

LECCIONES

INTRODUCCIÓN AL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

CARLOS ESPÓSITO*

Esta introducción al sistema de solución de diferencias (SSD) de la Organización Mundial del Comercio (OMC), dirigida especialmente a estudiantes que se aproximan por vez primera al SSD, consta de cuatro partes. En la primera parte se delimita el contexto institucional y normativo de las relaciones económicas internacionales avanzando una definición de trabajo del derecho internacional económico (DIE), una mención de algunas instituciones relevantes y la presentación de la OMC. La segunda parte explica la evolución del SSD, destacando la legalización y reforzamiento del mismo desde el GATT 1947 hasta la creación de la OMC. La tercera parte contiene una descripción general las fases del procedimiento de solución de diferencias. La parte final pone de relieve ciertos aspectos controvertidos y algunas propuestas de reforma del SSD.

1. EL CONTEXTO INSTITUCIONAL Y NORMATIVO DE LAS RELACIONES ECONÓMICAS INTERNACIONALES

1.1. Derecho Internacional Económico

Las relaciones económicas internacionales ocurren simultáneamente en distintos niveles jurídicos interconectados, que se estudian desde la perspectiva del derecho internacional, público y privado, y también desde el punto de vista del derecho interno de los Estados. En efecto, pensemos en un contrato

* Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, UAM. Consejero Técnico en la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores. Correo electrónico: carlos.esposito@uam.es.

de compraventa de mercancías entre dos empresas multinacionales, una dedicada a la pesca y la otra a la distribución y venta de mariscos, constituidas en dos países distintos. Aquí tenemos una relación jurídica de carácter privado cuyos elementos internacionales nos obligan a definir, entre otras cosas, la competencia judicial internacional y el derecho aplicable al contrato de compraventa. Supongamos también que ese contrato de compraventa obliga a una de las partes a entregar 50 toneladas de camarones a la otra parte en su domicilio de Estados Unidos de América. Esa mercadería tendrá que pasar aduanas, y esta operación se rige por leyes nacionales sancionadas según el derecho público interno de los Estados. Ese derecho interno, sin embargo, está sujeto a ciertas limitaciones impuestas por el derecho internacional económico (DIE), especialmente las derivadas del principio de no discriminación, que en este caso supone el respeto a la regla de nación más favorecida (Art. I GATT). Una vez en el territorio nacional, el Estado debe respetar otra faceta del principio de no discriminación, esto es, el llamado trato nacional, que consiste en la prohibición de tratar a los productos iguales de forma distinta (Art. III GATT). Pero también pueden existir otras reglas internacionales específicas que afecten precisamente a las mercaderías que han sido objeto de transacción. Efectivamente, si para pescar camarones es necesario matar un tipo de tortugas protegidas por la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres (Washington, 1973), habrá que considerar si la violación de la prohibición de pescar esta especie protegida de tortugas puede justificar una excepción al principio de no discriminación.

El caso, similar al conocido asunto *Camarones*, puede complicarse considerablemente, pero por ahora basta para establecer un punto de partida fundamental: todas las manifestaciones jurídicas descritas están reguladas por una variedad de normas nacionales e internacionales de diversas características, y sin embargo todas podrían subsumirse dentro del ámbito del DIE. El DIE, por consiguiente, opera simultáneamente en diversos niveles interconectados. El ámbito internacional se conecta con el nacional, que a su vez no sólo participa de forma fundamental en los procesos de creación jurídica que ocurren en el nivel internacional, sino que también comparte un alto grado de responsabilidad en la aplicación del Derecho internacional, fenómeno conocido como el desdoblamiento funcional. Esta relación especial explica la razón por la cual el DIE tiene un cierto carácter mixto que se traduce en una estrecha interacción entre las instituciones nacionales e internacionales. De hecho, estas instituciones interactúan entre sí, y es imposible entender cabalmente el Derecho y la política comercial internacional sin tener en cuenta y analizar cómo operan esas mutuas influencias (Jackson 1997:26; Espósito 1999:21-41).

