Facultad de Derecho
Universidad de Buenos Aires

TradeLab

International Economic Law Clinic

SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO

21 de noviembre de 2023, Buenos Aires

Elaborado por:

Mateo Covián

Claudio Heidanowski

Horacio Risso

Julián Rivainera

Para: Dirección de Solución de Controversias Económicas Internacionales (DISCO), Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de la República Argentina (https://www.cancilleria.gob.ar).

Todos los proyectos preparados y publicados por las clínicas y prácticas de TradeLab se llevan a cabo de forma gratuita por los estudiantes solo con fines de investigación. Los proyectos son ejercicios pedagógicos para capacitar a los estudiantes en la práctica del derecho internacional económico y de inversiones, y no reflejan las opiniones de TradeLab y / o las instituciones académicas afiliadas a TradeLab. Los proyectos de ninguna manera constituyen asesoramiento legal y, de ninguna manera, crean una relación abogado-cliente. El proyecto no puede, de ninguna manera y en ningún momento, vincular o conducir a ninguna forma de responsabilidad para los participantes de la clínica, las instituciones académicas participantes o TradeLab.

TradeLab

Las normas internacionales sobre comercio transfronterizo e inversiones son cada vez más complejas. Existen la OMC, el Banco Mundial y la UNCTAD (por sus siglas en inglés), y además cientos de acuerdos bilaterales de inversión (ABIs), tratados de libre comercio y otros regímenes preferenciales que abarcan desde los Sistemas Generalizados de Preferencias, los Acuerdos de Asociación Económica de la UE, el Mercado Común de África Oriental y Austral, hasta la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático, el Acuerdo de Cartagena que establece la Comunidad Andina de Naciones, el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana, y el Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica. Cada uno tiene su propia lógica y efectos en el comercio internacional. Todos los operadores económicos se ven afectados por tales normas, pero pocos tienen el tiempo y los recursos para analizarlas detalladamente. TradeLab pretende empoderar a los países e interesados más modestos para que aprovechen la totalidad de los beneficios del desarrollo del comercio global y las normas sobre inversión. A través de clínicas jurídicas *pro bono* y prácticas, TradeLab conecta estudiantes y profesionales experimentados del ámbito jurídico con funcionarios públicos, especialmente en países en desarrollo, con pequeñas y medianas empresas y con la sociedad civil, para fomentar una formación jurídica más sólida. A través del "aprendizaje mediante la práctica", tratamos de capacitar y promover a la próxima generación de abogados en comercio e inversiones internacionales. Al brindar información y apoyo sobre negociaciones, cumplimiento y litigios, trabajamos para hacer que la OMC, los tratados de comercio preferencial y los acuerdos bilaterales de inversión funcionen para todos.

Para más información: https//www.tradelab.org

¿Qué son las prácticas jurídicas?

Las prácticas jurídicas están compuestas por pequeños grupos de estudiantes altamente cualificados y cuidadosamente seleccionados. Algunos profesores de las facultades y otros profesionales con amplia experiencia en la materia hacen las veces de supervisores académicos y mentores para las prácticas y supervisan cuidadosamente el trabajo. Las prácticas benefician a todos los involucrados: los beneficiarios reciben trabajo experto gratuitamente y se capacitan; los estudiantes aprenden haciendo, obtienen créditos académicos y expanden su red de contactos; los profesores de las facultades y los mentores expertos comparten su conocimiento en asuntos de vanguardia y pueden atraer o contratar estudiantes destacados con habilidades demostradas. Los proyectos de las prácticas jurídicas son seleccionados tomando en cuenta la necesidad, la disponibilidad de recursos y la relevancia práctica. Entre dos y cuatro estudiantes se asignan a cada proyecto. Los estudiantes se unen con mentores expertos de firmas de abogados y otras organizaciones y son cuidadosamente capacitados supervisados por supervisores y monitores académicos. Los estudiantes se benefician con sesiones de habilidades y sesiones con expertos, producen información jurídica detallada y trabajan en varios borradores que se comparten con sus supervisores y mentores, así como los beneficiarios para recibir comentarios y retroalimentaciones. Las prácticas culminan con un memorando jurídico, un borrador legislativo o un texto de tratado u otro resultado ajustado a la necesidad del proyecto, cuidadosamente elaborado. Las prácticas se entregan en un plazo de entre tres y cuatro meses. El trabajo y el resultado pueden ser públicos o completamente confidenciales, por ejemplo, cuando se preparan propuestas legislativas o de tratados o documentos sobre controversias en curso.

Tabla de contenidos

Resumen Ejecutivo ..... A

1. Introducción 1

2.1 Problemática actual de los mecanismos de solución de controversias en acuerdos comerciales internacionales 1

2.2 Objetivo del Reporte 3

2.3 Metodología 3

2.4 Análisis del sistema de solución de controversias de la OMC 5

2. Análisis de la práctica reciente en acuerdos comerciales internacionales 23

2.5 El Tratado USMCA 23

2.6 El Tratado KORUS y la práctica reciente de Corea en otros tratados 35

2.7 Los Tratados ChAFTA y A-HKAFTA 44

2.7.1 ChAFTA 44

2.7.2 A-HKFTA 47

2.8 El Acuerdo Amplio y Progresista de Asociación Transpacífico 52

2.9 El Tratado UE-Nueva Zelanda 62

3. Conclusión 71

4. Bibliografía 74

4.1 Artículos 74

4.2 Libros 74

Resumen Ejecutivo

El sistema de solución de disputas en materia de comercio internacional ha experimentado un gran desafío a raíz de la crisis del órgano de solución de disputas de la OMC y el bloqueo de su órgano de apelación comenzado en 2016 y culminado en 2019. El presente reporte contiene una descripción del sistema de solución de controversias de la OMCA y luego analiza en detalle una serie de acuerdos comerciales internacionales concluidos luego de comenzada la crisis del sistema de la OMC con el fin de detectar si existen nuevas tendencias o cambios que los Estados hayan adoptado desde entonces. En particular, se analizan (i) el tratado de libre comercio entre Estados Unidos, México y Canadá (USMCA) de 2018; (ii) el tratado de libre comercio entre Corea del Sur y Estados Unidos (KORUS) de 2019 y su comparación con los tratados de libre comercio concluidos por Corea con Indonesia (2022) y Camboya (2023); (iii) los tratados de libre comercio entre China y Australia de 2015 (ChAFTA) y entre Australia y Hong Kong de 2020 (A-HKAFTA); (iv) el Acuerdo Amplio y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP) de 2018; y (v) el Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Nueva Zelanda de este año, 2023. También se acompaña como anexo al reporte una tabla analizando de forma resumida varios tratados comerciales concluidos desde fines de 2018 hasta el presente.

En líneas generales, a partir de este análisis no se observa que los Estados se hayan apartado del sistema solución de diferencias de la OMC, aunque sí han adoptado algunas innovaciones con respecto a temas puntuales. Entre las más notorias se observan en algunos tratados innovaciones con respecto a brindar más transparencia al proceso, por ejemplo, mediante la publicidad de las audiencias y alegatos de las partes o la participación de organizaciones sin fines de lucro. Sin embargo, no es posible identificar que estos cambios guarden una relación con respecto a la crisis de la OMC. Por el contrario, a grandes rasgos se mantiene el sistema “cuasi-judicial” de la OMC con una fase de consultas seguido de un procedimiento ante un panel arbitral con instancias posteriores de revisión y seguimiento.

1. Introducción

2.1 Problemática actual de los mecanismos de solución de controversias en acuerdos comerciales internacionales

Los principales tratados internacionales que regulan el comercio internacional son los tratados multilaterales celebrados en el marco de la Organización Mundial de Comercio (la OMC), una organización internacional creada a través del Acuerdo de la OMC en 1995. El principal de ellos es el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (el GATT, por sus siglas en inglés, que se basa en su mayor parte en una versión anterior de dicho tratado, concluido en 1947), aunque existen también otros tratados que regulan el comercio en materias específicas (como el comercio de servicios o la propiedad intelectual). Asimismo, el GATT prevé en su artículo XXIV la creación de zonas aduaneras y de libre comercio entre sus estados parte, lo cual ha dado lugar a distintos acuerdos regionales, multilaterales o bilaterales que establecen distintas obligaciones y beneficios en materia de comercio internacional compatibles con el marco general del GATT y de otros tratados de la OMC con disposiciones similares.

Una de las características más importantes de la OMC es que contiene un órgano de solución de diferencias (OSD) para los estados miembros. En el OSD están representados todos los estados miembros de la OMC y se tratan las disputas que puedan surgir en relación con los tratados de la OMC. En líneas generales, el sistema de solución de controversias incluye una fase de consultas previas, una etapa de adjudicación ante un "grupo especial" que preara un reporte con su decisión sobre la controversia y la posibilidad de apelar dicha decisión ante un órgano de apelación (OA).[1]

Sin embargo, este sistema de solución de diferencias entró en crisis a partir de 2016, cuando Estados Unidos bloqueó la designación de nuevos miembros del OA. Las principales críticas hacia el funcionamiento del sistema de solución de

[1] *Ver* Acuerdo de la OMC, Anexo II (Entendimiento para la solución de disputas), artículos 4, 6, 11-12 y 16-17. *Ver también* sección 1.4 abajo.

diferencias de la OMC y al OA es que no se respetan los plazos previstos para decidir y los grupos especiales y el OA son señalados por tomar decisiones que se extralimitan de sus facultades y van más allá de lo previsto en los tratados[2]. Actualmente y desde 2019, el OA se encuentra vacante, ya que se ha vencido el mandato de todos sus miembros. Esto ha dejado al sistema en un limbo, ya que pueden seguir constituyéndose grupos especiales para resolver diferencias, pero sus decisiones son apeladas "al vacío" y puede así bloquearse su funcionamiento. Ante esta situación, se han entablado negociaciones para reformar todo el sistema de solución de diferencias de la OMC. Algunos países liderados por la Unión Europea han adoptado un mecanismo sustituto conocido como Acuerdo de Arbitraje de Apelación Interino de Partes Múltiples (MPIA por sus siglas en inglés) como solución provisoria hasta que el OA vuelva a funcionar[3].

Esta crisis del sistema de la OMC también ha dado mayor importancia a los mecanismos establecidos en los acuerdos comerciales bilaterales, regionales o multilaterales mencionados antes, por fuera del sistema de la OMC. En el marco de estos tratados (que son usualmente más sencillos de negociar que una reforma al sistema de la OMC) los Estados tienen más flexibilidad y oportunidades para incluir cambios en los mecanismos de solución de controversias de comercio internacional.

---

[2] *Ver*, por ejemplo, "Unappealable but not Unappealing: WTO dispute settlement without the Appellate Body", IISD, 17 de julio de 2023, disponible en: https://www.iisd.org/articles/policy-analysis/wto-dispute-settlement-without-appellate-body (última vez consultado el 24 de septiembre de 2023); "Ending the WTO Dispute Settlement Crisis: Where to from here?", IISD, 2 de marzo de 2022, disponible en: https://www.iisd.org/articles/united-states-must-propose-solutions-end-wto-dispute-settlement-crisis (última vez consultado el 24 de septiembre de 2023).

[3] *Ver*, por ejemplo, "Three Years of the Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement: An Interim Evaluation of Arbitration as a Means to Appeal WTO Panel Reports", Kluwer Arbitration Blog, 11 de agosto de 2023, disponible en: https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2023/08/11/three-years-of-the-multi-party-interim-appeal-arbitration-arrangement-an-interim-evaluation-of-arbitration-as-a-means-to-appeal-wto-panel-reports/#:~:text=The%20MPIA%20has%20been%20in,WTO%20dispute%20resolution%20mechanism%20crisis (última vez consultado el 24 de septiembre de 2023).

2.2 Objetivo del Reporte

El objetivo del presente reporte es proveer un marco de referencia sobre los cambios recientes en materia de solución de controversias en acuerdos comerciales internacionales a raíz del cambio de paradigma en el comercio internacional a partir de 2016. El reporte será usado como insumo para la toma de decisiones por parte de la Cancillería argentina en esta materia.

2.3 Metodología

Este reporte se centrará en analizar tratados comerciales recientes y relevantes que sean novedosos con respecto a la resolución de controversias a partir de la taxonomía desarrollada por Claude Chase, Alan Yanovich, Jo-Ann Crawford, and Pamela Ugaz en su artículo *Mapping of Dispute Settlement Mechanisms in Regional Trade Agreements – Innovative or Variations on a Theme?*. Esta taxonomía agrupa los métodos de solución de controversias en tres grandes modelos:

- el primero es el político/diplómatico que refiere a aquellos Tratados de Libre Comecio (TLC) que no contienen método alguno de solución de disputa, que contienen un método basado en la negociación o se basa en un órgano político para resolver disputas, o que refiere a un tercero para resolver la controversia;
- el segundo es el modelo cuasi-judicial, cuya principal característica es la conformación de órganos *ad hoc* para la solución de disputas; y
- el tercer modelo es aquel cuyo órgano de solución de controversias es un órgano institucionalizado y creado previamente a la controversia a resolver[4].

Dentro de esta división la mayoría de los TLC analizados corresponden a un modelo cuasi-judicial, cuyo mecanismo consiste en la creación de un órgano *ad hoc* de solución de controversias a los fines de solucionar la disputa en cuestión.

[4] Claude Chase *et al*, "Mapping of Dispute Settlement Mechanisms in Regional Trade Agreements – Innovative or Variations on a Theme?", 13 de junio de 2013, pp. 11-12.

A su vez, la taxonomía de Chase analiza los mecanismos de solución de controversias de los TLC a partir de sus características en diferentes etapas:

- en primer lugar, analiza el enfoque jurisdiccional de los mecanismos de solución de controversias, es decir, tanto el objeto de ese mecanismo como también los tipos de medidas y los tipos de reclamos que pueden realizar las partes;
- luego se analiza la relación del mecanismo de solución de disputas con otros mecanismos (por ejemplo, bajo otros tratados de la OMC) que pueden ser utilizados por las mismas partes de la controversia;
- el siguiente paso es analizar el derecho de terceros a participar el procedimiento;
- en cuarto lugar se analizan las etapas previas a la adjudicación de la controversia por parte del grupo especial o tribunal que establezca el TLC, como pueden ser las etapas de negociaciones o consultas;
- en quinto lugar se analizan la composición y el funcionamiento de los grupos especiales o tribunales *ad hoc*, deteniéndose en cuestiones como los requisitos y cualidades de sus miembros, los informes provisionales y finales que puedan emitir estos órganos, los plazos para emitir estos informes y si cuentan con instancia de apelación;
- en sexto lugar se analiza los procedimientos posteriores a la decisión tomada por el órgano, como los recursos de aclaratoria y la implementación de la decisión, como así también la posibilidad de revisar su cumplimiento y si existen recursos en caso de incumplimiento;
- por último, también se analizan las cláusulas relativas a la transparencia del proceso, la participación de terceros, a la participación de órganos políticos o administrativos y a los costos del procedimiento[5].

[5] Claude Chase *et al*, "Mapping of Dispute Settlement Mechanisms in Regional Trade Agreements – Innovative or Variations on a Theme?", 13 de junio de 2013, pp. 20-45.

2.4 Análisis del sistema de solución de controversias de la OMC

El proceso de solución de disputas en la OMC se rige por el "Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias" (conocido como el "Entendimiento sobre Solución de Diferencias" o simplemente el "ESD"). Este acuerdo se encuentra en el Anexo 2 del Acuerdo de la OMC y establece las reglas y procedimientos que deben seguirse para resolver las diferencias comerciales entre los Miembros de la OMC.

La solución de diferencias es de la competencia del OSD, integrado por todos los Miembros de la OMC. El OSD tiene la facultad exclusiva de establecer “grupos especiales” de expertos para que examinen la diferencia y de aceptar o rechazar las conclusiones de dichos grupos especiales o los resultados de las apelaciones. Vigila la aplicación de las resoluciones y recomendaciones y tiene potestad para autorizar la adopción de medidas de retorsión cuando un país no respete una resolución.

Luego de describir el proceso de solución de disputas de la OMC utilizando los artículos clave del ESD se comparará este proceso con el proceso de los mecanismos de solución de diferencia de los Tratados de Libre Comercio. Para ello, nos basaremos en el análisis realizado por las autoras Jenya Grigorova y Elli Zachari en su cápitulo *Dispute Settlement in Free Trade Agreements as a Suggested Alternative to WTO Dispute Settlement*, donde analizan los mecanismos de los Tratados de Libre Comercio con el procedimiento la OMC notando las ventajas y desventajas de cada procedimiento[6]. De manera complementaria analizaremos también la letra los nuevos acuerdos en vigor descritos en el Anexo a este Proyecto.

Consultas

La primera etapa del procedimiento es la etapa de consultas, establecida por el artículo 4 del ESD. Antes de adoptar cualquier otra medida los países partes

[6] J. Grigorova y E. Zachari (2021), “*Dispute Settlement in Free Trade Agreements as a Suggested Alternative to WTO Dispute Settlement”* en INTERNATIONAL ECONOMIC DISPUTE SETTLEMENT, *Eds* Manfred Elsig *et al*, 470-492, pp. 470-471

en la diferencia tienen que mantener conversaciones para analizar si pueden resolver sus diferencias por sí solos[7].

Cuando se formula una solicitud de consultas, el Miembro al que se dirige la solicitud debe responder en un plazo de 10 días y entablar consultas en un período de no más de 30 días[8]. Si las consultas no resuelven la diferencia en 60 días, la parte reclamante puede solicitar la creación de un grupo especial[9]. En casos de urgencia, se acorta el plazo a 20 días[10]. También se destaca la confidencialidad de las consultas y la atención a los intereses de los países en desarrollo. Además, se permite la asociación de terceros Miembros con un interés comercial sustancial en las consultas si su solicitud es aceptada por el Miembro al que se dirige.

Si este intento fracasa, las partes, en virtud del artículo 5 del ESD, pueden iniciar procesos de Buenos oficios, conciliación y mediación del Director General de la OMC[11].

Conformación y procedimiento del grupo especial

Si en las consultas celebradas no se llega a una solución satisfactoria, el Estado reclamante puede pedir que se establezca un grupo especial. El Estado reclamado puede obstruir la constitución del grupo especial una vez, pero no puede volver a hacerlo cuando el Órgano de Solución de Diferencias se reúna por segunda vez (a no ser que haya consenso contra la constitución del grupo especial).

El procedimiento comienza con la solicitud de conformación de un grupo especial, que se establece a petición de la Parte Reclamante, a menos que el Órgano de Solución de Diferencias decida por consenso no hacerlo. Las

[7] Entendimiento sobre Solución de Diferencias, artículo 4(2).

[8] Entendimiento sobre Solución de Diferencias, artículo 4(3).

[9] Entendimiento sobre Solución de Diferencias, artículo 4(7).

[10] Entendimiento sobre Solución de Diferencias, artículo 4(9).

[11] Entendimiento sobre Solución de Diferencias, artículo 5.

solicitudes de grupos especiales deben ser por escrito y proporcionar detalles sobre las medidas en disputa y los fundamentos legales[12].

El Artículo 8 del ESD establece la composición de los grupos especiales encargados de resolver disputas comerciales entre los Miembros. En primer lugar, se establece que los grupos especiales estarán conformados por 3 personas altamente competentes, ya sean funcionarios gubernamentales o no, este número puede ascender a 5 personas si las partes así lo establecen[13]. Dichas personas deben haber integrado previamente un grupo especial, presentado alegatos en él, actuado como representantes de un Miembro o parte contratante del GATT de 1947, o desempeñado roles en el Consejo o Comité de cualquier acuerdo abarcado. Además, se considera la participación en la Secretaría del GATT, la actividad docente o la publicación de trabajos sobre derecho mercantil internacional o política comercial internacional, así como la ocupación de cargos relevantes en la esfera de la política comercial en un Miembro[14].

El Artículo 8 también establece restricciones en cuanto a la participación de nacionales de los Miembros involucrados en la diferencia o terceros en ella. En principio, no podrán formar parte del grupo especial que maneje esa disputa, a menos que exista un acuerdo entre las partes en la diferencia que permita lo contrario[15].

