AP y del CPTPP probablemente solucionarán en la OMC sus diferencias cuando el TED sea relevante, requieran la institucionalidad del OSD o la Secretaría, o cuando el demandante quiera multilateralizar la diferencia o sentar un precedente multilateral.

V. CONCLUSIONES

El sistema de solución de diferencias de la OMC fue exitoso, pero desde 2019 Estados Unidos ha obstruido los nombramientos para el OA, por lo que este último dejó de funcionar. En este contexto, nuestra pregunta de investigación ha sido: ¿qué normas jurídicas procesales e institucionales sobre la solución de diferencias en la OMC, la AP y el CPTPP podrían incidir cuando los demandantes elijan foro?

Hemos comparado las disposiciones de los tres sistemas de solución de diferencias, y los hemos evaluado desde la perspectiva procesal e institucional. Concluimos que la AP y el CPTPP incluyen incentivos destinados a que el demandante los elija para resolver diferencias interestatales. Ahora bien, podemos desglosar esta conclusión de la siguiente manera:

- La AP y el CPTPP ofrecen al reclamante altos niveles de seguridad jurídica gracias a sus decisiones vinculantes. En cambio, por la crisis del OA, las decisiones de la OMC no son vinculantes en la práctica.
- El ámbito de aplicación de la AP y del CPTPP abarca los asuntos OMC+ y OMC-extra. Además, ambos admiten consultas respecto de medidas en proyecto. Por otro lado, en primer lugar, la OMC obviamente solo incorpora las materias abarcadas en sus acuerdos. En segundo lugar, el CPTPP (pero no la AP) restringe la solución de diferencias interestatales del capítulo 28, por ejemplo, respecto de las MSE, los OTC y el comercio electrónico, y la excluye respecto de las medidas *antidumping*, los derechos compensatorios y la libre competencia. Por tanto, el ámbito de aplicación de la solución de diferencias del CPTPP está restringido.

- La AP y especialmente el CPTPP evitan que las partes obstaculicen el nombramiento de los integrantes del grupo especial o tribunal arbitral.
- La AP y el CPTPP son más flexibles en cuanto al modo y el lugar para tramitar el proceso. También admiten usar medios tecnológicos durante las consultas.
- La etapa de incumplimiento es bastante automática en ambos ACR y la suspensión de concesiones no requiere una autorización institucional. El CPTPP tiene la ventaja de admitir la compensación monetaria como alternativa transitoria a la suspensión, lo que da más flexibilidad al demandado.

Tras evaluar estos tres sistemas de solución de diferencias, podemos colegir que solo la OMC posee ciertos atributos. Su sistema de solución de diferencias incluye herramientas para compensar las diferencias de poder entre las partes, goza de la legitimidad que le da el multilateralismo y cuenta con el apoyo técnico que proporciona la Secretaría. Lo anterior es especialmente valioso, por ejemplo, en diferencias que tienen notorios ribetes políticos, o si el demandante quiere sentar un precedente multilateral. Sin embargo, la actual crisis del OA (y, por tanto, la imposibilidad de lograr una solución vinculante a la diferencia) neutraliza todas estas fortalezas institucionales. Ante ese contexto, los sistemas de solución de diferencias de la AP y el CPTPP se destacan por sus propias ventajas para los reclamantes, entre ellas las siguientes:

- La selección representativa de los integrantes del grupo especial o tribunal arbitral, quienes pueden tener la nacionalidad de alguna parte. Además, el presidente no debe tener la nacionalidad de ninguna parte, lo que le da independencia.
- Los tres sistemas contemplan consultas confidenciales. Ahora bien, la etapa del grupo especial es más transparente en ambos ACR, por ejemplo, respecto de las audiencias públicas. Además, el CPTPP requiere que se consideren los escritos de *amicus curiae*. Esto debiese ser especialmente relevante para las diferencias que despierten un gran interés social.

En resumen, aunque la solución de diferencias no parece haber sido el aspecto decisivo para crear la AP y el CPTPP, sostenemos que sus características institucionales y procesales podrán a futuro ser el motivo por el que las partes reclamantes recurran a ellos para resolver diferencias interestatales. Lo anterior es especialmente relevante por la actual crisis del OA de la OMC.