En consecuencia, en un sentido amplio el DIE es el *conjunto de normas nacionales e internacionales, tanto públicas como privadas, que regulan las relaciones económicas internacionales*. En un sentido restringido, el DIE es un *conjunto de normas convencionales, i.e. tratados internacionales, que regulan fundamentalmente el comercio internacional de productos y servicios, los aspectos comerciales de la protección de la propiedad intelectual*, pero también las inversiones internacionales y todas aquellas operaciones económicas que ocurren en un territorio nacional originadas en el exterior del mismo (Jackson 1997:25). Desde el punto de vista académico e institucional, sin embargo, se hace una distinción entre comercio internacional, que constituye el objeto principal del DIE, y temas monetarios y financieros internacionales, estudiados por otras ramas del conocimiento jurídico. Esta distinción no siempre se justifica en la práctica, pero resulta conveniente desde una perspectiva analítica.

1.2. La Organización Mundial del Comercio

En concordancia con la definición anterior, hay varias instituciones internacionales cuya función está directamente relacionada con las relaciones económicas internacionales y con el DIE en particular. Aquí nos interesa especialmente la OMC, pero también hay que tener en cuenta otras instituciones internacionales económicas de carácter general como el Banco Mundial (BM) y el Fondo Monetario Internacional (FMI). Estas tres instituciones representan ese triángulo de temas económicos –comercio, moneda y finanzas– que pretendieron ser regulados mediante tratados que constituirían organizaciones internacionales después de la Segunda guerra mundial en lo que se conoce como el sistema de Bretton Woods. La entonces propuesta organización internacional del comercio jamás llegó a constituirse como una verdadera organización internacional y hubo que esperar hasta la finalización de la Ronda Uruguay del GATT para la creación de una organización internacional de carácter universal, la OMC.

Desde 1947 hasta el 1 de enero de 1995, fecha en la que entra en vigor el Acuerdo por el que se establece la OMC, las relaciones comerciales internacionales se rigieron por el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT). Este Acuerdo, en realidad, nunca entró en vigor desde el punto de vista estrictamente jurídico, sino que se aplicó de manera provisional gracias a un Protocolo de aplicación provisional (IV GATT, BISD 76-77, 1969) que probó su eficacia durante casi cinco décadas. Este hecho explica por qué la

literatura jurídica habla de “partes contratantes” del GATT de 1947 y no de Estados partes (cuando la expresión aparece en mayúsculas, PARTES CONTRATANTES, hace alusión al órgano decisorio formado por todas las partes contratantes).

Ahora la situación es diferente, porque el Acuerdo OMC establece una nueva organización internacional con una estructura institucional de carácter permanente para regular el comercio internacional y los asuntos relacionados con el mismo (art. 1 del Acuerdo). Las funciones de la OMC, según lo estipula el artículo 3 del Acuerdo, consisten en facilitar la aplicación, administración y funcionamiento de los Acuerdos; constituir un foro permanente de negociaciones para sus Miembros; regir el Entendimiento sobre Solución de Diferencias y el Mecanismo de Examen de políticas comerciales.

Uno de los datos más interesantes de la nueva organización respecto del GATT 1947 es su expansión. En efecto, la OMC tiene una vocación expansiva en relación con los ámbitos que caen dentro de su competencia. Por un lado, la OMC elimina el llamado GATT a la carta y la famosa “cláusula del abuelo” (Artículo XIV del Acuerdo), fórmulas jurídicas que permitían a los Estados elegir sus obligaciones y exceptuar la debida adecuación de sus legislaciones y prácticas internas frente a las obligaciones del GATT. Por otro lado, la OMC expande considerablemente el ámbito de operación de la Organización con la inclusión del sector de los servicios (GATS) y la protección de los derechos de propiedad intelectual (ADPIC), y otros muchos acuerdos y protocolos de interpretación. Expansión que va unida a una mejora de los procedimientos de solución de diferencias, materializados en el *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias* (ESD), y el sistema de examen de políticas comerciales nacionales.

