

Los objetivos del monto de las sanciones en la OMC: dos modelos explicativos

Jaime Tijmes

Facultad de Derecho
Eberhard Karls Universität

*Retaliation: The natural rock upon which is reared the Temple of Law.
Ambrose Bierce, The Devil's Dictionary.*

Abstract

Esta investigación analiza las sanciones impuestas en el contexto de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Los árbitros respectivos han analizado dos objetivos del monto de estas contramedidas: reestablecer el equilibrio de las concesiones o incentivar el cumplimiento de las normas de la OMC por parte del Estado infractor. Sin embargo, los modelos propuestos en esta investigación indican que lograr estos objetivos depende de variables que los árbitros no han considerado en sus decisiones arbitrales.

This study examines the sanctions imposed in the context of the World Trade Organization (WTO). Arbitrators have analyzed two objectives of the amount of such countermeasures: restore the balance of concessions or encourage compliance with WTO rules by the offending State. However, the models proposed in this study indicate that achieving these goals depends on variables that arbitrators have not considered in their arbitration decisions.

Palabras clave: OMC, sanciones to States.

Title: The aims of the amount of the sanctions in the WTO: to models.

Keywords: WTO, sanciones a los Estados

Sumario

- 1. Introducción**
- 2. Objetivos de las sanciones en la OMC**
 - 2.1. Definiciones**
 - 2.2. Jurisprudencia**
- 3. Modelo**
 - 3.1. Modelo introductorio**
 - 3.2. Modelo con supuestos relajados**
- 4. Conclusiones**
- 5. Casos citados de la OMC**

1. Introducción

La Organización Mundial del Comercio (OMC) permite, de acuerdo a su “Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias” (ESD, también llamado “Entendimiento sobre Solución de Diferencias”), que en ciertas circunstancias un Estado miembro imponga contramedidas (en este artículo también llamadas “sanciones”) a un Estado infractor – es decir, a otro Estado miembro que no haya cumplido con las resoluciones del Órgano de Solución de Controversias de la OMC (OSD). Por ejemplo, el Estado infractor puede no haber modificado una normativa sobre *dumping* que el OSD determinó es contraria al Derecho de la OMC. Según el Art. 22 ESD, estas sanciones se traducen en una suspensión de concesiones u otras obligaciones; por ejemplo, frecuentemente las contramedidas consisten en un aumento de los aranceles por parte del Estado sancionador respecto de los bienes importados desde el Estado infractor.

Hasta ahora todos los casos de aplicación de sanciones han sido sometidos a arbitraje según el Art. 22.6 ESD. Entre otras tareas, estos árbitros¹ han debido fijar el nivel de suspensión, es decir, el monto de las sanciones. Para determinar este monto, los árbitros han realizado un análisis teleológico de las normas del ESD y han llegado a la conclusión que el Entendimiento recoge dos objetivos² distintos del monto de las contramedidas: por un lado, reestablecer el equilibrio de las concesiones (Art. 22.4 y 22.7 ESD) y, por otro lado, inducir o incentivar al Estado infractor a que cumpla las resoluciones del OSD (Art. 3.7 ESD). Debido a la tensión existente entre estas normas del ESD, hasta ahora los árbitros no han logrado responder satisfactoriamente la pregunta sobre el propósito de la cuantía de las suspensiones ni tampoco sistematizar esta materia de manera cabal. Este problema se ha manifestado especialmente en la discusión sobre las llamadas “contramedidas de carácter punitivo”.

En primer lugar, este trabajo expondrá ambos objetivos de las sanciones, tal como han sido interpretados en los arbitrajes según el Art. 22.6 ESD. A continuación, presentará un modelo que expone el grado de incertidumbre que existe en lo que respecta al nivel de las contramedidas y a las consecuencias de las sanciones impuestas en el marco de la OMC. Para estos efectos, esta investigación propone un análisis económico de las controversias en las cuales el nivel de contramedidas haya sido determinado de acuerdo al Art. 22.4 ESD (lo que significa excluir los pleitos dirimidos de acuerdo al Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC). Por último, esta investigación concluye que, independientemente del objetivo que tengan las sanciones, en el sistema actual los efectos de las contramedidas dependen primordialmente de variables que los árbitros no han considerado. En definitiva, todo parece indicar que la posición que los árbitros adopten

¹ En este artículo, los términos “árbitros” o “arbitraje” se refieren a los arbitrajes realizados según el Art. 22.6 ESD.

² En este artículo, las expresiones “objetivo”, “propósito” y “meta” se usarán como sinónimos.

respecto de la meta del monto de las sanciones tiene como máximo sólo un efecto tendencial en los efectos que las contramedidas surtirán sobre las partes del conflicto.

Por último, este trabajo no tratará la relación entre, por un lado, los objetivos de la cuantía de las sanciones y, por otro lado, la teoría del incumplimiento eficiente aplicada a las obligaciones emanadas de la OMC.

2. *Objetivos de las sanciones en la OMC*

2.1. Definiciones

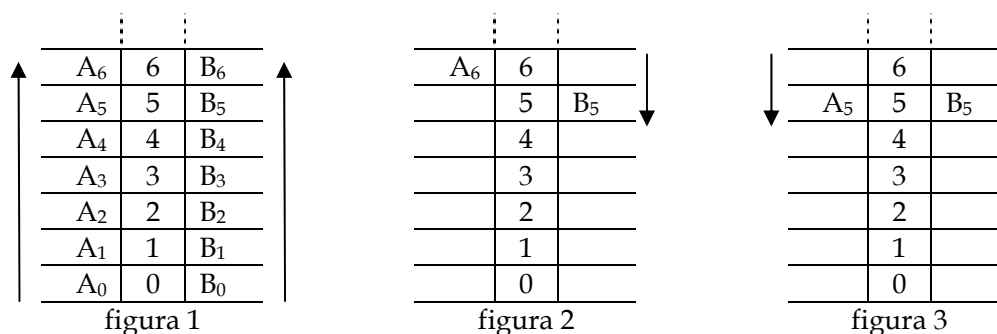
Para comenzar este capítulo, dos observaciones.

