

FUNDAMENTOS DEL RÉGIMEN DE SALVAGUARDIAS DE LA OMC: *¿EVOLUCIÓN IMPREVISTA DE LAS CIRCUNSTANCIAS?*

Aparicio Caicedo Castillo*

Sumario

Introducción

I. Medidas de Salvaguardia: Concepto y Fundamentos

I.1 Justificación económica

- i) períodos de reajuste económico
- ii) Para afrontar circunstancias excepcionales

I.2. Justificación política

- i) Facilitan el alcance de acuerdos
- ii) Permite suspensión parcial del cumplimiento de los compromisos sin comprometer la integridad del sistema.
- iii) Mejora el nivel de aceptación social de acuerdos de libre comercio.

I.3. Aspecto clave: Encontrar el correcto grado de flexibilidad.

II. ¿Es todavía exigible el requisito de la “evolución imprevista de las circunstancias”?

II.1. Artículo XIX del GATT y su relación con el Acuerdo sobre Salvaguardias.

III.2. Artículo XIX del GATT: “evolución imprevista de las circunstancias”.

III.3. Argumentos del Órgano de Apelaciones.

* Investigador de la Cátedra Garrigues de Derecho Global de la Universidad de Navarra. C.E.: worldgl@unav.es. El presente trabajo es parte de una investigación en curso: “*Escape Clauses*” en la regulación internacional de comercio”

III.4. Crítica a la posición del Órgano de Apelaciones.

- i) Primera crítica: sobre la interpretación sistemática del Acuerdo sobre Salvaguardias.
- ii) Segunda crítica: deficiente valoración interpretativa de los antecedentes históricos.

Introducción

Las medidas salvaguardias son remedios comerciales de emergencia. Permiten la suspensión parcial de acuerdos internacionales de libre comercio para proteger a un sector productivo nacional.¹ Por tal motivo, han constituido un importante instrumento de control de la economía en procesos de liberalización comercial. En el entorno de la OMC, las salvaguardias se encuentran reguladas de manera general por el artículo XIX del GATT y por el Acuerdo sobre Salvaguardias.

A partir del nacimiento, en 1995, de la institución heredera del GATT, la OMC, la adopción de medidas de salvaguardia tuvo un auge significativo, lo cual también supuso el incremento de controversias sobre su aplicación ante los órganos de solución de diferencias de dicha Organización.² Curiosamente, todos aquellos procesos han terminado con una declaración de no conformidad con las disposiciones de los acuerdos de la OMC. Es decir, que todas las salvaguardias adoptadas han sido declaradas "ilegales". Ante esto, los Estados miembros han dejado progresivamente de recurrir a este mecanismo, optando por otras opciones

¹ TERENCE P. Stewart (ed.): Safeguards, en *THE GATT URUGUAY ROUNDS. A NEGOTIATION HISTORY* (1986-1992), Vol. II, , Kluwer Law and Taxation, 1993, pp. 1771-1820.

² La estructura del proceso de solución de controversias de la OMC funciona en dos instancias. La primera, se sustancia ante el Grupo Especial, un órgano creado *ad hoc* para cada caso. La segunda, ante Órgano de Apelaciones, ente permanente conformado por expertos elegidos cada cuatro años. Véase acuerdo anexo al Acuerdo General de la OMC: Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución De Diferencias. Para más detalles, ver el módulo de información en la página de Internet de la OMC: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/disp_settlement_cbt_s/signin_s.htm

como las medidas *antidumping*.³ Esto puede significar básicamente dos cosas: Por un lado, que las cláusulas de salvaguardias están efectivamente siendo empleadas de manera ilegítima por los miembros. Por otro, que si bien, en algunos casos, tales medidas han sido aplicadas legítimamente, existe un desacuerdo insalvable entre los distintos operadores jurídicos encargados de su aplicación (autoridades locales) y control (órganos de solución de controversias).⁴ Nos inclinamos por la segunda alternativa, creemos que en la mayoría de los casos ha existido confusión con respecto a la interpretación de los acuerdos de la OMC en materia de salvaguardias, cuestión que nace de una incomprensión sobre la función de aquel mecanismo institucional.

Entre las cuestiones interpretativas más discutidas está la verificación de los requisitos de hecho exigidos por la norma para la adopción de salvaguardias. Dentro de estas condiciones fácticas, hay una que ha recibido especial atención: *la evolución imprevista de circunstancias*. La prueba procesal de dicho requisito se ha convertido en obstáculo infranqueable para aquellos países que intenta justificar jurídicamente la adopción de medidas de salvaguardia. En este trabajo explicaremos las razones por las que la postura del Órgano de Apelación en este punto nos parece poco coherente con una correcta interpretación de los acuerdos de la Organización. Además, sostendremos que la cuestión de fondo obedece al desacuerdo aludido antes con respecto a la naturaleza institucional del régimen de salvaguardias de la OMC.

Para los teóricos del libre comercio, las medidas de salvaguardia no son más que paternalismo estatal, indeseable desde una perspectiva meramente económica. Por ello, respaldan el empleo de criterios legales extremadamente restrictivos que dificulten al máximo su aplicación. Para los que adoptan esta postura doctrinal, la aplicación inflexible de las reglas de la OMC libraría al sistema de las manipulaciones políticas con afanes proteccionistas. Sin embargo, como veremos, esta postura no concuerda con la concepción original del régimen de salvaguardias. La

³ Véase acuerdo anexo al Acuerdo General de la OMC: Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General Sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994.

⁴ STEVENSON, Cliff: Are The World Trade Organization Members Correctly Applying World Trade Organization Rules In Safeguards Determinations?, en *JOURNAL OF WORLD TRADE*, 38(2), 307-329,2004.

utilidad de aquellas cláusulas de protección trasciende del ámbito económico. Concebida desde una posición teórica más próxima a la realidad, se trata de una importante herramienta de flexibilidad institucional, básica para el exitoso desempeño de la OMC. Para aclarar esta cuestión, en la Parte I comenzaremos por una breve exposición de las claves conceptuales del régimen de salvaguardias, en la que expondremos el fundamento de este mecanismo como parte del diseño institucional de la Organización. Todo aquello nos servirá para abordar adecuadamente, en la Parte II, los problemas interpretativos relacionados al requisito de la *evolución imprevista de las circunstancias* y tratar de fijar los verdaderos límites al examen realizado por los órganos de solución de diferencias en este respecto.

I. Medidas de Salvaguardia: Concepto y Fundamentos

Desde un enfoque económico, se define comúnmente a las medidas de salvaguardias como aquellas restricciones que impone una autoridad de un Estado a las importaciones de un determinado producto con el fin de proteger un sector productivo local gravemente afectado, o amenazado, por el aumento de las importaciones de productos similares.⁵ De ahí que se halla elegido el término “salvaguardia” que es sinónimo de *protección, guarda* o *garantía*.⁶ Bajo otra perspectiva, la de su funcionalidad institucional, estas medidas constituyen a su vez una suerte de *mecanismos de escape* contenidos en la mayoría de los acuerdos internacionales de liberalización comercial en virtud de los cuales se permite a las autoridades de los Estados miembros de dichos acuerdos, la suspensión parcial –*escapar*– de su cumplimiento bajo determinados supuestos.⁷

⁵ Las medidas de salvaguardia se encuentran reguladas en el artículo XIX del GATT 1994 y en el “Acuerdo sobre Salvaguardias” que consta anexo al Acuerdo de la OMC.

⁶ Diccionario de Sinónimos y Antónimos de la Lengua Española, Vox, 1997.

⁷ Por esto, las disposiciones relativas medidas de salvaguardias son conocidas en la literatura anglosajona como “*escape clauses*”. El primer acuerdo en que se incluyeron disposiciones relativas a medidas de esta naturaleza lo constituye el *Acuerdo Comercial Recíproco entre Estados Unidos y México de 1945*. El término *escape clause* es utilizado originalmente en el derecho contractual americano: “*A contractual provision that allows a party to avoid performance under specified conditions...*” (“BLACK’S LAW DICTIONARY”, séptima edición).

Las salvaguardias se diferencian de otras medidas de naturaleza análoga principalmente por las razones que avalan su utilización. Tal es el caso de las medidas *antidumping*⁸ y las medidas compensatorias,⁹ cuya justificación es el hecho de proteger a algún sector de la producción nacional frente a prácticas *ilegítimas* o *injustas* de otros Estados. Su fundamento es el principio de trato recíproco entre los miembros de la Organización, piedra angular del sistema multilateral de comercio. El caso de las salvaguardias es distinto. La razón primaria que justifica la utilización de este mecanismo es la existencia o incluso la amenaza de un daño grave a la producción nacional. No presupone una conducta reprochable por parte de terceros. Esto acarrea serios planteamientos en un sistema que se supone diseñado para la liberalización progresiva del comercio internacional y en el que se confía, lógicamente, que cada Estado soporte equitativamente la carga de realizar los ajustes necesarios para cumplir con sus compromisos.¹⁰ Por ello, nos ocuparemos primero exponer y analizar los fundamentos teóricos del régimen de salvaguardias. Ello nos dará los elementos de juicio necesarios para el análisis jurídico que nos ocupa en la Parte II. Con ese propósito, buscaremos respuesta en los planteamientos de carácter económico que avalan tradicionalmente la necesidad de este tipo de medidas en el proceso de liberalización comercial internacional. Luego de advertir la insuficiencia del argumento económico, haremos especial énfasis en las razones de orden político como fundamento terminante del régimen de salvaguar-

⁸ Ver: "Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994". Anexo al Acuerdo de la OMC

⁹ Ver: "Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias". Anexo al Acuerdo de la OMC.

¹⁰ Resulta esclarecedora la opinión vertida por los representantes de Suiza al respecto durante los trabajos preparativos del Acuerdo sobre Salvaguardias: "*What safeguards can and should be tolerated to counter the "effects" of fair competition? In these circumstances, rising imports are nearly always the result and not the cause of the lack of competitiveness of domestic producers, who have become sensitive and vulnerable. Sensitivity to imports cannot be assimilated to injury or prejudice, attributable to the wrongful behaviour of a foreign government or a private competitor. This is why safeguards, which, like measures at the frontier, only deal with the symptoms of the situation and not with its causes, while furthermore penalizing fair play, are highly disputable from both the economic and the legal point of view*" (...) "*It would be desirable to leave such situations to develop in accordance with market forces alone.*" (GATT No. MTN.GNG/NG9/W/26, 2 de noviembre de 1989, párrafo 6. Disponible en dirección de Internet: <http://www.worldtradelaw.net/history/ursafeguards/ursafeguards.htm> -Julio, 2006-)

días, previsto como parte de un correcto diseño del sistema institucional de la OMC.

I.1. Justificación económica.

La esencia de la filosofía económica detrás de las medidas de salvaguardias se puede inferir de la lectura del texto del primer párrafo del artículo XIX del GATT¹¹. Este dispone que se podrá adoptar medidas de esta naturaleza si *como consecuencia de la evolución imprevista de las circunstancias y por efecto de las obligaciones, incluidas las concesiones arancelarias, contraídas por una parte contratante en virtud del presente Acuerdo, las importaciones de un producto en el territorio de esta parte contratante han aumentado en tal cantidad y se realizan en condiciones tales que causan o amenazan causar un daño grave a los productores nacionales de productos similares o directamente competidores en ese territorio*.¹² Del texto se deduce claramente la perspectiva económica de la utilización de mecanismos de salvaguardias: lo importante es proteger a los sectores productivos locales del impacto comercial negativo que puede significar el incremento drástico de la competencia de productos extranjeros. Como mencionamos anteriormente, a diferencia de otras medidas restrictivas similares, las salvaguardias no obedecen a un principio de reciprocidad entre las partes del acuerdo. Su objetivo primordial es alcanzar protección política en momentos de urgencia económica, sin tener en cuenta la situación de terceros. Y de esto también se deduce su carácter provisional, en cuanto estas medidas solo serían justificables mientras dure la amenaza frente a la cual se busca protección.¹³ No obstante, la racionalidad económica de las salvaguardias está sujeta a un amplio debate, relacionado especialmente con su utilidad y conveniencia como instrumento de política económica.¹⁴ En el presente apartado nos referiremos únicamente a los

¹¹ PAUWELYN, Jooste: "The Puzzle Of WTO Safeguards In Regional Trade Agreements", en *JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW*, 7(1), 109-147, Oxford University Press, 2004.

¹² Párrafo a) del artículo XIX del GATT 1994.

¹³ Terence, op. cit. nota 1, p. 1717.

¹⁴ PAUL, Joel R.: "Do International Trade Institutions Contribute to Economic Growth and Development?", en *VIRGINIA JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW*, 44, 1, 2003, pp. 324 -327.

fundamentos económicos que subyacen al contenido de los acuerdos de la OMC.¹⁵

Las salvaguardias, en el contexto que nos ocupa, han sido tradicionalmente concebidas como remedio frente a alguno de los siguientes supuestos generales:

- i) periodos de reajuste económico derivados del cumplimiento de acuerdos de liberalización comercial.
- ii) circunstancias excepcionales donde las condiciones de mercado se ven temporalmente distorsionadas por un aumento anormal de las importaciones de un determinado producto o grupo de productos.

i) Periodos de reajuste económico

Para explicar mejor este punto debemos aludir, de manera muy lacónica, a los planteamientos básicos de la teoría económica del libre comercio:¹⁶ La liberalización del comercio lleva a la optimización de la economía mediante la reubicación y especialización de los recursos productivos. Teóricamente, esta situación se daría porque, en una economía libre de distorsiones comerciales, tales recursos se desplazan de las industrias ineficientes a las más eficientes. En el proceso de liberalización comercial, los recursos de producción como la mano de obra y la tecnología industrial,¹⁷ normalmente empleados en aquellos sectores productivos deprimidos por su incapacidad competitiva, serían absorbidos por aquellos sectores competitivos que empiezan a crecer. Natu-

¹⁵ Por ejemplo: El artículo 801 del *Tratado de Libre Comercio de América del Norte* ("TLCAN" o "NAFTA" por sus siglas en inglés) reproduce disposiciones muy similares a las del artículo XIX del GATT, por lo que se deduce una lógica similar para justificar medidas de salvaguardias desde la perspectiva económica.