63

LA ALIANZA DEL PACÍFICO Y EL CPTPP: ¿ALTERNATIVAS PARA LA SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS ANTE LA OMC?

THE PACIFIC ALLIANCE AND THE CPTPP AS ALTERNATIVES TO WTO DISPUTE SETTLEMENT

Tabla N° 1. Principales diferencias procesales e institucionales

Criterios procesales	ESD de la OMC	PA-AP	CPTPP
Ámbito de aplicación	<ul style="list-style-type: none"> • Acuerdo de la OMC y acuerdos abarcados (arts. 1 y 3) • Reclamaciones en casos en los que existe infracción, reclamaciones en casos en los que no existe infracción, reclamaciones en casos en los que existe otra situación respecto de medidas en proyecto (art. 26) 	<ul style="list-style-type: none"> • Medidas en vigor y en proyecto (consultas) (art. 17.7.3) • Las reclamaciones en casos en los que no existe infracción tienen un ámbito reducido (art. 17.3) • Incluye materias WTO+ y WTO-extra 	<ul style="list-style-type: none"> • Medidas en vigor y en proyecto (consultas) (art. 28.7.7) • Las reclamaciones en casos en los que no existe infracción tienen un ámbito reducido (art. 28.3) • Incluye materias WTO+ y WTO-extra, pero la aplicación del capítulo 28 es condicional o está restringida para ciertas materias
Partes	<ul style="list-style-type: none"> • Influencia relevante en la tramitación (por ejemplo, arts. 12.1 y 5) 	<ul style="list-style-type: none"> • Gran influencia en la tramitación (por ejemplo, arts. 14.14.2, 17.6.3(b) y 17.23), especialmente para establecer el tribunal arbitral y su composición y para suspender obligaciones 	<ul style="list-style-type: none"> • Gran influencia en la tramitación, especialmente para establecer el tribunal arbitral y su composición, y para suspender obligaciones. El demandado puede elegir compensar monetariamente en caso de incumplimiento (por ejemplo, arts. 28.12.2 y 28.5)
Elección de foro	<ul style="list-style-type: none"> • Jurisdicción exclusiva, excepto para ACR (art. 23) 	<ul style="list-style-type: none"> • Cláusula de bifurcación • La elección de foro es excluyente (Arts. 17.4 del PA-AP y 28.4 del TPP) 	
Tercerías	<ul style="list-style-type: none"> • Interés comercial sustancial (consultas, art. 4.11) / interés sustancial (arts. 10.2 y 17.4) 	<ul style="list-style-type: none"> • Interés en el asunto (arts. 17.5.10 y 17.8.1) 	<ul style="list-style-type: none"> • Interés sustancial (art. 28.5.3)
Amicus curiae	<ul style="list-style-type: none"> • El ESD no los menciona. No existe una obligación de considerarlos 	<ul style="list-style-type: none"> • El capítulo 17 no los menciona • No existe una obligación de considerarlos 	<ul style="list-style-type: none"> • Es obligatorio considerarlos si ayudan a evaluar las comunicaciones y argumentos de las partes contendientes (art. 28.13.e)

65

LA ALIANZA DEL
PACÍFICO Y EL CPTPP:
¿ALTERNATIVAS
PARA LA SOLUCIÓN
DE DIFERENCIAS
ANTE LA OMC?

