

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



TLC COSTA RICA-MÉXICO

Repercusiones para Centroamérica Solución de Controversias y temas afines

Msc. MARIO A. UMAÑA*

El presente trabajo es parte integral de un estudio sobre las repercusiones para Centroamérica del Tratado de Libre Comercio entre Costa Rica y México que incluye las áreas de acceso a mercados, agricultura, normas de origen, normas técnicas, inversiones, servicios financieros, propiedad intelectual y compras del sector público.

INTRODUCCIÓN

La solución de controversias en un tratado bilateral, regional o multilateral tiene como objetivo principal introducir normas de naturaleza procesal para darle seguridad y predecibilidad a las regulaciones sustantivas de los acuerdos, evitando la proliferación de acciones unilaterales o el uso de la vía judicial.

Este artículo expone en forma resumida los hallazgos más relevantes en relación con los instrumentos establecidos por el TLC CR-MEX para resolver los conflictos, las causas de éstos y los sujetos involucrados.

Además, se hace un pequeño análisis de algunos mecanismos alternativos de enorme vigencia en el sector privado estadounidense con el fin de rescatar algunas lecciones a la hora de enfrentar las controversias comerciales privadas. Por otra parte, se explora la interrelación medio ambiente-comercio, y problemas laborales-comercio, especialmente en el marco de la solución de controversias. Finalmente se evalúa el posible fenómeno de transnacionalización de los servicios de asesoría jurídica en el contexto de las Partes Contratantes y de Centroamérica.

1. LOS INSTRUMENTOS

El TLC reproduce casi en su totalidad el modelo NAFTA para la solución de las controversias generales¹ y las que se

presenten en materia de inversiones.² En cuanto a las controversias por comercio desleal (dumping o subsidios), materia reservada en

* *Máster en Derecho. Georgetown University Law Center.*

1 Capítulo XVII TLC, XX del NAFTA.

2 Capítulo XIII TLC, XI (B) del NAFTA.

ambos tratados a las leyes domésticas en su fase administrativa, el tratado se separa de la regulación del capítulo XIX del NAFTA, donde opera un *sistema de revisión de paneles arbitrales*,³ refiriendo la revisión de las cuotas compensatorias impuestas por las autoridades administrativas al procedimiento general del capítulo XVII. Al igual que los modelos modernos, incluyendo los nuevos mecanismos administrados por la Organización Mundial del Comercio, el TLC contiene instrumentos *no contenciosos*⁴ como las consultas, los buenos oficios, la conciliación y la mediación; e instrumentos *cuasijudiciales*⁵ como el arbitraje institucional del capítulo general, el arbitraje comercial privado, la posibilidad de acudir al esquema multilateral de la OMC como foro excluyente,⁶ el arbitraje en materia de conflictos entre un inversionista de una Parte y la otra Parte⁷ y los mecanismos para resolver casos de comercio desleal.⁸ Todos los procedimientos están sustentados en un *sistema de pasos progresivos* que se van agotando sucesivamente.

1.1 La solución amistosa de controversias

La I fase en el escenario no contencioso, *las consultas* inician el proceso. Las Partes entran en contacto directo *sin* la intervención de la Comisión Administradora. Se establece además un régimen especial para el área de medidas fitozoosanitarias, reglas de origen y medidas de normalización. Para esta fase se fija un plazo de 45 días, siendo lo deseable que la gran mayoría de las controversias se resuelven amistosamente durante este período.

La II fase conlleva la intervención de la Comisión Administradora del Tratado. Las

figuras de *Buenos Oficios, Conciliación y Mediación* son definidas por la doctrina del Derecho Internacional y contienen elementos que se entrecruzan. Los buenos oficios se refieren a la naturaleza del trabajo de la comisión en la búsqueda de un arreglo entre las Partes; la conciliación se refiere a un proceso cuasiarbitral cuyo resultado no es vinculante para las Partes; y la mediación se refiere a la intervención de la comisión actuando casi como un "tercero" que se involucra de forma más plena que en la situación de buenos oficios. Estas distinciones conceptuales, no muy claras en su contenido, carecen de relevancia práctica, ya que, por un lado, la Comisión no es precisamente un "*tercero entre las Partes*", sino las Partes mismas en forma de estructura institucional del TLC; y por otro lado, las tres figuras se refieren a un único fenómeno de utilización de mecanismos diplomáticos.