¹⁶ Ver: SMITH, Adam: "AN INQUIRY INTO THE NATURE AND CAUSES OF THE WEALTH OF NATIONS", Claredon Press, Tomo I y II, imp. 1979. Para una explicación ilustrativa de la Teoría del libre comercio, ver: BUCHHOLZ, Todd G. : "NEW IDEAS FROM DEAD ECONOMISTS, AN INTRODUCTION TO MODERN ECONOMIC THOUGHT", Pluma, edición revisada, 1999, pp. 10-29 (332 páginas). SAMUELSON, Paul A.: "The Gains from International Trade Once Again", en *ECONOMIC JOURNAL*, 72, 1962, pp. 820 y siguientes. PAUL, Joel R.: "Do International Trade Institutions...", citado, pp. 291 y 292.

¹⁷ Son los ejemplos más comunes.

ralmente, este proceso implica un período de transición que la mayoría de las veces se traduce en la contracción o quiebra de aquellas industrias sin oportunidades en un mercado global, y las consecuentes pérdidas de puestos de trabajo que todo ello implica. Ello resulta en serios traumas económicos y sociales para cualquier Estado, dado que el dinamismo del proceso de reubicación de recursos tiende a ser paulatino, más aún en el caso de sociedades menos desarrolladas económicamente.¹⁸ En este contexto, las medidas de salvaguarda estarían concebidas como un alivio temporal.¹⁹ En otras palabras, son una forma de protección estatal que permite a los productores locales realizar los reajustes necesarios para encarar las nuevas circunstancias económicas.²⁰

Es necesario aclarar que la validez práctica de este planteamiento teórico está sometida a numerosas críticas doctrinales.²¹ Muchos ven estas medidas como medios para alentar el status quo económico de las empresas poco competitivas, antes que un mecanismo de eficaz para permitir su optimización productiva.²² No obstante, en el contexto de la OMC, su potencial eficacia como mecanismo de reestructuración económica constituye un supuesto normativamente aceptado. De hecho, el preámbulo del Acuerdo sobre Salvaguardia hace alusión expresa a este argumento cuando menciona que los miembros reconocen la “*importancia del reajuste estructural y la necesidad de potenciar la competencia en los mercados internacionales en lugar de limitarla*”.

¹⁸ Al respecto, ver: STITGLITZ, Joseph y CHARLTON, Andrew, “FAIR TRADE FOR ALL: HOW TRADE CAN PROMOTE DEVELOPMENT”, Oxford University Press, 2005, pp. 171 y siguientes. (316 páginas)

¹⁹ El Comité de Finanzas del Senado de los Estados Unidos, en 1974, presentó un informe en el que señalaba claramente la racionalidad de las medidas de salvaguardia como alivio económico temporal: “*The rationale of the escape clause has been, and remains, that as a trade barrier to international trade are lowered, some industries and workers inevitable face serious injury, dislocation and perhaps economic extinction. The escape clause is aimed at providing temporary relief for an industry suffering from serious injury, or threat thereof, so that the industry will have sufficient time to adjust to the freer international competition.*” (S. Rep No. 1298, 93d Cong., 2d Sess.119, 1974).

²⁰ YONG-SHIK LEE, “SAFEGUARDS MEASURES IN WORLD TRADE”, Kluwer Law International, 2003, p. 6.

²¹ Ver STITGLITZ y CHARLTON, “FAIR TRADE FOR ALL...”, pp. 24-33.

²² Para una exposición de las principales posiciones críticas, ver: SYKES, Alan O.: “Protectionism as Safeguards: A Positive Analysis of the GATT Escape Clause with Normative Speculations”, en *UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW*, 58, 1991, pp. 263 y siguientes.

Una situación de actualidad, que nos sirve de ejemplo gráfico, es la adhesión de la República Popular China a la OMC.²³ Esta incorporación es particularmente importante por la singular capacidad de producción china y el bajo costo de sus productos. Un caso específico que resulta paradigmático es el de las manufacturas textiles. El reducido costo de las exportaciones textiles del gigante asiático significó un fuerte golpe a la producción de sus similares de otros miembros como EEUU y las Comunidades Europeas. Especialmente a partir de la abolición del sistema de cuotas, en el 2005, las autoridades europeas anunciaron su intención de adoptar medidas restrictivas ante la avalancha de importaciones chinas, entre las que se barajaba la adopción de salvaguardias para proteger su industria.²⁴ A efectos ilustrativos, si tratamos de justificar hipotéticamente la implementación de salvaguardias en este caso, podríamos alegar que la incorporación de China en el sistema multilateral de comercio, dada su magnitud comercial, ha supuesto una ampliación significativa de la apertura originalmente prevista por los miembros de la OMC. Esta situación se torna crítica en sectores como el de la producción textil, muchos de fabricantes europeos de textiles no se encuentran actualmente en condiciones de competir con sus similares chinos. El ingreso masivo de productos textiles chinos (*nuevas circunstancias económicas*) en los mercados internos de otros Estados miembros de la OMC amenaza con llevar a un proceso acelerado de quiebra de varias industrias sin capacidad actual de competir en tales condiciones. En un caso como este, siguiendo los argumentos económicos expuestos, se podría justificar metafóricamente la implementación de restricciones comerciales que impliquen la protección temporal de los productores nacionales, hasta que se acoplen a las nuevas situaciones de mercado

²³ Protocolo de adhesión de la República Popular China, aprobado por decisión de la Conferencia Ministerial de la OMC el día 10 de noviembre de 2001. Véase también: YA QUIN, Julia: WTO-Plus Obligations and their implications for the World Trade Organization Legal System, en *JOURNAL OF WORLD TRADE*, 37(3), 2003, pp. 483-522.

²⁴ Legislación comunitaria sobre las importaciones textiles chinas: Reglamento (CE) n° 1470/94 de la Comisión, de 27 de junio de 1994, sobre la apertura de un contingente cuantitativo a la importación de productos textiles de la categoría 160 originarios de la República Popular de China y por el que se modifican los Anexos IV y V del Reglamento (CE) n° 517/94 del Consejo relativo al régimen común aplicable a la importación de productos textiles originarios de determinados países terceros (Diario Oficial n° L 159 de 28/06/1994 p. 0014 – 0015)

(período de *reajuste económico*), mediante la aplicación de salvaguardias a la importación de productos textiles chinos.²⁵

ii) Para afrontar circunstancias excepcionales

La segunda razón económica común para la adopción de salvaguardias es el eventual surgimiento de circunstancias que motiven una distorsión temporal de las condiciones de mercado. Ya no se trata de industrias sin capacidad de competir en el mercado global, sino de sectores productivo que vienen operando con normalidad en un régimen de libre comercio, pero que se ven afectados súbitamente por situaciones externas anormales. Un escenario de este tipo puede darse, por ejemplo, como resultado de una crisis financiera súbita en Estado miembro de la OMC que afecte temporalmente la capacidad de competir de los productos de otros Estados miembros. Un caso recurrente es el abaratamiento temporal de los productos en países exportadores derivado de procesos crónicos de devaluación monetaria.²⁶ Ello generalmente genera en una distorsión súbita del mercado: si, en un Estado determinado, el precio de la moneda nacional baja sorpresivamente, disminuye drásticamente el precio de sus productos en el mercado internacional, lo cual otorga una ventaja frente a sus competidores de otros Estados. El costo excepcionalmente bajo de las exportaciones de estas economías en crisis deja a los productores de otros Estados importadores, en la práctica, sin capacidad de ofrecer precios competitivos en el mercado local o global. En estas circunstancias anormales, las medidas de salvaguardia

²⁵ Ver al respecto: JACKSON, John H.: *The Impact of the China Accession to the WTO*; y también: DICKSON, Ian: *China's Interest in the World Trade Organization's deregulation of International Textile Trade*, en *CHINA AND THE WORLD TRADING SYSTEM, ENTERING THE NEW MILLENIUM*, Cambridge University Press, 2003. Para un análisis del desarrollo de la entrada de China en el sistema multilateral de comercio, desde la perspectiva oficial de la República Popular, ver: TONG, Zhiguang: "The Development of China and World Trade", en *JOURNAL OF WORLD TRADE*, 40(1), 2006, pp. 129-136.

²⁶ En el caso EEUU-acero, por ejemplo, EEUU alegaba que su producción de había visto afectada como resultado del abaratamiento de productos similares provenientes de los Estados ex soviéticos. Dichos estados estaban enfrentando un grave proceso de devaluación de su moneda. En el caso Argentina-melocotones, Chile alegaba que necesitaba enfrentar el inusual aumento de las importaciones de melocotones argentinos derivado principalmente del proceso de devaluación monetaria crónica que afectaba en ese momento a la economía de Argentina.

pueden llegar a constituir un remedio apropiado para proteger los intereses de la industria doméstica afectada.²⁷

En estos términos, es lógico que las circunstancias económicas que justifiquen la adopción de salvaguardias deban ser excepcionales y no meros hechos regulares. Por citar un paradigma podemos revisar el histórico caso *Hatter's Fut*.²⁸ Se trataba de unas medidas de salvaguardia impuestas por EEUU para proteger a sus productores nacionales de prendas de vestir, específicamente de sombreros para mujeres. En dicho caso, el grupo de trabajo conformado aceptó la alegación de EEUU en el sentido de considerar *el particular grado de cambio en la moda de los estilos de los sombreros para mujeres* como un supuesto de *desarrollo imprevisto de circunstancias*.²⁹ Como veremos más adelante, es precisamente en relación a este punto donde se va centrar nuestro análisis jurídico del régimen normativo de la OMC.

I.2. Justificación política.

La validez de los argumentos que sirven de fundamento económico al régimen de salvaguardias no es una cuestión unívoca. De hecho, como mencionamos antes, la conveniencia de este mecanismo como instrumento de política económica está sujeta a diversas críticas, muchas de estas muy bien sustentadas.³⁰ Ante la dudosa firmeza del argumento

²⁷ LEE, ibidem nota 18.

²⁸ Constituye la primera decisión del mecanismo de solución de diferencias del GATT 1947 en la cual se analizó el contenido de las disposiciones del artículo XIX.(GATT/CP/106, del 28 de marzo de 1951, párrafo 12. Texto disponible en página de Internet de la GATT Digital Library de la Universidad de Stanford: <http://gatt.stanford.edu/bin/object.pdf?90310003> -Julio, 2006-)

²⁹ *"The members of the Working Party, with the exception of the Czechoslovak representative, accordingly considered that the effects of the circumstances indicated above, and particularly the degree to which the change in fashion affected the competitive situation, could not reasonably be expected to have been foreseen by the United States authorities in 1947, and that the condition of Article XIX that the increase in imports must be due to unforeseen developments and to the effect of the tariff concession can therefore be considered to have been fulfilled."*.(GATT/CP/106, del 28 de marzo de 1951, párrafo 12)

³⁰ En este sentido, Alan SYKES señala que *"trade protection is an extremely costly and clumsy device for compensating the losers from "trade" liberalization. To a great extent, it may simply line the pockets of diversified shareholders in protected industries. Doing little for individuals whose jobs have been sacrificed for the broader public good.*

económico, sostenemos que el sustento teórico decisivo en favor del régimen de salvaguardias viene dado en el campo político.³¹ La racionalidad económica indica la importancia técnica de este mecanismo de protección, pero la argumentación política nos permite conocer su trascendencia funcional como herramienta al servicio del proceso de negociación, acuerdo e implementación de las reglas del sistema multilateral de comercio. Desde los inicios del GATT de 1947, los más importantes ideólogos de liberalismo económico reconocían la importancia política de las *escape clauses* desde una perspectiva de política institucional.³² En este apartado, aludimos a l régimen de salvaguardias como *elemento de optimización funcional* del diseño institucional de la OMC.³³

Cuando utilizamos aquí el término *político*, nos referimos a lo relacionado al proceso de toma decisiones por parte de las autoridades estatales. Los acuerdos de liberalización implican necesariamente la toma de muchas decisiones: desde aquellas indispensables para contraer los compromisos acordados con lo demás Estados hasta las requeridas para ejecutar el cumplimiento de tales acuerdos en el ámbito nacional. Debe recordarse que los acuerdos de la OMC son básicamente *contratos* en los que cada parte –autoridad encargada de la negociación- debe cuidar no

Targeted unemployment and restraining programs seem a much more tailored response, providing income and transition assistance to those plausibly require it. ("The Safeguard Mess: A critique to WTO Jurisprudence, en *WORLD TRADE REVIEW* (2) 3, 2003, 261–295)

³¹ En este sentido, SYKES, Alan O.: "Protectionism as Safeguards: A Positive Analysis of the GATT Escape Clause with Normative Speculations", en *UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW*, 58, 1991.