Primero, cuando un Estado otorga concesiones comerciales (por ejemplo, la reducción de un arancel) o asume obligaciones (por ejemplo, la adopción de una disciplina sobre *dumping*), beneficia a los demás Estados miembros de la OMC. Ahora bien, si un Estado incumple el Derecho de la OMC (por ejemplo, viola una concesión o infringe una obligación), causa un daño al Estado afectado porque lo priva del beneficio que la concesión u obligación le había reportado. De la misma forma, las contramedidas también causan daño pues consisten en que el Estado afectado suspende concesiones u obligaciones respecto del Estado infractor.

Segundo, desde la óptica de la jurisprudencia de los arbitrajes sobre sanciones en la OMC, lo relevante es el monto del daño que la violación causa a cada Estado sancionador y el monto del daño que la sanción causa al Estado infractor, medidos principalmente en términos del valor en dinero de la reducción de los flujos comerciales entre ambos³. No son relevantes la eventual utilidad que el Estado infractor haya obtenido de la violación ni tampoco la utilidad que el Estado sancionador pudiere obtener de la sanción. Los árbitros tampoco han considerado otros tipos de daño, como el daño político o la reducción del bienestar.

Una vez hechas estas aclaraciones iniciales, podemos abocarnos al tema de los objetivos de la cuantía de las sanciones de la OMC. El ESD no los reconoce explícitamente como tales, sino que son una creación jurisprudencial. Los árbitros han reconocido dos principales.

³ EC – *Bananas III (US)* (Article 22.6), para. 7.1-7.8; EC – *Hormones (US)* (Article 22.6), para. 36-44; EC – *Bananas III (Ecuador)* (Article 22.6), para. 166-170, US – *Gambling (Article 22.6)*, para. 3.10-3.14. Debido a la materia de la disputa, para calcular el daño que la infracción inflingía al Estado sancionador, en los siguientes tres casos los árbitros no atendieron a los flujos comerciales sino al monto de ciertas transferencias monetarias: US – *Copyright Act (Article 25)*, para. 4.1-4.15, US – *1916 Act (Article 22.6)*, para. 6.1-6.13, US – *CDSOA (EEC)* (Article 22.6), para. 3.80, 5.1-5.2, si bien en el último caso el monto de la sanción sí fue medido en términos de reducción de los flujos comerciales.



En primer lugar, el reestablecimiento del equilibrio de las concesiones (*rebalancing concessions*) según el Art. 22.4 y 22.7 ESD. Este propósito parte del supuesto que, en el marco de la OMC, los Estados aceptan liberalizar su comercio siempre y cuando los demás Estados liberalicen el suyo. Es decir, un Estado otorga una concesión (por ejemplo, la reducción del arancel de un determinado producto) a todos los miembros de la OMC si, a su vez, uno o varios Estados otorgan otras concesiones consideradas equivalentes. En el fondo, la OMC como foro de negociaciones comerciales se basa en la reciprocidad de las concesiones,⁴ tal como establece por ejemplo el tercer párrafo del preámbulo del “Acuerdo por el que se Establece la Organización Mundial del Comercio” (a excepción de las negociaciones entre países desarrollados y en desarrollo⁵). La figura 1 representa gráficamente esta situación para los dos Estados A y B. En un comienzo, ambos se encuentran en el punto 0 (respectivamente, A₀ y B₀). A medida que acuerdan liberalizar recíprocamente su comercio mutuo, van desplazándose sucesiva y simultáneamente hasta niveles de mayor intercambio comercial (1 hasta 6).

Ahora bien, si un Estado viola alguna obligación, rompe la reciprocidad. Para representarlo gráficamente mediante la figura 2, supongamos que el Estado A viola el Derecho de la OMC y priva al Estado B de una concesión o beneficio. Por tanto, por ejemplo menos bienes serán exportados desde B hacia A. B ve reducido su nivel de exportaciones, lo que significa que se beneficia de una menor liberalización comercial. Por lo tanto, B se desplaza desde B₆ hasta B₅. B no ha modificado sus barreras comerciales, por lo que el Estado infractor A sigue disfrutando del nivel original de liberalización comercial (A₆).

El objetivo del sistema de solución de controversias sería reestablecer el equilibrio de concesiones recíprocas. La solución óptima es lograr que el Estado infractor cumpla su obligación, de manera de reestablecer el equilibrio de concesiones que los Estados habían

⁴ Respecto del principio de reciprocidad, véase por ejemplo Dominique Carreau & Patrick Juillard: “Droit international économique”, segunda edición, 2005, Dalloz, Paris, pág. 90-93.