1.2 La solución contenciosa de controversias

La III fase se inicia mediante la solicitud para integrar un tribunal arbitral de una lista de 20 expertos en diferentes temas del comercio internacional. El tribunal, formado por cinco miembros, utilizará las reglas modelo de procedimiento, aún en proceso de elaboración y aprobación sobre la base de las reglas de arbitraje de UNCITRAL. Se introduce el concepto ya existente en el NAFTA y en el entendimiento sobre solución de diferencias aprobado en el Acta Final de la Ronda Uruguay, de una "*Decisión Preliminar*", evidenciándose un proceso de "anglonización"⁹ de los institutos jurídicos mexicanos y costarricenses basados fundamentalmente en el modelo romano-germánico. Este proyecto de decisión, tomado dentro de los

3 Panel Review System.

4 Art. 17-05 y 17-06.

5 Art. 17-07 al 17-16.

6 Art. 17-03.

7 Art. 13-20 al 13-38.

8 Capítulos VIII (bases para aplicar legislación nacional) y XVII (Reglas generales).

9 Este concepto pertenece al Lic. Rónald Garita, abogado costarricense, funcionario de FUCE y negociador por Costa Rica en el TLC en la mesa de Solución de Controversias, quien me concedió una entrevista sobre sus experiencias en la negociación del Tratado.

90 días posteriores al nombramiento del último árbitro, se somete a las Partes para sus observaciones e indica la tendencia de disminuir la naturaleza contenciosa del proceso.

La decisión final de carácter vinculante y definitivo¹⁰ se adopta por mayoría del tribunal dentro de los 30 días posteriores a la decisión preliminar y tiene como posible resultado la *suspensión de beneficios* en uno o varios sectores del tratado para la Parte que perdió el panel. Un nuevo tribunal arbitral puede evaluar la suspensión misma de los beneficios en el caso de que la otra Parte considere que fue excesiva.

1.3 El mecanismo multilateral

El TLC contempla la posibilidad de acudir a los mecanismos del GATT¹¹. La escogencia de este foro excluye la posibilidad de acudir al procedimiento bilateral. Como conceptos novedosos introducidos en la ronda se incluyen la decisión preliminar, la adopción de la decisión final a menos de que exista consenso de no hacerlo (eliminación del poder de bloqueo), y una fase de apelación por razones de derecho. Las reformas al sistema vigente en el antiguo GATT, han sido consideradas como uno de los aspectos más sobresalientes de la ronda, renovándose la credibilidad de todo el sistema multilateral al disminuir la tentación de la utilización de medidas unilaterales y reforzarse la judicialidad de los procedimientos.

1.4 Solución de controversias en materia de Inversiones

En esta materia, como se mencionó anteriormente, el TLC escoge básicamente el modelo NAFTA, que promueve la solución de controversias entre un inversionista de una Parte y la otra Parte, mediante la utilización de CIADI¹² (Convenio Internacional para el Arreglo de Disputas en Materia de Inversiones), para cuando las partes sean miembros de ésta; las Reglas del Mecanismo Complementario de CIADI, para cuando sólo una de las partes sea miembro; y las reglas de arbitraje de UNCITRAL, para cuando ninguna de las partes sea miembro. Todavía no queda claro si este último será el caso de Costa Rica a raíz del error cometido por la Asamblea Legislativa en la ratificación de CIADI, ya que se introdujo un artículo exigiendo el agotamiento de la vía administrativa y la vía JUDICIAL, haciendo nugatoria la aplicación de la convención por razones de *cosa juzgada*.¹³ El capítulo XIII contiene además normas relativas a la escogencia de la sede y al derecho sustantivo aplicable.¹⁴ Se establece una fase de medidas provisionales y otra de un laudo definitivo. La ejecución del laudo se hará de conformidad con el Convenio de CIADI, la Convención de Nueva York sobre ejecución de laudos arbitrales extranjeros o la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial (Convención de Panamá).

10 El NAFTA contempla, al igual que las nuevas regulaciones administradas por la OMC, la posibilidad de acudir a una instancia de apelación, después de la decisión de un panel, salvo en el caso de comercio desleal donde el fallo del panel bajo el cap. XIX es final y vinculante.

11 Debe entenderse que se refiere a los mecanismos sustentados en el *Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias*, Anexo 2 del Acuerdo de Creación de la OMC, aprobado en el Acta Final de la Ronda Uruguay, ratificada por Costa Rica mediante Ley 7475 del 26-12-94.

12 Este modelo ha sido criticado por alguna parte de la doctrina internacional sobre arbitraje comercial ya que permite la interposición excesiva de recursos de revisión sobre las decisiones de los paneles.

13 En entrevista realizada al Lic. Jaime Granados de la Dirección de Negociaciones Internacionales del Ministerio de Comercio Exterior de Costa Rica, se externó una apreciación inicial y extraoficial de esa Dirección sobre este tema en el sentido de que el error legislativo no perjudicará la aplicación de la Convención pues el TLC remite en forma indirecta al mecanismo, incorporándolo de modo sui generis al ordenamiento costarricense en su concepción original, siendo irrelevante para los casos que se pudieren presentar dentro del Tratado, la forma de ratificación en nuestra Asamblea.