³² Jacob VINER, líder ideológico de la Escuela de Chicago en los años siguientes a la Segunda Guerra Mundial, escribía en 1947: "*The State Departement has at all stages of the negotiations carefully avoided taking a doctrinal position on the issue of free trade and protection. It has confined itself to advocating lower tariffs, without suggesting at any time that a complete absence of tariffs might be the superior solution. (...) State Department have given assurances that no reduction of duty will be which would involve "serious injury" to any American industry. On American initiative, the was inserted in the draft of the Charter an escape clause – known as the "Mexican Clause" because it was first introduces in the Hull Trade Agreement with Mexico– under which a member may withdraw any particular concession on import duties if it brings an increase in imports threatening serious injury to domestic producers.*" ("Conflict of Principles in Drafting a Trade Chapter," en *FOREIGN AFFAIRS*, 25, 1946-1947, 614.)

³³ J.S. LEE, "THE SAFEGUARDS MEASURES...", p.

solo sus intereses presentes, sino también los futuros. Esto puede acarrear mayor o menor dificultad según el desarrollo interno de las circunstancias de cada Estado. En muchos casos, la liberalización del comercio implica también una serie de transformaciones internas en el plano jurídico e institucional, sujetas, gran parte de las veces, a un profundo debate entre los distintos sectores sociales. En alguno de estos supuestos, el cumplimiento estricto de los compromisos internacionales y las decisiones que estos implican puede conllevar un costo político que las autoridades no logren o, simplemente, no estén dispuestas a soportar. Por ello, la idea central de incluir el régimen de salvaguardias es la de otorgar flexibilidad al sistema y facilitar así el manejo político –toma de decisiones– de las autoridades locales frente a eventuales situaciones difíciles, tanto en el plano externo (frente a los demás miembros del acuerdo) como en el interno (frente a los ciudadanos).³⁴ La flexibilidad se traduce para las partes negociantes en la *habilidad de responder y adaptarse a eventos no anticipados en el contexto de un sistema institucional correctamente diseñado*.³⁵

De acuerdo a lo anterior, tenemos que cuando se trata de acuerdos internacionales de liberalización comercial, la *flexibilidad del sistema* se valora como beneficiosa, desde el punto de vista político, en cuanto otorgue ventajas que faciliten el proceso de toma de decisiones a las autoridades negociantes. Desde la perspectiva de estas autoridades, estas ventajas se traducen en razones que respaldan la inclusión del régimen de salvaguardias en el diseño institucional del acuerdo. Creemos que se pueden mencionar tres ventajas específicas, derivadas de la *flexibilización institucional*, que han servido históricamente como

³⁴ Dentro del debate académico, Robert D. PUTMAN se refirió a aquella situación como un *juego en dos niveles*. “*The political complexities for the players in this two-level game are staggering. Any key player at the international table who is dissatisfied with the outcome may upset the game board, and conversely, any leader who fails to satisfy his fellow players at the domestic table risks being evicted from his seat. On occasion, however, clever players will spot a move on one board that will trigger realignments on other boards, enabling them to achieve otherwise unattainable objectives.*” (“Diplomacy and Domestic Politics: The Logic of Two Level Games”, en *INTERNATIONAL ORGANIZATION*, 42(3), 1988, p. 434)

³⁵ ROSENDORFF, Peter y MILNER, Helen: The Optimal Design of International Trade Institutions, en *INTERNATIONAL ORGANIZATIONS*, 55, 4, otoño, 2001, p. 831.

razones de conveniencia política para la inclusión de regimenes de salvaguardias:

- i) la flexibilización facilita el alcance de acuerdos dado que hace que las partes no se sientan comprometidas de tal manera que no tengan ámbito de maniobra en futuros escenarios imprevisibles;
- ii) la adopción de salvaguardias permite suspender parcialmente el cumplimiento de los compromisos sin comprometer la integridad del sistema, y;
- iii) La existencia de esta opción ayuda a lograr un mayor nivel de aceptación social interna al mismo tiempo que se establecen claramente los límites y plazos a la protección gubernamental implementada al amparo de las cláusulas de salvaguardia.

i) Facilitan el alcance de acuerdos

Como primera ventaja tenemos que, inicialmente, la flexibilidad que ofrecen las salvaguardias otorga mayor margen de maniobra en la negociación previa a la suscripción de compromisos internacionales y, por lo tanto, hace más fácil el alcance de acuerdos sobre compromisos en materia de libre comercio.³⁶ Partimos de la premisa de que las autoridades nacionales conocen su situación política interna en el momento de la negociación pero, admitimos lógicamente que es imposible que sepan con exactitud cual será el estado de esa situación en el futuro.³⁷ Esta incertidumbre puede desequilibrar el desarrollo de las rondas de negociaciones dado que produce recelo a la hora de suscribir compromisos que podrían significar problemas en el largo y mediano plazo.³⁸ Cuando, en el momento de la negociación, se cuenta con una vía

³⁶ SYKES, op. cit. nota 27, p. 34. En este sentido, Y.S.LEE sostiene tajantemente que: *"The granting of import concessions in reliance of a future availability of safeguard measure is positive for the promotion of free trade since the Member may have not even considered the import concessions without possible recourse to safeguards measures."* (Op. cit. nota, p. 106)

³⁷ ROSENDORFF, op. cit., página 833. Es ilustrativo el comentario de SYKES al respecto: *"Just as the parties to private contracts face uncertainty about the future, so do the officials who become parties to the trade agreement."* (Op. Cit, p. 43). Por ello, SYKES se refiere a esta perspectiva como contractualista (*contractarian perspectives*).

³⁸ John WHALLEY y Colleen HAMILTON comentan sobre este tipo situación: *"System rules written without the initial exceptions probably would have helped. But such rules may have been politically unattainable. Some of the exceptions in the GATT were (and*

institucional que permite a los potenciales miembros sortear circunstancias futuras e imprevistas, se alivia el temor a adquirir compromisos.³⁹ De esta forma se agiliza el proceso de deliberación política entre las autoridades representantes de los Estados que suscriben los acuerdos.⁴⁰

Como muestra reciente, tenemos el proceso de negociación para la aceptación de China como miembro de la OMC. La magnitud comercial de la República Popular era vista con mucho recelo por las autoridades de otros miembros. De hecho, el proceso llevó más de quince años. Finalmente, la aceptación definitiva estuvo condicionada al establecimiento de un régimen provisional de salvaguardias, el cual flexibiliza considerablemente los requisitos necesarios para adoptar medidas de salvaguardias frente a las importaciones de productos de origen chino.⁴¹

ii) Permite suspensión parcial del cumplimiento de los compromisos sin comprometer la integridad del sistema

La segunda ventaja que nos brinda el régimen de salvaguardias es la posibilidad de *suspender parcialmente el cumplimiento de los*

still are) viewed as necessary in order to reach domestic political agreement (from affected firms and workers) on the need to liberalize.” (THE TRADING SYSTEM After the Uruguay Round, Institute for International Economics, Washington, 1996. P. 140). Por su parte, Peter ROSENDORFF hace la siguiente reflexión: “The <shadow of the future> stretches less far and is less penal when temporary accommodation to political pressure is available.”(en “Stability and Rigidity: Politics and Design of the WTO’s Dispute Settlement Procedure”, en AMERICAN POLITICAL SCIENCE REVIEW, 99(3), 2005, p. 390). En el mismo sentido SCHWARTZ, Warren F. y SYKES, Alan O.: “The Economic Structure of Renegotiation and Dispute Resolution in the World Trade Organization”, en JOURNAL OF LEGAL STUDIES, 31, 2002.

³⁹ BAGWELL, Kyle and STAIGER, Robert W.: “Enforcement, Private Political Pressure and the GATT/WTO Escape Clause”, *National Bureau of Economic Research Working Paper* No. 10987, p. 1, 2004. Disponible en dirección de Internet: <http://www.nber.org/papers/w10987> (julio, 2006)

⁴⁰ Esta idea es expuesta claramente durante las deliberaciones que precedieron al Acuerdo sobre Salvaguardias: “*The General Agreement, and in particular (...) Article XIX (...) is a balance between the need to provide the stability necessary for decisions relating to investment and international trade and the flexibility necessary for governments to accept international obligations.*”(Nota de la Secretaría del GATT: “Drafting History of the Article XIX and its place on GATT”, MTN.GNG/NG9/W/7, del 16 de septiembre de 1987, párrafo 9.)

⁴¹ Véase apartado 16 del Protocolo de Adhesión, citado.

compromisos sin comprometer la integridad del sistema. En la aplicación de acuerdos de liberalización comercial, las autoridades locales responsables de tomar las respectivas medidas domésticas enfrentan generalmente una gran presión interna por parte de aquellos sectores productivos potencialmente afectados por la apertura comercial. La presión ejercida por estos “grupos de interés”⁴² puede llegar a ser muy fuerte porque normalmente viene secundada de un fuerte *lobbying*⁴³ político y/o campañas sociales que invocan sentimientos de defensa del sentimiento nacional, con especial alusión a la pérdida de puestos de trabajo derivada del reajuste económico que significa la liberalización comercial. Esto sin mencionar la cada vez más influyente presión política de movimientos sociales de izquierda contrarios a liberalización comercial. Generalmente, el ciudadano común, quien sufre los efectos negativos inmediatos de la liberalización económica, es susceptible de ser influenciado por estas campañas, ya que no es plenamente conciente de (o no se encuentra en condiciones de esperar) los beneficios a largo plazo.⁴⁴ En estos escenarios, la autoridad nacional se enfrenta a una disyuntiva. Por un lado se encuentran los compromisos adquiridos a

⁴² Traducción del término “*interest groups*” que es el término utilizado en la literatura anglosajona para denominar a los sectores productivos locales que se ven negativamente afectados con la liberalización comercial y que ejercen presión en las autoridades locales para evitar la apertura comercial. Generalmente estos grupos de interés tienen gran poder económico e influencia política. Ver al respecto: GROSSMAN y HELPMAN: “*Interest Groups and Trade Policy*”, Princeton University Press, 2002.

⁴³ Anglicismo comúnmente utilizado para referirse a los grupos de interés que influencia las decisiones de las autoridades políticas. Definición en inglés: “1. *To talk with a legislator, sometimes in a luxurious setting, in an attempt to influence the legislator’s vote.* 2. *To support or influence (a measure) by working to influence a legislator’s vote.* 3. *To try to influence (a decision maker)*”. (Black’s Law Dictionary, séptima edición, página 949)

⁴⁴ Mc GINNIS, John O. y MOVSESIAN, Mark L.: “The World Trade Constitution”, en *HARVARD LAW REVIEW*, Vol. 114, 2000. pp. 520 y siguientes. En este trabajo se menciona el fenómeno social de la “*rational ignorance*” que es el término con el que se denomina a la tendencia sistemática del ciudadano a evitar profundizar en temas políticos aparentemente complejos dado que su estudio es una tarea que requiere considerable tiempo y por lo tanto resulta costosa e inmediatamente improductiva. (p.524, nota al pie No. 63.) Además se ha analizado este tema desde la perspectiva de la teoría conocida en el mundo anglosajón como “*public choice theory*”. Según esta teoría, la autoridad política tiende a poner más atención en los impactos económicos del comercio sufridos por los productores que en el sufrido los consumidores. Esto se debe a que los primeros están generalmente mejor organizados y tienen más influencia política que los segundos. (TREBILCOCK, Michael y HOWSE, Robert: *THE REGULATION OF THE INTERNATIONAL TRADE*, Routledge, 1995, p. 167)

nivel internacional por la firma del acuerdo y todos los aspectos negativos que implica su incumplimiento. Por otro, el riesgo que conlleva tomar decisiones en contra de la voluntad política de la ciudadanía, con el posible efecto negativo en la imagen pública del gobierno.⁴⁵ Ante esto, las medidas de salvaguardia dan una salida intermedia a la autoridad nacional, hacen posible conciliar el cumplimiento de sus obligaciones tanto en el frente interno y externo.⁴⁶ Se abre la posibilidad de suspender parcialmente la ejecución del acuerdo internacional sin que esto implique un incumplimiento generalizado de sus cláusulas, ni tampoco una renuncia como parte contratante.

El famoso caso EEUU-acero⁴⁷ sirve como ejemplo de la manera cómo los gobiernos utilizan estos mecanismos como medio de escape ante la presión política interna. El gobierno de EEUU decidió adoptar una serie de medidas de salvaguardia para proteger al sector del acero que venía afrontando una crisis general; lo cual significó el cierre de muchas industrias y la consecuente pérdida de muchos puestos de trabajo.⁴⁸ El *lobby* político de los grupos de interés relacionados a la producción de acero presionó a las autoridades del gobierno americano a implementar

⁴⁵ Esta premisa lleva a los profesores Rossendorf y Milner a una consecuencia lógica interesante: *“democratic leaders may be especially vulnerable to such unexpected changes, and hence may seek escape clause protection more than other leaders.”* (op. cit. nota 31, p. 844). Esta situación es explicada con claridad por Rachel BREWSTER, quien observa que: *“All elected officials support the economic growth that freer trade policies produce, but they are sensitive to adverse effects that trade liberalization can bring: Legislators do not want industries in their district to face increased foreign competition, and the President is similarly concerned with protecting key electoral interest. Consequently, the President and the members of the Congress will prefer trade policies that mix freer trade and protection, but they will note prefer the same mix of these policies.”* (“Rule Based Dispute Resolution in International Trade Law, en *VIRGINIA LAW REVIEW*, Vol. 92:251, 2006, p. 265)

⁴⁶ SYKES, Alan: Op. cit. Nota 27. En este sentido también Pauwelyn, Jooste: op. cit., p. 111.