⁵ El principio de no-reciprocidad entre países desarrollados y en desarrollo está consagrado principalmente en el Art. XXXVI.8 del GATT y en el párrafo 5 de la “Decisión de 28 de noviembre de 1979 sobre Trato Diferenciado y Mas Favorable, Reciprocidad y Mayor Participación de los Países en Desarrollo” (L/4903), también llamada Cláusula de Habilitación, adoptada durante la Ronda de Tokio del GATT. Para más detalles sobre estas y otras normas que consagran el principio de no-reciprocidad, véase <http://www.wto.org/spanish/tratop_s/devel_s/dev_special_differential_provisions_s.htm>.

alcanzado mediante negociación, es decir, A_6 y B_6 . De no ser posible esta solución óptima, el ESD permite al Estado afectado que imponga sanciones, es decir, que sea él quien esta vez incumpla algunas obligaciones respecto del Estado infractor. Las obligaciones que el Estado sancionador incumple en virtud de la sanción, son (al menos conceptualmente⁶) las concesiones que el Estado sancionador había ofrecido al Estado infractor a cambio de las concesiones que el Estado infractor incumplió. De esta forma, se reestablece la reciprocidad mediante un equilibrio (aunque subóptimo) de concesiones, representado en la figura 3 mediante el desplazamiento del Estado A desde A_6 hasta A_5 . En otras palabras, ambos Estados quedan en una situación como si no hubiesen negociado las respectivas concesiones, es decir, como si el Estado infractor nunca hubiese asumido la obligación que ha violado y el Estado sancionador nunca hubiese asumido su obligación recíproca. Es por esto que, desde la perspectiva del restablecimiento del equilibrio de concesiones, es importante que el monto de la violación y el monto de la contramedida sean equivalentes.

Si asumimos que los Estados son actores racionales, el equilibrio de concesiones original es óptimo y el equilibrio alcanzado tras la violación y la consiguiente sanción es subóptimo. Por tanto, ambos Estados deberían tener incentivos para restaurar la situación original. En este sentido, las sanciones ofrecen un incentivo para que el Estado infractor corrija su comportamiento.⁷

El origen histórico de esta concepción se encuentra en las negociaciones comerciales del GATT, la institución precursora de la OMC. Uno de los pilares del GATT era la reciprocidad de las concesiones, es decir, que las concesiones ofrecidas produjeran para todos los involucrados un aumento aproximadamente igual de las importaciones y de las exportaciones. El objetivo económico era mantener equilibrada la balanza de pagos, principalmente porque en aquella época los tipos de cambio no eran flexibles. El propósito político consistía en asegurar que los actores políticos apoyaran el proceso de liberalización comercial.⁸ Si bien durante la Ronda Kennedy del GATT (1964-1967), las negociaciones “producto a producto” fueron reemplazadas por el método de reducción lineal y pocos años después fueron flexibilizados los tipos de cambio, todavía hoy en la OMC el concepto de la reciprocidad sigue jugando un rol argumentativo importante.

En segundo lugar, un objetivo de las sanciones es incentivar al Estado infractor a que cumpla sus obligaciones emanadas del Derecho de la OMC (*inducing compliance*), según el Art. 3.7 ESD. Ya que el OSD constata las violaciones al Derecho de la OMC (tras adoptar el informe correspondiente de un grupo especial o del Órgano Permanente de Apelación), esta meta se puede formular de la siguiente manera: incentivar al Estado a que cumpla las resoluciones del OSD. En otras palabras, el sistema de solución de controversias de la OMC debe generar incentivos lo suficientemente poderosos como para que el Estado infractor ajuste su comportamiento al Derecho de la OMC. En términos económicos, las

⁶ Véase por ejemplo *US – Prohibited Subsidies on Upland Cotton (Article 22.6)*, para. 4.87.

⁷ En este sentido, véase por ejemplo *EC – Bananas III (US) (Article 22.6)*, para. 6.3.

⁸ Bela Balassa, Constantine Michalopoulos: “Liberalizing Trade between Developed and Developing Countries”, 20(1) *Journal of World Trade*, 1986, pág. 5-6.

sanciones deben generar al Estado infractor un daño mayor que el beneficio obtenido por la violación. Cabe destacar que la Corte Internacional de Justicia ha reconocido la importancia de este propósito de las sanciones.⁹

Los dos objetivos de las sanciones de la OMC pueden llevar a resultados disímiles, por ejemplo en cuanto al monto de las sanciones. Si el propósito es reestablecer el equilibrio, el valor de la concesión suspendida a título de sanción debe equivaler al valor de la concesión violada. En cambio, si la meta de las sanciones es incentivar el cumplimiento del Derecho de la OMC y de las obligaciones contraídas, el monto de la sanción (es decir, el valor de la concesión suspendida) debería ser mayor que el valor del daño sufrido por el Estado sancionador (es decir, el valor de la concesión violada). Los árbitros han denominado “sanciones punitivas” a estas sanciones que consisten en la suspensión que causa al Estado infractor un daño mayor que el daño que la violación provoca al Estado sancionador. A este respecto, cabe recordar que los árbitros han usado como criterios el monto del daño y el monto de la sanción (en vez de, por ejemplo, las diferencias de utilidad).

Para terminar, el requerimiento de reciprocidad obviamente no siempre tiene sentido desde una perspectiva económica, pues ya una liberalización unilateral del comercio puede ser ventajosa. Sin embargo, como ha destacado Jackson, la reciprocidad juega un rol político importante para los Estados al momento de negociar el desmantelamiento de barreras comerciales.¹⁰ Por esta razón, este trabajo no considerará la opción de una liberalización unilateral.