La OMC está estructurada sobre la base de una serie de órganos institucionales que comprenden principalmente: una Conferencia Ministerial abierta a todos los miembros de la OMC, un Consejo General, un Órgano de Solución de Diferencias, un Órgano de Examen de las Políticas Comerciales y varios Consejos especializados. Existe también un Secretariado dirigido por un Director General. Estas instituciones deben administrar, implementar y supervisar todos los Acuerdos de la OMC. Además, sobre estas instituciones recae la carga de auspiciar futuras negociaciones y acuerdos. En conclusión, desde un punto de vista institucional, el sistema está ahora bien fundado dentro de una organización internacional que goza de personalidad jurídica internacionalmente reconocida. El sistema de solución de diferencias necesita un tratamiento más detenido, por eso en la próxima sección presentamos sus caracte-

rísticas y su evolución histórica, completado luego con una descripción más detallada del procedimiento.

2. BREVE APROXIMACIÓN HISTÓRICA AL ACTUAL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS EN LA OMC

2.1. La formación del sistema de solución de diferencias del GATT 1947 y su evolución

A pesar de sus 'defectos de nacimiento', el GATT 1947 se convirtió en el principal medio de regulación del comercio mundial, con un sistema de solución de diferencias bastante eficaz. En contraste con las normas reguladoras de la malograda Organización Internacional del Comercio, el GATT no contenía un sistema de solución de diferencias sino sólo normas dispersas dedicadas a resolver controversias. Hay dos normas del Acuerdo, los artículos XXII y XXIII, que fueron fundamentales para el desarrollo de un método de solución de diferencias que fue evolucionando desde un sistema 'guiado por el poder' hacia un sistema 'guiado por las reglas' (Jackson 1997; 109-111).

El artículo XXII del GATT 1947 es bien simple, pero importante; impone un sistema de consultas ante las reclamaciones que una parte contratante pudiere plantear ante otra parte contratante. La clave del sistema de solución de diferencias, sin embargo, está contenida en el Artículo XXIII del GATT, que define el concepto de anulación o menoscabo de ventajas resultantes del Acuerdo, establece un recurso a terceros para resolver diferencias y otorga autoridad a dicho órgano para estipular sanciones. Conviene reproducir este importante artículo:

Artículo XXIII

Anulación o menoscabo

1. En caso de que una parte contratante considere que una ventaja resultante para ella directa o indirectamente del presente Acuerdo se halle anulada o menoscabada o que el cumplimiento de uno de los objetivos del Acuerdo se halle comprometido a consecuencia de:

a) que otra parte contratante no cumpla con las obligaciones contraídas en virtud del presente Acuerdo; o

b) que otra parte contratante aplique una medida, contraria o no a las disposiciones del presente Acuerdo; o

c) que exista otra situación,

dicha parte contratante podrá, con objeto de llegar a un arreglo satisfactorio de la cuestión, formular representaciones o proposiciones por escrito a la otra u otras partes contratantes que, a su juicio, estime interesadas en ella. Toda parte contratante cuya intervención se solicite de este modo examinará con comprensión las representaciones o proposiciones que le hayan sido formuladas.