Para la selección de miembros, la Secretaría mantiene una lista indicativa de personas que cumplen con las condiciones establecidas en el párrafo 1 del Artículo 8. Los Miembros pueden proponer nombres para su inclusión en la lista, proporcionando información relevante sobre su competencia en comercio internacional. La aprobación del Órgano de Solución de Diferencias (OSD) es necesaria antes de agregar nuevos nombres a la lista[16].

---

[12] Entendimiento sobre Solución de Diferencias, artículo 6.

[13] Entendimiento sobre Solución de Diferencias, artículo 8(1 y 5).

[14] Entendimiento sobre Solución de Diferencias, artículo 8(1).

[15] Entendimiento sobre Solución de Diferencias, artículo 8(3).

[16] Entendimiento sobre Solución de Diferencias, artículo 8(4).

La composición de los grupos especiales se comunica a los Miembros sin demora, y su elección se realiza mediante propuestas de la Secretaría, que las partes en la diferencia no deben objetar a menos que existan razones imperiosas [17]. En caso que no exista acuerdo entre las partes sobre la composición dentro de los 20 días desde la fecha de establecimiento del grupo especial, el Director General, en consulta con el OSD y el Presidente del Consejo o Comité correspondiente, establecerá el grupo especial, designando a los miembros que considere más idóneos después de consultar a las partes de la controversia[18].Se destaca la participación de países en desarrollo en los grupos especiales cuando lo soliciten, para asegurar una representación equitativa[19]. Además, se establece que los gastos de los integrantes de los grupos especiales, incluyendo viajes y dietas, serán sufragados por el presupuesto de la OMC, siguiendo criterios establecidos por el Consejo General[20].

Por otro lado, si varios Miembros presentan solicitudes de grupos especiales sobre el mismo asunto, se puede establecer un grupo especial único para examinar todos los reclamos[21]. En caso de los terceros interesados en la disputa, estos tienen derecho a ser escuchados por el grupo especial y a presentar comunicaciones escritas, en caso que una medida que ya haya sido objeto de la actuación de un grupo especial anula o menoscaba ventajas resultantes para él de cualquier acuerdo abarcado, ese tercero podrá recurrir a los procedimientos normales de solución de diferencias establecidos en el ESD[22].

El procedimiento de los grupos especiales se detalla en el Artículo 12 del ESD. Los grupos siguen procedimientos de trabajo establecidos, pero con suficiente flexibilidad para garantizar la calidad de los informes sin retrasar

---

[17] Entendimiento sobre Solución de Diferencias, artículo 8(6).

[18] Entendimiento sobre Solución de Diferencias, artículo 8(7).

[19] Entendimiento sobre Solución de Diferencias, artículo 8(10).

[20] Entendimiento sobre Solución de Diferencias, Artículo 8(11)

[21] Entendimiento sobre Solución de Diferencias, artículo 9.

[22] Entendimiento sobre Solución de Diferencias, artículo 10.

indebidamente los trabajos. Los grupos especiales fijan un calendario para su trabajo en consulta con las partes, se establecen plazos para la presentación de comunicaciones escritas y se detalla el proceso mediante el cual cada parte depositará sus comunicaciones escritas en poder de la Secretaría para su traslado inmediato al grupo especial y a las otras partes en la diferencia[23].

En el caso que las partes no alcancen una solución mutuamente satisfactoria, el grupo especial presentará sus conclusiones en un informe escrito al OSD. El plazo para llevar a cabo el examen del grupo especial es de seis meses, con una reducción a tres meses en casos de urgencia[24]. En caso de demora, el grupo especial informará al OSD por escrito, proporcionando las razones de la demora y una estimación del plazo para emitir el informe. Se establece que el período total, desde el establecimiento del grupo hasta la distribución del informe a los Miembros, no debe exceder de nueve meses[25].

En caso de los Miembros en vías de desarrollo, el ESD contempla la posibilidad de ampliar plazos de las consultas y presentación de sus alegatos, al mismo tiempo se exige que el informe del grupo especial exprese explícitamente cómo se han considerado las disposiciones sobre trato diferenciado y más favorable a estos países[26].

Las deliberaciones del grupo especial son confidenciales y los informes se redactan sin la presencia de las partes en disputa, y las opiniones expresadas en el informe son anónimas[27].

Informe del grupo especial

Después de considerar las réplicas y las alegaciones orales, el grupo especial permite que las partes presenten observaciones escritas sobre su informe provisional sobre el que las partes pueden solicitar un reexamen de aspectos

[23] Entendimiento sobre Solución de Diferencias, artículo 12(5 y 6)

[24] Entendimiento sobre Solución de Diferencias, artículo 12(8).

[25] Entendimiento sobre Solución de Diferencias, artículo 12(9).

[26] Entendimiento sobre Solución de Diferencias, artículo 12(10, 11 y 12).

[27] Entendimiento sobre Solución de Diferencias, artículo 14.

específicos. De no existir observaciones el informe provisional pasa a ser definitivo[28].

Una vez confeccionado el informe definitivo, este pasa al OSD para que los Miembros realicen comentarios escritos en el plazo de 20 días desde que se les distribuyó el informe[29]. El informe se adopta en una reunión del OSD luego de 60 días de la distribución del informe, a menos que una parte decida apelar o el OSD decida por consenso no adoptar el informe[30].

Proceso de apelación

Si bien el Órgano Permanente de Apelación (OA) no se encuentra en funciones desde el 10 de diciembre de 2019, el Artículo 17 establece su creación y funciones, encargando al OA revisar recursos de apelación contra decisiones de grupos especiales. Compuesto por siete personas siete personas, de las cuales actuarán tres en cada caso[31].

Solo las partes involucradas en la diferencia pueden apelar, excluyendo a terceros, aunque estos últimos podrán presentar comunicaciones escritas al OA si han notificado un interés sustancial al OSD[32]. El procedimiento de apelación, que se centra en cuestiones de derecho del informe del grupo especial, deberá completarse en un plazo generalmente no superior a 60 días, extendible a 90, considerando disposiciones específicas si corresponden[33].

El procedimiento es confidencial, con informes redactados sin la presencia de las partes y opiniones de los integrantes mantenidas de manera anónima. El OA tiene la facultad de confirmar, modificar o revocar las conclusiones jurídicas del grupo especial[34].

---

[28] Entendimiento sobre Solución de Diferencias, artículo 15.

[29] Entendimiento sobre Solución de Diferencias, artículo 15(1 y 2).

[30] Entendimiento sobre Solución de Diferencias, artículo 15(4).

[31] Entendimiento sobre Solución de Diferencias, artículo 17(1).

[32] Entendimiento sobre Solución de Diferencias, artículo 17(3).

[33] Entendimiento sobre Solución de Diferencias, artículo 17(5).

[34] Entendimiento sobre Solución de Diferencias, artículo 17(10 a 13).

Los informes del OA serán adoptados por el OSD y aceptados sin condiciones por las partes en la diferencia, a menos que el OSD decida, por consenso, no adoptar el informe en un plazo de 30 días desde su distribución[35].

Recomendaciones, Resoluciones y Aplicación

Cuando los grupos especiales y el OA concluyen que una medida adoptada por un Miembro es incompatible con los términos de un acuerdo, se insta al Miembro afectado a que ajuste la medida para que se alinee con las disposiciones del acuerdo correspondiente. Esta recomendación no solo implica el señalamiento de la inconformidad, sino que también incluye sugerencias sobre cómo el Miembro afectado podría llevar a cabo dicho ajuste[36].

Para garantizar la implementación rápida y efectiva de las recomendaciones y resoluciones del OSD para resolver diferencias de manera beneficiosa para todos los Miembros, el ESD establece que el OSD vigilará la aplicación de las recomendaciones o resoluciones que hayan tomado el grupo especial o el OA, estableciendo un procedimiento para que tanto la parte afectada como los Miembros puedan plantear cuestiones relacionadas a la aplicación de las recomendaciones o resoluciones[37]. 30 días después de la adopción del informe del grupo especial o del informe del OA, el OSD celebrará una reunión en la que el Miembro afectado por la recomendación o resolución deberá informar como aplicará las recomendaciones y en caso que no lo pueda hacer de manera inmediata, deberá establecer un plazo prudencial determinado por la voluntad del Miembro afectado, de común acuerdo entre las partes, o mediante un arbitraje vinculante[38]. En caso de desacuerdo en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones o a la compatibilidad de dichas medidas con un acuerdo abarcado, esa diferencia será resuelta, dentro de lo posible, por el grupo especial que entendió en la

[35] Entendimiento sobre Solución de Diferencias, artículo 17(14).

[36] Entendimiento sobre Solución de Diferencias, artículo 19.

[37] Entendimiento sobre Solución de Diferencias, artículo 21.

[38] Entendimiento sobre Solución de Diferencias, artículo 21(3).

cuestión [39] . Luego, el OSD someterá a vigilancia la aplicación de las recomendaciones o resoluciones adoptadas[40].

Cabe destacar que en esta sección el ESD establece el período total entre el establecimiento de un grupo especial por el OSD y la revisión de su informe, que no deberá exceder los nueve meses si no hay apelación, o los 12 meses si la hay[41].

La compensación y la suspensión de concesiones u otras obligaciones se podrían considerar como medidas secundarias, ya que se aplican en caso de no implementación las recomendaciones y resoluciones en el plazo prudencial establecido[42].

En principio se establece que si un Miembro no cumple con las recomendaciones en el plazo establecido, se inician negociaciones para encontrar una compensación mutuamente aceptable[43]. Si estas negociaciones no son exitosas, la parte reclamante puede solicitar autorización al OSD para suspender la aplicación de concesiones u otras obligaciones al Miembro afectado[44].

Esta suspensión de concesiones se guía por principios específicos. En primer lugar, se busca suspender concesiones en el mismo sector en el que se ha constatado la infracción, si esto no es viable, se puede considerar la suspensión en otros sectores dentro del mismo acuerdo y en circunstancias excepcionales, se puede recurrir a suspender concesiones en el marco de otro acuerdo abarcado[45].

La solicitud de suspensión debe fundamentarse, indicando las razones detrás de la decisión y el nivel de suspensión autorizado por el OSD debe ser

---

[39] Entendimiento sobre Solución de Diferencias, artículo 21(5).

[40] Entendimiento sobre Solución de Diferencias, artículo 21(6).

[41] Entendimiento sobre Solución de Diferencias, artículo 20.

[42] Entendimiento sobre Solución de Diferencias, artículo 22(1).

[43] Entendimiento sobre Solución de Diferencias, artículo 22(2).

[44] Entendimiento sobre Solución de Diferencias, artículo 22(2).

[45] Entendimiento sobre Solución de Diferencias, artículo 22(3).

equivalente al nivel de la anulación o menoscabo y no estará permitida si el acuerdo abarcado prohíbe explícitamente esta medida[46].

En caso de disputa sobre el nivel de suspensión propuesto, se recurre a un proceso de arbitraje, que estará a cargo del grupo especial que haya resuelto el asunto, y se examinará si el nivel de suspensión es equivalente al daño sufrido y si se han seguido los procedimientos establecidos. La decisión es definitiva y debe ser aceptada por ambas partes[47].

Finalmente, aun en los casos donde se ha otorgado compensación o suspendido concesiones, pero las recomendaciones que no se hayan implementado completamente, el OSD seguirá supervisando su aplicación[48].

Medios alternativos y otros procedimientos

El ESD establece en su artículo 25 el arbitraje como un medio alternativo para resolver diferencias de manera rápida. El recurso al arbitraje está sujeto al acuerdo mutuo de las partes y siendo aplicables las disposiciones sobre recomendaciones o resoluciones y de compensación y suspensión de concesiones[49].

En casos de reclamos de *non-violation*, en las que se alega anulación o menoscabo de ventajas sin una infracción clara, se establecen procedimientos específicos para situaciones. Incluye disposiciones sobre compensación, ajustes mutuamente satisfactorios y el papel del arbitraje[50].

Responsabilidades de la Secretaría de la OMC

En cuanto a las responsabilidades de la Secretaría, el artículo 27 del ESD establece que será su tarea la asistencia a los Grupos Especiales, proporcionando apoyo técnico y de secretaría y enfatiza la necesidad de asesoramiento adicional para los países en desarrollo. También tiene a su

[46] Entendimiento sobre Solución de Diferencias, artículo 22(3, 4 y 5).

[47] Entendimiento sobre Solución de Diferencias, artículo 22(6 y 7).

[48] Entendimiento sobre Solución de Diferencias, artículo 22(8).

[49] Entendimiento sobre Solución de Diferencias, artículo 25.

[50] Entendimiento sobre Solución de Diferencias, artículo 25.

cargo la organización de cursos de formación sobre procedimientos de solución de diferencias[51].

Los mecanismos de los Tratados de Libre Comercio y el procedimiento de la OMC

Como hemos mencionado al inicio de esta sección, procederemos a comparar desde el punto de vista institucional, estructural y procesal del sistema de solución de controversias de la OMC con el procedimiento establecido para la solución de diferencias en los TLC, para ello las autoras Grigoreva y Zachari comparan 10 puntos clave para determinar las diferencias entre ambos procedimientos que pueden ser considerados por los Estados para decidir iniciar un procedimiento ante la OMC o ante el mecanismo de solución de disputas de un TLC[52]. Estos diez puntos son:

- Reclamos por medidas propuestas o en proyecto
- Composición de los grupos especiales
- Plazos
- Transparencia
- Participación de terceros
- Estructura Administrativa
- Vigilancia colectiva de aplicación y procedimientos de cumplimiento
- Medidas provisionales y compensación económica
- Costos

En cuanto al primer punto, en lo que respecta a los TLC en comparación con el sistema de la OMC es que los Estados Miembro de la organización no pueden realizar reclamos por medidas propuestas que aún no se encuentran en práctica como si se puede hacer en algunos TLC[53], Grigoreva y Zachari ejemplifican esta diferencia con el acuerdo CPTPP, (cuyo procedimiento se

[51] Entendimiento sobre Solución de Diferencias, artículo 27.

[52] J. Grigorova y E. Zachari (2021), "*Dispute Settlement in Free Trade Agreements as a Suggested Alternative to WTO Dispute Settlement"* en INTERNATIONAL ECONOMIC DISPUTE SETTLEMENT, *Eds* Manfred Elsig *et al*, 470-492, pp. 482-483

[53] J. Grigorova y E. Zachari (2021), "*Dispute Settlement in Free Trade Agreements as a Suggested Alternative to WTO Dispute Settlement"* en INTERNATIONAL ECONOMIC DISPUTE SETTLEMENT, *Eds* Manfred Elsig *et al*, 470-492, p. 483.

explicará *infra*[54]*)* que establece que las disposiciones en materia de solución de controversias se aplicaran "cuando una Parte considere que una medida vigente o en proyecto de otra Parte es o sería incompatible con una obligación de este Acuerdo"[55], esto puede también observarse en los tratados firmados por el Reino Unido con Nueva Zelanda y Australia en vigor desde el mes de mayo de este año donde también se establece que los reclamos podrán realizarse sobre "Medidas reales, medidas propuestas, otros incumplimientos de las obligaciones derivadas del Acuerdo y medidas que anulen y menoscaben un beneficio que un miembro del Tratado"[56].

En cuanto a la composición de los grupos especiales, existe una diferencia relevante con respecto a los mecanismos de los TLC, en tanto los grupos especiales conformados bajo estos acuerdos deben componerse de común acuerdo entre las partes y no establecen una solución ante la inacción por parte del Estado reclamado en cuanto a la composición del grupo especial que entenderá de la disputa, ante la falta de acuerdo o incluso contienen cláusulas de recusación perentoria[57]. Esto puede llevar a un bloqueo en el procedimiento de los TLC y es una ventaja para iniciar un procedimiento ante la OMC que en caso de falta de acuerdo entre las partes, el Director General, en consulta con el Presidente del OSD y con el Presidente del Consejo o Comité establecerán la composición del grupo especial[58].

Como mencionan las autoras, una de los métodos de los TLC es establecer una lista de posibles miembros a la que recurrir en caso de falta de acuerdo

---

[54] *Ver infra* sección 2.4

[55] J. Grigorova y E. Zachari (2021), "*Dispute Settlement in Free Trade Agreements as a Suggested Alternative to WTO Dispute Settlement"* en INTERNATIONAL ECONOMIC DISPUTE SETTLEMENT, *Eds* Manfred Elsig *et al*, 470-492, p. 483; CPTPP, Artículo 28.3.1.b (traducción propia).

[56] Tratado de Libre Comercio entre Reino Unido y Australia, Artículo 30.4, Tratado de Libre Comercio entre Reino Unido y Nueva Zelanda, artículo 31.4 (traducción propia).

[57] J. Grigorova y E. Zachari (2021), "*Dispute Settlement in Free Trade Agreements as a Suggested Alternative to WTO Dispute Settlement"* en INTERNATIONAL ECONOMIC DISPUTE SETTLEMENT, *Eds* Manfred Elsig *et al*, 470-492, pp. 483-486.

[58] Entendimiento sobre Solución de Diferencias, artículo 8(7).

entre las partes[59]. Sin embargo, como también remarcan, en algunos casos la confección de estas listas también dependen de la cooperación de las partes, como es el caso del TLC entre Estados Unidos y Corea (también conocido como KORUS) que se analizará en las próximas secciones[60]. Cabe remarcar que este mismo método sigue siendo utilizado por Corea en sus acuerdos recientes con la India y Camboya en vigor desde 2022 y 2023 respectivamente[61].

Empero, una de las soluciones que hemos identificado en los tratados recientemente en vigor es la participación de un tercero imparcial ante una falta de acuerdo entre los Estados parte de la disputa al igual que el mecanismo de solución de diferencias de la OMC. En algunos tratados es el Director General de la OMC, como es el caso de los TLC entre India y Emiratos Árabes Unidos[62] y entre Reino Unido y Australia[63], en otros acuerdos es el Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje como es el caso del TLC entre Reino Unido y Nueva Zelanda[64] o el TLC EFTA-Turquía[65].

Por otro lado, como se verá en las próximas secciones, el Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (conocido como T-MEC) establece que la regla principal para la designación es la del consenso, pero si las partes no lo lograran en un plazo de un mes desde la fecha en entrada en vigor del Tratado, la lista estará compuesta por las personas designadas [66], esto, como interpretan Grigoreva y Zachari, significa que incluso si una parte no designa a

---

[59] J. Grigorova y E. Zachari (2021), "*Dispute Settlement in Free Trade Agreements as a Suggested Alternative to WTO Dispute Settlement"* en INTERNATIONAL ECONOMIC DISPUTE SETTLEMENT, *Eds* Manfred Elsig *et al*, 470-492, p. 483.

[60] Tratado de Libre Comercio entre la República de Corea y los Estados Unidos de América, artículo 22.9.

[61] Tratado de Libre Comercio entre la República de Corea y la República de la India, Artículo 10.9; Tratado de Libre Comercio entre la República de Corea y la República de Camboya, artículo 8.9.

[62] Tratado de Libre Comercio entre la República de la India y los Emiratos Árabes Unidos, artículo 15.9.

[63] Tratado de Libre Comercio entre Reino Unido y Australia, artículo 30.9.

[64] Tratado de Libre Comercio entre Reino Unido y Nueva Zelanda, artículo 31.7.

[65] Tratado de Libre Comercio entre EFTA y Turquía, artículo 9.4.

[66] Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC), artículo 31.8.

nadie para la lista, los posibles candidatos designados por las otras partes constituirán la lista, desalentando que alguna de las partes en la controversia no presente lista de candidatos[67].

En tercer lugar, otro de los puntos donde se identifican diferencias se da en los plazos de cada procedimiento, como hemos mencionado con anterioridad, el plazo del procedimiento del grupo especial no debe exceder los 9 meses desde su creación hasta la distribución del informe a los Miembros del OSD sumado a la etapa de apelación que no debe exceder de los 90 días[68]. Ahora bien, esto se diferencia con el procedimiento de los TLC donde Grigorova y Zachari notaron una tendencia a plazos más expeditos y delimitados[69], esto también lo notamos en acuerdos recientes donde los plazos no exceden en su mayoría el intervalo entre 120 y 180 días desde que se constituye el grupo especial hasta que se entrega el informe final a las partes[70].