2.2. Jurisprudencia

En tiempos del GATT hubo un único caso en el que se permitió la imposición de sanciones. En este pleito del año 1952 un criterio determinante fue que las sanciones debían ser razonables en consideración al daño sufrido.¹¹ El monto de sanciones que los Países Bajos en su calidad de afectado habían propuesto, fue reducido en atención al daño sufrido. Por tanto, la razonabilidad fue entendida en términos cuantitativos. En conclusión, si bien los objetivos de las sanciones no fueron discutidos explícitamente, desde la perspectiva actual podemos reconocer que la decisión estuvo imbuida del espíritu de un reestablecimiento del equilibrio de las concesiones.

⁹ *Gabcíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*, Judgment, I.C.J. Reports 1997, pág. 7, para. 87: “The Court [...] is therefore not required to pass upon one other condition for the lawfulness of a countermeasure, namely that its purpose must be to induce the wrongdoing State to comply with its obligations under international law [...]”.

¹⁰ John H. Jackson: “The World Trading System”, MIT Press, Cambridge (Massachusetts), segunda edición, 1997, pág. 147.

¹¹ *Netherlands Action under Article XXIII:2 to Suspend Obligations to the United States*, Report adopted by the CONTRACTING PARTIES on 8 November 1952 (L/61), para. 3.

La primera vez que los órganos de solución de controversias de la OMC permitieron imponer sanciones fue en 1999, en el caso conocido como *EC - Bananas III*. Los árbitros enfatizaron que el monto de las sanciones no debía exceder el monto del daño. Es decir, excluyeron la posibilidad de imponer sanciones punitivas.¹² En conclusión, para determinar el nivel de las sanciones, se atuvieron al objetivo de reestablecer el equilibrio de las concesiones. Incentivar al Estado infractor a que cumpliera sus obligaciones no fue el criterio determinante para fijar el monto de las sanciones. Según los árbitros, el daño que ese reestablecimiento causa al demandado ya sería un incentivo suficiente para que él corrigiese su infracción, por lo que desecharon sanciones de un monto mayor.

Algo muy similar ocurrió en el caso conocido como *EC - Hormones (US/Canada)*. Sintomáticamente, ni siquiera la discusión sobre sanciones de contenido diacrónicamente variable (*carousel sanctions*) se refirió a sus cualidades como incentivo dirigido al Estado infractor, sino que los árbitros se preocuparon sólo de garantizar que estas sanciones no resultaran punitivas.¹³

Al año siguiente, en 2000, hubo otra petición para imponer sanciones en el marco de la disputa *EC - Bananas III*. Esta vez, los árbitros fijaron el monto de las sanciones sólo refiriéndose a la necesidad de reestablecer el equilibrio de las concesiones. El objetivo de incentivar al Estado infractor a que cumpliera sus obligaciones sólo fue relevante para analizar si serían apropiadas las llamadas "sanciones cruzadas" (*cross retaliation*) del Art. 22.3 ESD.¹⁴

El siguiente caso en el que el demandante solicitó la autorización para imponer sanciones, es el llamado *US - Copyright Act*.¹⁵ Si bien el arbitraje se desarrolló de acuerdo al Art. 25 ESD, en cuanto al contenido es análogo a un arbitraje según el Art. 22.6 ESD. El laudo de este caso no contiene argumentos relevantes acerca de los propósitos del valor las sanciones.

También en *US - 1916 Act* del año 2004 los árbitros resaltaron la importancia de la equivalencia entre daño y sanción para determinar el monto de las contramedidas; dicho de otro modo, se concentraron en reestablecer el equilibrio de las concesiones.¹⁶

En el caso *US - CDSOA*, el monto de las sanciones fue determinado atendiendo a la meta de reestablecer el equilibrio de las concesiones.¹⁷ El objetivo de incentivar al Estado infractor fue relevante al momento de autorizar un monto diacrónicamente variable de sanciones.¹⁸

¹² *EC - Bananas III (US) (Article 22.6)*, para. 4.1, 6.3.

¹³ *EC - Hormones (US) (Article 22.6)*, para. 22, 23.

¹⁴ *EC - Bananas III (Ecuador) (Article 22.6)*, para. 72.

¹⁵ *US - Copyright Act (Article 25)*.

¹⁶ *US - 1916 Act (Article 22.6)*, para. 5.8. Véase también por ejemplo para. 7.11

¹⁷ *US - CDSOA (EEC) (Article 22.6)*, para. 3.74.

¹⁸ *US - CDSOA (EEC) (Article 22.6)*, para. 4.24, 4.25.

En 2007, también los árbitros del caso *US - Gambling* expresaron que la meta de las sanciones de la OMC es reestablecer el equilibrio de las concesiones¹⁹, si bien un voto de minoría destacó que el objetivo de incentivar al Estado infractor puede ser relevante para determinar el monto específico de las sanciones en los casos en que los árbitros deban elegir entre varias opciones igualmente válidas²⁰. Por otra parte, al igual que en el caso *EC - Bananas III*, los árbitros analizaron las llamadas “sanciones cruzadas” desde la perspectiva de los incentivos para el Estado infractor.²¹

En conclusión, la jurisprudencia arbitral ha sido consistente en que, por un lado, retóricamente enfatiza la importancia tanto de incentivar al Estado infractor a que cumpla sus obligaciones, como de asegurar el restablecimiento del equilibrio de las concesiones. Sin embargo, por otro lado es posible colegir de las decisiones arbitrales que para los árbitros, al momento de determinar el monto de las sanciones, en la práctica el primer propósito es de menor jerarquía que el segundo. Un síntoma de esta interpretación es que no han sido permitidas sanciones punitivas. Cabe destacar que lamentablemente ningún árbitro ha ofrecido una interpretación sistemática satisfactoria de las metas de las sanciones; es más, algunos de ellos han reconocido abiertamente esta situación.²² Por último, algunos árbitros han reconocido que el objetivo de incentivar el cumplimiento de las obligaciones es relevante al momento de determinar el contenido de las sanciones (específicamente, las sanciones cruzadas), mas no su monto.