14 Esto no se encuentra en el procedimiento del capítulo general ya que se le dejó a las Reglas Modelo de Procedimiento su regulación concreta.

1.5 Solución de controversias por comercio desleal

En el área del *Dumping* o subsidios, el Cap. VIII del Tratado regula los procedimientos para que, de conformidad con la ley doméstica de cada parte, se resuelvan las disputas. Para el caso de Costa Rica, y en relación con el comercio extraregional, opera el Reglamento Centroamericano para Prácticas de Comercio Desleal y Cláusula de Salvaguardia.¹⁵

Este instrumento no es congruente en su totalidad con las nuevas regulaciones que, en esta materia, se aprobaron en la Ronda Uruguay por lo que pronto habrá que modificarlo. Una vez finalizada la investigación por parte de la autoridad administrativa del territorio de la Parte donde se detectó la posible aplicación de prácticas de comercio desleal y aprobada la *cuota compensatoria* correspondiente, un panel arbitral constituido de conformidad con el cap. XVII puede revisar esta última para decidir si es compatible con las disposiciones del cap. VIII.

1.6 La solución de controversias entre particulares

En el caso de controversias entre particulares, el TLC¹⁶ promueve la utilización del arbitraje comercial privado. Costa Rica y México son signatarios de la Convención de Nueva York y la Convención Interamericana para efectos de ejecución en el territorio de una Parte de los laudos emitidos en el territorio de la otra Parte. Se propone además la creación de un Comité Consultivo de Controversias Comerciales Privadas el cual debe, a nuestro juicio, ser potencializado por el sector privado costarricense ya que la experiencia mexicana en el NAFTA refleja claramente los beneficios de la utilización de un mecanismo de esta naturaleza para orientar a los empresarios.

Costa Rica cuenta con una legislación deficiente en materia de arbitraje comercial privado. La Corte Suprema de Justicia revisa en estos momentos un proyecto de ley para modernizar nuestros instrumentos. La Cámara de Comercio de Costa Rica se encuentra, por su parte, en la etapa final de la estructuración de un centro de arbitraje y conciliación. Estas dos últimas circunstancias nos hacen pensar que el país está dando los pasos correctos para prepararse en un tema que será, sin duda alguna, el marco de controversias comerciales más grande en el contexto de la apertura y la globalización de la economía.

1.7 Mecanismos alternativos para el sector privado¹⁷

Dentro de este escenario, vale la pena explorar algunos métodos alternativos¹⁸ para resolver controversias que están siendo aplicados por un gran número de empresas norteamericanas como forma de evitar los problemas derivados de la utilización de los mecanismos tradicionales. Estas empresas han logrado reducir sustancialmente el costo y la duración de los procesos contenciosos mediante la instauración de un procedimiento sistematizado¹⁹ que le da seguimiento a la disputa desde el mismo momento de su nacimiento. La utilización de los métodos *ADR* está basada en la limitación del procedimiento escrito y el aumento de la oralidad, el intercambio de información entre las partes, el acuerdo para limitar los daños, y la utilización de expertos neutrales. Todo esto, aunado a una nueva mentalidad que reemplace la confrontación por la negociación, a través de un compromiso que evite la trampa de convertir *ADR* en un mecanismo judicial privado, ha llevado a las empresas a descubrir que *lo verdaderamente importante desde el punto de vista comercial no es ganar las disputas sino resolverlas*.

15 Aprobado mediante Decreto Ejecutivo 21984 MEIC Gaceta 52 del 16-03-93.

16 Art. 17-18.

17 Sobre este tema ver CARVER Todd B y Albert A. Vondra. *Alternative Dispute Resolution: Why It Doesn't Work and Why It Does*. Harvard Business Review. May-June 1994. pp 120.

18 *Alternative Dispute Resolution ADR*.

19 *Dispute Avoidance Resolution Process*.