⁴⁷ Caso EEUU-acero: informe del Órgano de Apelaciones, publicado el 10 de noviembre de 2003.

⁴⁸ Ver al respecto: comunicado de prensa de la Casa Blanca: *Statement by the President Regarding a Multilateral Initiative on Steel*, del 5 de junio de 2001, disponible en dirección de Internet de la Presidencia de los Estados Unidos de América: <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/06/20010605-4.html>. Ver también: Proclamación N° 7529, de 5 de marzo de 2002 - Para facilitar el ajuste positivo a la competencia de las importaciones de ciertos productos de acero, *United States Federal Register*, 7 de marzo de 2002, volumen 67, numero 45.

medidas de salvaguardia, invocando la necesidad de proteger los puestos de trabajo y la economía nacional. Esto produjo el consecuente rechazo de otros Estados miembros productores de acero⁴⁹ que acudieron al sistema de solución de diferencias para impugnar la acción de los EEUU. Todo ello dio origen a uno de los procesos más polémicos y de mayor relevancia política en la historia de la OMC.⁵⁰ Si no existiera un régimen de esta naturaleza (salvaguardias), la presión de la industria americana del acero hubiera significado probablemente que, en lugar de recurrir restricciones temporales de este tipo, su gobierno se hubiera visto en la necesidad de incumplir llanamente sus compromisos con los demás miembros o renunciar a los acuerdos de la OMC. Por la importancia del gigante norteamericano, tal posibilidad hubiera significado prácticamente el desmantelamiento de todos los logros institucionales, presentes y futuros, del sistema multilateral de comercio.

iii) Mejora el nivel de aceptación social de acuerdos de libre comercio

Con respecto a la tercera ventaja política antes expuesta, tenemos que las medidas de salvaguardia también ayudan a promocionar la aceptación inicial de los acuerdos comerciales en la opinión pública nacional. La posibilidad de suspender parcialmente el acuerdo hace que los compromisos adquiridos por el mismo no se presenten como un marco rígido, indiferente a cualquier circunstancia que pueda significar un coste social y/o económico demasiado elevado para la ciudadanía. Por otro lado, esto tampoco significa que se otorgue una flexibilidad ilimitada. Al mismo tiempo que se relaja la rigidez del régimen, se deben establecer reglas claras acerca del límite de tiempo y restricciones. Por esta razón, se prevén límites y plazos claros para evitar un uso abusivo o demasiado generoso de este tipo de medidas en perjuicio del desarrollo del sistema multilateral de comercio y de la ciudadanía.⁵¹ Estas reglas

⁴⁹ Brasil, China, las Comunidades Europeas, Corea, el Japón, Noruega, Nueva Zelanda, y Suiza

⁵⁰ Ver: PÖHLAND, Jens: "Free Trade vs. Protectionism: What Impact did Section 201 Steel Safeguards Measures have on the US & Global Street Markets, What Lessons can be Learned", en *LEGAL ISSUES OF ECONOMIC INTEGRATION*, vol. 32, 3, 2005.

⁵¹ Mc GINNIS y MOVSESIAN, ibidem nota 40. Léase la exposición sobre las alegaciones de las Comunidades Europeas en el informe del Órgano de Apelaciones del caso Corea-Lacteos: "*The European Communities considers that it is clear from the provisions of Article 12.2 that the notification obligation pursues two main objectives. The first, which*

evitan el empleo injustificado de estas medidas, de tal manera que no puedan derivar en un proteccionismo exagerado a ciertos sectores privilegiados, en perjuicio de los consumidores que, en un régimen liberalizado, podrían tener acceso a otros productos más baratos y/o de mejor calidad. Además, los plazos y límites específicos fijados por el Acuerdo de Salvaguardias sirven para presionar a los productores protegidos para que realicen las reformas necesarias para su normal participación en el mercado global. Vale recordar que el mecanismo de salvaguardias es de naturaleza provisional y debe requerir únicamente del tiempo necesario para afrontar situaciones extraordinarias y/o para la realización de reajustes económicos.

I. 3. Aspecto clave: Encontrar el correcto grado de flexibilidad

La experiencia demuestra que no es fácil encontrar el correcto grado de flexibilidad en el diseño del régimen de salvaguardias.⁵² Un modelo

the Panel identified, is to allow the Members with trade interests to request consultations and defend their interests. The second is to ensure consistency and effective control of safeguards measures. In view of the "limitative and deprivational" character of safeguard measures, their inclusion in the WTO system is accompanied by limits to their use, so that the interests of all the parties are protected."(párrafo 50, Op. Cit., cursivas no constan en el original)

⁵² Jacob VINER, en los días de la negociación inicial del GATT de 1947, se refirió, con llamativa claridad, a la trascendental importancia de encontrar un equilibrio ("The Conflict of Principles...", FOREIGN AFFAIRS, citado, pp. 627 y 628. Además, este es un problema común en el diseño de instituciones jurídicas internacionales. Se lo ha estudiado generalmente desde la perspectiva del adecuado balance entre el *principio de integridad* de los tratados y el *principio de universalidad*. El conflicto entre estos conflictos se manifiesta al momento de decidir el correcto alcance de las reservas que hacen los Estados que suscriben acuerdos internacionales. En el *décimo informe sobre la reserva a los tratados* de la COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL, preparado por el profesor Alain PELLET, se hace a alusión a la *flexibilidad del sistema* mientras se analiza el tema de la presunción de validez de las reservas a los tratados: "Se trata de un elemento esencial del "sistema flexible" (...) y no es exagerado afirmar que a este respecto revierte la presunción tradicional que dimanaría del sistema de la unanimidad, con el objetivo declarado de facilitar la mayor adhesión posible a los tratados y, por lo tanto, su universalidad." (Documento de la 57° periodo de sesiones, No. A./CN.4/558, publicado el 1° de junio de 2005, párrafo 10. Disponible en dirección de Internet de la Comisión de Derecho Internacional: <http://www.un.org/law/ilc/sessions/57/57sess.htm#reservations> -Julio, 2006-). Para revisar la doctrina sobre el tema: Pastor Ridruejo, José A.: "CURSO DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO Y ORGANIZACIONES INTERNACIONALES", séptima edición, editorial Tecnos, 1999. pp. 109 y siguientes.

exageradamente flexible tendería a un uso excesivo de este tipo de medidas que finalmente resta eficacia al acuerdo, al reducir el nivel de liberalización comercial efectiva entre los miembros que pueden recurrir muy fácilmente a las salvaguardias.⁵³ Por otro lado, un régimen demasiado rígido puede significar que la adopción de salvaguardias conlleve un costo político y económico que las autoridades locales no estén dispuestas a asumir, optando por alternativas que escapen a la regulación del acuerdo.⁵⁴ La experiencia del GATT, institución antecesora de la OMC, nos da el ejemplo las consecuencias de un sistema demasiado rígido: El caso de las prácticas restrictivas conocidas como “*medidas de zona gris*”⁵⁵. Estas medidas eran producto de negociaciones bilaterales, celebradas fuera del ámbito institucional del GATT, que tenían por objeto persuadir a los productores de los Estados exportadores para que limiten voluntariamente las exportaciones o para que busquen otras fórmulas de reparto de los mercados.⁵⁶ Estas negociaciones se llevaban a cabo, generalmente, de manera secreta y sin mediación de agentes gubernamentales.⁵⁷ Por este medio se evitaba la *dificultad inherente* de aplicar las salvaguardias en los términos establecidos por el artículo XIX del GATT de 1947.⁵⁸ Entre tales dificultades se contaba el exhaustivo examen

⁵³ Rosendorf, op. cit., p. 835. En este sentido también Trebilcock y Howse, op. Cit, p. 170.

⁵⁴ Sobre este tema en particular ver el análisis de Kyle BAGWELL and Robert W. STAIGER: “Enforcement, Private Political Pressure, and the General Agreement on Tariffs and Trade/ World Trade Organization Escape Clause”, en *THE JOURNAL OF LEGAL STUDIES*, Vol. 3 4 (2), junio 2005

⁵⁵ Frase equivalente en español del termino anglosajón “*grey area measure*”. Para un análisis detallado del problema, ver: “*Grey-Area Measures*”, Nota de la Secretaría del GATT No. MTN.GNG/NG9/W/6, del 16 de septiembre de 1987. Disponible en: <http://www.worldtradelaw.net/history/ursafeguards/ursafeguards.htm>. (Julio, 2006)

⁵⁶ “ENTENDER LA OMC: Los Acuerdos: Antidumping, subvenciones, salvaguardias: casos imprevistos, etc.” Disponible en: http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/agrm8_s.htm (Julio, 2006)

⁵⁷ Trebilcock y Howse, ibidem.

⁵⁸ La parte pertinente del artículo XIX del GATT dispone: “**3.a)** *Si las partes contratantes interesadas no logran ponerse de acuerdo en lo concerniente a dichas medidas, la parte contratante que tenga el propósito de adoptarlas o de mantener su aplicación estará facultada, no obstante, para hacerlo así. En este caso, las partes contratantes afectadas podrán, no más tarde de noventa días después de la fecha de su aplicación, suspender, cuando expire un plazo de treinta días a contar de la fecha en que las PARTES CONTRATANTES reciban el aviso escrito de la suspensión, la aplicación, al comercio de la parte contratante que haya tomado estas medidas o, en el caso previsto en el apartado b) del párrafo 1 de este artículo, al comercio de la parte contratante que haya pedido su adopción, de concesiones u otras obligaciones substancialmente equivalentes*

aplicado por los grupos especial para determinar la existencia de daño grave.⁵⁹ También el hecho de que dicho artículo contemplara la posibilidad de que los miembros afectados con las salvaguardias exijan compensaciones o apliquen medidas de retorsión comercial.⁶⁰

que resulten del presente Acuerdo y cuya suspensión no desapruében las PARTES CONTRATANTES.” “b) Sin perjuicio de las disposiciones del apartado a) de este párrafo, si medidas adoptadas sin consulta previa en virtud del párrafo 2 de este artículo causan o amenazan causar un daño grave a los productores nacionales de productos afectados por tales medidas, dentro del territorio de una parte contratante, ésta podrá, cuando toda demora al respecto pueda causar un perjuicio difícilmente reparable, suspender, tan pronto como se apliquen dichas medidas y durante todo el período de las consultas, concesiones u otras obligaciones en la medida necesaria para prevenir o reparar ese daño.”.

⁵⁹ Los economistas Gary C. HUFBAUER y Kimberly A. ELLIOT realizaron un estudio de las medidas protectivas del comercio aplicadas por Estados Unidos hasta el año 1993. En dicho trabajo llegaron a la conclusión de que: *“the –unfair- trade laws have become an increasingly popular path to special protection. This is likely due to the fact that Standard for injury is lower than for the scape clause...”* (“MEASURING THE COST OF PROTECTION IN THE UNITED STATES”, Institute for International Economics, Washintong, 1994. p. 18)

⁶⁰ Esta situación expresamente aludida en los documentos de trabajo del Grupo Negociador de Salvaguardias del GATT: *“One of the negative aspects of compensation and retaliation was that they were an important factor leading to the spread of “grey-area” measures. Since a common concern of policy decision makers was to avoid paying compensation or suffering retaliation, and one way to do so was to enter into self-restraint agreements. These considerations had led to a host of VERs and similar arrangements.”* (Nota de la Secretaría del GATT No. MTN.GNG/NG9/W/21, 13 de octubre de 1988, párrafo G.5. Disponible en: <http://www.worldtradelaw.net/history/ursafeguards/ursafeguards.htm> -Mayo, 2006-). Chad P. BOWN explica las razones comunes por la que los países exportadores aceptaban tales acuerdo, a pesar de que eso significaba restringir sus ventas: *“Why might an exporter look to negotiate a VER as a way to obtain compensation for lost export sales? While VERs do have a negative impact on economic welfare, an argument can be made that in some escape clause cases, the VER served as a useful, and even a second-best way of compensating affected trading partners. If the alternative was a GATT-authorized tariff withdrawal (i.e. retaliation) by a trading partner as compensation, even if this tariff withdrawal were limited by the rule of reciprocity, an outcome given by a VER could be preferable on welfare grounds. A VER arrangement that served to share the rents associated with the original increase in protection under Article XIX would avoid the second set of economic costs generated by the tariff retaliation that was often the compensation alternative.”* (“Why are Safeguards so unpopular?”, en *WORLD TRADE REVIEW*, 1(1), 2002, p. 53.). En el mismo sentido, SYKES, Alan O.: The Persisten Puzzle of Safeguards Measures: Lessons from the Steel Dispute, en *JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW*, 7(3), 2004; p. 534.