Además de estos juicios arbitrales sobre sanciones en la OMC, ha habido otros relativos al Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias. Sin embargo, como ya expresado, estos no serán considerados en el marco de este artículo, pues el Acuerdo contiene normas especiales que rigen el monto de las sanciones.

3. Modelo

El modelo considera dos actores, ambos Estados miembros de la OMC: el Estado infractor y el Estado sancionador. Esto se debe a que en la OMC las sanciones son siempre bilaterales (aun cuando las disputas sean plurilaterales).

El modelo propuesto analiza por un lado los beneficios mutuos que estos dos Estados obtienen de las obligaciones pactadas y de las concesiones otorgadas en el marco de esta organización internacional. Por otro lado, analiza el daño que les causa el incumplimiento de una obligación o la violación de una concesión. Beneficios y daños alteran la utilidad de los Estados respectivos y actúan como incentivos. Los árbitros han entendido la utilidad

¹⁹ *US - Gambling* (Article 22.6), para. 2.7, 3.24.

²⁰ *US - Gambling* (Article 22.6), para. 3.70.

²¹ *US - Gambling* (Article 22.6), para. 4.92-4.98.

²² *US - 1916 Act* (Article 22.6), para. 5.4-5.8, *US - CDSOA (EEC)* (Article 22.6), para. 3.73-3.77, 4.25, 6.1-6.4.

desde una perspectiva económica y la han equiparado con las alteraciones de los flujos comerciales entre las partes.²³

El modelo asume una recta de utilidad de pendiente positiva. A medida que ambos Estados pactan más acuerdos mutuos y asumen más obligaciones recíprocas en el marco de la OMC, aumenta para estos Estados la utilidad y por consiguiente ambos se van desplazando a lo largo de la recta hacia arriba y la derecha. A su vez, si los dos dejan de aplicar un acuerdo, se reduce la utilidad para ambos. En definitiva, este supuesto refleja que los Estados actúan racionalmente al liberalizar su comercio recíproco. (Como ya mencionado, este trabajo no considera la opción de una liberalización unilateral ni la pregunta si también ella puede aumentar la utilidad).

Asumir una recta de utilidad implica, por último, que para cada uno de los Estados la utilidad marginal de cada acuerdo u obligación adicional es constante.

3.1. Modelo introductorio

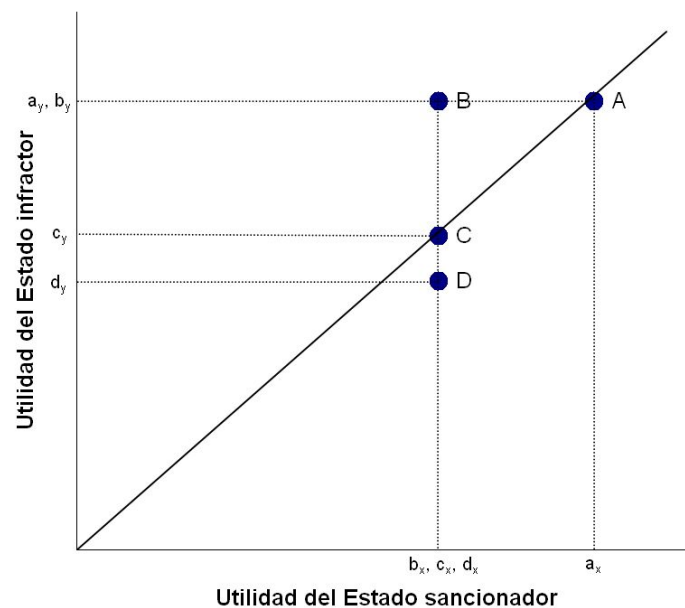


Gráfico 1

El gráfico 1 representa un modelo introductorio que asume que las violaciones e incumplimientos no reportan utilidad a los Estados. También asume que las violaciones e incumplimientos menoscaban la utilidad sólo del Estado afectado, mas no la del Estado incumplidor. Además, se asume que la recta de utilidad tiene una pendiente de 45°, lo que

²³ Este trabajo se atiene a la concepción de los árbitros, a pesar de que se podría usar un concepto la utilidad más amplio. Por ejemplo, la utilidad podrían definirse de manera que incluyere variables económicas adicionales y también políticas.

significa que la liberalización del comercio beneficia por igual a ambas partes; es decir, esta pendiente representa el principio de reciprocidad.

Tras haber pactado acuerdos y asumido obligaciones que liberalizan el comercio recíproco, ambos Estados han obtenido utilidad hasta el punto A. Es este el punto de partida del análisis. Si el Estado infractor viola un acuerdo o incumple una obligación, causa una disminución del nivel de utilidad del Estado sancionador en un monto equivalente a $a_x - b_x$, mientras *ceteris paribus* conserva su propio nivel de utilidad ($a_y = b_y$). En otras palabras, ambos Estados se desplazan desde el punto A al punto B. Esta es la situación que gatilla el proceso arbitral y, por tanto, en la que intervienen los árbitros que actúan según el Art. 22.6 ESD. De acuerdo al ESD, los árbitros no tienen la potestad para obligar al Estado infractor a restituir la situación del punto A. En cambio, los árbitros sí pueden autorizar al Estado afectado para que imponga sanciones, es decir, para que viole una concesión o incumpla algunas de sus obligaciones emanadas del Derecho de la OMC respecto del Estado infractor (por ejemplo, el Estado sancionador puede recibir una autorización para aumentar sus aranceles sobre las importaciones desde el Estado infractor).