2. CONTROVERSIAS BASADAS EN EL CONFLICTO ENTRE PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE, LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES Y EL COMERCIO INTERNACIONAL DE BIENES Y SERVICIOS

Uno de los temas de alguna forma pendientes²⁰ en las discusiones multilaterales de comercio y de alguna forma más polémica especialmente entre los ambientalistas²¹ es el relativo a la dialéctica entre protección ambiental, protección laboral y el comercio mismo de bienes y servicios. No obstante, el asunto ha sido analizado y negociado en la conformación de bloques regionales como la Unión Europea y el NAFTA. En este último, se negociaron dos acuerdos suplementarios en el campo ambiental y laboral. En ambos, se incluyen disposiciones específicas para la solución de controversias.²²

El TLC Costa Rica-México por su parte, no contiene mayores provisiones, salvo las relativas a la voluntad genérica de las Partes de ejecutar sus respectivas legislaciones domésticas.²³

En términos generales, las controversias en materia ambiental y/o laboral entre dos o más socios comerciales podrían devenir de situaciones fácticas contrapuestas; es decir, de la utilización de las excepciones ambientales y de los derechos laborales como barreras no arancelarias encubiertas,²⁴ o del incumplimiento de alguna de las Partes en ejecutar los compromisos adquiridos en estos campos y originados en su bloque de legalidad interno.²⁵ Cualquiera de los dos escenarios es peligroso y debe ser analizado con sumo cuidado.

2.1 Regulación ambiental en el GATT y en el Acta Final de la Ronda Uruguay

En este delicado balance, y específicamente en el tema de la protección ambiental, el GATT en su artículo XX, al hablar

20 El Acta Final de la Ronda Uruguay incluyó en la estructura de la OMC y como uno de los Comités adscritos al Consejo General, el Comité sobre Comercio y Medio Ambiente. A pesar de la presión de los Estados Unidos durante la Reunión de Marrakesh, la llamada Cláusula Social relativa a los derechos laborales y su relación con el comercio no fue incluida en este instrumento, ni quedó institucionalizado ningún comité al respecto.

21 Ningún área de la actividad del GATT ha sido más criticada por los ambientalistas que la solución de controversias en el GATT. En este sentido, ver ESTY, C. Daniel. *Greening the GATT: Trade, Environment and the Future*. Institute for International Economics. 1994. pp 211, citando a von MOLTKE, Konrad. *Dispute Resolution and Transparency in the Greening of World Trade*. Pub No EPA 100-R-93-002. Washington: EPA.

22 Arts. 22 al 36 del Acuerdo Norteamericano sobre Cooperación Ambiental, y 27 al 41 del Acuerdo Norteamericano sobre Cooperación Laboral. El texto se puede encontrar en *The NAFTA Supplemental Agreements*. U.S Government Printing Office. 1993.

23 Art. 13-15 del TLC CR-MEX, dentro del Capítulo de Inversiones.

24 Este es el modelo fáctico derivado del art. XX del GATT y de las interpretaciones de ese artículo en las controversias presentadas ante el GATT antes de la creación de la OMC.

25 Este es el modelo utilizado en acuerdos como el NAFTA y la Unión Europea.

de las excepciones generales, es poco preciso en su léxico.²⁶ El inciso b) autoriza a las partes contratantes para imponer restricciones al comercio *necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar la de los vegetales*, el inciso (g) autoriza a imponer restricciones *relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o consumo nacionales*. El párrafo inicial del artículo advierte, por su parte, la no utilización de estas excepciones como barreras ocultas al libre comercio. Las interpretaciones hechas por los paneles arbitrales han sido restrictivas. De hecho, las controversias más famosas presentadas ante el GATT se han resuelto en favor del libre comercio siendo las más conocidas la de los paneles sobre el problema del atún y la muerte de delfines, entre México y los Estados Unidos,²⁷ y entre la Comunidad Europea y los Estados Unidos.²⁸

Los casos promueven la impresión de que los que imponen una restricción basada en las excepciones generales mencionadas están a la defensiva ya que éstas deben justificar plenamente las medidas adoptadas. Sin embargo, la verdad es que si normalmente la parte que defiende sus intereses comerciales es la parte accionante, ésta tiene —por un principio de derecho— la carga de la prueba y de seguir con el procedimiento.²⁹

Algunos autores han propuesto recientemente algunas alternativas para el trata-

miento de estos problemas, incluyendo la modificación sustantiva al GATT para incluir regulaciones más claras y modernas relativas al tema del medio ambiente y la estructuración de una Organización Multilateral sobre Medio Ambiente.³⁰ Por el momento, la Declaración Ministerial de Marrakesh ha establecido como mandato para el comité sobre comercio y medio ambiente una agenda³¹ que incluye: la transparencia del sistema internacional vigente, las exportaciones de productos prohibidos domésticamente, la relación entre el sistema de solución de controversias de la OMC y el sistema de los distintos acuerdos internacionales sobre medio ambiente, las medidas ambientales con efecto sobre el comercio, como por ejemplo el empaque, etiquetado, requisitos de marcado, estándares de producto, impuestos ambientales, y la relación entre acceso a mercados y medio ambiente, incluyendo las escalas arancelarias.