El ejemplo clásico de estas *medidas de área gris* es el acuerdo de restricción voluntaria de las importaciones alcanzado entre EEUU y Japón a mediados de los años ochenta. La razón de dicho acuerdo fue el perjuicio económico que significaba la competencia japonesa para la industria automovilística estadounidense.⁶¹

Como hemos mencionado, la rigidez del antiguo régimen de salvaguardias del GATT⁶² no permitía un adecuado funcionamiento general del sistema. Esta deficiencia alentaba a los países contratantes a escapar de su ámbito institucional.⁶³ Tal situación trajo consigo escenarios en los que se podía restringir incontroladamente el comercio internacional, con el consecuente riesgo de desarticular el cumplimiento íntegro de los objetivos del sistema multilateral del comercio.⁶⁴ Por todo ello, la búsqueda de un efectivo grado de flexibilidad institucional fue sin duda una de las principales motivaciones que llevaron al replanteamiento del régimen normativo de las salvaguardias durante la ronda Uruguay.⁶⁵

⁶¹ Para ver un catálogo completo de las *medidas de zona gris* implementadas por las partes contratantes del GATT previo a la ronda Uruguay: *Inventory of article XIX actions and other measures which appear to serve the same purpose*, Nota de la Secretaría del GATT No. MTN.GNG/NG9/W/2/Rev.1, del 17 de agosto de 1987. Disponible en dirección de internet: <http://www.worldtradelaw.net/history/ursafeguards/ursafeguards.htm> (mayo, 2006)

⁶² Actualmente este tipo de medidas se encuentran expresamente prohibidas por el artículo 11.1.b) del Acuerdo sobre Salvaguardias.

⁶³ Rosendorf, op. cit., página 836. Trebilcock y Howse, op. cit. GOLDSMITH y POSNER explican los problemas funcionales del GATT desde una perspectiva histórica: *GATT was intended as a provisional statement of general principles that would guide trade negotiations only until the International Trade Organization came into existence. The ITO would have to address problems of international trade as they arose, in (a) flexible way (...). When the ITO was rejected by the U.S. Congress, GATT remained the framework within which international trade negotiations took place, and, as one would expect, states pragmatically ignored or violated those aspects of GATT that were not sustainable, while building on those aspects that were robust.*(GOLDSMITH, Jack L., POSNER, Erick A.: THE LIMITS OF INTERNATIONAL LAW, Oxford University Press, 2005, p. 158)

⁶⁴ Situación aludida expresamente durante los trabajos preparativos para el Acuerdo sobre Salvaguardias "*Various types of safeguard measures were being applied by contracting parties without the invocation of any GATT article and that had jeopardized the integrity of the multilateral trading system. The main task of the Group should therefore be to work out methods to bring discipline to the full range of safeguard measures.*" (Ibidem Nota 42, párrafo A.5)

⁶⁵ "*The GATT safeguards provisions in Article XIX should be broadened and clarified in order to ensure that contracting parties do not act outside them. It is therefore necessary*

to seek appropriate safeguards machinery which will enable grey-area measures to be eliminated while encouraging the solution of such problems within a framework of principles and rules of the General Agreement" (...) "Ensuring stricter application of Article XIX would not in itself be enough to remedy the situation because the inherent difficulties in Article XIX were the very reasons which had led to the avoidance of the application of the Article by many countries in taking safeguard actions". (GATT No. MTN.GNG/NG9/W/6, citado, párrafos 4 y 5) Ver doctrina en este sentido: DIDIER, Pierre: « LES PRINCIPAUX ACCORDS DE L'OMC EL LEUR TRANSPOSITION DANS LA COMMUNAUTÉ EUROPÉENNE», Tomo I, Bruylant Bruxelles, 1997, p. 250.

II. ¿Es todavía exigible el requisito de la “evolución imprevista de las circunstancias”?

En el apartado anterior hemos estudiado los fundamentos económicos y políticos del régimen de salvaguardias. Establecimos que la justificación básica de las medidas de salvaguardia es su utilidad como elemento de flexibilización política en la implementación de acuerdos de liberalización comercial, y que es precisamente la búsqueda de un correcto grado de flexibilización lo que llevó a los miembros de la OMC a replantearse el régimen normativo de las salvaguardias. Todo lo analizado hasta ahora nos va a servir de sustento básico para enfocar la siguiente cuestión. Buscaremos en adelante, desde una perspectiva jurídica, la respuesta a la pregunta: ¿Los Órganos de Solución de Diferencias pueden o no, en virtud de lo dispuesto en los Acuerdos de la OMC, exigir la prueba de la existencia de una *evolución imprevista de las circunstancias* como presupuesto de hecho necesario para la adopción de medidas de salvaguardia? Antes de buscar respuesta en el análisis jurídico, comenzaremos por explicar el trasfondo del debate actual.

II.1. Artículo XIX del GATT y su relación con el Acuerdo sobre Salvaguardias.

Desde los primeros años del GATT, el artículo XIX ha presentado problemas en su aplicación. Su brevedad y ambigüedad terminológica han generado muchas dudas de interpretación. A esto hay que sumar los inconvenientes de carácter funcional ya analizados relativos a su excesiva rigidez. Todas estas dudas fueron estudiadas y debatidas meticulosamente durante la ronda Uruguay, lo cual resultó en la adopción del Acuerdo sobre Salvaguardias.⁶⁶ Este nuevo instrumento consta como anexo al Acuerdo General de la OMC y tiene por principal finalidad: *aclarar y reforzar las disciplinas del GATT de 1994, y concretamente las de su artículo XIX (Medidas de urgencia sobre la importación de*

⁶⁶ Tanto el GATT como el Acuerdo sobre Salvaguardias son instrumentos anexos al Acuerdo General de la OMC que constituyen el sistema normativo –el tratado– de la OMC. Para ver el resumen de las principales preocupaciones de las partes contratantes del GATT durante los trabajos preparativos del Acuerdo sobre Salvaguardias: *Synopsis of Proposals*, Nota de la Secretaría del GATT No. MTN.GNG/NG9/W/21, del 31 de octubre de 1988. Disponible en dirección de Internet: <http://www.worldtradelaw.net/history/ursafeguards/ursafeguards.htm>

*productos determinados), de restablecer el control multilateral sobre las salvaguardias y de suprimir las medidas que escapen a tal control.*⁶⁷

La relación entre el Acuerdo de Salvaguardias y el artículo XIX del GATT ha sido extensamente discutida durante las diferencias derivadas de la aplicación de salvaguardias. El Órgano de Apelación ha señalado categóricamente que las disposiciones contenidas en tales instrumentos constituyen el régimen normativo de la OMC en materia de salvaguardias. Por consiguiente, ha resuelto de forma reiterada que las tales disposiciones deberán ser aplicadas *acumulativamente*.⁶⁸ Es decir, que los miembros de la OMC deben sujetarse a lo previsto en ambos acuerdos si desean adoptar válidamente medidas de salvaguardias.

II.2 Artículo XIX del GATT: “evolución imprevista de las circunstancias”.

La aplicación conjunta de las disposiciones del GATT 1994 y el Acuerdo de Salvaguardias es una cuestión consolidada en la *jurisprudencia* de la OMC y en la doctrina especializada.⁶⁹ El punto controvertido se origina con respecto a un desacuerdo interpretativo recurrente entre ciertos grupos especiales y el Órgano de Apelación.⁷⁰ La razón del desacuerdo es una frase específica contenida del artículo XIX.1.a) del GATT (también “artículo XIX”):

⁶⁷ De acuerdo a lo expuesto en el preámbulo del Acuerdo sobre Salvaguardias. Durante los trabajos preparatorios quedó muy bien detallada esta motivación: “*The Uruguay Round Negotiating Group on Safeguards is faced with two fundamental, somewhat contradictory challenges: (i) to provide clearly-elaborated rules and disciplines governing safeguards measures, while (ii) making the GATT safeguard provision sufficiently dynamic and credible so that nations will act under it, rather than outside it. Participants must carefully weigh these factors when developing a comprehensive safeguards agreement*” (GATT No. MTN.GNG/NG9/W/21, citado)

⁶⁸ Ver: Caso Argentina- Calzado, WT/DS121/AB/R, publicado el 14 de diciembre de 1999. Párrafos 81 y siguientes. Caso Corea- lácteos, WT/DS98/AB/R14, publicado de diciembre de 1999, párrafos 75 al 77.

⁶⁹ J.S. LEE, Op. Cit. nota, SYKES Op. Cit, MUELLER, Felix: “Is the General Agreement on Tariffs and Trade Article XIX “Unforeseen Developments Clause” Still Effective Under the Agreement on Safeguards?”, en *JOURNAL OF WORLD TRADE*, 37(6), 2003; SPAMANN, Op. Cit

⁷⁰ Ver: Caso Corea-Lácteos, reporte del grupo No. WT/DS98/R, publicado el 21 de junio de 1999, párrafo 7.33-7.48. Caso Argentina-Calzado, reporte de grupo especial No. WT/DS121/R, publicado, párrafos 8.47-8.69.

*“1. a) Si, como consecuencia de la **evolución imprevista de las circunstancias** y por efecto de las obligaciones, incluidas las concesiones arancelarias, contraídas por una parte contratante en virtud del presente Acuerdo, las importaciones de un producto en el territorio de esta parte contratante han aumentado en tal cantidad y se realizan en condiciones tales que causan o amenazan causar un daño grave a los productores nacionales de productos similares o directamente competidores en ese territorio, dicha parte contratante podrá, en la medida y durante el tiempo que sean necesarios para prevenir o reparar ese daño, suspender total o parcialmente la obligación contraída con respecto a dicho producto o retirar o modificar la concesión.”*

La frase resaltada en el texto transcrito no consta en el artículo 2.1 del Acuerdo sobre Salvaguardias, como podemos apreciar:

“Un Miembro sólo podrá aplicar una medida de salvaguardia a un producto si dicho Miembro ha determinado, con arreglo a las disposiciones enunciadas infra, que las importaciones de ese producto en su territorio han aumentado en tal cantidad, en términos absolutos o en relación con la producción nacional, y se realizan en condiciones tales que causan o amenazan causar un daño grave a la rama de producción nacional que produce productos similares o directamente competidores.”

El problema se origina en que ambas disposiciones tienen por objeto regular los requisitos de hecho necesarios para la adopción de salvaguardias. De acuerdo al Órgano de Apelación, de la frase adicional, *evolución imprevista de las circunstancias*, contenida en el XIX del GATT, se deduce que la aplicación de las salvaguardias queda sometida a un requisito condicional adicional cuya existencia debe ser probada por la parte que adopta las medidas.⁷¹ La principal consecuencia de esta

⁷¹ Caso Argentina calzado, citado: En los párrafos 87 y 88 del informe, el Órgano de Apelación señaló claramente su postura al respecto: “Al comparar el texto del párrafo 1 a) del artículo XIX del GATT de 1994 y el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre

posición es que durante la sustanciación de eventuales diferencias, el miembro que aplica las salvaguardias se vea obligado a aportar evidencias que demuestren claramente que el aumento en las importaciones se debe a una "evolución imprevista de las circunstancias". Tal deducción ha generado una intensa polémica académica. Alegan algunos que de esta frase ya no puede inferirse una condición de hecho exigible como requisito de aplicación de salvaguardias. Los defensores de esta postura mantienen que la omisión del Acuerdo sobre Salvaguardias obedece a una intención efectiva de suprimir dicho requisito en la aplicación de las salvaguardias, otorgando *flexibilidad* a los miembros de la OMC. Se ha afirmado incluso que se debe considerar como un caso de derogación normativa tácita.⁷² En otras palabras, que la disposición

Salvaguardias, observamos que, aunque una gran parte del texto de ambas disposiciones es muy similar y prácticamente idéntico, la parte inicial del párrafo 1 a) del artículo XIX -"como consecuencia de la evolución imprevista de las circunstancias y por efecto de las obligaciones, incluidas las concesiones arancelarias, contraídas por un Miembro en virtud del presente Acuerdo [...]"- no aparece en el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre Salvaguardias. Tras formular esta observación, el Grupo Especial llegó a la conclusión de que la expresión "evolución imprevista de las circunstancias" fue "deliberadamente omitida" por los negociadores de la Ronda Uruguay. Y, aunque el Grupo Especial reconoció en una parte de su razonamiento que el artículo XIX y el Acuerdo sobre Salvaguardias "siguen coexistiendo legalmente" como parte del Acuerdo sobre la OMC, el Grupo Especial llegó a la conclusión, a partir de esta supuesta "omisión deliberada", que la frase "omitida" no tenía ningún sentido." (...) "Creemos que mediante esta conclusión el Grupo Especial ha omitido dar sentido y efecto jurídico a todos los términos pertinentes del Acuerdo sobre la OMC, lo que contradice el principio de efectividad (ut res magis valeat quam pereat) en la interpretación de los tratados. El Grupo Especial ha declarado que "la omisión deliberada del criterio de evolución imprevista de las circunstancias" en el párrafo 1 a) del artículo XIX del Acuerdo sobre Salvaguardias "debe, a nuestro juicio, tener un sentido". En nuestra opinión, por el contrario, si los negociadores de la Ronda Uruguay hubieran tenido la intención de omitir deliberadamente esta expresión, podrían haberlo dicho y lo hubieran dicho en el Acuerdo sobre Salvaguardias. Sin embargo, no lo hicieron."

⁷² Ver caso Corea-Lácteos, informe citado, párrafo 53. La posición de Corea alude claramente a un caso de derogación normativa tácita: "aunque admite que en ninguna disposición del Acuerdo sobre Salvaguardias se anula expresamente la aplicación del artículo XIX, señala que no es necesario que los redactores lo hagan expresamente. La nota interpretativa general al Anexo IA del Acuerdo sobre la OMC despeja cualquier duda que pudiera existir en cuanto a la prioridad de las disposiciones del Acuerdo sobre Salvaguardias sobre las disposiciones del artículo XIX del GATT. Además, en la medida en que sea aplicable cualquier condición relativa a la "evolución imprevista de las circunstancias", de los principios tradicionales de interpretación de la *lex specialis* y la *lex generalis* se infiere que las condiciones establecidas en el Acuerdo sobre Salvaguardias, por ser más específicas, prevalecen sobre las condiciones, más generales, establecidas en el artículo XIX."

contenida en el artículo XIX del GATT habría sido alterada parcialmente por el Acuerdo sobre Salvaguardias.⁷³ Para encontrar una posible respuesta a este debate, a continuación expondremos con detenimiento los argumentos esgrimidos por el Órgano de Apelación para luego señalar detalladamente nuestras críticas.