En cuanto a la transparencia, el procedimiento de solución de diferencias de la OMC establece que comunicaciones por escrito al grupo especial o al Órgano de Apelación se considerarán confidenciales como también las posiciones de las partes, a menos que estas decidan lo contrario[71], por su parte, los mecanismos de solución de controversia de los TLC establecen medidas tendientes a la transparencia total del procedimiento, esto se desarrollará en específico para cada tratado de interés del beneficiario, pero pueden mencionarse algunos ejemplos. En el caso de los TLC entre Reino Unido y Australia e India y Australia se establece que las Partes podrán hacer públicos la solicitud de consultas, la solicitud de creación de un grupo especial, el

---

[67] J. Grigorova y E. Zachari (2021), "*Dispute Settlement in Free Trade Agreements as a Suggested Alternative to WTO Dispute Settlement"* en INTERNATIONAL ECONOMIC DISPUTE SETTLEMENT, *Eds* Manfred Elsig *et al*, 470-492, pp. 485.

[68] Entendimiento sobre Solución de Diferencias, artículo 12.9 y 17.5.

[69] J. Grigorova y E. Zachari (2021), "*Dispute Settlement in Free Trade Agreements as a Suggested Alternative to WTO Dispute Settlement"* en INTERNATIONAL ECONOMIC DISPUTE SETTLEMENT, *Eds* Manfred Elsig *et al*, 470-492, pp. 486.

[70] El Acuerdo entre Reino Unido y la Unión Europea de 2021 establece un plazo no mayor a 130 días (artículo 745); El Acuerdo entre la Unión Económica de Eurasia y Serbia de 2021 establece que no se excederá hasta 150 días (artículo 12); El Acuerdo entre la EFTA e Infonesia de 2021 establece un plazo de 120 días (artículo 11.6); El Tratado entre el Reino Unido y Nueva Zelanda de 2023 establece un plazo de 160 días (artículo 31.12)

[71] Entendimiento sobre Solución de Diferencias, artículo 18, apéndice 3.

informe final y el calendario de audiencias[72], por su parte el TLC entre Reino Unido, Islandia, Liechtenstein y Noruega establece que las audiencias del grupo de expertos serán públicas, a menos que las partes en la controversia acuerden otra cosa y las partes en la diferencia harán público el informe final en su totalidad a más tardar 10 días después de la fecha de su emisión[73]. En este sentido, y como desarrollaremos en la sección correspondiente al CPTPP, este dispone que los reportes de los grupos especiales deben publicarse, además de promover audiencias, escritos y alegatos públicos[74].

En cuanto al quinto punto, una constante que se mantiene en los TLC es la instancia única de adjudicación. Tanto Chase como Grigorova y Zachari remarcan que la revisión en apelación no es una característica típica de los TLC[75]. Esto continúa en los tratados recientemente en vigor, en tanto no hemos identificado ningún acuerdo desde 2019 en adelante que incluya un mecanismo de apelación.

Respecto a la participación de terceros, como ya hemos mencionado *supra* los terceros tienen derecho a ser escuchados por el grupo especial y a presentar comunicaciones escritas y en caso que una medida que lo afecta ya haya sido abordada en una disputa, puede iniciar un procedimiento ante el mismo grupo especial que entendió en la cuestión anteriormente siempre que sea posible[76].

En cuanto a los TLC, la participación de terceros se amalgama con la transparencia, en tanto la participación de terceros en lo que respecta a acuerdos bilaterales podría reducirse a la presentación de *amicus curiae*, de los acuerdos analizados, 2 contienen una participación de a *amicus curiae*, el

---

[72] Tratado de Libre Comercio entre Reino Unido y Australia, artículo 30.13; Tratado de Libre Comercio entre India y Australia, artículo 13.11.

[73] Tratado de Libre Comercio entre Reino Unido, Islandia, Liechtenstein y Noruega, artículos 16.11 y 16.14.

[74] CPTPP, artículo 28.12.3; *Ver infra,* sección 2.4.

[75] Claude Chase *et al*, "Mapping of Dispute Settlement Mechanisms in Regional Trade Agreements – Innovative or Variations on a Theme?", 13 de junio de 2013, p. 30; J. Grigorova y E. Zachari (2021), "*Dispute Settlement in Free Trade Agreements as a Suggested Alternative to WTO Dispute Settlement"* en INTERNATIONAL ECONOMIC DISPUTE SETTLEMENT, *Eds* Manfred Elsig *et al*, 470-492, p. 487.

[76] Entendimiento sobre Solución de Diferencias, artículo 10.

TLC entre Reino Unido y Nueva Zelanda de 2023, establece que los grupos especiales deben aceptar y considerar comunicaciones *amicus curiae* de personas interesadas y entidades no gubernamentales, a menos que las Partes acuerden otra cosa. Por otro lado el TLC entre Australia y Perú establece que el grupo especial examinará las solicitudes de entidades no gubernamentales situadas en el territorio de cualquiera de las Partes para que presenten sus opiniones por escrito en relación con la controversia[77].

En cuanto a los acuerdos multilaterales en su mayoría sí contienen una abierta participación de terceros además de la participación de *amicus curiae.* Tanto el acuerdo T-MEC y CPTPP incluyen presentación de *amicus*[78] y también de participación de terceras partes no contendientes en la disputa pero partes del acuerdo [79] y otros acuerdos multilaterales recientes como EFTA-Turquía establece que las partes del acuerdo que no sean parte en el litigio también pueden participar de la disputa[80].

Cabe destacar que ni el ESD ni los Procedimientos de Trabajo para el Examen en Apelación abordan la presentación de amicus curiae en el procedimiento de la OMC[81].

El séptimo punto referido al apoyo institucional de los mecanismos de solución de disputas apunta a que la solución de diferencias en el marco de los TLC suele estar mucho menos institucionalizada que la de la OMC en tanto los ALC rara vez contienen disposiciones sobre apoyo administrativo[82]. Esta tendencia se mantiene, aunque hemos detectado una incipiente cantidad de tratados de 2021 y 2023 que establecen que las partes podrán acordar encomendar conjuntamente a un organismo externo la realización de determinadas tareas

---

[77] Anexo A, artículo 10.

[78] T-MEC, artículo 26.21.4; CPTPP, artículo 28.13(e).

[79] T-MEC, artículo 31.14; Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Nueva Zelanda, artículo 26.16.1; CPTPP, artículos 28.5.3 y 28.7.6.

[80] Tratado de Libre Comercio entre EFTA y Turquía, artículo 9.4.10.

[81] OMC, Participation in dispute settlement proceedings, disponible en: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/disp_settlement_cbt_e/c9s3p1_e.htm.

[82] J. Grigorova y E. Zachari (2021), "*Dispute Settlement in Free Trade Agreements as a Suggested Alternative to WTO Dispute Settlement"* en INTERNATIONAL ECONOMIC DISPUTE SETTLEMENT, *Eds* Manfred Elsig *et al*, 470-492, p. 487.

administrativas del procedimiento de solución de diferencias previsto en el Acuerdo[83].

En cuanto al octavo punto, de vigilancia colectiva de aplicación y procedimientos de cumplimiento, las autoras destacan que el procedimiento de la OMC establece claramente la posibilidad de iniciar procedimientos de cumplimiento en caso de desacuerdo por las medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones y la posterior vigilancia colectiva de la aplicación de esas recomendaciones y resoluciones[84]. Esto en contraste con los TLC, en tanto se identifica que sólo el 36% de los acuerdos hasta 2021 tenían procedimientos de cumplimiento[85]. Ahora bien, de los acuerdos recientes podemos observar una tendencia hacia los procedimientos de revisión de cumplimiento, incluso en acuerdos de 2020 como el TLC entre Indonesia y Australia establece que si las Partes discrepan sobre la existencia o coherencia de las medidas adoptadas para cumplir con una obligación del acuerdo se creará un grupo especial de revisión del cumplimiento[86], o el acuerdo entre Colombia e Israel establece que se podrá presentar una revisión de cumplimiento ante el grupo especial que entendió la cuestión, al igual que otros tratados de ese año[87]. Esto se replica en acuerdos posteriores, de 2021, 2022 y 2023[88].

---

[83] Tratado de Libre Comercio entre Reino Unido y Australia, artículo 30.21; Tratado de Libre Comercio entre Reino Unido y Nueva Zelanda, artículo 31.17; Tratado de Libre Comercio entre Reino Unido, Islandia, Liechtenstein y Noruega, artículos 16.20.

[84] J. Grigorova y E. Zachari (2021), "*Dispute Settlement in Free Trade Agreements as a Suggested Alternative to WTO Dispute Settlement"* en INTERNATIONAL ECONOMIC DISPUTE SETTLEMENT, *Eds* Manfred Elsig *et al*, 470-492, p. 487; *Ver también* Entendimiento sobre Solución de Diferencias, Artículo 21(5 y 6).

[85] J. Grigorova y E. Zachari (2021), "*Dispute Settlement in Free Trade Agreements as a Suggested Alternative to WTO Dispute Settlement"* en INTERNATIONAL ECONOMIC DISPUTE SETTLEMENT, *Eds* Manfred Elsig *et al*, 470-492, pp. 487-488.

[86] Tratado de Libre Comercio entre Indonesia y Australia, artículo 20.14.1.

[87] Tratado de Libre Comercio entre Colombia e Israel, artículo 12.17; *Ver también* EFTA-Ecuador, artículo 11.8; PACER-Plus, Anexo 14, artículo A.32.

[88] Tratado de Libre Comercio entre Ucrania e Israel, artículo 10.16.2; Tratado de Libre Comercio entre UE y Reino Unido, artículo 748; Tratado de Libre Comercio entre EAEU y Serbia, artículo 16; EFTA-Turquía, artículo 9.8.3; Tratado de Libre Comercio entre la India y los Emiratos Arabes Unidos, artículo 15.22; Tratado de Libre Comercio entre Corea y Camboya, artículo 8.14; Tratado de Libre Comercio entre Corea e Indonesia, artículo 10.14; Tratado de Libre Comercio entre Reino Unido y Nueva Zelanda, artículo 31.14.

En noveno lugar, las autoras identifican que en algunos TLC se establecen reparaciones o compensaciones que no están disponibles en el procedimiento de la OMC en tanto la primera medida es cumplir con las recomendaciones y resoluciones del grupo especial adoptadas por el OSD y, en caso de incumplientol la suspensión de las obligaciones del acuerdo por parte del Estado miembro afectado por la medida en disputa. En particular, las autoras se refieren a reparaciones como las medidas provisionales y compensaciones económicas como alternativa a la suspensión de concesiones por la parte reclamante[89]. Esto se encuentra en tratados recientes como el TLC entre Reino Unido y Australia de 2023 que establece la compensación económica como medida provisional además de la suspensión[90]. En los tratados recientes es común ver que se establece en aquellos casos de incumplimiento un procedimiento para que las partes puedan acordar una compensación[91].

Por último, en lo que respecta a los costos, en el caso de la OMC es la misma organización la que se encarga de los gastos de los grupos especiales y del OA en tanto estos gastos quedan a cargo del presupuesto de la organización[92], mientras que en los TLC son las partes las que se encargan de los costos del procedimiento en partes iguales[93].

A modo de conclusión, puede observarse que los procedimientos de los TLC y de la OMC tienen diferencias, algunas dadas por su carácter multilateral y bilateral en el caso de los TLC bilaterales, como lo es la participación de

---

[89] J. Grigorova y E. Zachari (2021), "*Dispute Settlement in Free Trade Agreements as a Suggested Alternative to WTO Dispute Settlement"* en INTERNATIONAL ECONOMIC DISPUTE SETTLEMENT, *Eds* Manfred Elsig *et al*, 470-492, pp. 488

[90] Tratado de Libre Comercio entre Reino Unido y Australia, artículo 30.16.

[91] Tratado de Libre Comercio entre la India y los Emiratos Arabes Unidos, artículo 15.23; Tratado de Libre Comercio entre Corea y Camboya, artículo 8.15; Tratado de Libre Comercio entre Corea e Indonesia, artículo 10.15; Tratado de Libre Comercio entre Reino Unido y Nueva Zelanda, artículo 31.15.

[92] Entendimiento sobre Solución de Diferencias, artículos 8(11) y 17(8).

[93] J. Grigorova y E. Zachari (2021), "*Dispute Settlement in Free Trade Agreements as a Suggested Alternative to WTO Dispute Settlement"* en INTERNATIONAL ECONOMIC DISPUTE SETTLEMENT, *Eds* Manfred Elsig *et al*, 470-492, pp. 488; *Ver también* Tratado de Libre Comercio entre la India y los Emiratos Arabes Unidos, artículo 15.27; Tratado de Libre Comercio entre Corea y Camboya, artículo 8.17; Tratado de Libre Comercio entre Corea e Indonesia, artículo 10.17; Tratado de Libre Comercio entre Reino Unido y Nueva Zelanda, artículo 31.25.

terceros o los costos del procedimiento. Otras, sin embargo, se mantienen constantes como es el caso de la falta de mecanismos de apelación en los procedimientos de los TLC, la falta de institucionalización de los mecanismos de solución de disputas de los acuerdos bilaterales (con algunas excepciones), el reclamos a las medidas en proyecto.

Ahora bien, algunas diferencias entre los procedimientos evolucionaron, esto puede ser por la facilidad de negociación de los TLC bilaterales o por las negociaciones constantes de estos acuerdos, las tendencias crecientes en la práctica actual que pudimos identificar son las cláusulas que establecen los plazos de los procedimientos, en tanto tienden a una mayor especificad en comparación con la OMC, la transparencia del proceso con la publicidad de los procedimientos sumado a la participación de los *amicus curiae*, las revisiones de cumplimiento y, en menor medida, los métodos para designación de miembros de los grupos especiales que van desde presentaciones de nóminas de candidatos, a sorteos a la intervención de terceros para la designación.

Estos pequeños cambios pueden no estar relacionados al bloqueo del OA, ni tampoco significar una futura tendencia de los Estados a tratar sus controversias en los mecanismos de solución de diferencias de los TLC. Aun así, son modificaciones para hacer de estos procedimientos más flexibles, expeditos y transparentes para los Estados.

2. Análisis de la práctica reciente en acuerdos comerciales internacionales

En base a los criterios antes mencionados en la introducción, el reporte incluirá el análisis de distintos tratados con respecto a cada uno de los aspectos listados. Los tratados a analizar (ya sea tratados en vigor o aun en etapas previas) se seleccionaron considerando el interés del beneficiario, su carácter reciente y su importancia a nivel internacional. Dichos tratados son: (1) el tratado de libre comercio entre Estados Unidos, México y Canadá (USMCA) de 2018; (2) el tratado de libre comercio entre Corea del Sur y Estados Unidos (KORUS) de 2019 y su comparación con los tratados de libre comercio concluidos por Corea con Indonesia (2022) y Camboya (2023); (3) los tratados de libre comercio entre China y Australia de 2015 (ChAFTA) y entre Australia y Hong Kong de 2020 (A-HKAFTA); (4) el Acuerdo Amplio y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP) de 2018; y (5) el Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Nueva Zelanda de este año 2023.

2.5 El Tratado USMCA

En septiembre de 2018, luego de trece meses de negociación, los Estados Unidos, Canadá y México firmaron el texto final del United States-Mexico-Canada Agreement (USMCA o, en español, T-MEC)[94]. Este nuevo acuerdo fue elaborado para reemplazar al North American Free Trade Agreement (NAFTA o, por sus siglas en español TLCAN) que había sido uno de los mayores exponentes del regionalismo abierto y que había reglado el comercio internacional de América del Norte desde el año 1994. USMCA, si bien implica el establecimiento de algunas variaciones significativas respecto a su antecesor al menos en lo que respecto a solución de controversias entre Estados, en su capítulo 31 toma las disposiciones del capítulo 20 del NAFTA prácticamente sin cambios[95].

---

[94] Van Duzer, J. A. (2020). "State-to-state Dispute Settlement under the USMCA: Better than NAFTA?", 9 de abril de 2020. Disponible en https://ssrn.com/abstract=3341662

[95] *Ibídem*

Sin embargo, en diciembre de 2019, y antes de que el USMCA entrara en vigor[96], se acordó un protocolo modificatorio que incluía reformas en relación con los derechos laborales, derechos medio ambientales, patentes farmacéuticas y al proceso de solución de controversias[97]. Respecto a este último punto, la principal reforma es que se vuelve más dificultoso que la formación de grupos especiales de solución de controversias entre Estados se vea bloqueada por alguna de las Partes, algo que volvía disfuncional al sistema establecido en el NAFTA[98].

El Capítulo 20 del NAFTA se encontraba bloqueado desde el año 1998 debido a que los EE.UU. se negaban a designar panelistas para una reclamación de México sobre el acceso del azúcar mexicano al mercado estadounidense y a la dificultad para que los Estados Parte designaran sus listas de posibles panelistas. Sin poder garantizar la participación de una contraparte en el proceso de adjudicación, el sistema no tiene razón de ser.

Al momento de negociar el nuevo acuerdo, México y Canadá enfrentaron una disyuntiva entre apoyar para el USMCA un mecanismo similar al del NAFTA con sus imperfecciones, o aceptar un mecanismo aún menos restrictivo respecto al Capítulo 20 que buscaba EE.UU[99]. Tal como fuera originalmente negociado, el mecanismo de solución de controversias no resolvía de manera efectiva el problema de fondo en relación a las demoras al establecer los grupos especiales pero le permitía a México y Canadá evitar la propuesta de veto de Estados Unidos[100].

La versión original del USMCA adoptaba gran parte de las previsiones del NAFTA respecto al mecanismo de solución de controversias entre Estados,

---

[96] Becerra Ramírez, M (2022). "*El Protocolo Modificatorio al T-MEC. Su recepción en el derecho interno*" en ANUARIO MÉXICANO DE DERECHO INTERNACIONAL, vol 21.

[97] Van Duzer, J. A. (2020). "State-to-state Dispute Settlement under the USMCA: Better than NAFTA?", 9 de abril de 2020. Disponible en https://ssrn.com/abstract=3341662

[98] Van Duzer, J. A. (2020). "State-to-state Dispute Settlement under the USMCA: Better than NAFTA?", 9 de abril de 2020. Disponible en https://ssrn.com/abstract=3341662

[99] Grantz, D. (2022). "Settlement of State-to-State and Undair Trade Disputes Under de USMCA" en Gagné, G., Rioux, M (eds) NAFTA 2.0, Canada and International Affairs.

[100] Grantz, D. (2022). "Settlement of State-to-State and Undair Trade Disputes Under de USMCA" en Gagné, G., Rioux, M (eds) NAFTA 2.0, Canada and International Affairs.

aunque con algunas diferencias. Por ejemplo, el artículo 31.18 del USMCA señalaba que las partes contendientes, 45 días después de la recepción del informe final, "se esforzarán por llegar a un acuerdo sobre la resolución de la controversia", a diferencia del artículo 2018.1 del NAFTA que indicaba que una vez recibido el informe final de un grupo especial, la partes acordarán la solución de la controversia ajustándose a las determinaciones y recomendaciones del grupo especial[101]. Por otro lado, el artículo 31.13 establece mayor claridad sobre las funciones y objetivos de los grupos especiales. Finalmente, como ya se ha señalado, la versión original del USMCA mantenía el mecanismo de nombramiento de listas y grupos especiales siguiendo el fallido mecanismo del NAFTA[102]. Sin embargo, esta parte del articulado fue modificada antes de su entrada en vigor.

En un momento en el que el sistema de solución de controversias de la OMC estaba a punto de quedar paralizado dada la falta de designaciones en el Órgano de Apelación, la Cámara de Representantes de Estados Unidos motivó la aprobación del Protocolo de 2019, en lo que resultó en una importante mejora al sistema del NAFTA tomado por USMCA al establecer mecanismos que permiten garantizar el establecimiento de grupos especiales, lo que además implicó una mejora para Canadá y México, que obtuvieron algo que no habían logrado en la negociación original[103].