Dentro de estos puntos de la agenda, el tema de la transparencia es quizá el más importante para los defensores del ambiente, ya que al hacerse más público el proceso de los paneles, más peso sobre ellos para dictar resoluciones ambientalmente amigables. Hasta hace poco, la naturaleza casi diplomática de los mecanismos del GATT tendían a convertir el proceso en algo muy confidencial y, por ende, poco accesible al público.

2.2 Resolución de controversias ambientales en el NAFTA

Como se mencionó en la nota 22 supra, el Tratado de Libre Comercio de América del

26 En este sentido, ver RUNGE, C. Ford. *Freer Trade, Protected Environment: Balancing Trade Liberalization and Environmental Interest*. Council on Foreign Relations Press, New York 1994, pp 15-19.

27 GATT Doc. 21/R (3 de Setiembre de 1991).

28 Ibid. (Mayo 1994).

29 Esty, Daniel. op cit pp 211.

30 Entre otros, ver: PATTERSON Eliza. *GATT and the Environment- Rule Changes to Minimize Adverse Trade and Environmental Effects* *Journal of World Trade* 26 No. 3 (June), 1992; ARDEN-CLARKE, Charles. *The GATT: Environmental Protection and Sustainable Development*. World Wide Fund for Nature. Discussion paper. Gland, Switzerland: WWF 1992a LALLAS, Peter L, Daniel C Esty, and David J. Van Hoogstraten. *Environmental Protection and International Trade: Toward Mutually Supportive Rules and Policies*. *The Harvard Environmental Law Review* 16, N° 2 (Fall) 1992. JACKSON, John. *World Trade Rules and Environmental Policies: Congruence or conflict?* *Washington and Lee Law Review*, vol 49 N° 4 (Fall) 1992. Sobre la creación de la Organización Global sobre Medio Ambiente, ver Esty, Daniel, op cit.

31 SCHOTT, Jeffrey J. *The Uruguay Round An Assessment Institute for International Economics* 1994, pp 36, 37. Ver también *The GATT Uruguay Agreements. Report on Environmental Issues*. Office of the USTR, US Government Printing Office, August 1994. pp 61.

Norte optó por regular, en el marco de los acuerdos suplementarios, la solución de controversias en materia ambiental en forma separada al procedimiento de los capítulos 19 y 20. Estas disposiciones son consideradas *ambientalmente amigables*.³²

Primero: se establece el Comité sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias³³ y el Comité sobre Medidas relacionadas con Estándares.³⁴

Segundo: el Acuerdo sobre Cooperación Ambiental crea la Comisión para la Cooperación Ambiental.³⁵

Estos tres órganos tienen participación en los procesos de solución de controversias. Los dos primeros de conformidad con los mecanismos del capítulo 20, y el tercero de acuerdo a la Parte Cinco: Consultas y Resolución de Controversias, del Acuerdo de Cooperación Ambiental.

Tercero: el subcapítulo sobre medidas sanitarias y fitosanitarias coloca expresamente la carga de la prueba en la parte que está desafiando una medida de política ambiental³⁶.

Cuarto: las Partes pueden acudir al GATT en forma alternativa, sin embargo, si la Parte accionada solicita que se tramite el procedimiento de conformidad con el acuerdo de cooperación ambiental, la Parte accionante debe encausar el procedimiento sólo bajo las

reglas de éste.³⁷ Considerando que los estándares ambientales del NAFTA son superiores a los del GATT es muy posible que se intente escoger los mecanismos del primero.³⁸

Quinto: Si la Parte accionada pierde el panel y no implementa el plan de acción recomendado, estará sujeta a la imposición de una multa de hasta \$US 20 millones la cual irá a un fondo ambiental. Si la Parte accionada aún rehúsa actuar, (con la excepción de Canadá³⁹), estará sujeta a sanciones comerciales⁴⁰.

Lo más importante del TLC norteamericano es que permite por primera vez el inicio de un procedimiento de solución de controversias sólo a solicitud de una Parte que considere que otra Parte a fallado en forma persistente en aplicar sus propias leyes ambientales. Esto significa que la Parte accionante ya no será la Parte con el interés comercial, sino la del interés ambiental. Las disputas por uso inadecuado de barreras al comercio en este campo se podrían resolver por medio del capítulo general.⁴¹

2.3 La relación comercio-derechos laborales

Si bien el tema de la llamada cláusula social fue excluido de los acuerdos de la Ronda Uruguay, no hay duda de que será en el futuro próximo motivo de fuerte discusión en el seno

32 Ver en este sentido, HUFBAUER, Gary Clyde and Jeffrey J Schott. *NAFTA: An Assessment Revised Edition. Institute for International Economics 1993, pp 94-95.*

33 Art. 722 del NAFTA.

34 Art. 913 del NAFTA.

35 Art. 8, Acuerdo Norteamericano de Cooperación Ambiental.

36 Art. 723.6 del NAFTA.

37 Art. 2005.3 del NAFTA.

38 Hufbauer, op cit pp 95.

39 Canadá alegó que sus leyes obligan a las Cortes de su país a aplicar los resultados de un panel, haciendo innecesaria la provisión. De más está decir que esto provocó no pocos problemas políticos en la negociación.