THE PACIFIC
ALLIANCE AND
THE CPTPP AS
ALTERNATIVES
TO WTO DISPUTE
SETTLEMENT

Etapas procesales			
Consultas	<ul style="list-style-type: none"> • Art. 4 	<ul style="list-style-type: none"> • Flexibilidad para realizar las consultas (lugar y uso de medios tecnológicos, art. 17.5.9) • Abarca medidas en proyecto (arts. 17.3 y 17.5.1) 	<ul style="list-style-type: none"> • Flexibilidad para realizar las consultas (lugar y uso de medios tecnológicos, art. 28.5.5) • Plazos más breves (art. 28.5.1) • Abarca medidas en proyecto (arts. 28.3 y 28.5.1)
Trámites posteriores a las consultas	<ul style="list-style-type: none"> • No los incluye 	<ul style="list-style-type: none"> • Los realiza la CLC (art. 17.6) 	<ul style="list-style-type: none"> • No los incluye
Etapa del grupo especial o tribunal arbitral	<ul style="list-style-type: none"> • 180 días (art. 6) 	<ul style="list-style-type: none"> • 120 días (art. 17.7) 	<ul style="list-style-type: none"> • 180 días (art. 28.7)
<i>a) Establecimiento de grupo especial o tribunal arbitral</i>	<ul style="list-style-type: none"> • Con el apoyo de la Secretaría (art. 8) 	<ul style="list-style-type: none"> • Lo hacen las partes (arts. 17.13 del PA-AP y 28.9.2 del TPP) 	
<i>b) Composición</i>	<ul style="list-style-type: none"> • Tres integrantes (opcionalmente cinco) (art. 8) 	<ul style="list-style-type: none"> • Tres integrantes (arts. 17.12 del PA-AP y 28.9 del TPP) 	
<i>c) Selección</i>	<ul style="list-style-type: none"> • Interviene la Secretaría y puede intervenir el director general • Se selecciona de una lista • Se excluye a quienes tengan la nacionalidad de alguna parte • Oposición solo por razones imperiosas (Art. 8) 	<ul style="list-style-type: none"> • Cada parte elige un integrante • Los integrantes eligen al presidente de común acuerdo de una lista con ocho candidatos que no tienen la nacionalidad de los litigantes. Si no hay acuerdo, el presidente <i>pro tempore</i> lo elige al azar • La oposición está permitida • Mecanismo alternativo: la parte diligente selecciona de la lista de expertos para la OMC de la otra parte; si no se puede, selecciona de la lista de otro miembro (Arts. 17.12-17.13) 	<ul style="list-style-type: none"> • Cada parte elige un integrante • Si el reclamante no lo hace, expira el proceso. Si el reclamado no lo hace, el reclamante elige de la lista con arreglo al art. 28.11.9 • La elección del presidente la hacen las partes, al azar o por un tercero imparcial (Art. 28.9)

Informes y laudos	<ul style="list-style-type: none"> • Proyecto de informe, informe provisional e informe definitivo (art. 15) • El grupo especial recomienda poner la medida en conformidad con el acuerdo y puede sugerir formas de aplicación (art. 19) • Interviene el OSD (art. 16) 	<ul style="list-style-type: none"> • Informe provisional y definitivo • Puede recomendar poner la medida en conformidad con el acuerdo y puede sugerir formas de métodos de aplicación (Art. 17.15) 	<ul style="list-style-type: none"> • Informe provisional y definitivo • Solo recomienda si las partes lo piden de consuno (Art. 28.17)
Apelación	<ul style="list-style-type: none"> • Lo incluye, pero actualmente no está operativo (Art. 17) 	<ul style="list-style-type: none"> • No lo incluyen 	
Aplicación y vigilancia	<ul style="list-style-type: none"> • Aplicación inmediata o plazo prudencial para cumplir (hasta quince meses) • OSD vigila la aplicación (Art. 21) 	<ul style="list-style-type: none"> • Las partes acuerdan los términos del cumplimiento (art. 17.19) 	<ul style="list-style-type: none"> • Aplicación inmediata o plazo prudencial que acuerdan las partes en dos situaciones o por arbitraje, con un máximo de quince meses (art. 28.19)
No aplicación			
Compensación	<ul style="list-style-type: none"> • Solo si las partes no acuerdan una solución mutuamente satisfactoria • Es voluntaria (Art. 22) 	<ul style="list-style-type: none"> • Treinta días después de notificar el laudo, las partes negocian para determinar una compensación temporal (art. 17.20.1) 	<ul style="list-style-type: none"> • El reclamante puede solicitar negociaciones para determinar una compensación (art. 28.20.1)
Suspensión de obligaciones	<ul style="list-style-type: none"> • Es el último recurso (arts. 3.7, 22.1, 22.2) • Requiere autorización previa del OSD (art. 22) • Si el demandado objeto, el asunto se decide por arbitraje (art. 22.6) • Procedimiento en caso de incumplimiento (art. 21.5) y arbitraje por suspensión de obligaciones (art. 22.6) 	<ul style="list-style-type: none"> • Si las partes no llegan a un acuerdo respecto del cumplimiento o la compensación, o si incumplen el acuerdo • Si hay objeción, el tribunal arbitral decide el asunto (Arts. 17.20 y 17.22) 	<ul style="list-style-type: none"> • Si las partes no llegan a acuerdo respecto del cumplimiento o la compensación, o si incumplen el acuerdo • Es necesario notificar al demandado • Si hay objeción, se puede solicitar que el grupo especial solucione el asunto • Método alternativo y temporal: el demandante propone compensación monetaria (Art. 28.20)