Alcance del mecanismo de resolución de controversias y etapa previa a la adjudicación

El acuerdo USMCA, en su versión en español, indica que las disposiciones del capítulo 31[104], sobre Solución de Controversias, se aplicarán con respecto a la (i) prevención de solución de las controversias entre las Partes referentes a la interpretación o aplicación del Tratado, (ii) cuando una Parte considere que

[101] Grantz, D. (2022). "Settlement of State-to-State and Undair Trade Disputes Under de USMCA" en Gagné, G., Rioux, M (eds) NAFTA 2.0, Canada and International Affairs.

[102] Grantz, D. (2022). "Settlement of State-to-State and Undair Trade Disputes Under de USMCA" en Gagné, G., Rioux, M (eds) NAFTA 2.0, Canada and International Affairs.

[103] En base a esto, los siguientes puntos de análisis se realizarán sobre el texto consolidado que incluye el USMCA original con las modificaciones incorporadas por el Protocolo de 2019.

[104] T-MEC, artículo 31.2.

una medida vigente o en proyecto de otra Parte fuera incompatible con una obligación del Tratado o que una Parte ha incumplido de otra manera llevar a cabo una obligación establecida en el Tratado, y finalmente, cuando (iii) una Parte considere razonablemente que hubiera podido recibir un beneficio se hubiera visto anulado o menoscabado como resultado de una medida de otra Parte en el marco de determinados Capítulos. El texto del Tratado aclara que esta pérdida debe ser de un beneficio esperado conforme al Capítulo 2 (Trato Nacional y Acceso de Mercancías al Mercado), Capítulo 3 (Agricultura), Capítulo 3 (Regla de Origen), Capítulo 5 (Procedimientos de Origen), Capítulo 6 (Mercancías Textiles y Pendas de Vestir), Capítulo 7 (Administración Aduanera y Facilitación del Comercio), Capítulo 9 (Medidas Sanitarias y Fitosanitarias), Capítulo 11 (Obstáculos Técnicos al Comercio), Capítulo 13 (Contratación Pública), Capítulo 15 (Comercio Transfronterizo de Servicios) o Capítulo 20 (Derechos de Propiedad Intelectual).

Respecto a la elección de foro, el artículo 31.3 del USMCA, establece una cláusula "*fork in the road*", en tanto si surge una controversia conforme a este Tratado u a otro acuerdo comercial internacional en el que estuvieran involucradas las Partes, incluido el Acuerdo sobre la Organización Mundial del Comercio, la Parte reclamante podrá escoger el foro en el cual solucionar la controversia [105]. Como contrapartida, se establece que una vez que el reclamante hubiera referido un asunto a un panel arbitral, sea en el marco del USMCA u de otro acuerdo, el foro seleccionado será el que se utilice, excluyendo a los demás.

Sobre consultas, específicamente en el artículo 31.4 del USMCA se establece que se podrá solicitar la realización de consultas con otra Parte por un asunto de los descriptos en el artículo 31.2. Esta solicitud se realizará por escrito, expresando las razones por las que se efectúa, incluyendo la identificación de la medida específica o del asunto en cuestión, debiendo fundar jurídicamente la reclamación[106].

---

[105] T-MEC, artículo 31.3.

[106] T-MEC, artículo 31.4.

Quien presente una solicitud, habrá de entregarla de manera simultánea a las otras Partes a través de sus respectivas Secciones del Secretariado. Se indica, además, que si una tercera Parte tuviera un interés sustancial en un asunto que motiva una solicitud de consultas podrá, notificándolo por escrito a las otras Partes, participar de las consultas[107]. El plazo máximo para realizar esta notificación es de siete días desde la fecha de entrega de la solicitud, y se deberá expresar el interés sustancial en el asunto.

Salvo que las Partes acuerden algo diferente, el artículo 31.5, señala que las Partes celebrarán las consultas 30 días después de la entrega de la solicitud, o en un plazo de 15 días para los asuntos relativos a mercancías perecederas.

Con una obligación de medios, las Partes deberán proporcionar información suficiente para permitir el análisis completo de la medida en concreto (o proyecto de medida) o de cualquier otro asunto que pudiera afectar el funcionamiento o aplicación del Tratado[108]. Sobre esta información, pesará una obligación de confidencialidad si ésta recibe este carácter[109].

Las consultas pueden llevarse adelante por medios tecnológicos o personalmente. Si las consultas fuesen personales, las mismas se realizarán en la capital de la Parte solicitante, a menos que las Partes decidan algo diferente[110]. Estas consultas deberán ser confidenciales[111] y cada Parte podrá solicitar a la otra que ponga a disposición al personal de sus agencias gubernamentales u organismos reguladores con conocimiento especializado en la materia de en cuestión[112].

Etapa de adjudicación formal

Establecimiento del panel arbitral y requisitos de los panelistas

---

[107] T-MEC, artículo 31.4.4.

[108] T-MEC, artículo 31.4.6 (a).

[109] T-MEC, artículo 31.4.6 (b).

[110] T-MEC, artículo 31.4.7.

[111] T-MEC, artículo 31.4.9.

[112] T-MEC, artículo 31.4.8.

Según lo establecido en el artículo 31.6, las partes dispondrán, para solucionar una controversia mediante consultas de un plazo de 75 días desde la entrega de una parte de una solicitud de consultas o de 30 días para los casos que versen sobre mercancías perecederas, a menos que hayan decidido otro plazo.

Pasado este plazo, una Parte consultante podrá solicitar el establecimiento de un panel por medio de una notificación a la Parte demandada. La Parte reclamante deberá incluir en su solicitud de establecer un panel la identificación de la medida u otro asunto que la motive y un breve resumen de los fundamentos jurídicos de la reclamación, de manera de presentar el asunto claramente[113]. La modificación del USMCA mediante el protocolo de 2019 incorporó que, con la sola entrega de la solicitud, el panel quedará establecido, en una de las mayores diferencias respecto a su anterior redacción.

Para el caso de establecimiento de un panel, se aplicará una disposición similar a la de las consultas. Una tercera Parte que considere que tiene un interés sustancial en el asunto tiene derecho a unirse como Parte reclamante mediante la entrega de una notificación por escrito que informe su intención de participar. El plazo para esta tercera parte es de siete días desde la fecha de entrega de la solicitud de panel efectuada por una Parte[114].

Según el artículo 31.8 para la conformación de los grupos especiales, a más tardar en la fecha de entrada en vigor, las Partes debían establecer y mantener una lista de hasta 30 individuos dispuestos a servir como panelistas, debiendo designarse hasta 10 por Parte. La regla principal para la designación es la del consenso, pero si las partes no lo lograran en un plazo de un mes desde la fecha en entrada en vigor del Tratado, la lista estará compuesta por las personas designadas. Dicha lista permanecerá en vigor por un mínimo de tres años o hasta que las Partes conformen una nueva.

Para salvar los problemas que tenía el NAFTA y que fueran replicados por la primera versión del USMCA, el artículo 31.8 además dispone que, si una Parte

---

[113] T-MEC, artículos 31.6.1 y 31.6.3.

[114] T-MEC, artículo 31.6.5.

no designa a los 10 individuos de la lista que le corresponden, las Partes aun así podrán solicitar el establecimiento de un panel, quedando la forma de integración para esos casos sujeto a las Reglas de Procedimiento.

En los casos en que las Partes contendientes sean dos, el panel se integrará por cinco miembros como regla general, pudiendo, por acuerdo, establecer un panel compuesto por tres[115]. Las Partes dispondrán de un plazo de 15 días a partir de la notificación de la solicitud de establecimiento del panel para designar a su presidente[116]. Si esto no fuera posible, se elegirá por sorteo que Parte contendiente elegirá a un presidente en un plazo de cinco días, no debiendo este individuo ser nacional de esta Parte[117]. En caso de que la Parte demandada se niegue a participar o no se presente al procedimiento de selección por sorteo, la Parte reclamante seleccionará de la lista a un individuo que no sea nacional de esa Parte[118].

Dentro de los 15 días a partir de la selección del presidente, cada Parte contendiente seleccionará dos panelistas que sean nacionales de la otra Parte contendiente [119] . Si una Parte no cumpliera con esta obligación, estos panelistas se designarán por sorteo entre los miembros de la lista nacionales de la otra Parte contendiente[120]. Al igual que con la elección del presidente, si la Parte demandada se niega a participar o no se presenta al procedimiento de selección por sorteo, la Parte reclamante seleccionará de la lista a dos individuos que sean nacionales de la otra Parte reclamante[121].

Respecto a las condiciones que un individuo debe reunir, cada panelista deberá: (a) tener conocimientos especializados o experiencia en derecho internacional, comercio internacional, otros asuntos cubiertos por este Tratado o en la solución de controversias derivadas de tratados comerciales

---

[115] T-MEC, artículo 31.9.1(a).

[116] T-MEC, artículo 31.9.1(b).

[117] T-MEC.

[118] T-MEC, artículo 31.9.1(c).

[119] T-MEC, artículo 31.9.1(d).

[120] T-MEC, artículo 31.9.1(e).

[121] T-MEC, artículo 31.9.1(f).

internacionales; (b) ser elegido en función de su objetividad, confiabilidad y buen juicio; (c) ser independiente de las Partes, y no tener vinculación con ni recibir instrucciones de ninguna Parte. Para una controversia que surja conforme al Capítulo 23 (Laboral) y Capítulo 24 (Medio Ambiente), los panelistas, salvo el presidente, deberán tener experiencia en derecho o práctica en materia laboral o ambiental[122].

Funcionamiento del panel y reportes

La principal función de un panel es realizar una evaluación objetiva del asunto que le haya sido sometido y presentar un informe que contenga las constataciones de hecho, las determinaciones sobre si la medida en cuestión (entre otras) es incompatible con las obligaciones del USMCA y si ese incumplimiento es imputable a una Parte, recomendaciones (en el caso de que las Partes así lo hubieran requerido) y las razones de las constataciones y determinaciones[123].

Como regla general, el panel tomará sus decisiones por consenso, y si no puede hacerlo, por mayoría de votos[124]. Sus reportes deberán estar basados en las disposiciones pertinentes del Tratado, en las presentaciones y argumentos de las Partes contendientes y en cualquier información o asesoría que se le sea presentada por Expertos[125], debiendo ser redactados sin la presencia de ninguna de las Partes[126]. Si los panelistas tienen opiniones divergentes y no hay un acuerdo unánime, no se revelará la identidad de los panelistas que tengan una posición mayoritaria o minoritaria[127].

El artículo 31.17.1 establece que el panel deberá presentar un informe preliminar a más tardar dentro de los 150 días desde la designación del último panelista[128]. Si el panel considerase que no es capaz de cumplir con este plazo,

---

[122] T-MEC, artículo 31.8

[123] T-MEC, artículo 31.13.1.

[124] T-MEC, artículo 31.13.5.

[125] T-MEC, artículo 31.13.6.

[126] T-MEC, artículo 31.13.5.

[127] T-MEC, artículo 31.13.8.

[128] En casos de urgencia vinculados a mercaderías perecederas este plazo será de 120 días.

en casos excepcionales, podrá informar a las Partes por escrito de las razones de la demora indicando el tiempo estimado en el cual podrá emitir su informe, no debiendo ser ese plazo adicional mayor a 30 días, salvo acuerdo de las Partes[129].

El informe preliminar será susceptible de observaciones escritas realizadas por un Parte contendiente, como regla general, en un plazo no mayor a 15 días desde su presentación[130]. Estas observaciones deberán ser consideradas y el panel por iniciativa propia o a solicitud de cualquiera de las Partes, podrá requerir las opiniones de alguna de las Partes, reconsiderar su informe o realizar un nuevo examen que considere apropiado[131].

Dentro de los 30 días de presentado el informe preliminar (a menos que las Partes contendientes acuerden otra cosa), el panel presentará su informe final a las Partes en la controversia, incluyendo las opiniones divergentes sobre aquellos asuntos no acordados por unanimidad[132]. Dicho informe será puesto a disposición del público dentro de los 15 días de su presentación, tomando las medidas necesarias que sean requeridas para proteger la información confidencial que se incluyan en su texto[133].

Etapa posterior a la adjudicación

Periodo razonable y revisión de cumplimiento

Si un informe final contiene constataciones de que la medida en cuestión es incompatible con las obligaciones de una Parte para con el Tratado, que una Parte no ha cumplido de otra manera con sus obligaciones o que dicha medida está causando anulación o menoscabo en el sentido del artículo 31.2, las Partes contendientes deberán procurar llegar a un acuerdo sobre la solución

[129] T-MEC, artículo 31.17.2.

[130] T-MEC, artículo 31.17.3.

[131] T-MEC, artículo 31.17.4.

[132] T-MEC, artículo 31.17.5.

[133] T-MEC, artículo 31.17.6.

de la controversia dentro de los 45 días (no haciendo mención a un “plazo razonable)[134].

Dicha solución, puede incluir la eliminación de la disconformidad o la anulación o menoscabo, de ser posible el establecimiento de una compensación mutuamente aceptable u otros remedios que las Partes contendientes pudieran acordar[135].

Remedios temporales y cumplimiento posterior

Si las Partes no pudieran acordar una solución en los términos del artículo 31.18, la Parte reclamante podrá suspender la aplicación de beneficios de efecto equivalente al perjuicio sufrido a la Parte demandada, hasta que logren acordar una solución a la controversia[136].

Para suspender beneficios acordes a lo expresado previamente, una Parte reclamante deberá primero intentar suspender los beneficios en el mismo sector que el afectado en la controversia[137]. De no ser posible, o de considerar que esto fuera ineficaz, podrá suspende beneficios en otros sectores a menos que se disponga otra forma en el acuerdo.

Si la Parte demandada considerara que el nivel de beneficios propuesto para ser suspendido es manifiestamente excesivo o que se ha eliminado la medida objeto de la controversia, podrá solicitar que el panel vuelva a reunirse para considerar el asunto y revisar la solicitud[138]. Si el panel considera que el nivel de beneficios que la Parte reclamante propone suspender es manifiestamente excesivo, deberá proporcionar sus opiniones sobre cuáles considera un nivel de beneficios a suspender con un efecto equivalente.

<u>Transparencia y otras cuestiones procesales</u>

Transparencia

---

[134] T-MEC, artículo 31.18.1.

[135] T-MEC, artículo 31.18.2.

[136] T-MEC, artículo 31.19.1.

[137] T-MEC, artículo 31.19.2 (a).

[138] T-MEC, artículo 31.19.3.

El Acuerdo establece que Después de tomar cualquier medida para proteger la información confidencial y, a más tardar 15 días después de la presentación del informe final, las Partes contendientes pondrán el informe final a disposición del público[139].

Asistencia al panel

El Tratado establece que será una función del Secretariado proporcionar asistencia administrativa a los paneles establecidos según el Capítulo 31[140].

Conclusión

El mecanismo de solución de controversias establecido en el USMCA a partir del Protocolo de Reforma del año 2019, sin lugar a duda es novedoso respecto al NAFTA, su antecesor, y apunta a evitar que el sistema de solución de controversias se vea obstaculizado por la falta de cooperación con el mismo por parte de alguno de los Estados Parte.

Sin embargo, este mecanismo de solución de controversias no alcanza a todos los capítulos, quedando fuera de su ámbito de aplicación varios de los nuevos temas como los incluidos en el Capítulo 25 sobre pequeñas y medianas empresas o el Capítulo 26 sobre competitividad, aunque, otros nuevos si se encuentran incorporados (como el Capítulo 19 sobre comercio digital o el Capítulo 22 sobre solución de diferencias)[141]. Como ya se explicó, un proyecto de medida también puede activar el proceso de solución de controversias, en lo que constituye una reclamación “sin infracción”, aunque esto está delimitado a una serie de capítulos.

Otra de las innovaciones que hubo en el USMCA, es que se suprimió la Comisión de Libre Comercio, órgano creado por el NAFTA, siendo una de las características distintivas de ese sistema con respecto al de la OMC. Esta

[139] T-MEC, artículo 31.17.6

[140] T-MEC, artículo 30.6

[141] T-MEC, artículo 31.2 y Van Duzer, J. A. (2020). “State-to-state Dispute Settlement under the USMCA: Better than NAFTA?”, 9 de abril de 2020. Disponible en https://ssrn.com/abstract=3341662

comisión estaba en la versión del USMCA firmada en 2018 pero fue eliminada por el Protocolo de 2019.

Quizás la modificación más importante introducida por el Protocolo de 2019 es la que se refiere a la constitución de las listas y la conformación del panel. Se han establecido previsiones para impedir que la falta de consenso o la no participación de la parte demanda en un proceso, no puedan impedir el funcionamiento del sistema de solución de controversias.

Respecto a los plazos, se ha establecido que el informe inicial debe presentarse dentro de los 150 días. Este fue el mayor cambio en la materia respecto al NAFTA (90 días), llevando el proceso del anterior tratado de 240 días en total, a unos 295 días en USMCA[142].

Finalmente, respecto al cumplimiento de los reportes, el USMCA le quita a la versión del NAFTA el papel del panel para adjudicar en forma autorizada e independiente las obligaciones de un Estado, en tanto la capacidad de panel de realizar recomendaciones para resolver una controversia depende de la buena voluntad de las Partes[143].

Teniendo en cuenta la situación del NAFTA, en el que el mecanismo de solución de controversias no pudo superar una traba que se extendió por dos décadas, se puede decir que el mecanismo del USMCA tuvo un inicio promisorio. Desde su entrada en vigor, se requirió es establecimiento de cinco paneles, dos de los cuales son casos concluidos, y se puede señalar además que los tres Estados Parte en esos cinco casos han estado tanto el lugar de *Complaining Party* así como de *Responding Party*[144]. Se puede afirmar entonces, que, en base al corto tiempo de vigencia del Tratado, los Estados Parte han optado por utilizar el mecanismo establecido en el USMCA.

---

[142] T-MEC, artículo 31.17.

[143] T-MEC, artículo 31.7.

[144] Active and conclude State-to-State dispute settlement cases. Government of Canada. Disponible en https://www.international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/cusma-aceum/settlement-cases-reglement-cas.aspx?lang=eng (última vez consultado el 20 de noviembre de 2023).

2.6 El Tratado KORUS y la práctica reciente de Corea en otros tratados

Si bien el Tratado de Libre Comercio entre la República de Corea y los Estados Unidos de América (KORUS) fue recientemente renegociado y su texto final fue publicado en enero del año 2019[145], no se vieron cambios significativos respecto al mecanismo de solución de controversias en comparación con el texto de la versión original del KORUS que entró en vigor el 15 de marzo de 2012[146]. Sin embargo, en la opinión de Troy Stangarone (Director Senior y Miembro del *Korea Economic Institute of America*), "[e]n los años transcurridos desde entonces [desde el texto original], la economía digital ha reconfigurado nuestra forma de consumir y comprar contenidos de maneras que entonces no estaban tan claras. La pandemia y las tensiones geopolíticas entre Estados Unidos y China también han modificado la forma en que los gobiernos enfocan la política comercial"[147]. Por lo que es posible que exista una renegociación integral del Acuerdo en un futuro, y por tal motivo, hemos decidido analizar los últimos acuerdos comerciales de Corea y sus capítulos de solución de controversias bajo la luz del KORUS.

En consideración de ello, en esta sección hemos desarrollado un análisis de los últimos acuerdos negociados por Corea bajo la luz del KORUS para notar y relevar similitudes y diferencias entre estos acuerdos de cara a una posible renegociación del acuerdo entre Corea y los Estados Unidos. Los Acuerdos que analizaremos a continuación son el Tratado de Libre Comercio entre la República de Corea e Indonesia (TLC Corea-Indonesia) y el Tratado de Libre Comercio entre la República de Corea y Camboya (TLC Corea-Camboya) dado

---

[145] Tratado de Libre Comercio entre la República de Corea y los Estados Unidos de América, texto final de la renegociación, disponible en: https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/korus-fta/final-text (última vez consultado el 23 de septiembre de 2023).