40 Arts. 35 y 36 del Acuerdo Norteamericano de Cooperación Ambiental.

41 Nota del autor: Aunque este tema no ha sido analizado por la doctrina más reciente, se infiere de la redacción de la Parte Cinco del Acuerdo de Cooperación.

de la nueva OMC.⁴² El asunto interesa a los países centromericanos pues como beneficiarios del SGP⁴³ y de la ICC, estamos sujetos a la suspensión de beneficios por parte del Gobierno de Estados Unidos con base en su Ley de Comercio para el primer caso, o con base en la misma ley de implementación de la ICC para el segundo. Además, el problema será, sin duda, traído a la mesa en una eventual negociación de adhesión al NAFTA o en otro mecanismo hemisférico de integración. El escenario posible, *no incluido en el TLC Costa Rica - México*, está descrito en el Acuerdo Norteamericano sobre cooperación laboral (acuerdo suplementario al NAFTA). Este cubre once áreas divididas en tres grupos con reglas de procedimientos especiales para cada uno.⁴⁴ El primer grupo es el único que

incluye las situaciones sujetas a multas y sanciones comerciales: salud ocupacional y seguridad, mano de obra infantil y salarios mínimos. El segundo incluye situaciones sujetas exclusivamente a consultas oficiales y revisión de expertos independientes: migración de trabajadores, mano de obra forzada, discriminación de empleo, pago igual a hombres y mujeres, compensación en caso de accidentes laborales y enfermedades ocupacionales. El tercero incluye tres áreas que sólo pueden ser analizadas a nivel ministerial: el derecho a huelga, el derecho a convenciones colectivas de trabajo, y el derecho de libre asociación y organización. Como se observa, el primer grupo es el único que se refiere a procedimientos para resolver controversias en forma contenciosa, estrictamente hablando.

3. LA TRANSNACIONALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS LEGALES EN CENTROAMÉRICA

Uno de los aspectos poco evidentes para la comunidad centroamericana tiene que ver con la necesidad de intensificar los contactos profesionales a nivel regional, especialmente en el campo de los servicios legales privados, como producto de los acuerdos comerciales interregionales en el marco de la integración centroamericana y extrarregionales, incluyendo los TLC con México, Colombia y Venezuela o en el caso de la integración a nivel hemisférico.

La Unión Europea y el NAFTA han mostrado la importancia para la comunidad

empresarial y para los mismos profesionales en ciencias jurídicas, de desarrollar empresas transnacionales de servicios jurídicos, o simplemente incursionar en el ejercicio transfronterizo de servicios legales individuales.

Si bien es cierto el proceso de integración centroamericano está lejos del establecimiento de algo similar a la Libertad de Movimiento de Trabajadores,⁴⁵ el Acuerdo General⁴⁶ sobre comercio de servicios suscrito en el Acta final de la Ronda Uruguay contiene regulaciones importantes que cubren compromisos específicos por más de 80 países en materia

42 Sobre la posición de la OECD en relación a este tema, y la justificación de incluir la Cláusula Social en las próximas discusiones de la OMC, ver PURSEY, Stephen K. *A view from Labour. The New World Trading System; Readings. Organization for Economic Cooperation and Development. Chapter 27. 1994. pp. 219.*

43 Sobre los efectos de los estándares laborales en el comercio, y su relación con el SGP, ver JACKSON, John. *Legal Problems of International Economic Relations. Third Edition. West Publishing Co, St Paul, Minn, 1995, pp. 998.*

44 En este sentido, ver Hufbauer, op cit, pp. 160-161.

45 Uno de los cuatro pilares de la integración europea.

46 Algunos autores como Richard Snape de la Universidad Monash en Australia, creen que el Acuerdo no es General, ya que a diferencia del NAFTA, incluye una lista particular taxativa de servicios incluidos. El capítulo de servicios del NAFTA regula TODOS los servicios menos los expresamente excluidos. Sobre el particular, ver Schott, Jeffrey, op. cit. p. 102.

de servicios de distribución, medio ambiente, educación, seguridad social, transporte terrestre y marítimo, y *servicios legales*.⁴⁷

Esto significa que es muy probable que la sombrilla multilateral del GATS termine por regular lo que no se ha podido a nivel regional.