Según cómo los árbitros entiendan la meta del monto las sanciones, intentarán desplazar a las partes del conflicto hasta el punto C o el D. En efecto, si el fin de la cuantía de las contramedidas es reestablecer el equilibrio de las concesiones, tendrán primacía los Art. 22.4 y 22.7 ESD, los cuales establecen que el nivel de las contramedidas debe ser equivalente al nivel de daño sufrido por el Estado sancionador (es decir, $b_y - c_y = a_x - b_x$). Al tener la recta de utilidad un ángulo de 45° , el resultado será un punto sobre la recta de utilidad, representado en el gráfico 1 mediante el punto C. En este punto las partes vuelven a encontrarse en un equilibrio de utilidad (si bien, claro está, es un equilibrio subóptimo en comparación con A).²⁴

En cambio, si la meta del monto de las sanciones es incentivar el cumplimiento de las resoluciones del OSD por parte del Estado infractor (Art. 3.7 ESD), los árbitros intentarán alcanzar un punto en que la utilidad del Estado infractor se vea más mermada que la utilidad del Estado sancionador ($b_y - d_y > a_x - b_x$), es decir, un punto que esté situado debajo de la recta de utilidad. Cabe recordar que, ya que asumimos que las violaciones no aumentan la utilidad de los Estados, el punto alcanzado mediante la sanción será de isoutilidad en comparación con B para el Estado sancionador ($b_x = c_x = d_x$). Representamos esta situación mediante el punto D. En el punto D, por una parte, el Estado infractor obtiene una utilidad más baja que la que había logrado mediante negociación con el Estado sancionador. Por otra parte, un incentivo adicional consistiría en que los perjuicios sufridos por el Estado infractor a causa de la sanción son mayores que los perjuicios sufridos por el Estado sancionador a causa del incumplimiento que cometió el Estado infractor ($b_y - d_y > a_x - b_x$). La comparación entre la desmedrada situación propia y la relativamente mejor situación del Estado sancionador podría actuar como aliciente adicional. En efecto, observar que las consecuencias indirectas de un incumplimiento propio perjudican principalmente a uno mismo, podría ser un incentivo poderoso. Por

²⁴ Por ejemplo, *EC - Bananas III (US) (Article 22.6)*, para. 4.1-4.15, 6.5.

estos dos motivos, es de esperar que haya suficientes incentivos para que el Estado infractor acate los acuerdos y cumpla con sus obligaciones, de manera que ambas partes regresen al punto A.

Ahora bien, el punto D representa lo que los árbitros han designado como “contramedidas de carácter punitivo”. El problema radica en que, como ya indicado y según la interpretación que han hecho los árbitros, el ESD exige que las sanciones reestablezcan el equilibrio de las concesiones (es decir, $a_x - b_x = b_y - c_y$). Sin embargo, los árbitros también han reconocido que incentivar el cumplimiento por parte del Estado infractor es uno de los objetivos primordiales del ESD, y mientras mayor el perjuicio causado al infractor por las sanciones, mayor será el incentivo para que él cumpla. En definitiva: ¿qué punto debe ser alcanzado, C o D? ¿Cómo sopesar ambos propósitos de las sanciones? Como ya señalado, los árbitros han decidido que el monto de las sanciones debe ser tal que se alcance el punto C. Es decir, prima la meta de reestablecer el equilibrio de las concesiones por sobre la meta de incentivar al infractor a que cumpla sus obligaciones.

En definitiva, si recordamos los argumentos esgrimidos en las decisiones arbitrales pronunciadas en procedimientos según el Art. 22.6 del ESD (véase más arriba), podemos colegir que los árbitros tienen en mente el modelo introductorio representado en el gráfico 1. A continuación, sin embargo, relajaremos algunos supuestos y elaboraremos un modelo más realista.

3.2. Modelo con supuestos relajados

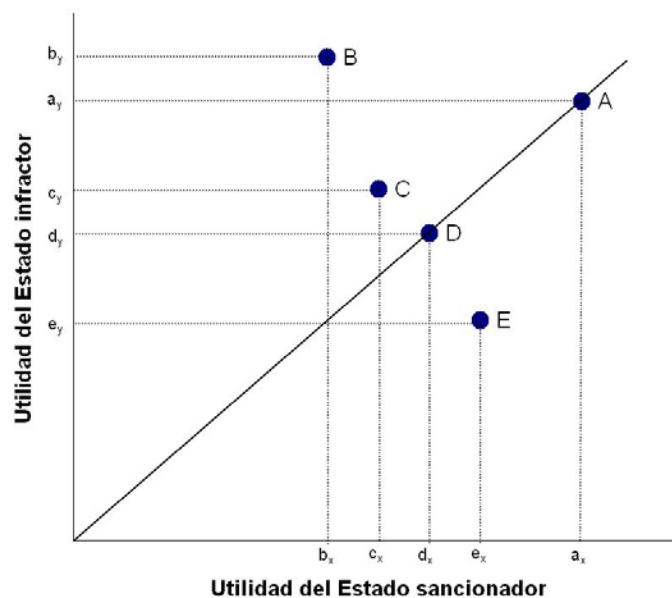


Gráfico 2

El gráfico 2 representa un modelo similar al modelo introductorio, si bien con ciertos supuestos relajados. Este modelo con supuestos relajados asume que las violaciones e incumplimientos aumentan la utilidad del Estado infractor. Por ejemplo, podría ser el caso

que un Estado introduzca aranceles óptimos y mejore sus términos de intercambio. (La violación o incumplimiento también podría reportar beneficios políticos, tales como el apoyo de la industria que sustituye exportaciones, pero ellos no serán analizados en este trabajo). Además, este modelo no asume una recta de utilidad con una pendiente de 45°; dicho de otro modo, puede que un Estado obtenga mayor provecho que otro de los resultados concretos de las negociaciones comerciales, por lo que no necesariamente habrá reciprocidad y la recta tendrá un ángulo variable según el caso. Estos supuestos relajados nos permiten crear un modelo sustancialmente más realista y de mayor capacidad explicativa.