III.3 Argumentos del Órgano de Apelaciones

Con ocasión de los casos *Corea-lácteos* y *Argentina-calzados*, el Órgano de Apelación constató el alcance de esta condición de la siguiente manera:

1. El GATT de 1994 y el Acuerdo sobre Salvaguardias son partes integrantes del *tratado* de la OMC y, por lo tanto, ambos instrumentos vinculan con la misma fuerza a todos los miembros de conformidad con el artículo 2.1 del Acuerdo General de la Organización.⁷⁴
2. En virtud de lo anterior, las medidas de salvaguardias adoptadas por los miembros deben ajustarse *–acumulativamente–* tanto a las disposiciones del artículo XIX del GATT como a las del Acuerdo sobre Salvaguardias, a menos que exista conflicto normativo.⁷⁵
3. No existe conflicto normativo entre los artículos 2.1 del Acuerdo sobre Salvaguardias y el XIX del GATT, por lo que sus disposiciones deben ser aplicadas de manera *acumulativa*.⁷⁶
4. Como consecuencia, los miembros que deseen adoptar medidas de salvaguardia deberán cumplir necesariamente con el requisito que se infiere de la frase *“evolución imprevista de circunstancias”* del XIX

⁷³ Entre los principales ponentes de esta postura: Shik LEE, op. cit. En contra ver: MUELLER, Felix: “Is the General Agreement on Tariffs and Trade Article XIX “Unforeseen Developments Clause” Still Effective Under the Agreement on Safeguards?”, en *JOURNAL OF WORLD TRADE*, 37(6), 2003. SYKES, obras citadas.

⁷⁴ Corea-calzados, reporte del Órgano de Apelaciones citado, párrafo 75. Argentina-Calzados, informe del Órgano de Apelación citado, párrafo 81.

⁷⁵ Corea-lácteos, reporte del Órgano de Apelaciones citado, párrafo 76. Argentina-calzado, informe del Órgano de Apelación citado, párrafo 82.

⁷⁶ Argentina-calzado, reporte del Órgano de Apelaciones citado, párrafo 89.

del GATT, además de aquellos previstos en el artículo 2.1 del Acuerdo sobre Salvaguardias.⁷⁷

III.4 Crítica a la posición del Órgano de Apelaciones

Los dos primeros argumentos antes expuestos nos parecen claros e irrefutables. Sin embargo, el tercer argumento requiere una matización. En efecto, no existe conflicto normativo entre artículo 2.1 y el XIX ya que sus respectivos mandatos no son contradictorios. El conflicto entre dos proposiciones normativas (conocido como *antinomia*) se da cuando no se puede cumplir lo dispuesto en una de ellas sin incumplir lo que dispone la otra. En este caso, el cumplimiento de la condición de hecho adicional que implica la frase “*evolución imprevista de circunstancias*” del artículo XIX no implica el incumplimiento de ninguna otra condición de hecho exigida por el artículo 2.1 del Acuerdo. Por tal razón, las disposiciones de ambos artículos son compatibles entre sí y se pueden cumplir de forma acumulativa y complementaria. Bajo esta consideración podemos decir, en concordancia con la tesis del Órgano de Apelación, que la disposición en cuestión sigue siendo una norma *válida* dentro del ordenamiento normativo de la OMC.⁷⁸ Sin embargo, a diferencia del criterio del ente decisorio, sostenemos que la frase “*evolución imprevista de circunstancias*” ya no se traduce en un requisito procesal de prueba a cargo de la parte que adopta la medida. En otras palabras, creemos que los órganos de solución de diferencias de la OMC no son competentes para determinar la existencia de tal requisito ni para exigir su prueba. Esto se debe a que las disposiciones del Acuerdo sobre Salvaguardias han reformado los efectos jurídicos derivados de la frase en cuestión. Creemos que la posición adoptada por el Órgano de Apelación fue demasiado simplista al no realizar una interpretación sistemática del Acuerdo. Dicho órgano no aplicó debidamente un principio interpretativo básico del Derecho Internacional, recogido por el artículo 31 de la Convención de Viena: “*Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del*

⁷⁷ Corea-lácteos, reporte del Órgano de Apelación citado, párrafo 77. Argentina-calzado, informe del Órgano de Apelación citado, párrafo 83.

⁷⁸ MUELLER sigue el mismo razonamiento aunque su conclusión final sea opuesta a la nuestra (Obra citada, nota 68, p. 1141.)

*tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.*⁷⁹ Por el contrario, el Órgano de Apelación, siguiendo una postura erradamente *textualista*, no apreció el sugerente contexto normativo del Acuerdo sobre Salvaguardias ni tampoco los antecedentes históricos de su negociación, lo cual revela la finalidad funcional de este instrumento.⁸⁰

En los casos *Argentina- Calzado* y *Corea- Lácteos*, dicho órgano decidió realizar una mera acumulación de las condiciones de hecho contenidas en el artículo XIX del GATT y el 2.1 del Acuerdo.⁸¹ A nuestro juicio, tal interpretación textualista de los acuerdos. Más aún, no resulta acorde con el *objeto y fin* del Acuerdo sobre Salvaguardias por las siguientes razones:

- i) Se infiere de un análisis sistemático del Acuerdo sobre Salvaguardias que este regula de manera exclusiva lo relativo a la fase de aplicación de las medidas. Por lo tanto, en lo relativo a los requisitos de aplicación de medida de salvaguardias se debe estar únicamente a las disposiciones del mismo.
- ii) La voluntad de suprimir la exigencia de demostrar la existencia de “*evolución imprevista de las circunstancias*” como requisito de aplicación se puede inferir de la revisión de los trabajos preparatorios del Acuerdo sobre Salvaguardias.

i) Primera crítica: sobre la interpretación sistemática del Acuerdo sobre Salvaguardias

Como primer argumento sostenemos que el Acuerdo sobre Salvaguardias regula especialmente lo relativo a la aplicación de las medidas. Por lo tanto, en lo que se refiere a los requisitos de aplicación se

⁷⁹ Convención de Viena sobre Derecho de Tratados. (subrayados no constan en el original).

⁸⁰ Como señala Claus-Dieter EHLERMAN, miembro del Órgano de Apelaciones de 1995 a 2001, es muy conocido que, de los criterios interpretativos del artículo 31 de la Convención de Viena (sentido corriente de los términos del tratado, contexto, objeto o finalidad), el Órgano de Apelación le ha otorgado mayor peso al primero. i.e. el sentido corriente de los términos del tratado. Claro, advierte el auto, no todo los expertos en derecho internacional público estarán de acuerdo con esta posición. Además señala la diferencia que hay en este punto con la práctica común de la Corte Internacional de Justicia (“Reflections on the Appellate Body. en *JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW*, 6, 2003, p.699)

⁸¹ Informes citados.

debe estar únicamente a las disposiciones del mismo. Esta fue la posición mantenida por el grupo especial del caso *Argentina-Calzado*. Este grupo señaló que, en virtud de la lectura concordante de los artículos 1, 10 y 11.a) del Acuerdo,⁸² basta con que las medidas cumplan con los requisitos de aplicación contenidos en el Acuerdo para que sean consideradas también conformes con el artículo XIX del GATT.⁸³ En ese caso el Órgano de Apelación señaló, por el contrario, que las disposiciones del 2.1 del Acuerdo y del XIX del GATT deben ser aplicadas *acumulativamente*, de tal manera que no es suficiente que la adopción de las medidas cumpla con lo dispuesto por el Acuerdo sobre Salvaguardias, sino que también debía observarse lo previsto adicionalmente en el XIX del GATT. La única salvedad que remarcó el Órgano de Apelación fue la de un eventual conflicto normativo, caso en el que hubiera prevalecido lo dispuesto en el Acuerdo sobre Salvaguardias.⁸⁴ Ello en virtud de que la nota interpretativa general del anexo A1 del Acuerdo General señala claramente que en caso de conflicto normativo, deben prevalecer las disposiciones de los otros acuerdos anexos sobre las del GATT 1994.⁸⁵

Nos inclinamos por el criterio expuesto por el grupo especial del caso *Argentina-Calzado*. Si se revisan de manera sistemática las disposiciones contenidas en el Acuerdo de Salvaguardias, podemos apoyar la conclusión de que este instrumento contiene disposiciones de carácter especial relativas específicamente a la fase de aplicación de las salvaguardias. El artículo 1 establece clara y categóricamente que el Acuerdo se encarga específicamente de regular lo concerniente a *la aplicación de*

⁸² Informe del Grupo Especial No. WT/DS121/R, párrafos 8.60 y 8.61.

⁸³ *Ibidem*, párrafo 8.69.

⁸⁴ *General interpretative note to Annex 1A*: "In the event of conflict between a provision of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994 and a provision of another agreement in Annex 1A to the Agreement Establishing the World Trade Organization (referred to in the agreements in Annex 1A as the "WTO Agreement"), the provision of the other agreement shall prevail to the extent of the conflict."

⁸⁵ En la parte pertinente se señala que: "*En cambio, el sentido corriente del artículo 1 y del párrafo 1 a) del artículo 11 del Acuerdo sobre Salvaguardias confirma que la intención de los negociadores fue que las disposiciones del artículo XIX del GATT de 1994 y las del Acuerdo sobre Salvaguardias se aplicaran acumulativamente, excepto en el grado en que haya conflicto entre disposiciones específicas.*"⁸⁵ *No consideramos que esta cuestión suponga un conflicto entre disposiciones específicas de los Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías.* (párrafo 89)

medidas de salvaguardia.⁸⁶ Del artículo 10 se desprende el hecho de que el Acuerdo supone una modificación importante del régimen de aplicación de las medidas contenidas en el artículo XIX del GATT de 1947.⁸⁷ Por otra parte, el artículo 11.a.) reitera la preponderancia que tiene el Acuerdo sobre Salvaguardias frente al artículo XIX del GATT de 1994 con respecto al proceso de aplicación de las medidas.⁸⁸ En todo caso, la nota interpretativa del anexo 1A invocada por el Órgano de Apelaciones nos sirve para reforzar la idea de que la intención detrás del nuevo marco normativo de la OMC constituye una revisión a las disciplinas del GATT de 1947. Cabe agregar que el propio Órgano de Apelación ha aceptado, en varias ocasiones, que *la relación entre el GATT de 1994 y los demás acuerdos sobre el comercio de mercancías del Anexo 1A es compleja y debe examinarse caso por caso*.⁸⁹ Esta posición no concuerda con una lectura simplista que considere los nuevos acuerdos derivados de la ronda Uru-guay como una simple *acumulación* de antiguas y nuevas disposiciones.⁹⁰

Adicionalmente, creemos que esta realidad también se pone de manifiesto si nos fijamos detenidamente en el lenguaje utilizado en el artículo 2.1 del Acuerdo sobre Salvaguardias. En dicho artículo se condiciona la aplicación de la medida de salvaguardia a la *determinación*

⁸⁶ Artículo 1: “El presente Acuerdo establece normas para la aplicación de medidas de salvaguardia, entendiéndose por éstas las medidas previstas en el artículo XIX del GATT de 1994.” (Subrayado no consta en el documento original)

⁸⁷ Artículo 10: “Los Miembros pondrán fin a todas las medidas de salvaguardia adoptadas al amparo del artículo XIX del GATT de 1947 que estén vigentes en la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC a más tardar ocho años después de la fecha en que se hayan aplicado por primera vez o cinco años después de la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC, si este plazo expirase después.” (Subrayado no consta en el documento original)

⁸⁸ Artículo 11.a): “Ningún Miembro adoptará ni tratará de adoptar medidas de urgencia sobre la importación de productos determinados a tenor de lo dispuesto en el artículo XIX del GATT de 1994 a menos que tales medidas sean conformes a las disposiciones de dicho artículo aplicadas de conformidad con el presente Acuerdo.” (Subrayado no consta en el documento original)

⁸⁹ Brasil-coco desecado, Informe No. WT/DS22/AB/R del 21 de febrero de 1997. Ver también: caso US-Empresas de venta en el extranjero, Informe del Órgano de Apelación No. WT/DS108/AB/R, del 24 de febrero de 2000, párrafo 116.

⁹⁰ Doctrina en la posición contraria: MUELLER, ob. Cit nota 68, pp. 1132 y siguientes.

del miembro.⁹¹ El verbo “determinar” significa “*definir o establecer exacta-mente, típicamente como resultado de una investigación o un cálculo*”.⁹² Entonces, de acuerdo a una interpretación gramatical del artículo 2.1, la adopción de medidas de salvaguardia se encuentra sujeta a que el Estado miembro –no la OMC- *defina o establezca exactamente* que concurren las circunstancias enumeradas en ese artículo. En los apartados siguientes a dicho artículo del Acuerdo sobre Salvaguardias se estipulan requisitos de procedimiento que otorgan transparencia al proceso administrativo empleado por la autoridad competente de adoptar las salvaguardias. Esto lo podemos ver claramente en el artículo 4.2.a) del mismo acuerdo cuando alude también a la *determinación* de la autoridad competente y, a continuación, establece una serie de *parámetros objetivos* que deberán ser considerados en el proceso decisorio.⁹³ De acuerdo a una comprensión sistemática de estas disposiciones, la existencia de las circunstancias fácticas o condiciones de hecho necesarias para la aplicación de las medidas de salvaguardias está sujeta a la discrecionalidad de la autoridad competente.⁹⁴ El papel de los órganos de control de la OMC consiste únicamente en revisar si las autoridades competentes han empleado *procedimientos transparentes* en los que se demuestre que se han considerado un mínimo de factores

⁹¹ Artículo 2.1: “Un Miembro sólo podrá aplicar una medida de salvaguardia a un producto si dicho Miembro ha *determinado*...”