El modelo de la Unión Europea⁴⁸ es producto de una lenta evolución hacia la perfección del principio de libertad de movimiento de trabajadores. En su proceso hacia el mercado común, se han identificado dos derechos básicos de los proveedores de servicios: el derecho a establecerse y el derecho a proveer servicios. El campo de los servicios legales ha sido uno de los más relevantes en función de la relación intrínseca de éstos con el comercio.

El sustento legal del derecho de los abogados a practicar su profesión en los países de la Unión Europea es el Art. 57 del Tratado de la Comunidad Económica Europea, el cual intenta promover la movilidad profesional por medio de la armonización legislativa de estándares en la educación y entrenamiento, y el reconocimiento de los diplomas o certificados otorgados a su conclusión. A pesar de ello, el camino al reconocimiento pleno ha tenido que ser sostenido por medio de directrices del consejo, siendo la más importante al respecto la 89/48 del 21 de diciembre de 1988,⁴⁹ y por medio de fallos de la Corte Europea de Justicia.⁵⁰ La combinación de estos instrumentos ha permitido en términos generales la posibilidad individual de los profesionales en ciencias jurídicas y de los estudiantes de derecho de establecerse en otros Estados. No obstante, menos claro está la posibilidad de firmas o empresas de servicios

legales de tener derechos de establecerse en otros Estados.

Muchas de las firmas prefieren abrir sucursales en otros países de la Unión Europea con abogados con capacidad de practicar en su Estado nacional y con títulos de ese Estado nacional, en lugar de contratar profesionales que han llegado a ser miembros de la profesión en el Estado anfitrión y usan su título del Estado anfitrión. El Reino Unido ha permitido a abogados y firmas extranjeras la práctica en función de su capacidad profesional nacional, usando el título nacional del abogado. Alemania sólo permite a los abogados extranjeros la práctica de su derecho nacional, derecho comunitario o derecho internacional. Francia prohíbe la práctica de profesionales en ciencias jurídicas de otros Estados miembros a menos de que se incorporen como abogados franceses.

El Consejo de Colegios de Abogados y Sociedades Legales de la Comunidad Europea (CCBE) ha venido trabajando en un borrador de directriz para la comunidad con el fin de armonizar las prácticas y permitir el derecho a establecerse, excluyendo, sin embargo, la práctica sobre asuntos sucesorios o transferencia de derechos reales y el litigar en casos de procedimientos administrativos, excepto en el caso de simple prestación de servicios legales que no implique establecimiento. El borrador incluye además la necesidad de registrarse ante las autoridades competentes y la sujeción a las normas disciplinarias y de conducta del Estado anfitrión.

Aunque los abogados y firmas de abogados de países no miembros no poseen

47 Schott, Jeffrey, op. cit. pp. 109.

48 Ver BERMANN, George A; Róger J. Goebel; William J. Davey y Eleanor M. Fox. *Cases and Materials on EUROPEAN COMMUNITY LAW*, West Publishing Co, 1993, pp 584-605.

49 Ésta incluía beneficios sólo para profesionales de países miembros de la Comunidad. Sin embargo, el Tratado sobre la Creación del Área Económica Europea entre la Comunidad y los Estados de la Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA) provee regulaciones sobre reconocimiento mutuo de diplomas por todo el Área Económica. Ver Bermann, op. cit. pp. 588.

50 *Reyners v. Bélgica*, Caso 2/74 (1974) ECR 631. *Thieffry v. Conseil de L'Ordre des Avocats à la Cour de Paris*. Caso 71/76 (1977) ECR 765. *Ordre des Avocats au Barreau de Paris v. Klopp*. Caso 107/83 (1984) ECR 2971.

derechos de establecimiento dentro de la Unión Europea de conformidad con el Art. 52 del Tratado de la CEE, la verdad es que la mayoría de los Estados miembros permiten en la práctica el ejercicio profesional de abogados no comunitarios en su capacidad profesional de su Estado nacional, usando su título nacional, algunas veces en la base de convenios recíprocos. Más sencillo es el escenario de la simple prestación ocasional de servicios legales transfronterizos donde la directriz 77/249 OJ L 78/17 (26 de marzo de 1977) facilita el objetivo comunitario de la libertad de movimiento de trabajadores.