[146] Tori K. Whiting (2018), "Analyzing the Renegotiated U.S.–Korea Free Trade Agreement (KORUS)", 13 de abril de 2019, disponible en: https://www.heritage.org/trade/report/analyzing-the-renegotiated-us-korea-free-trade-agreement-korus (última vez consultado el 22 de septiembre de 2023).

[147] Korea-US Free Trade Agreement Turns 10, The Diplomat, 15 de marzo de 2022, disponible en: https://thediplomat.com/2022/03/korea-us-free-trade-agreement-turns-10 (última vez consultado el 23 de septiembre de 2023).

su carácter reciente, el primero entró en vigor el 1 de enero de 2023, mientras que el segundo lo hizo sólo un mes antes, el 1 de diciembre de 2022.

Alcance y etapa previa a la adjudicación formal

En primer lugar, siguiendo la taxonomía propuesta, debemos analizar el alcance del capítulo de solución de controversias y la(s) etapa(s) previa(s) a la adjudicación de la controversia.

En cuanto a la materia de la controversia, el KORUS no tiene restricción alguna al igual que el TLC Corea-Indonesia, sin embargo el TLC Corea-Camboya establece en el Artículo 8.3.2 que no se aplicará el mecanismo de solución de controversias al Capítulo Seis sobre Cooperación Económica, a la Sección B sobre Antidumping y Derechos Compensatorios del Capítulo Cinco sobre Remedios Comerciales, al Artículo 2.15 sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias y al Artículo 7.6 sobre Cooperación para Promover una Mayor Transparencia y Combatir la Corrupción, ni al Anexo 3-B sobre Trato para Ciertas Mercancías. Es necesario aclarar que en estos capítulos no se aplica un método de solución de controversias alternativo al establecido en el capítulo de Solución de Disputas[148].

Por otro lado, en cuanto al tipo de medidas y tipos de reclamos, el KORUS establece que las medidas susceptibles de ser reclamadas pueden ser aquellas incompatibles con las obligaciones en virtud del Acuerdo, otro tipo de incumplimiento a las obligaciones del Acuerdo, o un beneficio que una de las Partes podría haber esperado razonablemente que le correspondiera sea anulado o menoscabado como resultado de una medida que no sea incompatible con el Acuerdo, con excepción del Capítulo Doce sobre Comercio Transfronterizo de Servicios o Dieciocho sobre Derechos de Propiedad Intelectual si la medida está sujeta a alguna de las excepciones previstas por el Acuerdo[149]. Esto cambia respecto a los últimos acuerdos de Corea, si bien ambos acuerdos establecen que las medidas que pueden ser reclamadas son aquellas incompatibles con las obligaciones en virtud del Acuerdo y otro tipo

[148] Tratado de Libre Comercio entre la República de Corea y Camboya, artículo 8.3.2.

[149] Tratado de Libre Comercio entre la República de Corea y los Estados Unidos de América, artículo 22.4.

de incumplimiento a las obligaciones del Acuerdo, no se establecen reclamos por medidas que no incurran en infracciones[150], como se define en la taxonomía de Chase[151], como sí lo hace el KORUS.

Respecto a las normas relativas a la relación del mecanismo de solución de controversias de los TLC en relación con otros foros, vemos una similitud casi exacta entre lo establecido en el KORUS y los Acuerdos posteriores de Corea, dado que estos tres acuerdos contienen disposiciones de bifurcación del proceso. Es decir, otorgan a las partes la opción de elegir un foro, pero excluyen la posibilidad de utilizar otro foro una vez hecha la elección. En este sentido, el TLC Corea-Indonesia agrega que se aplicará la exclusión "a menos que el foro seleccionado no inicie el procedimiento de solución de disputas por razones procesales o jurisdiccionales"[152].

En cuanto a la legitimación para las acciones legales de privados, no existen artículos que regulen esto en los tratados recientes de Corea. Si bien el KORUS establece que "Cada Parte fomentará y facilitará, en la mayor medida posible, el uso del arbitraje y de otros medios alternativos de solución de controversias para la solución de controversias comerciales internacionales entre particulares en la zona de libre comercio"[153], no se encuentra artículo similar en los TLCs con Indonesia y Camboya.

En lo relativo a la etapa previa de adjudicación de la controversia por el órgano establecido por el TLC, existen diferencias notables entre el KORUS y los tratados recientes firmados por Corea. En ambos TLCs recientes la fase de consultas es obligatoria y confidencial, las partes deben celebrar consultas a más tardar 30 días después de la recepción de la solicitud y 15 días después de la recepción de la solicitud para asuntos urgentes. Las partes pueden acordar en cualquier momento emprender voluntariamente un método

---

[150] Tratado de Libre Comercio entre la República de Corea e Indonesia, artículo 10.3; Tratado de Libre Comercio entre la República de Corea y Camboya, artículo 8.3.

[151] Claude Chase *et al*,"Mapping of Dispute Settlement Mechanisms in Regional Trade Agreements – Innovative or Variations on a Theme?", 13 de junio de 2013, pp. 20-21.

[152] Tratado de Libre Comercio entre la República de Corea e Indonesia, artículo 10.4

[153] Tratado de Libre Comercio entre la República de Corea y los Estados Unidos de América, artículo 22.17

alternativo de solución de diferencias, como los buenos oficios, la conciliación o la mediación, el proceso puede continuar mientras la diferencia procede a su resolución ante un grupo especial y una parte puede suspender o poner fin a este proceso en cualquier momento[154].

Por otro lado, el KORUS no establece una confidencialidad explicita. Si bien establece que las Partes tratarán cualquier información confidencial intercambiada en el curso de las consultas con este carácter, no aclara el carácter confidencial de la totalidad del proceso. Asimismo, tampoco establece los plazos en los que partes deban iniciar la etapa de consultas previo a la recepción de la solicitud, simplemente establece que las partes deberán reunirse "rápidamente" y tampoco establece buenos oficios, mediación o conciliación como métodos alternativos.

Otra diferencia entre los tratados recientes de Corea y el KORUS, es que este último establece la intervención del Comité Mixto integrado por miembros de ambos Estados como parte del sistema previo a la adjudicación por parte del grupo especial ad hoc, si el Comité no resuelve la disputa en 60 días o 30 días en caso de bienes perecederos, se debe conformar el grupo especial ad hoc para resolver la disputa. Esto no se ve en los tratados recientes, pero se encuentra en sendos Acuerdos contemporáneos al KORUS[155].

Estas diferencias pueden resultar por el tiempo transcurrido desde que se firmó el KORUS. Entendemos que la especificidad de los nuevos capítulos de solución de controversias avanzó en este plano, ya sea en los nuevos tratados firmados por Corea, como también en otros acuerdos recientes[156].

Adjudicación formal

En esta etapa, los acuerdos disponen las cláusulas relativas al proceso del grupo especial *ad hoc* en aquellos casos en los que el tratado establezca un

---

[154] Tratado de Libre Comercio entre la República de Corea e Indonesia, artículos 10.5, 10.6; Tratado de Libre Comercio entre la República de Corea y Camboya, artículos 8.5, 8.6.

[155] Claude Chase *et al*, "Mapping of Dispute Settlement Mechanisms in Regional Trade Agreements – Innovative or Variations on a Theme?", 13 de junio de 2013, p. 24.

[156] Tratado de Libre Comercio entre Australia y el Reino Unido, artículo 30.7; Tratado de Libre Comercio entre Australia e India, artículo 13.7; Tratado de Libre Comercio entre Nueva Zelanda y el Reino Unido, artículo 31.5.

mecanismo de solución de controversias cuasi-judicial, como lo son los tres acuerdos analizados en el presente capítulo.

En primer lugar, en lo que refiere a la composición de los grupos especiales *ad hoc*, los tres acuerdos establecen que serán conformados por tres miembros, uno elegido por cada parte (quien deberá ser nacional de cada Parte) y el presidente del grupo especial será elegido de común acuerdo (quien no deberá ser nacional de ninguna de las Partes). En cuanto al sistema de elección del KORUS, se establece que luego de la firma del acuerdo, las partes tendrán 180 días para enviar una lista en caso de contingencias relativas a la conformación del grupo especial, en la que incorporaron los nombres de distintos candidatos, ya sean nacionales o no, que servirá para seleccionar tanto al miembro de cada parte como al presidente del grupo especial[157]. Por su parte, tanto el TLC Corea-Indonesia como el TLC Corea-Camboya no contienen esta lista de contingencias, sino que, en caso de no llegar a un acuerdo respecto al presidente del grupo especial, las partes deberán reunirse para celebrar un sorteo entre una lista de candidatos de ambas partes preparada para la ocasión[158].

En cuanto al informe provisional, los tres acuerdos establecen que el grupo especial deberá presentar un informe con anterioridad al informe final para que las partes confeccionen sus comentarios. En el caso del KORUS se establece un informe inicial que deberá presentarse a las partes dentro de los 180 días posteriores a la designación del presidente del grupo especial, y en este informe deberá establecer si existió una violación al TLC, un incumplimiento a una obligación, un beneficio esperado por una parte que no fue recibido o cualquier otra cuestión que haya sido encomendada a resolver por parte del grupo especial[159]. Por su parte, en lo que respecta a los acuerdos recientes de Corea, existe cierta celeridad en los plazos, en tanto ambos acuerdos

---

[157] Tratado de Libre Comercio entre la República de Corea y los Estados Unidos de América, artículo 22.9.3.

[158] Tratado de Libre Comercio entre la República de Corea e Indonesia, artículo 10.9; Tratado de Libre Comercio entre la República de Corea y Camboya, artículo 8.9.

[159] Tratado de Libre Comercio entre la República de Corea y los Estados Unidos de América, artículo 22.11.

establecen que deberá entregarse a las partes un informe provisional dentro de los 90 días de la constitución del grupo especial y en caso de que el grupo especial considere que no podrá cumplir con dicho plazo deberá notificar a las Partes, empero, no podrá exceder los 120 días desde la constitución del grupo especial[160]. Este informe también deberá establecer si existió una violación o incumplimiento de alguna obligación y las partes deberán enviar sus comentarios 15 desde la remisión del informe, que en el caso del KORUS son 14 días.

En cuanto a los plazos totales del proceso, los tratados recientes de Corea establecen que el grupo especial arbitral emitirá un informe final a las Partes en los 30 días siguientes a la fecha de emisión del informe provisional y, no excederá el límite de 150 días después de la fecha de constitución del grupo especial arbitral[161]. Por su parte el KORUS establece que se enviará el informe final a las partes dentro de los 45 días posteriores a la emisión del informe inicial, sin un tope total como los tratados recientes de Corea[162].

Cabe aclarar que, como es habitual en los TLCs con mecanismos cuasi-judiciales, en ninguno de los tratados de esta sección existe un mecanismo de apelación.

Post adjudicación

Respecto a la implementación del informe del grupo especial, los acuerdos recientes de Corea establecen que las conclusiones del informe final del grupo especial son definitivas y vinculantes para las Partes y que si el panel arbitral determina que la Parte demandada no ha cumplido las obligaciones que le incumben en virtud de las disposiciones pertinentes del Acuerdo, la Parte demandada deberá eliminar medida violatoria inmediatamente o, si ello no fuera factible, en un plazo razonable que si las partes no pueden definirlo en 45 días, cualquiera de las Partes podrá remitirse al panel arbitral para que

[160] Tratado de Libre Comercio entre la República de Corea e Indonesia, artículo 10.12; Tratado de Libre Comercio entre la República de Corea y Camboya, artículo 8.12.

[161] Tratado de Libre Comercio entre la República de Corea e Indonesia, artículo 10.13; Tratado de Libre Comercio entre la República de Corea y Camboya, artículo 8.13.

[162] Tratado de Libre Comercio entre la República de Corea y los Estados Unidos de América, artículo 22.12.

establezca un plazo[163]. Por su parte, el KORUS establece que en caso de determinar que una medida afecta de alguna manera a la Parte, ya sea porque es violatoria, incumple una obligación o priva de un beneficio a la otra parte, deberá eliminar la medida lo antes posible pero no establece un mecanismo para que las partes acuerden un plazo o un recurso por el que las partes puedan determinarlo[164].

En lo referente a la implementación y revisión de cumplimiento, los tres tratados otorgan a las partes la capacidad de negociar una solución ante la falta de cumplimiento del informe final por parte de la Parte reclamada. En caso de no alcanzar un acuerdo, en el caso de los tratados recientes de Corea, la Parte reclamante podrá, en cualquier momento posterior, notificar por escrito a la Parte reclamada su intención de suspender la aplicación a la Parte demandada de concesiones u otras obligaciones en virtud del presente Acuerdo[165]. De manera similar, el KORUS establece que la Parte reclamante podrá, en cualquier momento posterior, notificar por escrito a la Parte reclamada su intención de suspender la aplicación a la Parte reclamada de beneficios de efecto equivalente[166]. En ambos casos, la parte reclamante podrá suspender la aplicación del Acuerdo o los beneficios de efecto equivalente luego de 30 días desde la notificación de suspensión[167], y en ambos casos el nivel de suspensión debe ser equivalente al nivel de menoscabo que generó la falta de una de las Partes[168].

---

[163] Tratado de Libre Comercio entre la República de Corea e Indonesia, artículo 10.14; Tratado de Libre Comercio entre la República de Corea y Camboya, artículo 8.14.

[164] Tratado de Libre Comercio entre la República de Corea y los Estados Unidos de América, artículo 22.12.

[165] Tratado de Libre Comercio entre la República de Corea e Indonesia, artículo 10.15; Tratado de Libre Comercio entre la República de Corea y Camboya, artículo 8.15.

[166] Tratado de Libre Comercio entre la República de Corea y los Estados Unidos de América, artículo 22.13.

[167] Tratado de Libre Comercio entre la República de Corea e Indonesia, artículo 10.15; Tratado de Libre Comercio entre la República de Corea y Camboya, artículo 8.15; Tratado de Libre Comercio entre la República de Corea y los Estados Unidos de América, artículo 22.13.

[168] Tratado de Libre Comercio entre la República de Corea e Indonesia, artículo 10.15; Tratado de Libre Comercio entre la República de Corea y Camboya, artículo 8.15; Tratado de Libre Comercio entre la República de Corea y los Estados Unidos de América, artículo 22.13.

Ahora bien, existe una diferencia en este apartado y es que el KORUS establece que la Parte reclamante no podrá suspender los beneficios si la parte reclamada notifica por escrito a la otra Parte que pagará una cuota monetaria anual como compensación[169]. Esto no se encuentra en los tratados recientes de Corea.

Por otro lado, existe una diferencia entre los tratados recientes de Corea cuando la parte reclamada considera que no se han cumplido los requisitos para la suspensión de concesiones u otras obligaciones de la Parte demandante, similar al KORUS[170]. En el caso del TLC Corea-Camboya deberá remitir este reclamo al panel arbitral original, mientras que en el caso del TLC Corea-Indonesia, se conforma otro panel arbitral para dirimir esta cuestión[171].

Transparencia

En lo relativo a la transparencia del procedimiento, observamos que el KORUS tiene disposiciones que establecen explícitamente el carácter público de las audiencias como también que los escritos de cada Parte, las versiones escritas de sus declaraciones orales y las respuestas escritas a una solicitud o preguntas del grupo especial se pongan a disposición del público dentro de los siete días siguientes a su presentación[172]. Por su parte los acuerdos recientes de Corea no establecen un procedimiento público, sino que sólo establecen que cada Parte podrá hacer declaraciones públicas sobre sus puntos de vista en relación con la controversia, como así también que la audiencia ante el grupo especial podrá ser de carácter público si las partes así lo desean[173].

Conclusión

---

[169] Tratado de Libre Comercio entre la República de Corea y los Estados Unidos de América, artículo 22.13.

[170] Tratado de Libre Comercio entre la República de Corea e Indonesia, artículo 10.15; Tratado de Libre Comercio entre la República de Corea y los Estados Unidos de América, artículo 22.14.

[171] Tratado de Libre Comercio entre la República de Corea y Camboya, artículo 8.15

[172] Tratado de Libre Comercio entre la República de Corea y los Estados Unidos de América, artículo 22.10.

[173] Tratado de Libre Comercio entre la República de Corea e Indonesia, artículo 10.10, anexo 10-A, párrafo 21; Tratado de Libre Comercio entre la República de Corea y Camboya, artículo 8.10, anexo 8-A, párrafo 21.

Si bien entendemos que el carácter preponderante de los Estados Unidos sobre otros Estados juega un rol elemental a la hora de la negociación de los Tratados, podemos inferir que ciertas características disimiles entre el KORUS y los tratados recientes de Corea están marcadas por evolución en cuanto a los mecanismos de solución de controversias, como lo es una mayor rapidez del procedimiento, sobre todo en comparación con el procedimiento de la OMC[174]. Dado el importante carácter de Corea a nivel regional, observamos que tanto el TLC Corea-Camboya, como el TLC Corea-Indonesia guardan una gran similitud en la mayoría de sus artículos.

Lo que podemos concluir es que existe una leve celeridad mayor en el proceso en comparación con el KORUS. En ambos TLCs recientes durante la fase de consultas las partes celebran consultas a más tardar 30 días después de la recepción de la solicitud y 15 días después de la recepción de la solicitud para asuntos urgentes. Esto dista del KORUS en tanto no se establece un plazo específico para la celebración de la etapa de consultas entre las partes. Otra característica de los nuevos acuerdos de Corea es que el grupo especial deberá entregar el informe provisional dentro de los 90 días de la constitución del grupo especial y en caso de que el grupo especial considere que no podrá cumplir con dicho plazo deberá notificar a las Partes, empero, no podrá exceder los 120 días desde la constitución del grupo especial y el límite para enviar el informe final no podrá exceder los 150 días desde la constitución del Grupo especial. Por su parte, en el KORUS, el informe inicial que deberá presentarse a las partes dentro de los 180 días posteriores a la designación del presidente del grupo especial y no establece un límite para la presentación del informe final más allá de los 45 días desde la presentación del informe inicial.

Si bien esto es difícil de adjudicarlo causalmente a la parálisis del Órgano de Apelaciones de la Organización Mundial del Comercio, entendemos que la reducción de ciertos plazos ha sido una diferencia con respecto a acuerdos anteriores, en especial, el KORUS.

---

[174] *Ver supra* sección 1.4.

2.7 Los Tratados ChAFTA y A-HKAFTA

Dada la naturaleza primaria de la mayoría de sus exportaciones, consideramos que los TLCs firmados por Australia en los últimos años pueden ser relevantes a la hora de analizar su posicionamiento frente a la parálisis de la OMC. Es por eso que hemos analizado el Tratado de Libre Comercio entre la República Popular de China y Australia (ChAFTA) del 2015 y el Tratado de Libre Comercio entre la Zona Administrativa Especial de Hong Kong y Australia (A-HKAFTA) del 2020.

2.7.1 ChAFTA

El Tratado de Libre Comercio entre la República Popular de China y Australia entró en vigor el 20 de diciembre de 2015. Se trata de uno de los tratados comerciales más importantes que ha firmado Australia, ya que China es su principal socio comercial tanto a lo que se refiere a exportación como a importación de bienes y servicios[175].

Alcance y etapa previa a la adjudicación formal de la controversia

El Capítulo 15 del Tratado aplica para solucionar las controversias referidas a la implementación, interpretación y aplicación del ChAFTA. Las medidas susceptibles de ser reclamadas pueden ser aquellas inconsistentes con las obligaciones que emanan del acuerdo; y cuando una de las partes no lleve a cabo sus obligaciones[176].

El Acuerdo indica que ambas Partes deberán designar Puntos de Contacto para facilitar la comunicación entre sí[177].

El ChAFTA contiene una cláusula del tipo "*fork in the road*", la cual permite a las partes recurrir a cualquier foro internacional en el que tanto Australia como China sean parte, o bien instaurar un grupo especial *ad hoc*[178].

---

[175] Ministerio de Relaciones Exteriores de Australia en: https://www.dfat.gov.au/sites/default/files/chin-cef.pdf (última vez consultado 22 de septiembre de 2023)

[176] China–Australia Free Trade Agreement (ChAFTA) artículo 15.2

[177] ChAFTA, artículo 15.3.