Crterios ins- titucionales	ESD de la OMC	PA-AP	CPTPP
Trato especial y diferenciado	<ul style="list-style-type: none"> Lo incluye (arts. 4.10, 8.10, 12.10, 12.11, 24 y 27.2) 	<ul style="list-style-type: none"> No lo incluyen 	
Institucionalidad	<ul style="list-style-type: none"> Órgano de Solución de Diferencias Intervención sustancial (por ejemplo, art. 2) 	<ul style="list-style-type: none"> Comisión de Libre Comercio No solo solución de diferencias. Intervención marginal. Funciones especiales (Art. 17.6) 	<ul style="list-style-type: none"> Comisión de Asociación Transpacífica (CAT) No solo solución de diferencias. Intervención marginal (Arts. 27.1.1(f) y 28.13)
Apoyo de la Secretaría	<ul style="list-style-type: none"> Lo incluye Varias funciones relativas a la solución de diferencias (art. 27) 	<ul style="list-style-type: none"> No lo incluyen Solo puntos de contacto, sobre todo con fines administrativos y comunicacionales (Arts. 17.24 del PA-AP; y 27.5.1, 28.5.2 y 28.7.2 del TPP) 	
Independencia vs. representatividad	<ul style="list-style-type: none"> Adjudicación por un tercero imparcial (arts. 8.2-8.3) 	<ul style="list-style-type: none"> Cada parte selecciona un integrante El presidente es elegido de un tercer miembro o de un tercero externo (Arts. 17.13-17.12) 	<ul style="list-style-type: none"> Cada parte selecciona un integrante El presidente es elegido de un tercer miembro o de un tercero externo (Art. 28.9)
Transparencia	<ul style="list-style-type: none"> No incluye obligaciones de transparencia hacia el público 	<ul style="list-style-type: none"> Por lo menos una audiencia pública, pero cautela información confidencial (art. 17.21) 	<ul style="list-style-type: none"> Por lo menos una audiencia pública, pero cautela información confidencial Incluye escritos de <i>amicus curiae</i> (Art. 28.13)

Fuente: elaboración propia.

REFERENCIAS

Allee, T., & Elsig, M. (2016). Why do some international institutions contain strong dispute settlement provisions? New evidence from preferential trade agreements. *The Review of International Organizations*, 11, 89-120. <https://doi.org/10.1007/s11558-015-9223-y>

Álvarez Zárate, J., & Beltrán Vargas, D. (2019). The Pacific Alliance Dispute Settlement Mechanism: One More for the Heap. En P. Sauv , R. Polanco Lazo y J. Álvarez Zárate (eds.), *The Pacific Alliance in a World of Preferential Trade Agreements*. Cham: Springer. http://doi-org-443.webvpn.fjmu.edu.cn/10.1007/978-3-319-78464-9_13

LA ALIANZA DEL PACÍFICO Y EL CPTPP:  ALTERNATIVAS PARA LA SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS ANTE LA OMC?