EL TLC Costa Rica- México regula en su capítulo 9 el comercio de servicios. En particular, el artículo 9-04 introduce el tema de trato nacional (no discriminación entre proveedores de cada Parte), el 9-05 exime del requisito de presencia local para prestar un servicio, y el 9-13 y su anexo regulan el reconocimiento de títulos y otorgamiento de licencias profesionales. Se establece un plazo de dos años a

partir de la vigencia del tratado para eliminar todo requisito de residencia o nacionalidad para el reconocimiento de títulos y otorgamiento de licencias de servicios profesionales. Estas normas permitirán en el corto plazo formas de transnacionalización de servicios jurídicos.

De alguna forma, toda esta maraña de regulaciones se verá afectada por el avance de las negociaciones en relación al GATS en la arena multilateral. En este sentido, cualquier intento de regular y facilitar este fenómeno de transnacionalización de servicios debe incluir la redacción de un código de conducta Profesional de naturaleza también transnacional con el fin de abordar temas como el cobro de honorarios, el manejo de fondos de los clientes, pólizas de seguros profesionales, permisibilidad de publicitarse, los alcances del privilegio abogado-cliente o secreto profesional y la naturaleza y ámbito de las reglas por conflictos de intereses.

4. DESAFÍOS PARA CENTROAMÉRICA

No basta con incorporar instrumentos modernos en la forma de normas sustantivas para regular las relaciones comerciales. Es necesario contar con un mecanismo eficaz y eficiente para ejecutar esas normas y resolver los conflictos que surjan de la actividad mercantil. *El sector privado no debe permanecer indiferente en este campo.* Aún en la esfera de las controversias entre Estados, los agentes finales de los actos de comercio son los particulares. Los mecanismos utilizados en el TLC⁵¹ son la expresión de los avances que ha experimentado el tema a nivel académico y práctico en el mundo entero.

En este contexto, *Centroamérica no necesita inventar el agua tibia* a la hora de

negociar en la mesa respectiva un sistema para resolver los conflictos comerciales, pero sí *incrementar el flujo de información* sobre las posibilidades que ofrecen los mecanismos, de tal forma que sean comprendidos por todos los sectores involucrados.

Algunas advertencias deben hacerse, sin embargo, en relación con: a) La aplicación de la legislación sobre el *comercio desleal* para que *se ajuste a los acuerdos de la Ronda Uruguay*; b) El uso del Convenio CIADI para resolver controversias en materia de inversiones y *evitar los problemas presentados en Costa Rica*; y finalmente c) El uso del arbitraje comercial privado, donde los países del área deben hacer un esfuerzo por

⁵¹ Con la excepción de las reglas para controversias en materia ambiental o de derechos laborales y su relación con el comercio observadas en el NAFTA.

modernizar su legislación y crear centros de arbitraje bajo el auspicio de las cámaras. Es aquí donde el sector empresarial debe poner mayor empeño, pues la mayoría de controversias van a surgir entre los particulares.

Se debe trabajar, además, en los *currícula* de las escuelas de derecho y en los programas de refrescamiento profesional para incluir el estudio de los métodos alternativos de solución de controversias y *disminuir la naturaleza litigiosa de los profesionales en ciencias jurídicas.*

Los mayores desafíos no son solo normativos sino principalmente de *capacitación*. En la medida en que el sector público y el sector privado se entrenen técnicamente en el uso de los instrumentos bajo el espíritu de buscar una solución rápida antes que defender una posición parcial, la solución de disputas comerciales será el sustento y no el obstáculo de una verdadera apertura comercial.

Se debe abordar, más temprano que tarde, la discusión sobre las negociaciones de los aspectos ambientales y laborales relacionados con el comercio de bienes y servicios. Siendo éste un tema donde los países menos desarrollados han mostrado, por razones obvias, un cierto temor o indiferencia, la verdad

es que es mejor estar preparados ya que por alguna vía (adhesión al NAFTA, presión unilateral de Estados Unidos bajo el SGP y la ICC, una zona de libre comercio hemisférico, o el mandato de la OMC) nos llegarán las consecuencias.

Finalmente, el tema de la transnacionalización de servicios legales debe poner en aviso a los profesionales del área. Dentro de los escenarios vigentes y posibles encontramos: a) la posibilidad de simples contratos entre firmas de abogados de distintos Estados centroamericanos con el fin de prestar servicios requeridos por clientes de un país en particular en otro país; b) la posibilidad de contratos permanentes de representación; c) la estructuración de empresas jurídicas transnacionales, donde la empresa madre posee un nombre y prestigio regional y abre una sucursal en un país distinto al de su constitución; d) la estructuración de sucursales de firmas internacionales extrarregionales de reconocido prestigio internacional.

En todo caso, el proceso de integración debe avanzar hacia la obtención de la libertad de movimiento de trabajadores si es esto lo que desean los países del istmo, aunque como comentamos anteriormente, la sombrilla multilateral pronto nos empujará en el proceso.