[178] ChAFTA, artículo 15.4.

Las Partes del acuerdo pueden llevar a cabo consultas entre sí respecto a cualquier objeto que caiga dentro del ámbito de aplicación del Capítulo[179]. Para que las consultas procedan, la Parte Demandante deberá notificar a la demandada sus intenciones y exponer los motivos de su solicitud[180]. La Parte Demandada deberá aceptar la solicitud y comenzar el proceso de consultas dentro de 10 días (en caso de tratarse de bienes perecederos) o de 30 días (otros bienes) luego de recibir la notificación[181].

Si la Parte Demandada no comienza el proceso dentro del tiempo establecido, la Parte Demandante podrá solicitar el establecimiento de un tribunal arbitral[182].

El proceso de consultas debe ser confidencial[183].

Las Partes pueden acordar en cualquier momento utilizar un método alternativo de solución de diferencias, como los buenos oficios, la conciliación o la mediación[184]. Si las Partes lo acordasen, ese método podría continuar de forma paralela ante un grupo especial[185].

Adjudicación Formal

Si las consultas fallasen a la hora de resolver la disputa dentro de un plazo de 60 días (o de 20 días si tratase sobre bienes perecederos) desde la notificación, la Parte Demandante podrá solicitar que se constituya un grupo especial arbitral[186].

Los grupos especiales *ad hoc* se compondrán de tres árbitros[187]. Dentro de los 15 días posteriores al establecimiento del grupo especial, cada una de las Partes deberá elegir un árbitro, el cual podrá ser nacional australiano o

---

[179] ChAFTA, artículo 15.5.1.

[180] ChAFTA, artículo 15.5.2.

[181] ChAFTA, artículo 15.5.3.

[182] ChAFTA, artículo 15.5.6.

[183] ChAFTA, artículo 15.5.4.

[184] ChAFTA, artículo 15.6.1.

[185] ChAFTA, artículo 15.6.2.

[186] ChAFTA, artículo 15.7.1.

[187] ChAFTA, artículo 15.7.4.

chino[188]. El tercer árbitro, el presidente del grupo especial, será electo de común acuerdo dentro de los 30 días de haberse establecido el grupo especial [189]. El presidente del grupo especial no podrá ser nacional de ninguna de las partes ni puede tener residencia habitual en su territorio[190].

Si algún árbitro no fuese designado dentro de los 30 días de establecido el grupo especial, cualquiera de las Partes podrá solicitarle al Director General de la OMC que nombre un árbitro dentro de los 30 días de la solicitud[191].

Con el fin de permitir a las Partes tener la oportunidad de revisar y comentar, el grupo especial presentará un informe inicial dentro de los 90 días siguientes al nombramiento del último árbitro[192]. Cada Parte tendrá 10 días para presentar sus comentarios referidos al informe inicial ante el grupo especial [193].

Luego de considerar los comentarios brindados por las partes, el grupo especial presentará a las Partes su informe final antes de pasados los 30 días desde la presentación de su informe inicial[194]. El informe final deberá hacerse público dentro de los 10 días posteriores a su presentación[195].

Post adjudicación

Con respecto a la implementación, dentro de los 30 días posteriores a la presentación del informe final, la Parte Demandada deberá informarle a la parte demandante sobre sus intenciones respecto a la implementación del informe final del grupo especial. Si fuese imposible cumplir inmediatamente con lo requerido, demandada deberá tener un período de tiempo razonable para hacerlo[196]. El período razonable será determinado por las Partes, pero si ellas no pudiesen llegar a una solución dentro de los 45 posteriores a la presentación

---

[188] ChAFTA, artículo 15.7.5.

[189] ChAFTA, artículo 15.7.6.

[190] ChAFTA, artículo 15.7.8.

[191] ChAFTA, artículo 15.7.7.

[192] ChAFTA, artículo 15.12.1.

[193] ChAFTA, artículo 15.12.4.

[194] ChAFTA, artículo 15.12.4.

[195] ChAFTA, artículo 15.12.5.

[196] ChAFTA, artículo 15.13.2.

del informe final, se podrá solicitar al tribunal arbitral que lo determine[197]. El propio Tratado indica como una directriz que el período de tiempo no debe excederse de los 15 meses contados desde la presentación del informe final del grupo especial [198].

Cuando las Partes discrepen sobre la existencia, o congruencia con el Tratado, de las medidas adoptadas para cumplir con las obligaciones emanadas del informe final, dicha controversia se someterá a un grupo especial. De ser posible, se recurrirá al mismo tribunal que entendió previamente en el asunto[199].

Si la Parte Demandada no cumpliese con las conclusiones del grupo especial en el plazo razonable; expresase por escrito sus intenciones de no cumplir con lo indicado por el tribunal arbitral, o; se haya demostrado incongruencias durante la revisión de cumplimiento, la demandada podrá entablar negociaciones con la Parte Demandante para llegar a un acuerdo sobre cualquier compensación necesaria[200].

Si las Partes no llegasen a un acuerdo dentro de un plazo de 20 días, la Parte Demandante podrá notificar por escrito su intención de suspender la aplicación de concesiones y obligaciones en virtud de este Acuerdo de efecto equivalente al nivel de disconformidad que el grupo especial haya encontrado[201].

2.7.2 A-HKFTA

El Acuerdo de Libre Comercio entre Australia y Hong Kong entró en vigor en enero de 2020. Hong Kong es el decimosegundo destino más importante de las exportaciones australianas[202].

---

[197] ChAFTA, artículo 15.14.1.

[198] ChAFTA, artículo 15.14.2.

[199] ChAFTA, artículo 15.15.

[200] ChAFTA, artículo 15.16.1.

[201] ChAFTA, artículo 15.16.2.

[202] Ministerio de Relaciones Exteriores de Australia, en: https://www.dfat.gov.au/sites/default/files/hong-cef.pdf ((última vez consultado 22 de septiembre de 2023)

Alcance y pre adjudicación formal de la controversia

El capítulo de solución de controversias del A-HKFTA aplica para cualquier controversia, salvo para aquellas que se den por obstáculos técnicos al comercio (Capítulo 5), medidas sanitarias y fitosanitarias (Capítulo 6), política de competencia (Capítulo 15), o respecto a los artículos 16.6 y 16.7 (Pequeñas y Medianas Empresas y Coherencia reglamentaria) del Capítulo 16 (Transparencia)[203].

Las medidas susceptibles de ser reclamadas pueden ser aquellas por las cuales se anule o menoscabe un beneficio obtenido directa o indirectamente por la Parte Reclamante en virtud del Acuerdo; o un beneficio que razonablemente la Parte Reclamante podría haber esperado en virtud de los Capítulos 2 (Comercio de Mercancías), 3 (Normas de origen y procedimientos de origen), 4 (Procedimientos aduaneros y facilitación del comercio), 7 (Comercio transfronterizo de servicios) y 13 (Contratación pública) esté siendo anulado o menoscabado por la Parte Demandada[204].

El Acuerdo especifica que, si existiese una obligación derivada del tratado idéntica o sustancialmente idéntica a una obligación bajo el Acuerdo de la OMC, se deberá considerar los reportes del sistema de solución de controversias de la OMC[205].

El A-HKFTA contiene una cláusula del tipo "*fork in the road*", la cual permite a las partes recurrir a cualquier foro internacional en el sean parte[206].

En lo relativo a la etapa de pre adjudicación, el Acuerdo indica que las Partes del acuerdo pueden llevar a cabo consultas entre sí respecto a cualquier objeto que caiga dentro del ámbito de aplicación del capítulo de solución de controversias del tratado[207]. El proceso de consultas debe ser confidencial[208].

---

[203] A-HKFTA, artículo 18.2.

[204] A-HKFTA, artículo 18.1.

[205] A-HKFTA, artículo 18.3.

[206] A-HKFTA, artículo 18.4.

[207] A-HKFTA, artículo 18.5.1.

[208] A-HKFTA, artículo 18.5.6.

No obstante, la Parte Reclamante deberá hacer pública su solicitud de consulta dentro del lapso de 10 días posterior al envío de esta a la Parte Demandada[209]. Esta es la única diferencia respecto al sistema de consultas del ChAFTA y el A-HKFTA.

Las Partes pueden acordar en cualquier momento utilizar un método alternativo de solución de diferencias, como los buenos oficios, la conciliación o la mediación[210]. Si las partes lo acordasen, ese método podría continuar de forma paralela ante un grupo especial de arbitraje[211].

Adjudicación Formal

Al igual que en el ChAFTA, si las consultas fallasen a la hora de resolver la disputa dentro de un plazo de sesenta días desde la notificación de la demandante, o de 20 días si hubiese bienes perecederos, la parte demandante podrá solicitar que se constituya un grupo especial [212]. No obstante, a diferencia del ChAFTA, la parte demandante deberá publicar una copia de su solicitud dentro de los diez días siguientes de haber notificado a la parte demandada[213].

Salvo que se acuerde lo contrario, cada tribunal se constituirá con tres árbitros. Las Partes deberán realizar consultas para acordar la composición del grupo especial [214]. Si fuese imposible llegar a un acuerdo en el plazo de diez días, las Partes podrán solicitar que el tribunal se configure según el procedimiento indicado en los párrafos 4, 5 y 6 del artículo 18.8[215]:

- En primer lugar, cada parte elegirá un miembro del grupo especial dentro de los treinta días de la notificación referida en el párrafo 3[216].

[209] A-HKFTA, artículo 18.5.3.

[210] A-HKFTA, artículo 18.6.1.

[211] A-HKFTA, artículo 18.6.2.

[212] A-HKFTA, artículo 18.7.1.

[213] A-HKFTA, artículo 18.7.4.

[214] A-HKFTA, artículo 18.8.2.

[215] A-HKFTA, artículo 18.8.3.

[216] A-HKFTA, artículo 18.8.4.

- En segundo lugar, las Partes deberán acordar la elección del presidente del grupo especial. Tanto Australia como Hong Kong podrán presentar una lista de hasta tres nominados para facilitar la elección[217].
- Si alguno de los miembros no fuese designado dentro de los treinta días de establecido el grupo especial, cualquiera de las Partes podrá solicitarle al director general de la OMC que nombre un árbitro dentro de los quince días de emitida la solicitud[218].

A menos que se acuerde lo contrario, el presidente del grupo especial no puede ser nacional de ninguna de las Partes ni puede tener residencia habitual en su territorio o ser su empleado[219].

Las audiencias del grupo especial serán abiertas al público, a menos que las Partes acuerden lo contrario[220].

El grupo especial presentará un informe inicial dentro de los 180 días siguientes a su establecimiento, pudiendo reducirse a 160 días en caso de haber bienes perecederos[221]. Cada Parte tendrá 20 días para presentar sus comentarios referidos al informe inicial ante el grupo especial [222].

Luego de considerar los comentarios brindados por las partes, el grupo especial presentará a las Partes su informe final antes de pasados los 35 días desde la presentación de su informe inicial[223]. El informe final deberá hacerse público dentro de los quince días posteriores a su presentación[224].

Post adjudicación

Respecto a la adjudicación, el Acuerdo indica que la Parte Demandada deberá informarle a la parte demandante sobre sus intenciones respecto a la

---

[217] A-HKFTA, artículo 18.8.5.

[218] A-HKFTA, artículo 18.8.6.

[219] A-HKFTA, artículo 18.8.10.

[220] A-HKFTA, artículo 18.10.11.

[221] A-HKFTA, artículo 18.10.16.

[222] A-HKFTA, artículo 18.10.17.

[223] A-HKFTA, artículo 18.10.18.

[224] A-HKFTA, artículo 18.10.20.

implementación del informe final del grupo especial dentro de los 30 días posteriores a la presentación del informe final. Si fuese imposible cumplir inmediatamente con lo requerido, la Parte Demandada deberá tener un período de tiempo razonable para hacerlo[225]. Este período debe determinado por las Partes, pero si ellas no pudiesen llegar a una solución dentro de los 45 días posteriores a la presentación del informe final, se podrá solicitar al presidente del grupo especial que lo determine[226]. Al igual que en el ChAFTA, el propio tratado indica como una directriz que el período de tiempo no debe excederse de los 15 meses contados desde la presentación del informe final grupo especial[227].

Respecto a la implementación, cuando las Partes discrepen sobre la existencia o congruencia de las medidas adoptadas para cumplir con las obligaciones emanadas del informe final, el asunto se someterá a un grupo especial. De ser posible, se recurrirá al mismo grupo especial que entendió previamente en la cuestión[228].

Si la Parte Demandada no cumpliese con las conclusiones del grupo especial dentro del plazo razonable; expresase por escrito sus intenciones de no cumplir con lo indicado por el grupo especial, o; se haya demostrado incongruencias durante la revisión de cumplimiento, las Partes podrán entablar negociaciones para llegar a un acuerdo sobre cualquier compensación necesaria[229].

Si las Partes no llegasen a un acuerdo dentro de un plazo de 30 días, o si llegasen a un acuerdo, pero la Parte Demandante considerase que la Parte Demandada no ha respetado los términos del acuerdo, la Parte Demandante podrá notificar por escrito su intención de suspender la aplicación de concesiones y obligaciones del A-HKFTA de efecto equivalente al nivel de disconformidad que el grupo especial haya encontrado[230].

---

[225] A-HKFTA, artículo 18.12.3.

[226] A-HKFTA, artículo 18.12.5.

[227] A-HKFTA, artículo 18.12.7.

[228] A-HKFTA, artículo 18.13.1.

[229] A-HKFTA, artículo 15.16.1.

[230] A-HKFTA, artículo 18.14.3.

Conclusiones

No existe una variación significativa entre los tratados de libre comercio firmados por Australia con China y con Hong Kong. Las diferencias más significativas giran en torno a la transparencia y la publicidad de los actos bajo el A-HKFTA. No obstante, no hay mayores innovaciones en lo que respecta a los mecanismos de solución de controversias.

Hasta hoy, ninguna de las partes del A-HFTA o del ChAFTA ha efectuado una presentación bajo el mecanismo de solución de controversias de dichos tratados. Sin embargo, desde el 16 de diciembre de 2020, Australia y China realizaron tres solicitudes ante el Mecanismo de Solución de Controversias de la OMC[231].

2.8 El Acuerdo Amplio y Progresista de Asociación Transpacífico

El Acuerdo Amplio y Progresista de Asociación Transpacífico (CPTPP, por sus siglas en inglés) es un acuerdo multilateral de libre comercio firmado y entrado en vigor en 2018. Este tratado mayormente incorpora por referencia el texto del fallido Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica, que nunca entró en vigor. Actualmente, sus miembros son Australia, Brunéi, Canadá, Chile, Japón, Malasia, México, Nueva Zelanda, Perú, Singapur y Vietnam. La resolución de controversias entre sus partes está regulada en el capítulo 28 del tratado.

Alcance del mecanismo de resolución de controversias y etapa previa a la adjudicación

Este tratado define de forma amplia las distintas medidas que pueden someterse a su mecanismo de resolución de controversias. En su artículo 28.3, dispone que dicho mecanismo será aplicable a controversias relacionadas con (i) la interpretación y aplicación del tratado, (ii) medidas actuales o propuestas

[231] DS 598 “China – Medidas en materia de derechos antidumping y compensatorios sobre la cebada procedente de Australia”; DS602 "China – Medidas en materia de derechos antidumping y compensatorios sobre el vino procedente de Australia”; y DS603 “Australia – Medidas en materia de derechos antidumping y compensatorios sobre determinados productos procedentes de China”. Todos en https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_s.htm ((última vez consultado 18 de noviembre de 2023)

que sean inconsistentes con las obligaciones de las partes previstas en el tratado, y (iii) medidas que, sin ser inconsistentes con las obligaciones previstas en el tratado, frustren los beneficios que las partes esperaban razonablemente obtener del tratado. Aun así, en relación con el segundo punto, el tratado dispone en su artículo 28.7.7 que no podrán establecerse paneles arbitrales para decidir sobre una medida que fue solamente propuesta.

Asimismo, este tratado sigue un criterio bastante estándar con respecto la relación con otros foros de resolución de controversias previstos en otros TLCs. En su artículo 28.4 sigue el criterio de "*fork in the road*" y dispone que cualquier controversia cubierta también por otros tratados puede ser sometida a cualquier foro, pero una vez sometida a uno de ellos se entenderá en exclusión de los otros.

El tratado tampoco innova demasiado en la participación de personas privadas, cámaras sectoriales o demás actores de la sociedad civil, ya que solo prevé que solo los Estados parte pueden presentar reclamos ante su mecanismo de resolución de controversia[232]. Como otros tratados multilaterales, sí prevé la participación de terceras partes (es decir, de otros Estados parte del tratado) con un interés en la disputa tanto en la etapa de consultas como en el establecimiento de paneles arbitrales[233].

Con respecto a la etapa de consultas, el CPTPP sigue en líneas generales las disposiciones de la OMC. De hecho, establece los mismos plazos: 30 días desde la presentación de la solicitud para comenzar las consultas y un mínimo de 60 días desde la misma fecha para poder solicitar el establecimiento de un panel arbitral (con plazos reducidos a la mitad en caso de bienes perecederos)[234]. La etapa de consultas está disponible para todos los tipos de controversias mencionadas antes, es decir, incluyendo aquellas surgidas de

---

[232] *Ver*, por ejemplo, CPTPP, artículos 28.3-7.

[233] CPTPP, artículos 28.5.3 y 28.7.6.

[234] CPTPP, artículos 28.5 y 28.7.1.

medidas que han sido solo “propuestas”. El tratado también menciona brevemente los mecanismos de mediación, buenos oficios y conciliación[235].

Etapa de adjudicación formal

Como todos los tratados analizados en este reporte, el CPTPP contiene un sistema de resolución de disputas “cuasi judicial”, en los términos de la taxonomía de propuesta por Chase. El tratado replica el sistema de la OMC con grupos especiales *ad hoc*, aunque (como también sucede en la mayoría de los demás tratados de libre comercio) sin una instancia u órgano de apelación.

Por otro lado, el CPTPP se distingue en que, en su capítulo sobre resolución de controversias entre estados parte, también fija algunas pautas para controversias entre estados parte y personas privadas nacionales de otro estado parte y entre privados de distintos estados parte. Así, en su artículo 28.22 el tratado dispone que las partes no deberán permitir ninguna acción legal bajo sus derechos domésticos que permita reclamar contra otra parte por cualquier incumplimiento del tratado. Asimismo, el artículo 28.23 dispone que las partes deberán fomentar el arbitraje y los medios alternativos de resolución de controversias para la resolución de controversias comerciales internacionales entre privados en el área de libre comercio.

Establecimiento del panel arbitral

Como se mencionó, ante el surgimiento de una disputa entre estados parte, la parte que así lo desee puede solicitar el establecimiento de un panel arbitral luego de 60 días de iniciado el proceso de consultas (o en cualquier momento que así lo acuerden)[236]. El tratado también prevé que la solicitud de establecer un panel debe informarse a todas las partes y que, siempre que sea posible, si otra parte solicitara el establecimiento de un panel sobre la misma cuestión, debe establecerse un solo panel[237].

---

[235] CPTPP, artículo 28.6.

[236] CPTPP, artículo 28.7.1.

[237] CPTPP, artículo 28.7.2 y 3.

El panel debe conformarse por tres miembros, dos elegidos uno por cada parte y un presidente del panel. Como sucede en algunos otros tratados, el CPTPP dispone que los estados parte deben preparar listas con sus candidatos para integrar los grupos especiales: en primer lugar, todos los estados parte deben preparar una lista de 15 candidatos para actuar como presidentes del tribunal y luego cada parte debe preparar su propia lista de candidatos para árbitros de parte[238]. En ambas listas las partes pueden nominar a sus propios nacionales.