Nuevamente A es el punto de partida de nuestro análisis. Una vez que el Estado infractor incumple una obligación emanada del Derecho de la OMC, aumenta su utilidad ($b_y - a_y$) mientras menoscaba la utilidad de su contraparte ($a_x - b_x$). Por tanto, ambos se desplazan al punto B. Como ya mencionado, las sanciones en la OMC se expresan en autorizaciones para que el Estado sancionador, a su vez, incumpla normas del Derecho de la OMC respecto del Estado infractor. Por tanto, al aplicar contramedidas, aumenta la utilidad del Estado sancionador y se reduce la utilidad del Estado infractor, es decir, ambos se desplazan hacia abajo y la derecha.

Si el nivel de las contramedidas debe ser equivalente al nivel de daño sufrido por el Estado sancionador (Art. 22.4 y 22.7 ESD), entonces el monto de la sanción debe equivaler a $a_x - b_x$; de lo contrario, las sanciones serían punitivas. Sin embargo, por dos razones no podemos saber si las contramedidas dejarán a ambas partes en un punto superior a la recta de utilidad (por ejemplo el punto C; $a_x - b_x = b_y - c_y$), sobre ella (por ejemplo el punto D; $a_x - b_x = b_y - d_y$) o debajo de la recta (por ejemplo el punto E; $a_x - b_x = b_y - e_y$). Primero, porque la pendiente de la recta no está definida. Segundo, porque no sabemos cuánto varía la utilidad de ambos Estados cuando uno de ellos incumple sus obligaciones (en otras palabras, no conocemos el grado de elasticidad entre la utilidad de ambos Estados).

Ahora bien, si la meta del monto de las sanciones es incentivar al Estado infractor a que cumpla las resoluciones del OSD (Art. 3.7 ESD), uno podría adoptar dos posiciones.

La primera sería que la sanción cause al Estado infractor un daño mayor que el beneficio obtenido por la violación. Es decir, dejar al Estado infractor en una posición peor que la posición de inicio (es decir, cualquier punto inferior a a_y , como por ejemplo los puntos C, D o E). Más aun, idealmente debería ser una posición peor que la que él podría alcanzar mediante negociaciones comerciales con el Estado sancionador (en otros palabras, algún punto bajo la recta, como por ejemplo el punto E). De esta forma, al Estado infractor le convendría cumplir sus obligaciones, de modo que el Estado sancionador retire las contramedidas y ambos Estados puedan alcanzar un punto de mayor utilidad. Desde esta perspectiva, las consecuencias de la sanción sobre el Estado sancionador son irrelevantes.

La segunda opción sería imponer sanciones que dejen al Estado infractor en una posición peor que la del Estado sancionador, por las mismas razones ya expuestas al explicar las sanciones punitivas en el marco del modelo introductorio. Dependiendo de la inclinación de la recta y de los beneficios que reporte a cada parte el incumplimiento de sus

obligaciones, los resultados pueden ser: que la contramedida reduzca la utilidad del Estado infractor más que lo que la violación original redujo la utilidad del Estado sancionador (es decir, por ejemplo el punto C si $a_x - b_x < b_y - c_y$, D si $a_x - b_x < b_y - d_y$, o E si $a_x - b_x < b_y - e_y$), que la contramedida reporte más utilidad al Estado sancionador que la violación original al Estado infractor (es decir, por ejemplo el punto C si $c_x - b_x > b_y - a_y$, D si $d_x - b_x > b_y - a_y$, o E si $e_x - b_x > b_y - a_y$), o una combinación de ambas.

Por cierto, cabe considerar además los incentivos para el Estado sancionador. Mientras más cercana a a_x sea su posición tras imponer contramedidas, menos incentivos tendrá él para aportar a una pronta solución de la disputa.

En conclusión, el modelo indica que tanto el objetivo de un monto de sanciones equivalente al nivel de daño sufrido por el Estado sancionador (Art. 22.4 y 22.7 ESD) como el propósito de sanciones de un monto que incentive al Estado infractor a que cumpla las resoluciones del OSD (Art. 3.7 ESD) pueden conducir a los mismos resultados. (La única excepción ocurre si la sanción debe dejar al Estado infractor en una posición peor que la alcanzable mediante negociaciones comerciales, pues entonces este Estado acabará siempre debajo de la recta). En definitiva, el modelo representado en el gráfico 2 nos muestra que en gran medida es impredecible el resultado que obtendrán las contramedidas en cuanto a la utilidad de los Estados involucrados y, por tanto, a los incentivos. Esto se debe a que los efectos de las sanciones dependen en gran parte de variables cuyo valor los árbitros desconocen y tampoco pueden influenciar (tal como reconoció por lo menos un árbitro²⁵), como por ejemplo el grado en que una violación (o, en su caso, una anulación o menoscabo) afecta la utilidad de cada Estado, y el beneficio que las partes obtienen de la liberalización del comercio (simbolizado por la pendiente de la recta). Es de esperar que sólo tendencialmente los efectos de las contramedidas puedan verse afectados por la interpretación de las metas del monto de las sanciones a la que adhieran los árbitros: en efecto, es posible que un árbitro que privilegie el objetivo de equivalencia entre daño y sanción tendencialmente autorice sanciones de menor cuantía que un árbitro que privilegie el propósito de incentivar el cumplimiento de las resoluciones del OSD. En otras palabras, no se puede descartar que la discusión sobre las metas del monto de las sanciones y que el sopesamiento de estos objetivos en muchos casos tengan escasas consecuencias prácticas sobre los efectos de las sanciones.