THE PACIFIC ALLIANCE AND THE CPTPP AS ALTERNATIVES TO WTO DISPUTE SETTLEMENT

Bäumler, J. (Febrero de 2020). *The WTO's Crisis: Between a Rock and a Hard Place* [KFG Working Paper Series, N° 42, Berlin Potsdam Research Group 'The International Rule of Law - Rise or Decline?']. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3544022>

Bello, J. (1996). The WTO Dispute Settlement Understanding: Less is More. *American Journal of International Law*, 90(3), 416-418. <https://doi.org/10.2307/2204065>

Brewster, R. (2019). WTO Dispute Settlement: Can We Go Back Again? *AJIL Unbound*, 113, 61-66. <https://doi.org/10.1017/aju.2019.4>

Bronckers, M., & Baetens, F. (2013). Reconsidering Financial Remedies in WTO Dispute Settlement. *Journal of International Economic Law*, 16(2), 281-311. <https://doi.org/10.1093/jiel/jgt014>

Bronckers, M., & Van den Broek, N. (2005). Financial Compensation in the WTO: Improving the Remedies of WTO Dispute Settlement. *Journal of International Economic Law*, 8(1), 101-126. <https://doi.org/10.1093/jielaw/jgi006>

Busch, M. (2007). Overlapping Institutions, Forum Shopping, and Dispute Settlement in International Trade. *International Organization*, 61(4), 735-761. <https://doi.org/10.1017/S0020818307070257>

Busch, M. L., & Reinhardt, E. (2006). Three's a Crowd: Third Parties and WTO Dispute Settlement. *World Politics*, 58(3), 446-477. <https://doi.org/10.1353/wp.2007.0000>

Charnovitz, S. (2004). Transparency and Participation in the World Trade Organization. *Rutgers Law Review*, 56, 927-959.

Chase, C., Yanovich, A., Crawford, J.-A., & Ugaz, P. (2016). Mapping of dispute settlement mechanisms in regional trade agreements - innovative or variations on a theme? En R. Acharya (ed.), *Regional Trade Agreements and the Multilateral Trading System* (pp. 608-702). Cambridge: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9781316676493>

Davey, W. (2006). Dispute Settlement in the WTO and RTAs. En L. Bartels y F. Ortino (eds.), *Regional Trade Agreements and the WTO Legal System* (pp. 343-357). Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199206995.001.0001>

Davis, C. L. (2006). The politics of forum choice for trade disputes: Evidence from US trade policy. *Annual Meeting of the American Political Science Association*. Filadelfia.

Feeney, S. (2002). The Dispute Settlement Understanding of the WTO Agreement: An Inadequate Mechanism for the Resolution of International Trade Disputes. *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 2(1), 104-115.

Gallardo-Salazar, N., & Tijmes-Ihl, J. (2020). Dispute Settlement at the World Trade Organization, the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership, and the Pacific Alliance. *Journal of International Dispute Settlement*, 11(4), 638-658. <https://doi.org/10.1093/jnlids/idaa021>

Gao, H. (2006). Amicus Curiae in WTO dispute settlement: Theory and practice. *China Right Forum*, 1, 51-57.

Hillman, J. (2009). Conflicts between Dispute Settlement Mechanisms in Regional Trade Agreements and the WTO-What Should the WTO do? *Cornell International Law Journal*, 42, 193-208.

Hillman, J. (2016). Dispute Settlement Mechanism. En C. Cimino-Isaacs y J. J. Schott (eds.), *Trans-Pacific Partnership: An Assessment* (p. 213-231). Washington, D. C.: Peterson Institute for International Economics.

Jackson, J. (1997). The WTO Dispute Settlement Understanding—Misunderstandings on the Nature of Legal Obligation. *American Journal of International Law*, 91 (1), 60-64. <https://doi.org/10.2307/2954140>

Lehne, J. (2019). *Crisis at the WTO: Is the Blocking of Appointments to the WTO Appellate Body by the United States Legally Justified?* Berlín: Carl Grossmann Verlag.