En algo singular de este tratado, se establece un procedimiento mediante el cual la parte demandada no puede bloquear el establecimiento del panel, pero la parte demandante tiene la carga de impulsarlo: si al término de los 20 días siguientes a la solicitud de establecer un panel las partes en conjunto o al menos la parte demandante no han designado a su(s) árbitro(s) de parte, el procedimiento se tendrá por terminado[239]. En cambio, si es la parte demandada quien no ha designado a su árbitro de parte al terminar ese plazo, la parte demandante podrá seleccionarlo de la lista de árbitros preparada por la parte demandada (o de la lista de candidatos a presidente si la parte demandada no hubiera preparado su lista)[240]. Para el nombramiento del presidente del tribunal, primero las partes y luego los árbitros de parte deben intentar ponerse de acuerdo y, si no lo lograran, el presidente será seleccionado por sorteo de la lista de candidatos preparada por los estados parte del tratado[241].

En cuanto a las calificaciones y requisitos que los árbitros deben cumplir, el CPTPP repite algunos de los requisitos más comunes: los árbitros deben tener conocimiento en derecho y comercio internacional, ser elegidos en base a su objetividad y buen juicio y ser independientes de las partes[242]. También se

---

[238] CPTPP, artículo 28.11.

[239] CPTPP, artículo 28.9.1(b).

[240] CPTPP, artículo 28.9.1(c).

[241] El tratado también prevé una serie detallada de pasos y alternativas para el caso de que la lista de candidatos no esté disponible, en cuyo caso el nombramiento del presidente del grupo especial recaerá en una autoridad nominadora ajena al proceso. *Ver* CPTPP, artículo 28.9.1(d).

[242] CPTPP, artículo 28.10.1.

aclara que, salvo que las partes acuerden lo contrario, el presidente del panel no debe ser nacional de ninguna de las partes en disputa[243]. El tratado sí innova con respecto a las calificaciones de los árbitros para casos relativos a las distintas materias cubiertas: Para los casos concernientes a cuestiones laborales, medioambientales o de transparencia y anticorrupción, los panelistas que no son presidentes del panel deben tener experiencia o experticia en esos temas[244].

Funcionamiento del panel y reportes

Otra característica singular del CPTPP es que recepta la jurisprudencia de los grupos especiales de la OMC en su cláusula sobre el derecho aplicable a las controversias. Además de incluir al propio tratado como fuente principal, dicha cláusula dispone que, en caso de interpretar una cláusula del Acuerdo de la OMC incorporada en el tratado, los grupos especiales deben considerar también cualquier reporte de otros grupos especiales constituidos bajo la OMC o de su órgano de apelación[245].

El artículo 28.13 contiene las reglas de procedimiento para los paneles arbitrales. El procedimiento previsto es bastante estándar, con rondas de escritos y al menos una audiencia ante el panel. Aun así, el procedimiento previsto hace mayor énfasis en la transparencia, ya que propone que las audiencias sean públicas a menos que las partes acuerden lo contrario y obliga a las partes a hacer sus mejores esfuerzos para publicar sus escritos y transcripciones de sus alegatos orales e intercambios con el panel, aunque siempre previendo la protección de información confidencial[246]. Más destacable aun, el tratado también dispone que el panel debe considerar las solicitudes de organizaciones no-gubernamentales constituidas en el territorio de las partes en disputa para presentar escritos en el procedimiento[247].

---

[243] CPTPP, artículo 28.9.3.

[244] CPTPP, artículo 28.9.5.

[245] CPTPP, artículo 28.12.3.

[246] CPTPP, artículo 28.13(b)-(d).

[247] CPTPP, artículo 28.13(e).

El tratado también prevé expresamente la participación de terceras partes en el arbitraje y la posibilidad de recurrir a expertos, ya sea por pedido de alguna de las partes o a iniciativa del panel[248]. El tratado también sigue un esquema similar al de la OMC en cuanto a la presentación de un reporte preliminar a las partes para su revisión antes del reporte final, aunque prevé una sola revisión y no prevé ninguna instancia de apelación del reporte final. Aun así, los plazos previstos no son particularmente cortos, ya que los grupos especiales disponen de 150 días para presentar su reporte preliminar[249]. Además, a diferencia de lo previsto en el Acuerdo de la OMC, en este caso el panel solo puede hacer recomendaciones a las partes en su reporte preliminar si estas así lo solicitaron conjuntamente [250]. Luego, las partes tienen 15 días para presentar sus comentarios y el panel otros 15 días para presentar su reporte final[251]. En línea con la tendencia a mayor transparencia, el tratado también obliga a las partes a publicar el reporte final luego de 15 días de su recepción[252].

Por otro lado, el CPTPP no prevé la asistencia o participación de ningún órgano político o de secretariado durante la etapa de adjudicación o en el funcionamiento del panel. Curiosamente, tampoco contiene ninguna disposición acerca del pago de los costos del procedimiento[253].

Etapa posterior a la adjudicación

En cuanto a la implementación del reporte final, al igual que en el marco de la OMC, el CPTTP también se centra en la cuestión del tiempo razonable para que la parte demandada cumpla con lo dispuesto por el panel. El tratado dispone que las partes tendrán 45 días para negociar el plazo entre ellas y luego otros 15 días para solicitar al panel arbitral que decida la cuestión en un

[248] CPTPP, artículos 28.14-15.

[249] CPTPP, artículo 28.17.3.

[250] CPTPP, artículo 28.17.4.

[251] CPTPP, artículos 28.17.7 y 28.18.

[252] CPTPP, artículo 28.18.1.

[253] En 2019 la Comisión del CPTPP (su órgano político) adoptó un código de procedimiento y un código de ética para los procedimientos de los paneles, que sigue los criterios generales previstos en el tratado y dispone que sus costos deben ser afrontados en partes iguales por las partes.

plazo no mayor a 90 días[254]. Al igual que en el acuerdo de la OMC, el CPTTP propone como guía para el panel un plazo de hasta 15 meses, pudiendo ser mayor o menor dependiendo de las circunstancias[255]. A diferencia de otros tratados, este no prevé ninguna instancia para que las partes soliciten la clarificación o rectificación del reporte.

En caso de que la parte demandada no implemente las recomendaciones del reporte final, el CPTTP también sigue un camino similar al del Acuerdo de la OMC y dispone la posibilidad de negociar una compensación o de que la parte afectada suspenda beneficios previstos bajo el tratado. Este tratado sigue las líneas generales de la OMC para recurrir a estos mismos remedios: primero debe negociarse una compensación, solo si no es posible pueden suspenderse beneficios bajo el tratado y debe comenzarse, de ser posible, por beneficios que sean del mismo sector que la medida por la cual se reclamó[256]. Sin embargo, a diferencia de la OMC, en este caso la parte demandante no necesita solicitar autorización para proceder a la suspensión de beneficios.

La posibilidad de negociar una compensación o suspender beneficios surge luego de agotados los procedimientos relativos a la implementación del reporte. No obstante, para proceder a la suspensión de beneficios, la parte demandante debe primero notificar a la demandada de esta intención[257]. Luego, la parte demandada podrá solicitar al panel arbitral que decida si la suspensión de beneficios que se propone es acorde a la medida reclamada, y, en caso de que la parte demandada así lo considere, si la suspensión no debe proceder por haber cumplido con las recomendaciones del reporte[258]. Sin perjuicio de lo anterior, el tratado también prevé que la parte demandada solicite directamente al panel arbitral en cualquier instancia en caso de desacuerdo que decida si ha cumplido o no con el reporte[259].

---

[254] *Ver* CPTPP, artículo 28.19.

[255] CPTPP, artículo 28.19.5.

[256] CPTPP, artículo 28.20.1-6.

[257] CPTPP, artículo 28.20.3.

[258] CPTPP, artículo 28.20.5.

[259] CPTPP, artículo 28.21.

Una innovación importante en esta instancia con respecto a la OMC es que el CPTTP también dispone que la parte demandante puede pagar una suma de dinero en lugar de la suspensión de beneficios[260]. Dicha suma debe ser equivalente a los beneficios suspendidos y solo por un periodo de 12 meses (aunque puede negociarse por un tiempo mayor). Aun así, la parte demandada que tome esta opción debe también ofrecer a la parte demandante un plan para revertir la medida que dio lugar a la disputa[261].

Por otro lado, el tratado no prevé ninguna posibilidad de consolidar distintos procedimientos contra una misma parte en la etapa posterior a la adjudicación. Asimismo, a pesar de ser un tratado multilateral con economías muy distintas, el tratado tampoco contiene ninguna disposición a favor de los estados parte que son estados en vías de desarrollo en la implementación de las soluciones a las controversias (ni en ninguna otra parte del capítulo sobre resolución de controversias).

Aplicación y conclusión

Como se mencionó, el CPTPP adoptó por referencia el texto del fallido Acuerdo Transpacífico de 2016 que no llegó a entrar en vigor, lo cual incluyó su capítulo sobre resolución de disputas entre las partes. Por lo tanto, parecería claro que la crisis de la OMC no tuvo prácticamente ninguna influencia en la adopción de su mecanismo de resolución de controversias. De hecho, como los demás tratados analizados, el CPTPP sigue en líneas generales el modelo de la OMC con solo algunas innovaciones en temas acotados (como, por ejemplo, con respecto a los plazos de los procedimientos o la extralimitación de los grupos especiales en sus reportes), aunque también, como los demás tratados analizados, prescindiendo de la instancia de apelación.

Aun así, algunas de las innovaciones del CPTPP son destacables:

- Como otros tratados de los últimos años, el CPTPP tiene un mayor compromiso con la transparencia. Por ejemplo, prevé la participación de organizaciones no-gubernamentales en el arbitraje, dispone que los

[260] CPTPP, artículo 28.20.7.

[261] CPTPP, artículo 28.20.9.

reportes de los grupos especiales deben publicarse y también promueve que las audiencias y las alegaciones escritas y orales de las partes también sean públicas[262].

- El tratado recepta expresamente la jurisprudencia de los grupos especiales de la OMC, ya que exige que los grupos especiales constituidos bajo el tratado consideren dicha jurisprudencia al analizar una cláusula incorporada del acuerdo de la OMC[263].
- También exige que, en casos relacionados con el medio ambiente, cuestiones laborales y transparencia y anticorrupción, los miembros del panel (excepto el presidente) tengan conocimiento específico en dichas materias[264].
- A diferencia de lo previsto en los procedimientos de la OMC, bajo el CPTPP los paneles solo pueden dar recomendaciones a las partes cuando estas así lo solicitan expresamente[265], un cambio que pareciera querer evitar posibles extralimitaciones por parte de los paneles.
- El CPTTP agrega otra posibilidad para evitar que una parte afectada proceda a suspender beneficios bajo el tratado a su contraparte. Como se mencionó, la parte demandada puede evitar dicha suspensión mediante el pago de una suma equivalente y con la condición de ofrecer un plan para cesar en cualquier incumplimiento que haya motivado la disputa[266].

Hasta la fecha, se ha presentado una sola disputa bajo el mecanismo de resolución de controversias del CPTPP: una disputa entre Nueva Zelanda y Canadá comenzada el 12 de mayo de 2022 por el sistema de cuotas de productos lácteos establecido por Canadá[267]. Las partes comenzaron la fase

---

[262] CPTPP, artículo 28.13.

[263] CPTPP, artículo 28.12.3.

[264] CPTPP, artículo 28.9.5.

[265] CPTPP, artículo 28.17.4.

[266] CPTPP, artículo 28.20.7.

[267] *Canadá – Medidas de asignación de cuotas arancelarias para productos lácteos* (CDA-NZ-2022-28-01), Reporte Final, 5 de septiembre de 2023, párrs. 1-2. Estas medidas de Canadá en el sector lácteo ya generaron dos disputas con Estados Unidos bajo el USMCA. La primera comenzada en 2021 y ya resuelta, en la cual el grupo especial a cargo de decidir la disputa

de consultas el 22 de junio de 2022 y el 7 de noviembre Nueva Zelanda solicitó el establecimiento de un panel, que emitió su reporte final el 6 de septiembre de 2023[268].

En dicho reporte, el panel consideró que la administración de cuotas de importación de lácteos implementada por Canadá era inconsistente con sus obligaciones bajo el CPTPP[269]. Aun así, el panel reconoció que, *a priori*, establecer sistemas de cuotas para administrar importaciones con sus propios criterios de elegibilidad (que no sean inconsistentes con el CPTPP) se encuentra dentro de los márgenes de discrecionalidad de las partes[270]. El panel solo se limitó a decidir si las medidas de Canadá en cuestión eran o no conformes al tratado, pero no emitió ninguna recomendación para Canadá al respecto.

Si bien es una muestra muy limitada para sacar conclusiones generales, pareciera que ha sido una buena primera experiencia. El proceso tardó un año y poco más de 4 meses desde el comienzo de la fase de consultas a la emisión del reporte final, por lo que al menos en este caso el mecanismo funcionó con celeridad. Además, si bien aún no es posible sacar conclusiones sobre la aplicación de las disposiciones sobre el proceso de revisión y cumplimiento, es destacable que las innovaciones en cuanto a mayor transparencia y participación fueron aplicadas extensamente.

Por ejemplo, otros estados parte del CPTPP (Australia, Japón, México, Perú y Singapur) participaron como terceras partes durante el proceso de

---

consideró que las medidas de Canadá eran contrarias a sus obligaciones bajo el USMCA, y la segunda presentada a comienzos de este año 2023 y aun no resuelta. *Ver* "U.S. Establishes Second USMCA Dispute Grupo especial on Canada Dairy TRQ Policies", Departamento de Agricultura de los Estados Unidos, 31 de enero de 2023, disponible en https://fas.usda.gov/newsroom/us-establishes-second-usmca-dispute-grupo especial-canada-dairy-trq-policies#:~:text=In%20this%20new%20grupo especial%20proceeding,importers%20from%20utilizing%20TRQ%20allocations ((última vez consultado 12 de noviembre de 2023).

[268] *Canadá – Medidas de asignación de cuotas arancelarias para productos lácteos* (CDA-NZ-2022-28-01), Reporte Final, 5 de septiembre de 2023, párrs. 2-3.

[269] *Id.*, párrs. 201-202.

[270] *Id.*, párr. 203.

adjudicación ante el panel, tanto en la fase escrita como con durante la audiencia[271]. Además, participaron organizaciones de la sociedad civil, en este caso empresas privadas y cámaras empresariales canadienses y neozelandeses[272]. Asimismo, también se publicaron los escritos de las partes, de terceros Estados y de las organizaciones de la sociedad civil, y se pudo acceder a la audiencia ante el panel tanto en forma presencial como virtual[273].

Una conclusión posible sobre el ejemplo de este proceso es que, al ser un CPTPP un tratado multilateral, se replicó en alguna medida lo que ocurre usualmente en el mecanismo de la OMC, donde terceras partes participan del proceso e intercambian sus opiniones sobre la disputa. El proceso parece haber sido eficiente en sus plazos y el reporte fue limitado y conciso en sus decisiones, por lo que podría decirse que se han evitado algunas de las críticas frecuentes que recibe el mecanismo de la OMC, a saber, las demoras e incumplimientos de plazos y las extralimitaciones por parte de los paneles al resolver la controversia. Por otro lado, el cambio quizás más importante y notorio con respecto al mecanismo de la OMC, donde todo el procedimiento suele llevarse a cabo en un marco de gran secretismo y opacidad, es que en este caso el proceso bajo el CPTPP contó con amplia publicidad, transparencia y participación de organizaciones de la sociedad civil.

2.9 El Tratado UE-Nueva Zelanda

La Unión Europea es una de las organizaciones más influyentes en materia de comercio internacional, por lo que analizar su práctica reciente en materia de TLCs es particularmente relevante. Para ello, hemos seleccionado el Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Nueva Zelanda que además es uno de los TLCs más recientes concluidos hasta el momento, ya que fue firmado el 9 de julio de 2023. El tratado regula el comercio de bienes y servicios

---

[271] *Id.*, párrs. 5 y 7.

[272] *Id.*, párrs. 6-7.

[273] *Id.*, párr. 7; *ver también* Ministerio de Asuntos Exteriores y Comercio de Nueva Zelanda, Derecho mercantil y resolución de disputas, Disputas vigentes, en https://www.mfat.govt.nz/en/trade/trade-law-and-dispute-settlement/current-wto-disputes/ ((última vez consultado 12 de noviembre de 2023).

propiamente dicho, así como como también otras cuestiones comerciales, como por ejemplo denominaciones de origen, compras públicas, barreras comerciales técnicas y fitosanitarias o propiedad intelectual. Asimismo, incluye cuestiones más novedosas como desarrollo sostenible, comercio digital, oportunidades para la minoría maorí neozelandesa y normas sobre transparencia y anticorrupción. La solución de diferencias entre las partes está regulada en su capítulo 26 que se analiza a continuación.

Alcance del mecanismo de resolución de controversias y etapa previa a la adjudicación

El tratado dispone que su método de mecanismo de resolución de controversias será aplicable para cualquier disputa entre las partes relativa a su interpretación y aplicación[274]. Sin embargo, el artículo 26.2.2 excluye varias secciones del tratado del alcance de dicho mecanismo[275].

El tratado también contempla una fase de consultas durante un plazo de 30 días (15 en caso de tratarse sobre bienes perecederos, o 90 en casos relativos al capítulo 19 sobre comercio y desarrollo sustentable)[276]. El artículo 26.3.6 expresamente prevé que durante las consultas las partes deben considerar cualquier información provista por organizaciones, entidades o expertos que sea relevante. También se dispone que las consultas deben ser confidenciales.

El artículo 26.24 sobre elección de foros contiene una disposición de "*fork in the road*" para el caso de que una medida pueda dar lugar a disputas bajo distintos mecanismos de distintos tratados, incluyendo los de la OMC. Esta regla no será aplicable en caso de que el foro seleccionado no decida la disputa debido a razones procesales o jurisdiccionales.

---

[274] Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Nueva Zelanda, artículos 26.1 y 26.2.

[275] Las secciones excluidas son las secciones B y C (medidas *antidumping* y compensatorias) del capítulo 5 ("*trade remedies*"); el capítulo 15 ("*Competition policies*"); el artículo 16.6 sobre consultas; el capítulo 20 (sobre comercio y cooperación económica maorí); capítulo 21 (pequeñas y medianas empresas); capítulo 22 (prácticas y cooperación regulatoria) y cualquier medida relacionada con la protección de la minoría maorí de Nueva Zelanda.

[276] Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Nueva Zelanda, artículo 26.3.

Por último, el tratado dispone que para disputas sobre medidas “propuestas” (pero aún no implementadas) las partes solo podrán solicitar iniciar consultas, pero no el establecimiento de un panel arbitral[277].

Etapa de adjudicación formal

En caso de que no se llegara a un acuerdo a través de consultas durante el plazo de 30 días, las parte que solicitó iniciar consultas podrá luego solicitar el establecimiento de un panel arbitral[278]. La solicitud de establecimiento del panel debe ser hecha pública prontamente por ambas partes[279]. Luego, el tratado dispone que las partes tienen 15 días para negociar la conformación del panel y, en caso de no llegar a un acuerdo en ese plazo, tendrán 10 días más para nominar a sus árbitros de parte[280].

Como ocurre en otros tratados, este también prevé la confección de listas: una de candidatos propuestos por cada parte para actuar como sus árbitros de parte y otra para actuar como presidentes del panel, quienes en este último caso no deben ser nacionales de ninguna de las partes[281]. Además, para el caso de disputas que involucren el capítulo 19 del tratado (sobre comercio y desarrollo sostenible), se prevé la elaboración de una lista de candidatos con conocimiento o experiencia específica en cuestiones medioambientales, laborales y las demás cuestiones tratadas en ese capítulo[282]. Asimismo, también el artículo 26.6.4 deja abierta la posibilidad de que la Comisión de Comercio (el órgano político creado por el tratado) prepare listas adicionales con candidatos con conocimiento específico sobre las otras materias reguladas en el tratado[283].

En caso de que las partes no nominen a sus árbitros o no acuerden el nombramiento del presidente del panel en los plazos mencionados, el

---

[277] Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Nueva Zelanda, artículo 26.3.8.

[278] Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Nueva Zelanda, artículo 26.4.1.

[279] Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Nueva Zelanda, artículo 26.4.3.