⁹² Traducción de la definición en inglés: “*ascertain or establish exactly, typically as a result of research or calculation.*” (The New Oxford Dictionary, 1999), o “*formal expression of an opinion, intention, or decision by an official body or assembly.*” (Black’s Law Dictionary, séptima edición, p. 1313) Nos inclinamos por utilizar la definición de la palabra en inglés porque este fue el lenguaje original en que fue redactado el Acuerdo sobre Salvaguardias y porque este constituye también el idioma oficial de los trabajos preparatorios.

⁹³ Artículo 4.2.a): “*En la investigación para determinar si el aumento de las importaciones ha causado o amenaza causar un daño grave a una rama de producción nacional a tenor del presente Acuerdo, las autoridades competentes evaluarán todos los factores pertinentes de carácter objetivo y cuantificable que tengan relación con la situación de esa rama de producción, en particular el ritmo y la cuantía del aumento de las importaciones del producto de que se trate en términos absolutos y relativos, la parte del mercado interno absorbida por las importaciones en aumento, los cambios en el nivel de ventas, la producción, la productividad, la utilización de la capacidad, las ganancias y pérdidas y el empleo.*” (Subrayados no constan en el original).

⁹⁴ Este razonamiento es expuesto por SPAMANN, Holger: “Standard of Review for World Trade Organization Panels in Trade Remedy Cases: a Critical Analysis”, en *JOURNAL OF WORLD TRADE*, 38, 3, 2004, pp. 530-532.

objetivos pertinentes para tomar tal decisión.⁹⁵ En este sentido, compartimos parcialmente el criterio del Órgano de Apelaciones según el cual la *evolución imprevista de circunstancias* es una condición de hecho que se desprende de la naturaleza teleológica de las medidas de salvaguardia.⁹⁶ No obstante, a diferencia del parecer institucional, sostenemos que la determinación de su existencia, así como su valoración, corresponde únicamente a la autoridad competente del Estado que adopta la medida. Lo único que puede estar sujeto a examen por parte de los órganos de solución de diferencias es el cumplimiento de los requisitos de procedimiento necesarios para ser consideradas como medidas conformes con los acuerdos de la OMC, los cuales se encuentran previstos en el Acuerdo sobre Salvaguardias.⁹⁷ Esto marca el límite normativo a la capacidad atribuida a los órganos de solución de diferencias para reemplazar las decisiones de la autoridad nacional.

Como señala el profesor Sykes, habiendo tomado esta posición, al menos el Órgano de Apelación debería haber especificado más coherentemente el alcance de esta condición de hecho. Es decir, detallar lo que debe entenderse por “evolución imprevistas de las circunstancias”. ¿En que momento concreto debe considerarse la capacidad, o incapacidad, de prever el desarrollo de las circunstancias? ¿En el momento en que se sumieron las obligaciones? ¿Que pasa si las concesiones arancelarias fueron hechas hace décadas? Cualquier cosa podría ser considerada imprevista tanto tiempo después. ¿Que ocurre si las concesiones arancelarias se han hecho de forma progresiva? ¿Se debe considerar solo la última rebaja? ¿Porqué o porqué no? ¿Como se presentan evidencia sobre las expectativas de una parte negociante en un momento concreto? Sobretudo en un foro multilateral donde intervienen numerosas partes con distintas motivaciones ¿Cómo se sabe cuales son las expectativas particulares de cada una? ¿La mayoría de las personas que

⁹⁵ MCGINNIS y MOVSESIAN, op. cit, p. 581.

⁹⁶ Ver: Argentina-calzado, informe del Órgano de Apelación citado, párrafos 94 y 95.

⁹⁷ SPAMANN, Op. Cit, p. 533. Desde un enfoque más general: EHLERMANN Claus-Dieter y LOCKHART Nicolas: “Standard of Review in the WTO Law”, en *JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW*, 7(3), 2004, p. 510 y siguientes. Ver también la propuesta de Stephan ZLEPTNIG, “The Standard of Review in the WTO Law: An Analysis of Law, Legitimacy and Distribution of Legal and Political Authority, en *E.Io.P* 17, 2002. Disponible en: <http://eiop.or.at/eiop/texte/2002-017a.htm> (30 de mayo de 2006).

intervinieron pueden haber fallecido?⁹⁸ La explicación ensayada por el Órgano de Apelación no brinda ni siquiera una pista sobre alguna de aquellas interrogantes básicas.⁹⁹

Para demostrar la incongruencia del razonamiento del Órgano de Apelaciones utilizaremos un caso hipotético. Como mencionamos anteriormente, el Protocolo de adhesión de China a la OMC contiene un régimen provisional de salvaguardias.¹⁰⁰ Las disposiciones de este instrumento obedecen a la clara intención de establecer reglas especiales para facilitar la adopción de medidas de salvaguardias contra productos de origen chino (*protección* como fundamento económico). No obstante, este instrumento fue concebido fundamentalmente como una concesión necesaria para que los demás miembros de la OMC se sientan más seguros en relación a la potencial amenaza comercial que significa la potencia oriental (*flexibilidad* como fundamento político). El apartado 16 del Protocolo regula los requisitos de hecho necesarios para la adopción de salvaguardias de manera análoga a los dispuesto por el 2.1 del Acuerdo sobre Salvaguardias. En el texto de dicho apartado tampoco se menciona la existencia de una *evolución imprevista de circunstancias* como presupuesto necesario para la adopción de salvaguardias. Sin embargo, el protocolo también es un instrumento integrante de los acuerdos de la OMC y, por lo tanto, constituye parte de un mismo tratado. Esto significa que debe ser aplicado de manera armoniosa o sistemática con el contexto normativo. Si aplicáramos el criterio de la aplicación *acumulativa* sostenido por el Órgano de Apelación, tendríamos que aceptar que las medidas de salvaguardia impuestas contra los productos chinos al amparo del Protocolo, deben cumplir con el requisito adicional derivado del artículo XIX del GATT. ¿Sería esto coherente con la interpretación de un instrumento diseñado expresamente para dar un grado mayor de flexibilidad? La respuesta obvia es no. Pero si afirmáramos el razonamiento interpretativo mantenido por el Órgano de Apelación tendríamos que aceptar tal incoherencia por obvia que resulte. Esto no sería propio de una interpretación sistemática en la que se valoren los antecedentes históricos

⁹⁸ SYKES, "The Safeguard Mess...", citado, p. 278.

⁹⁹ Caso Argentina-calzado, informe citado, párrafos 91-97.

¹⁰⁰ Ver p. 11.

del Protocolo, en base de la cual llegaríamos fácilmente a la conclusión de que se trata de normas que regulan un supuesto especial y, por lo tanto, al amparo de lo dispuesto por el anexo 1A, deben prevalecer sobre lo dispuesto en el GATT.¹⁰¹

ii) Segunda crítica: deficiente valoración interpretativa de los antecedentes históricos

La historia de los trabajos preparatorios del Acuerdo sobre Salvaguardias revela intención de suprimir del requisito de aplicación derivado de la frase “*evolución imprevistas de las circunstancias*”. El actual artículo 2.1 del Acuerdo sobre Salvaguardias tuvo cuatro versiones previas a la definitiva. Si observamos la evolución sucesiva de estas versiones,¹⁰² notaremos que en el primer borrador consta el vocablo inglés “*unforeseen*”, equivalente literal del término *imprevisto*. En el segundo borrador, dicha palabra es reemplazada por el término “*unexpected*” que se traduce literalmente al castellano como “*inesperado*”. En este punto no se nota mayor cambio dado que ambos

¹⁰¹ DONGLI, Huang ha sugerido la aplicación del criterio *textualista*, como el seguido por el Órgano de Apelación con respecto al régimen general de salvaguardias de la OMC, para la interpretación de las cláusulas especiales de salvaguardia del Protocolo. (“Legal Interpretation of Paragraph 242 of the Report of the Working Party on Accession of China Under the World Trade Organization Legal Frame Work”, en *JOURNAL OF WORLD TRADE*, 40 (1), 2006)

¹⁰² **1) Versión del 27 de junio de 1989:** (a) *there has been an unforeseen, sharp and substantial increase in the quantity of such product being imported;* **2) Versión del 15 de enero de 1990:** (a) *there has been an unexpected, sudden and large increase in the quantity of such product being imported;* **3) Versión del 13 de julio de 1990:** 3. *A contracting party1 may apply a safeguard measure only on the conditions that the importing contracting party has established, pursuant to the provisions set out in paragraphs 4 and 7 below, that a product is being imported into its territory in such increased quantities, actual or relative to domestic production, and under such conditions as to cause or threaten serious injury to the domestic industry that produces like or directly competitive products.* **4) Versión del 31 de octubre de 1990:** 2. *A contracting party1 may apply a safeguard measure to a product only if the importing contracting party has determined, pursuant to the provisions set out below, that such product is being imported into its territory in such increased quantities...* “Documentos respectivos en el mismo orden: Notas de la Secretaría del GATT No. MTN.GNG/NG9/W/25, No. MTN.GNG/NG9/W/25/Rev.1, No. MTN.GNG/NG9/W/25/Rev.2, y No. MTN. GNG/NG9/W/25/Rev.3. (Subrayados no constan en el original)

términos son sinónimos.¹⁰³ En la siguiente versión se suprime definitivamente la frase “*unexpected*” y esta vez no es remplazada por ningún término equiva-lente. Tal situación se repite en la última versión. De los documentos de trabajo no constan las razones específicas que motivaron la supresión de dicho término en particular.¹⁰⁴ A pesar de esto, creemos que tales cambios no pueden ser minusvalorados sino que constituyen un fuerte indicio de la voluntad de las parte negociantes de eliminar tal condición de hecho como requisito de aplicación de medidas de salvaguardia.¹⁰⁵

Con respecto a este punto, el Órgano de Apelación ha argumentado en favor de su tesis que “*si los negociadores de la Ronda Uruguay hubieran tenido la intención de omitir deliberadamente esta expresión - evolución imprevista de las circunstancias, podrían haberlo dicho y lo hubieran dicho en el Acuerdo sobre Salvaguardias. Sin embargo, no lo hicieron.*”¹⁰⁶

Respecto de aquella afirmación, caben varias observaciones. Se debe acusar primero el hecho de que la decisión de incluir todo los resultados de la Ronda Uruguay en un “solo paquete” de instrumentos anexos fue una decisión que se tomó cuando las negociaciones estaban sumamente avanzadas. Es verdad que los trabajos preparativos del Acuerdo sobre Salvaguardias buscaban el desarrollo interpretativo de las disposiciones del GATT, pero, al igual que gran parte de los demás acuerdos anexos, dicho instrumento fue diseñado para funcionar de manera autónoma. Este planteamiento es latente si se toma en cuenta que el papel de las disposiciones del GATT en el nuevo sistema tampoco fue objeto discusión hasta bien avanzadas las negociaciones. Todo ello refuerza la idea de que la opinión del Órgano de Apelaciones no es muy consecuente

¹⁰³ Tanto en inglés como en español. Ver respectivamente: Diccionario Oxford Avanzado y Diccionario de Sinónimos de la Lengua española, Vox.

¹⁰⁴ Nota de Secretaría No. MTN.GNG/NG9/14, del 6 de marzo de 1990, p. 6.

¹⁰⁵ Posición mantenida también por el grupo especial del caso Argentina-Calzado, párrafos 8.66-8.69.

¹⁰⁶ Argentina-calzado, informe citado, párrafo 88. Doctrina a favor del criterio del Órgano de Apelación: MUELLER, Op, Cit, nota 68, pp. 1140-1141.

con la realidad histórica de las negociaciones.¹⁰⁷ Y si aplicamos un juicio lógico, no resulta coherente que la redacción del Acuerdo de Salvaguardias hubiese variado de la del GATT de 1947 si la intención de las partes hubiera sido –precisamente- mantener inalterado el antiguo régimen normativo. El hecho de que el texto del GATT no haya sido cambiado es explicable por el difícil proceso de reforma regulado por el artículo XXX¹⁰⁸ del GATT de 1947 que, en opinión del profesor John H. Jackson, hacia que este acuerdo sea frecuentemente considerado en la práctica como irreformable.¹⁰⁹ El hecho, señalado por el Órgano de Apelación, de que no exista información sobre cual fue la intención concreta de las partes con respecto a la relación entre GATT y los nuevos instrumentos se debe principalmente a que la constancia documental de los trabajos preparatorios finales de los acuerdos de OMC es muy escasa o, en gran parte de los casos, ni siquiera existe.¹¹⁰

¹⁰⁷ MONTAGUI, Elizabethn y MAURITS, Lugard: “The GATT 1994 and the Other Annex 1A Agreements: Four Different Relationships?”, en *JOURNAL OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW*, 473-484, 2000. pp. 474 y 475.