Lester, S., & Manak, I. (2 de octubre de 2018). *The Fundamental Flaw in the New NAFTA Deal*. Cato Institute. <https://www.cato.org/publications/commentary/fundamental-flaw-new-nafta-deal>

Lester, S., Manak, I., & Arpas, A. (2019). Access to Trade Justice: Fixing NAFTA's Flawed State-to-State Dispute Settlement Process. *World Trade Review*, 18(1), 63-79. <https://doi.org/10.1017/S147474561800006X>

Marceau, G. (1997). NAFTA and WTO Dispute Settlement Rules: A Thematic Comparison. *Journal of World Trade*, 31 (2), 25-81.

O'Connor, B., & Djordjevic, M. (2005). Practical Aspects of Monetary Compensation: The US – Copyright Case. *Journal of International Economic Law*, 8(1), 127-142. <https://doi.org/10.1093/jielaw/jgi007>

Office of the United States Trade Representative (USTR). (11 de diciembre de 2017). *Opening Plenary Statement of USTR Robert Lighthizer at the WTO Ministerial Conference*. <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2017/december/opening-plenary-statement-ustr>

Office of the United States Trade Representative (USTR). (Marzo de 2019). *2019 Trade Policy Agenda and 2018 Annual Report*. <https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/reports-and-publications/2019/2019-trade-policy-agenda-and-2018>

Patch, C. (2019). A Unilateral President vs. A Multilateral Trade Organization: Ethical Implications In The Ongoing Trade War. *The Georgetown Journal of Legal Ethics*, 32, 883-902.

Pauwelyn, J. (2006). Adding Sweeteners to Softwood Lumber: the WTO–NAFTA ‘Spaghetti Bowl’ is Cooking. *Journal of International Economic Law*, 9(1), 197-206. <https://doi.org/10.1093/jiel/jgi060>

Pelc, K. (2017). Twenty Years of Third-Party Participation at the WTO: What Have We Learned? En M. Elsig, B. Hoekman y J. Pauwelyn (eds.), *Assessing the*

69

LA ALIANZA DEL
PACÍFICO Y EL CPTPP:
¿ALTERNATIVAS
PARA LA SOLUCIÓN
DE DIFERENCIAS
ANTE LA OMC?

THE PACIFIC
ALLIANCE AND
THE CPTPP AS
ALTERNATIVES
TO WTO DISPUTE
SETTLEMENT

World Trade Organization: *Fit for Purpose?* (pp. 203-222). Cambridge: Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781108147644.010>

Porter, R. (2015). The World Trade Organization at Twenty. *Brown Journal of World Affairs*, 21 (2), 104-116.

Roberts, A., & St. John, T. (13 de October de 2020). *UNCITRAL and ISDS Reform (Online): Can You Hear Me Now?* EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law. <https://www.ejiltalk.org/uncitral-and-isds-reform-online-can-you-hear-me-now/>

Stoll, P.-T. (2017). Mega-Regionals: Challenges, Opportunities and Research Questions. En T. Rensmann (ed.), *Mega-Regional Trade Agreements* (pp. 3-24). Cham: Springer. https://doi.org/10.1007/978-3-319-56663-4_1

Sutherland, P., Bhagwati, J., Botchwey, K., FitzGerald, N., Hamada, K., Jackson, J., Lafer, C., & de Montbrial, T. (2004). *The Future of the WTO (Sutherland Report)*. Ginebra: World Trade Organization.

Tijmes-Ihl, J. (2014). Jurisprudential developments on the purpose of WTO suspension of obligations. *World Trade Review*, 13 (1), 1-38. <https://doi.org/10.1017/S1474745613000177>

Toohy, L. (2017). Dispute Settlement in the TPP and the WTO: Which Way Will Asian TPP Members Turn? En J. Chaisse, H. Gao y C.-f. Lo (eds.), *Paradigm Shift in International Economic Law Rule-Making: TPP as a New Model for Trade Agreements?* (pp. 87-104). Singapur: Springer. https://doi.org/10.1007/978-981-10-6731-0_6

Toro-Fernandez, J.-F., & Tijmes-Ihl, J. (2020). The Pacific Alliance and the Belt and Road Initiative. *Asian Education and Development Studies* [ahead of print]. <https://doi.org/10.1108/AEDS-08-2019-0126>

Toro-Fernandez, J.-F., & Tijmes-Ihl, J. (2021). Pacific Alliance, CPTPP and USMCA Investment Chapters: substantive convergence, procedural divergence. *Derecho PUCP*, 86.