4. Conclusiones

El ESD no es claro en cuanto a los objetivos de la cuantía de las contramedidas. Para fijar el monto de las sanciones permitidas, los árbitros han privilegiado el propósito de reestablecer el equilibrio de concesiones por sobre la meta de incentivar al Estado infractor a que cumpla sus obligaciones. Es por esto que han enfatizado que no debe haber

²⁵ US – CDSOA (EEC) (Article 22.6), para. 4.25, 6.2.

sanciones punitivas, es decir, que el monto de las sanciones no debe superar al monto del daño causado al Estado sancionador.

De las argumentaciones de los árbitros se desprende que ellos han entendido el sistema de contramedidas de una manera análoga al modelo introductorio presentado en este trabajo. Sin embargo, aquel modelo es insuficiente, por lo que hemos relajado los supuestos y agregado dos variables que aumentan el grado de realismo y el poder explicativo del modelo: el grado en que una violación aumenta la utilidad de un Estado y disminuye la utilidad del otro, y el grado en que la liberalización del comercio beneficia a las partes. En consecuencia, hemos podido observar que, si los árbitros atienden como hasta ahora sólo a las variables del monto del daño y del monto de la sanción, los efectos de las contramedidas son, en esencia, impredecibles. La posición que un árbitro adopte respecto de los objetivos de las sanciones sólo tendrá efectos tendenciales.

Lo anterior no significa, sin embargo, que las discusiones sobre las metas de las contramedidas hayan sido insensatas. En efecto, por un lado los Estados litigantes han incentivado frecuentemente estas discusiones, por lo que los árbitros difícilmente podrían haberlas esquivado. Por otro lado, es posible que el énfasis que los árbitros han puesto en el reestablecimiento del equilibrio haya jugado un rol político, en el sentido de comunicar a los Estados miembros de la OMC que los árbitros no adoptan decisiones arbitrarias sino que se sujetan a los límites que los Estados miembros de la OMC especificaron en el ESD. En otras palabras, la discusión de las metas de las sanciones y la interpretación teleológica de los árbitros se podría tal vez explicar como un intento de aumentar (o, al menos, no socavar) la legitimidad del proceso de solución de controversias.

5. Casos citados de la OMC

Nombre abreviado	Nombre completo
<i>US - 1916 Act (Article 22.6)</i>	Decisión de los árbitros, Estados Unidos - Ley antidumping de 1916, Recurso de los Estados Unidos al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, WT/DS136/ARB, 24 de febrero de 2004.
<i>EC - Bananas III (Ecuador) (Article 22.6)</i>	Decisión de los árbitros, Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos, recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, WT/DS27/ARB/ECU, 24 de marzo de 2000.

Nombre abreviado	Nombre completo
<i>EC - Bananas III (US)</i> (Article 22.6)	Decisión de los árbitros, Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos, Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, WT/DS27/ARB, 9 de abril de 1999.
<i>US - CDSOA (EEC)</i> (Article 22.6)	Decisión del árbitro, Estados Unidos - Ley de compensación por continuación del dumping o mantenimiento de las subvenciones de 2000, Recurso de los Estados Unidos al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, WT/DS217/ARB/EEC, 31 de agosto de 2004. ²⁶
<i>US - Copyright Act</i> (Article 25)	Laudo arbitral, Estados Unidos - Artículo 110(5) de la ley de derecho de autor de los Estados Unidos, Recurso al arbitraje previsto en el artículo 25 del ESD, WT/DS160/ARB25/1, 9 de noviembre de 2001.
<i>US - Gambling (Article 22.6)</i>	Decisión del árbitro, Estados Unidos - Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas, Recurso de los Estados Unidos al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, WT/DS285/ARB, 21 de diciembre de 2007.
<i>EC - Hormones (Canada)</i> (Article 22.6)	Decisión de los árbitros, Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas), Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, WT/DS48/ARB, 12 de julio de 1999.
<i>EC - Hormones (US)</i> (Article 22.6)	Decisión de los árbitros, Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas), Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, WT/DS26/ARB, 12 de julio de 1999.
<i>US - Prohibited Subsidies on Upland Cotton (Article 22.6)</i>	Decisión del árbitro, Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano (upland), Recurso por los Estados Unidos al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD y el párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC, WT/DS267/ARB/1, 31 de agosto de 2009.

²⁶ En este caso hubo procedimientos arbitrales paralelos en los cuales Brasil, Chile, las Comunidades Europeas, India, Japón, la República de Corea, Canadá y México solicitaron contramedidas contra los EE.UU. Para simplificar la exposición, y ya que las decisiones arbitrales no presentan divergencias sustanciales en cuanto a los temas analizados en este trabajo, las referencias se hacen a la decisión arbitral referida a las Comunidades Europeas.