¹⁰⁸ Artículo XXX del GATT de 1947: “1.Salvo en los casos en que se prevén otras disposiciones para efectuar modificaciones en el presente Acuerdo, las enmiendas a las disposiciones de la Parte I del mismo, a las del artículo XXIX o a las del presente artículo entrarán en vigor tan pronto como hayan sido aceptadas por todas las partes contratantes, y las enmiendas a las demás disposiciones del presente Acuerdo entrarán en vigor, en lo que se refiere a las partes contratantes que las acepten, tan pronto como hayan sido aceptadas por los dos tercios de las partes contratantes y, después, con respecto a cualquier otra parte contratante, tan pronto como las haya aceptado. 2.Toda parte contratante que acepte una enmienda al presente Acuerdo depositará en poder del Secretario General de las Naciones Unidas un instrumento de aceptación en un plazo que será fijado por las PARTES CONTRATANTES. Estas podrán decidir que una enmienda que haya entrado en vigor de conformidad con el presente artículo tiene tal carácter que toda parte contratante que no la haya aceptado en el plazo que ellas fijen podrá denunciar el presente Acuerdo o podrá, con su consentimiento, continuar siendo parte en él.”

¹⁰⁹ “Consistency of Export-Restraint Arrangements with the GATT”, en *THE JURISPRUDENCE OF THE GATT & THE WTO*, Cambridge University Press 2000, 496 páginas., p. 69, nota al pie de página No. 2.

¹¹⁰ Al poco tiempo de la creación de la OMC, en 1995, Lie WANG advirtió esta situación como un problema a futuro: “a major problem with the interpretation of the WTO Agreements which can be envisaged at present is that preparatory work will be used less than it was in the GATT, simply because there are not drafting records of the WTO Agreements. (...) In such circumstances, it can be predicted that in interpreting the WTO Agreements, a textual approach will be heavily relied upon.” (“Some Observations on the Dispute Settlement System of the World Trade Organization”, en *JOURNAL OF WORLD TRADE*, Vol. 29, No. 2, 1995, p. 177.)

En segundo lugar, hay que recordar también que durante los trabajos preparatorios del Acuerdo de Salvaguardias se dejó claro que las dificultades inherentes al artículo XIX constituían las razones fundamentales de su falta de funcionalidad.¹¹¹ Los representantes de diversos Estados sostuvieron que una rigidez excesiva en las disposiciones del Acuerdo sobre Salvaguardias alentaría a los miembros a escapar del cumplimiento de sus disposiciones.¹¹² Buscaban flexibilizar el sistema. Hasta la fecha, todas las diferencias derivadas de aplicación de salvaguardias han terminado en una declaración de no conformidad, lo cual es bastante sugerente. Algunos autores acusan la dificultad para adoptar salvaguardias ha ocasionado la proliferación de medidas *antidumping* como única alternativa disponible, lo que de por sí constituye una distorsión institucional.¹¹³ El requerimiento de aportar pruebas con

¹¹¹ *“Ensuring stricter application of Article XIX would not in itself be enough to remedy the situation because the inherent difficulties in Article XIX were the very reasons which had led to the avoidance of the application of the Article by many countries in taking safeguard actions”*(Nota de Secretaría del GATT No. MTN.GNG/NG9/14, párrafo 5)

¹¹² Propuesta de EEUU, Nota de Secretaría del GATT No. MTN.GNG/NG9/W/23, del 13 de junio de 1989, p. 1. Las sugerencias de EEUU tuvieron mucha relevancia en la adopción de la versión actual del Acuerdo. Como parte de tales sugerencias constaba la lista las condiciones de hecho que deben ser verificadas por la autoridad competente del Estado miembro: Aumento de las importaciones, existencia o amenaza de daño grave y evidencia de nexo causal entre el aumento de las importaciones y la provocación de daño grave. No se encuentra referencia alguna a la determinación de “evolución imprevista de las circunstancias”. Si revisamos el texto del Acuerdo sobre Salvaguardias podemos ver que sigue esta línea. Una situación análoga se da con la aportación de Suiza que consta de la Nota de la Secretaría del GATT No MTN.GNG/NG9/W/26. Si bien en dicha contribución se reproduce el texto completo del artículo XIX del GATT, no se alude a la “evolución imprevista de circunstancias” cuando se trata el tema de los requisitos de aplicación de las salvaguardias. (pp. 3 y 4)

¹¹³ Chad P. BOWN sugiere: *“At first glance, the infrequent appeal to the safeguards provisions looks like good news for proponents of liberal trade. Little use for the escape clause could mean that countries are finding it easier to live up to their trade liberalization commitments. However, the vast proliferation of AD measures shows that any such claims of success are unfortunately misguided. For the period of 1987-1994, while only 18 measures of protection were imposed under Article XIX (WTO, 1995a), over 700 definitive antidumping measures were imposed worldwide, after the initiation of 1586 AD investigations by GATT Contracting Parties (Miranda et al., 1998). It is not that national governments have managed to fend off protectionist pressures or that they no longer seek an ‘escape’ from their GATT/WTO obligations, rather they are not doing so under the safeguards provisions instead, they are avoiding use of the escape clause*

respecto a la existencia de una *evolución imprevista de las circunstancias* es uno de los elementos que claramente dificulta la aplicación práctica de salvaguardias. Como mencionáramos antes, para saber lo que hay que demostrar ante el Órgano de Apelación, habría primero que despejar varias interrogantes: ¿Cómo se demuestra lo que pudieron o no prever las partes negociantes? ¿Imprevisible para quién? ¿Las partes del GATT 1947 o las que intervinieron en la ronda Uruguay? ¿A partir de qué momento se debe prever?

La línea seguida actualmente por el Órgano de Apelación es, paradójicamente, bastante más estricta que la marcada por el caso *Hatter's Fut*. En dicho caso el órgano respectivo del GATT estableció un criterio muy deferente hacia la decisión de la autoridad local con respecto a la determinación de las condiciones de hecho.¹¹⁴ En aquel proceso se aceptó un *mero cambio en la moda de sombreros para damas* como situación justificante, lo cual manifiesta la amplia flexibilidad de criterios para calificar una situación como *evolución imprevista de circunstancias*, sobre-todo si tenemos presente que *la moda* es un concepto que lleva implícito la previsión del cambio. Los profesores Trebicock y Howse llegan a opinar que la interpretación empleada en *Hatter's Fut* sugiere que cualquier circunstancia nueva pueda pasar como una evolución

and instead choosing instruments like AD measures to relieve this pressure." ("Why are Safeguards...", citado en nota 56, p. 49.)

¹¹⁴ Recordamos que este caso constituye el *leading case* de la OMC acerca de las condiciones de aplicación de las medidas de salvaguardia establecidas en el artículo XIX del GATT. En la parte pertinente: "*These members were satisfied that the United States authorities had investigated the matter thoroughly on the basis of the data available to them at the time of their enquiry and had reached in good faith the conclusions that the proposed action fell within the terms of Article XIX as in their view should be interpreted. Moreover, those difference of view on interpretation which emerged in the Working Party are not such as to affect the view of these members in the particular case under review. If they, in their appraisal of facts, naturally gave what they consider to be appropriate weight to international factors and the effect of the action under Article XIX on the interest of the exporting country while the United States authorities would normally tend to give more weight to domestic factors. it must be recognized that any view on such a matter must be to a certain extent a matter of economic judgment and that it is natural that governments should on occasion be greatly influenced by social factors* (...) *It would not be proper to regard the consequent withdrawal of a tariff concession as ipso facto contrary to Article XIX unless the weight attached by the government concerned to such factors was clearly unreasonable great.*" (párrafo 48, citado, énfasis no constant en original)

imprevista.¹¹⁵ La postura oficial de aquel entonces se puede atribuir al hecho de que los encargados de aplicar las disposiciones mantenían un recuerdo fresco de las intenciones detrás del texto del acuerdo. Incluso era común en esos años que los propios miembros de los Grupos de Trabajo encargados de examinar las controversias hayan participado también la redacción del GATT de 1947.¹¹⁶ En cualquier caso, aquella corriente interpretativa –la del caso *Hatter's Fut-* llevó a que esta condición fáctica examinada haya sido ignorada en la práctica “jurisprudencial” del GATT. Lo cual explica parcialmente el hecho de que los negociadores de la ronda Uruguay no hayan mencionado nada respecto a la supresión del requisito de hecho.¹¹⁷ Sin embargo, el Órgano de Apelaciones, resucitó sorpresivamente dicha postura jurisprudencia, otorgándole precisamente un efecto contrario.¹¹⁸

En la actualidad, el *case law* establecido el Órgano de Apelaciones está desdibujando el grado de flexibilización buscado con la reforma del régimen de salvaguardias. Buscando legitimidad frente a eventuales críticas *soberanistas* de los Estados miembros, la alta instancia resolutoria de la OMC se ha refugiado en el apego incondicional al texto literal de los acuerdos.¹¹⁹ En el caso estudiado, ocurre precisamente lo contrario. Como sucedió en el pasado, la postura textualista del Órgano de Apelación aumenta el recelo político de los Estados que se ven virtualmente impedidos de hacer uso de las *cláusulas de escape*. El caso de ciertos Estados menos desarrollados es paradigmático. Muchos no cuentan con los recursos administrativo y económico para realizar los estudios técnicos necesarios para adoptar medidas antidumping, por lo que en

¹¹⁵ TREBILCOCK, Michael y HOWSE, Robert: THE REGULATION OF THE INTERNATIONAL TRADE, Routledge, 1995, p. 164.

¹¹⁶ HUDEC, Robert: E. “THE GATT SYSTEM AND WORLD TRADE DIPLOMACY”, 1975, p. 103.

¹¹⁷ The Persistent Puzzle of Safeguards..., citado en nota 56, p. 540.

¹¹⁸ Caso Argentina-calzado, informe citado, párrafo 96.

¹¹⁹ HUDEC, Robert E.: “GATT/WTO Constraints on National Regulation: Requiem for an “Aim and Effects” Test, en *INTERNATIONAL LAWYER*, 32, 1998, pp. 619 y siguientes. GOLDSMITH y POSNER critican acertadamente las posturas excesivamente textualistas: “There is a danger, often neglected by commentators (...), that increased legalization of international trade will displace trade from illegal barriers to legal barriers without improving efficiency or, if the legal barriers are removed as well, put too much pressure on the system and cause it to collapse (...)”. (Obra citada, THE LIMITS..., p. 162.)

situaciones internas difíciles su única alternativa sería volcarse por medidas de salvaguardia como medio de protección económica. Opción inviable de acuerdo a la línea jurisprudencial de la OMC.¹²⁰ Creemos que en este punto es de suma importancia que los Órganos de Solución de Diferencias hagan, como ejercicio interpretativo, un análisis histórico de las motivaciones presentes en los borradores previos a la redacción final del Acuerdo sobre Salvaguardias y, consecuentemente, adopten una postura que resulte coherente con la racionalidad funcional del régimen de salvaguardias en el sistema de la OMC.¹²¹ Las lecciones que dejó la *inflexibilidad* institucional del GATT deben tenerse en cuenta. En todo caso, los órganos *judiciales* de la Organización no son los indicados para determinar que es lo que la autoridad política un Estado miembro ha podido, o no, prever en un momento determinado.

Han pasado casi sesenta años desde que Jacob Vanic advirtiera de los efectos nocivos que las posturas excesivamente doctrinales pueden tener en el desempeño del sistema internacional del comercio. Como señaló en aquel entonces el célebre economista, ningún principio económico tiene atractivo universal. Un código de leyes inflexible sería inmediatamente inaceptable. De ser aceptado, probablemente se resquebrajaría ante la primera presión severa que le toque soportar. Los “dogmáticos” del libre comercio son reacios a aceptar que los asuntos internacionales son demasiado complejos para ser abarcados por posición teórica alguna.¹²² Cómo señala el profesor Alan Sykes, aquellos que consideran las medidas de salvaguardia, desde una perspectiva meramente económica, como proteccionismo oneroso e innecesario, podrán jactarse de la postura institucional analizada, pero es poco probable que

¹²⁰ De acuerdo a conversaciones mantenidas en mayo de 2006 con miembros del equipo ecuatoriano encargado de negociar TLC con Estados Unidos, me indicaban que la complejidad técnica de los estudios necesarios para imponer medidas *antidumping*, ante lo cual, optaron por remitir todo lo relacionado a remedios comerciales al régimen normativo de salvaguardias de la OMC. Paradójicamente, si bien, en teoría, los estudios técnicos sin más simples, el actual criterio del Órgano de Apelación, el rechazo de tales medidas, una vez impugnados por el afectado (Estados Unidos) es una cuestión casi segura. En definitiva, no tienen alternativa.

¹²¹ Nos referimos específicamente a una revisión de la información sobre los trabajos preparativos del Acuerdo sobre Salvaguardias que consta de los siguientes documentos citados: Notas de la Secretaría del GATT No. MTN.GNG/NG9/W/21, No. MTN.GNG/NG9/W/23, No. MTN.GNG/NG9/W/26, No. MTN.GNG/NG9/14.

¹²² “Conflict of Principles...”, en FOREIGN AFFAIRS, citado, p. 627 y 628.

FUNDAMENTOS DEL RÉGIMEN DE SALVAGUARDIAS DE LA OMC:...

aquella situación beneficie, en el largo plazo, al sistema multilateral de comercio.¹²³

¹²³ "The Safeguard Mess...", citado, p. 261.