[280] Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Nueva Zelanda, artículos 26.5.2-3.

[281] Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Nueva Zelanda, artículo 26.6.

[282] Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Nueva Zelanda, artículo 26.6.1(b).

[283] Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Nueva Zelanda, artículo 26.6.4.

copresidente de la Comisión de Comercio representante de la parte demandante nombrará al árbitro de parte de la parte demandada seleccionándolo de la lista de candidatos antes mencionada, y nombrará por sorteo al presidente del panel, también de la lista de candidatos[284].

El tratado dispone que los panelistas deben tener experiencia en derecho y comercio internacional, ser independientes, actuar siempre a título personal y no recibir instrucciones de las partes o de organizaciones[285]. También se prevé que deben cumplir con el código de conducta del anexo 26-B[286]. Asimismo, el tratado también incluye la elaboración de listas de personas con experiencia y conocimiento en áreas específicas que las partes pueden acordar nombrar[287]. El presidente del panel no debe ser nacional de ninguna de las partes y debe tener experiencia en procedimientos de solución de disputas[288].

La función del panel es la de brindar una evaluación objetiva de los hechos y una decisión fundada aplicando el tratado, escuchar a las partes y darles oportunidades para llegar a un arreglo amigable de la disputa[289]. El tratado también expresamente prevé que, en casos relativos al capítulo sobre comercio y desarrollo sostenible, el panel puede solicitar información a las partes, a expertos o a organizaciones internacionales (se menciona, por ejemplo, a la OIT)[290].

En cuanto al derecho aplicable, el tratado menciona que el panel debe interpretar el tratado de acuerdo con las reglas de interpretación del derecho internacional consuetudinario (en particular, la Convención de Viena de Derecho de los Tratados)[291]. También como parte del derecho aplicable el

---

[284] Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Nueva Zelanda, artículos 26.5.3-4.

[285] Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Nueva Zelanda, artículo 26.7.1.

[286] Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Nueva Zelanda, artículo 26.7.1(d).

[287] Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Nueva Zelanda, artículo 26.7.3.

[288] Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Nueva Zelanda, artículo 26.6.2(c) y 26.7.2.

[289] Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Nueva Zelanda, artículo 26.8. Más allá de las disposiciones generales del tratado, el procedimiento del grupo especial está regulado con más detalle en el anexo 26-A del tratado. *Ver* artículo 26.19.

[290] Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Nueva Zelanda, artículo 26.21.

[291] Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Nueva Zelanda, artículo 26.22.1.

panel debe tener en cuenta las interpretaciones de otros paneles y del Órgano de Apelación de la OMC[292]. Aun así, el tratado menciona expresamente que las decisiones del panel no deben afectar o agregar derechos de las partes bajo el tratado[293].

El tratado dispone que el panel arbitral debe presentar su reporte preliminar dentro de los 90 días luego de su establecimiento y después las partes tendrán 10 días para presentar comentarios[294]. Luego, el panel debe emitir su reporte final dentro de los 120 días seguidos a su establecimiento (extensible a 150 como máximo en caso de que el panel lo solicite)[295]. En su reporte final, el panel debe responder y considerar los comentarios de las partes al reporte interino[296]. El tratado también prevé la posibilidad de llevar adelante procedimientos de urgencia si las partes lo requieren y el panel lo considera necesario, donde los plazos previstos deben acortarse a la mitad[297]. Los reportes del panel deben ser aceptados "incondicionalmente" por las partes, aunque no deben crear derechos u obligaciones para con personas físicas o jurídicas[298].

Etapa posterior a la adjudicación

El artículo 26.13.2 ordena que, en caso de que el panel arbitral haya determinado un incumplimiento, la parte demandada debe informar a la demandante en un plazo no mayor a 30 días acerca de las medidas que piensa tomar para remediar ese incumplimiento. También se prevé que, para casos relacionados con el capítulo 19 del tratado (sobre comercio y desarrollo sustentable), las medidas de cumplimiento serán monitoreadas por el comité

[292] Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Nueva Zelanda, artículo 26.22.2.

[293] Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Nueva Zelanda, artículo 26.22.3.

[294] Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Nueva Zelanda, artículo 26.11.

[295] Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Nueva Zelanda, artículo 26.12.

[296] Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Nueva Zelanda, artículo 26.12.2.

[297] Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Nueva Zelanda, artículo 26.10.

[298] Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Nueva Zelanda, artículo 26.23.2.

creado bajo ese capítulo, por los puntos de contacto de las partes y por los "grupos de asesoramiento domésticos"[299].

En caso de que no pudiera cumplirse en forma inmediata con las recomendaciones del reporte final, se prevé un plazo de 30 días para que la parte demandante proponga un periodo de tiempo razonable para el cumplimiento[300]. Luego, las partes tendrán 20 días para negociar y, en caso de no llegar a un acuerdo, podrán solicitarle una decisión al respecto al panel arbitral, que deberá decidir dentro de los 20 días siguientes[301].

El tratado también prevé que, con al menos 30 días de anticipación al fin del periodo determinado, la parte demandada deberá informar sobre su progreso en el cumplimiento de las medidas necesarias[302]. También deberá informar antes del fin de dicho plazo las medidas que tomó para cumplir con el reporte final[303]. En caso de desacuerdo sobre el cumplimiento con el reporte, la parte demandante podrá solicitar al panel arbitral que decida sobre la cuestión en un plazo de 45 días, identificando en detalle las medidas en cuestión y las bases legales para sostener que no cumplen con lo dispuesto en el tratado[304].

Un aspecto innovador de este tratado es que, en caso de que la parte demandada no cumpla con las recomendaciones del reporte final (ya sea por decisión propia o determinado luego del proceso de revisión), esta deberá negociar una compensación con la parte demandada[305]. Si no se llegara a un acuerdo en 20 días, la parte demandante podrá notificar a la demandada de su intención de suspender sus obligaciones bajo el tratado, detallando el nivel de dicha suspensión[306].

---

[299] Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Nueva Zelanda, artículo 26.23.3.

[300] Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Nueva Zelanda, artículo 26.14.1.

[301] Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Nueva Zelanda, artículo 26.14.2.

[302] Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Nueva Zelanda, artículo 26.14.3.

[303] Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Nueva Zelanda, artículo 26.15.1.

[304] Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Nueva Zelanda, artículo 26.15.2. El texto de este artículo menciona un plazo de "54" días, pero es razonable asumir que se trata de un error.

[305] Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Nueva Zelanda, artículo 26.16.1.

[306] Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Nueva Zelanda, artículo 26.16.3.

La suspensión de obligaciones entrará en efecto 10 días después de la notificación, a menos que, durante esos 10 días, la parte demandada solicitara al panel arbitral que determine si la suspensión propuesta es acorde al incumplimiento que originó la disputa[307]. El panel deberá decidir la cuestión en 30 días y la parte demandante no podrá suspender sus obligaciones hasta entonces[308]. Luego, cualquier suspensión de obligaciones deberá ser conforme a lo decidido por el panel[309]. Cualquier suspensión de obligaciones o compensación no podrá aplicarse luego de que las partes acuerden una solución o la parte demandada revierta o enmiende las medidas en cuestión de forma tal que pase a cumplir con las disposiciones del tratado[310].

En caso de que, luego de suspendidas obligaciones o negociada una compensación, la parte demandada tome medidas para cumplir con el reporte final y respetar sus obligaciones bajo el tratado, deberá notificarlas a la parte demandante[311]. Si la parte demandante estuviera conforme con las nuevas medidas, deberá terminar la suspensión de obligaciones o cualquier medida en compensación en los 30 días siguientes a recibir la notificación[312]. En cambio, si las partes no estuvieran de acuerdo sobre las nuevas medidas, cualquiera de ellas podrá dentro de los 30 días siguientes a su notificación solicitar al panel arbitral que decida la cuestión en un plazo de 45 días[313]. Si el panel decidiera que las nuevas medidas son conformes al tratado y al reporte final, deberá ponerse fin a la suspensión de obligaciones o a la compensación acordada[314]. También podrá ajustarse el nivel de suspensión o compensación

---

[307] Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Nueva Zelanda, artículos 26.16.4-6.

[308] Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Nueva Zelanda, artículos 26.16.4-6.

[309] Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Nueva Zelanda, artículo 26.16.6

[310] Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Nueva Zelanda, artículo 26.16.7.

[311] Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Nueva Zelanda, artículo 26.17.1.

[312] Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Nueva Zelanda, artículo 26.17.1.

[313] Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Nueva Zelanda, artículo 26.17.2. En este artículo el texto menciona “46” días, pero nuevamente es probable que se trate de un error y se refiera al plazo de 45 como en muchas otras disposiciones.

[314] Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Nueva Zelanda, artículo 26.17.2.

en caso de que resulte apropiado conforme a las nuevas medidas de la parte demandada[315].

Transparencia y otras cuestiones procesales

El tratado contiene varias disposiciones que tienden a una mayor transparencia. Por ejemplo, si bien se prevé que la fase de consultas sea confidencial, el proceso ante el panel es arbitral es en su mayor parte público. Por ejemplo, el tratado dispone que deben ser públicos (aunque siempre protegiendo la información confidencial) el pedido de establecimiento del panel, la fecha en que se establezca, las audiencias, las presentaciones de las partes y los reportes del panel[316]. Asimismo, el artículo 26.21.4 incluye la posibilidad de que personas físicas nacionales de las partes u organizaciones constituidas en sus territorios presenten *amicus curiae* que el panel deberá considerar.

Por su parte, el artículo 26.28 prevé que cada parte debe sufragar sus costos y que los costos del panel arbitral y demás gastos de organización deben ser soportados en partes iguales. También aclara que la remuneración de los panelistas o mediadores se determinará conforme a los estándares de la OMC.

Asimismo, el tratado en sus artículos 26.4.2 y 26.4.4 también deja abierta la posibilidad de que la parte que solicite el establecimiento del panel arbitral o la Comisión de Comercio por su propia iniciativa le requieran a un órgano externo que asista al panel arbitral y le provea apoyo para cuestiones administrativas y legales.

Conclusión

Como en los demás tratados analizados, el Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Nueva Zelanda no se aparta demasiado del modelo instaurado por la OMC. Como es usual, el tratado prevé una etapa de consultas, un proceso ante un panel arbitral, y distintas instancias revisión

[315] Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Nueva Zelanda, artículo 26.17.2.

[316] Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Nueva Zelanda, artículos 26.4.3, 26.5.5, 26.19.2 y 26.23.3.

posterior sobre el cumplimiento o los remedios en caso de incumplimiento. Aun así, las principales innovaciones que podemos señalar son:

- Una clara tendencia hacia una mayor transparencia, con la publicidad de los alegatos, reportes y las audiencias del proceso arbitral y la participación de organizaciones mediante la presentación de *amicus curiae*[317].
- Plazos más breves con respecto a los de la OMC. Por ejemplo, la fase de consultas es de 30 días contra 60 de la OMC, y el plazo para la emisión del reporte final es de 120 días (y, dentro de ellos, 90 para el reporte preliminar) contra seis meses en el caso de la OMC[318].
- La posibilidad de negociar una compensación entre las partes en caso de incumplimiento antes de proceder a suspender obligaciones bajo el tratado[319].
- La preparación de listas de candidatos para integrar paneles arbitrales con conocimiento específico sobre las distintas materias reguladas en el tratado, así como también la posibilidad de que el panel arbitral recurra a organizaciones internacionales para obtener información sobre dichas materias[320].
- La inclusión de los reportes de los paneles y del Órgano de Apelación de la OMC como parte del derecho aplicable por el panel arbitral para resolver la disputa[321].
- La posibilidad de que tanto las partes como la Comisión de Comercio soliciten la asistencia de un órgano externo para brindar asistencia administrativa y legal al panel arbitral[322].

---

[317] Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Nueva Zelanda, artículos 26.4.3, 26.5.5, 26.19.2, 26.21.4 y 26.23.3.

[318] Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Nueva Zelanda, artículos 26.3.3, 26.11.1 y 26.12.1.

[319] Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Nueva Zelanda, artículo 26.16.1.

[320] Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Nueva Zelanda, artículos 26.6.4 y 26.21.3.

[321] Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Nueva Zelanda, artículo 26.22.2.

[322] Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Nueva Zelanda, artículos 26.4.2 y 26.4.4.

Dada la reciente conclusión de este tratado, no sorprende que no haya aún ningún caso sometido a su mecanismo de resolución de disputas. Aun así, su énfasis en la transparencia y la publicidad es muy similar a lo observado en otros tratados recientes como el USMCA y el CPTPP. Por ende, podría preverse que cualquier disputa a resolverse bajo este acuerdo también implicaría un cambio importante con respecto al secretismo habitual con el que se resuelven las disputas en la OMC.

3. Conclusión

La primera conclusión del análisis anterior, incluyendo los tratados analizados en las secciones precedentes y en la tabla anexa, es que el sistema de resolución de disputas de la OMC sigue siendo una referencia para los Estados en sus TLCs. Es decir, en líneas generales, los TLCs siguen replicando el mismo procedimiento de la OMC: una fase de consultas, una fase de adjudicación ante un grupo especial o panel arbitral y una fase de implementación y revisión que puede seguir con la aplicación de remedios temporales. Algunos tratados incluso listan las decisiones previas del OSD y el OA de la OMC como parte del derecho aplicable que los paneles arbitrales deben tener en cuenta cuando resulten relevantes[323].

Sin embargo, como se ha explicado en las secciones precedentes, ya de por sí existen diferencias con respecto al procedimiento de la OMC y los mecanismos de solución de diferencias de los TLCs, que van desde, por ejemplo, las medidas contra las cuales puede reclamarse, los costos del procedimiento, los niveles de adjudicación y el procedimiento para la composición del grupo especial. En algunos tratados recientes estas diferencias se volvieron más marcadas, aunque en los últimos años no se ha visto una urgencia de los Estados por renegociar o adaptar los mecanismos de resolución de controversias en sus TLCs ya vigentes. Por lo tanto, puede descartarse que el bloqueo del OA haya generado un cambio importante en la práctica de los Estados en sus TLCs.

---

[323] *Ver*, por ejemplo, A-HKFTA, artículo 18.3; CPTPP, artículo 28.12.3; Tratado de Libre Comercio entre la Unión Europea y Nueva Zelanda, artículo 26.22.2.

Aun así, los TLCs analizados contienen algunos cambios destacables y regulan con más detalle algunos de los puntos en que éstos se diferencian de la OMC. En particular, estos cambios se ven en algunas cuestiones que motivaron las principales quejas hacia el sistema de la OMC y parecerían apuntar a mejorar su funcionamiento.

Por ejemplo, puede observarse en algunos TLC una tendencia para establecer con mayor claridad los plazos de los procesos previos a la adjudicación de la controversia como también para conformar los paneles *ad hoc*, entendiendo esto como una forma de garantizar mayor celeridad en el proceso de solución de controversias y evitar bloqueos[324]. Del mismo modo, los plazos para paneles presenten sus informes son en varios casos notablemente más cortos (de entre 90 y 180 días) que los nueve meses previstos en el mecanismo de la OMC[325]. También en general los nuevos tratados organizan con más detalle el proceso de constitución de los paneles ad hoc, previendo la preparación de listas de candidatos confeccionadas con anticipación por las partes y con el propósito de evitar que una parte pueda frustrar o demorar el proceso al negarse a nombrar a su panelista[326].

Asimismo, algunos tratados, como el USMCA y el CPTPP entre otros, han limitado la posibilidad de que los paneles arbitrales realicen recomendaciones en sus reportes[327]. Este cambio podría entenderse como una respuesta a las críticas de los Estados a los grupos especiales de la OMC por el supuesto activismo y extralimitación en sus decisiones. Por otro lado, hay también una tendencia bastante clara (aunque varía de tratado a tratado) hacia garantizar más transparencia y participación de la sociedad civil mediante la obligación de publicar reportes, solicitudes, escritos con alegatos y demás. En algunos

---

[324] *Ver* Tratado de Libre Comercio entre la República de Corea e Indonesia, artículo 10.12; Tratado de Libre Comercio entre la República de Corea y Camboya, artículo 8.12;

[325] *Ver*, por ejemplo, Tratado de Libre Comercio entre la República de Corea e Indonesia, artículo 10.12; Tratado de Libre Comercio entre la República de Corea y Camboya, artículo 8.12; A-HKFTA, artículo 18.10.16; CPTPP, artículo 28.17.3.

[326] *Ver*, por ejemplo, Acuerdo Amplio y Progresista de Asociación Transpacífico, artículo 28.9.1; T-MEC, artículo 31.9.1; Tratado de Libre Comercio entre la República de Corea y los Estados Unidos de América, artículo 22.9.3.

[327] *Ver* T-MEC, artículo 31.13.1; CPTPP, artículo 28.17.4.

casos, incluso los tratados permiten la participación de organizaciones no gubernamentales en los procesos de adjudicación. Este cambio está en línea con lo que sucede también en el arbitraje de inversiones, donde los más recientes reglamentos arbitrales han incorporado disposiciones en el mismo sentido[328]. En ambos, casos este cambio puede entenderse como un intento de otorgarlo más legitimidad y control a la solución de las controversias.

Otro punto para destacar, aunque menos presente, es que algunos TLCs incluyen una instancia adicional para evitar que una parte demandante suspenda beneficios a la parte demandada, que es la posibilidad de que esta parte ofrezca un pago equivalente a la suspensión durante un cierto plazo[329].

Si bien estos cambios suponen un apartamiento con respecto al sistema de la OMC, no está claro que sean en reacción al bloqueo de la OMC. Sí es cierto que, ante la parálisis del OSD, los Estados probablemente les presten más atención a las cuestiones por mejorar, pero no puede descartarse que estos cambios se hubieran producido de todos modos. Asimismo, si bien son cambios importantes que en la práctica marcan una diferencia con los procedimientos ante la OMC (en particular, por ejemplo, la mayor transparencia y participación prevista en algunos tratados), podrían considerarse cambios o mejores en aspectos puntuales del sistema y no cambios radicales que dejen atrás al mecanismo previsto en la OMC.

---

[328] *Ver*, por ejemplo, Reglamento sobre Transparencia en el Arbitraje entre Inversores y Estados basados en Tratados de la Comisión de las Naciones Unidas de Derecho Mercantil (2021); Reglamento de Arbitraje del CIADI (2021), reglas 62-68 (previendo la publicación de las decisiones y órdenes del tribunal arbitral y de los escritos de las partes y la posibilidad de terceras partes de asistir a la audiencia y presentar escritos).

[329] *Ver* Acuerdo Amplio y Progresista de Asociación Transpacífico, artículo 28.20.7; Tratado de Libre Comercio entre la República de Corea y los Estados Unidos de América, artículo 22.13.

4. Bibliografía

4.1 Artículos

IISD, “Unappealable but not Unappealing: WTO dispute settlement without the Appellate Body”, 17 de julio de 2023.

IISD, “Ending the WTO Dispute Settlement Crisis: Where to from here?”, 2 de marzo de 2022.

“Three Years of the Multi-Party Interim Appeal Arbitration Arrangement: An Interim Evaluation of Arbitration as a Means to Appeal WTO Panel Reports”, Kluwer Arbitration Blog, 11 de agosto de 2023.

Chase, C., et al (2013), “Mapping of Dispute Settlement Mechanisms in Regional Trade Agreements – Innovative or Variations on a Theme?”, 13 de junio de 2013

Van Duzer, J. A. (2020), “State-to-state Dispute Settlement under the USMCA: Better than NAFTA?”.

Becerra Ramírez, M (2022). “El Protocolo Modificatorio al T-MEC. Su recepción en el derecho interno”. Anuario Méxicano de Derecho Internacional, vol 21.

Grantz, D. (2022). “Settlement of State-to-State and Undair Trade Disputes Under de USMCA”.

Active and conclude State-to-State dispute settlement cases. Government of Canada.

Whiting, T. K. (2018), “Analyzing the Renegotiated U.S.–Korea Free Trade Agreement (KORUS)”, 13 de abril de 2019.

4.2 Libros

INTERNATIONAL ECONOMIC DISPUTE SETTLEMENT, Eds Manfred Elsig *et al* (2021).