Walters, J. (2011). Power in WTO Dispute Settlement. *Journal of Third World Studies*, 28(1), 169-183.

World Trade Organization. (2013). *Mapping of Dispute Settlement Mechanisms in Regional Trade Agreements: Innovative or Variations on a Theme?* (WTO Working Papers [2013/17]). <https://doi.org/10.30875/93a8fc27-en>

World Trade Organization. (2021). *Regional trade agreements*. https://www.wto.org/english/tratop_e/region_e/region_e.htm

Jurisprudencia, normativa y otros documento legales

Acuerdo Amplio y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP) (Sistema de Información sobre Comercio Exterior de la OEA, s.f.). http://www.sice.oas.org/TPD/TPP/TPP_s.ASP

71

Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico (Sistema de Información sobre Comercio Exterior de la OEA, s.f.). http://www.sice.oas.org/Trade/PAC_ALL/Framework_Agreement_Pacific_Alliance_s.pdf

Acuerdo de Asociación Transpacífico (TPP) (Sistema de Información sobre Comercio Exterior de la OEA, s.f.). http://www.sice.oas.org/TPD/TPP/Final_Texts/Spanish/TPP_Index_s.asp

Brasil - Aeronaves (art. 22.6): Brasil - Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves. Recurso del Brasil al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD y el párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC. Decisión de los árbitros. WT/DS46/ARB. 28 de agosto de 2000.

Canadá - Créditos y garantías para las aeronaves (art. 22.6): Canadá - créditos a la exportación y garantías de préstamos para las aeronaves regionales. Recurso del Canadá al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD y el párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC. Decisión del árbitro. WT/DS222/ARB. 17 de febrero de 2003.

CE - Banano III (EE.UU.) (art. 22.6): Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos. Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD. Decisión de los árbitros. WT/DS27/ARB/ECU. 24 de marzo de 2000.

CE - Hormonas (Estados Unidos, Canadá) (art. 22.6): Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas). Reclamación inicial de los Estados Unidos. Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD. Decisión de los árbitros. WT/DS26/ARB. 12 de julio de 1999.

Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de diferencias (Organización Mundial del Comercio, s.f.). https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/28-dsu_s.htm

Estados Unidos - Artículo 110 (5) de la Ley de Derecho de Autor (art. 25.3): Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos. Recurso al Arbitraje previsto en el artículo 25 del ESD. Laudo del Árbitro. WT/DS160/ARB25/1. 9 de noviembre de 2001.

Estados Unidos - Algodón americano (Upland) (art. 22.6): Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano (Upland). Recurso por los Estados Unidos al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD y el párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC. Decisión del Árbitro. WT/DS267/ARB/1. 31 de agosto de 2009.

Estados Unidos - EVE (art. 22.6): Estados Unidos - Trato fiscal aplicado a las "empresas de ventas en el extranjero". Recurso de los Estados Unidos al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD y el párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC. Decisión del árbitro. WT/DS108/ARB. 30 de agosto de 2002.

Procedimiento arbitral multipartito de apelación provisional de conformidad con el artículo 25 del ESD, JOB/DSB/1/Add.12 (OMC, 30 de abril de 2020).

LA ALIANZA DEL PACÍFICO Y EL CPTPP: ¿ALTERNATIVAS PARA LA SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS ANTE LA OMC?

THE PACIFIC ALLIANCE AND THE CPTPP AS ALTERNATIVES TO WTO DISPUTE SETTLEMENT

72

Protocolo Adicional al Acuerdo Marco de la Alianza del Pacífico (Sistema de Información sobre Comercio Exterior de la OEA, s.f.). http://www.sice.oas.org/Trade/PAC_ALL/Index_Pacific_Alliance_s.asp

Recibido: 10/12/2020
Aprobado: 24/03/2021