2. Si las partes contratantes interesadas no llegan a un arreglo satisfactorio en un plazo razonable o si la dificultad surgida es una de las previstas en el apartado c) del párrafo 1 de este artículo, la cuestión podrá ser sometida a las PARTES CONTRATANTES. Estas últimas efectuarán rápidamente una encuesta sobre toda cuestión que se les someta al respecto y, según el caso, formularán recomendaciones apropiadas a las partes contratantes que consideren interesadas, o dictarán una resolución acerca de la cuestión. Las PARTES CONTRATANTES podrán, cuando lo juzguen necesario, consultar a partes contratantes, al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas y a cualquier otra organización intergubernamental competente. Si consideran que las circunstancias son suficientemente graves para que se justifique tal medida, podrán autorizar a una o varias partes contratantes para que suspendan, con respecto a una o más partes contratantes, la aplicación de toda concesión o el cumplimiento de otra obligación resultante del Acuerdo General cuya suspensión estimen justificada, habida cuenta de las circunstancias. Cuando se suspenda efectivamente esa concesión u otra obligación con respecto a una parte contratante, ésta podrá, en un plazo de sesenta días a contar de la fecha de aplicación de la suspensión, notificar por escrito al Secretario Ejecutivo¹ de las PARTES CONTRATANTES que es su propósito denunciar el Acuerdo General; esta denuncia tendrá efecto cuando expire un plazo de sesenta días a contar de aquél en que el Secretario Ejecutivo de las PARTES CONTRATANTES haya recibido dicha notificación.

El estudio del modelo jurídico que establece este artículo, al que el actual sistema gobernado por el ESD se adhiere y respeta (art. 3.1 ESD), va mucho más allá de los límites explicativos que nos hemos impuesto en esta breve

¹ Por Decisión del 23 de marzo de 1965, las PARTES CONTRATANTES cambiaron el título del cargo de Jefe de la Secretaría del GATT, que antes era de Secretario Ejecutivo por el de Director General.

introducción al SSD de la OMC. En esta primera aproximación nos interesa saber sucintamente qué obligaciones procesales establece este artículo, sobre qué base jurídica se puede invocar el sistema, quién decide una diferencia y qué valor tiene dicha decisión del GATT/OMC.

En relación con el procedimiento, una simple lectura del artículo XXIII revela la escasez de normas procesales contenidas en el mismo. De hecho, el artículo no define un proceso —el proceso se va a desarrollar consuetudinariamente. Está claro que existe una obligación de recurrir a una fase de consultas como un requisito sustancial del procedimiento para que un Estado alegue un menoscabo o anulación de sus beneficios negociados bajo el Acuerdo. Esta obligación general de realizar consultas se ha mantenido como una obligación específica en el artículo 4 del ESD.

En un principio, los casos en que no se llegaba a un acuerdo entre las partes en la fase de consultas se resolvían con la intervención de las PARTES CONTRATANTES o por una comisión con representación de los interesados en el caso, pero muy pronto se impuso la práctica de crear *grupos especiales* o *paneles*. Los grupos especiales se componen de tres o cinco personas independientes y tienen por mandato elaborar un informe sobre la diferencia, que luego se sometía a las PARTES CONTRATANTES para que éstas decidiesen sobre su adopción—sólo los informes adoptados adquieren carácter obligatorio. Durante la vigencia del GATT 1947, y especialmente en sus primeros años de vida, el sistema respondió a un esquema más diplomático que judicial, es decir que los casos no se decidían según una estricta aplicación de las reglas en un sentido tradicional, sino sobre la base de soluciones de compromiso.

En las próximas páginas comprobaremos que el ESD representa la última etapa de legalización del sistema, pero aquí es conveniente subrayar que la evolución hacia un sistema gobernado por las reglas fue gradual y, por supuesto, no surge simplemente de los artículos del GATT que estamos estudiando, sino de la práctica de los grupos especiales y la codificación de esa práctica a través de acuerdos negociados por las partes contratantes del GATT. Entre estos últimos cabe destacar el Entendimiento sobre notificación, consultas, solución de diferencias y control de 28 de noviembre de 1979, que contenía una descripción de la práctica del sistema de solución de diferencias del GATT en un anexo; la Decisión sobre procedimientos de solución de diferencias de 30 de noviembre de 1984; y las llamadas Reglas de Montreal, adoptadas por las PARTES CONTRATANTES en abril de 1989, que constituyeron la base del actual ESD.

El problema esencial de las decisiones basadas en los informes de los grupos especiales durante la época gobernada por el GATT de 1947 radicaba en que, como revela el artículo transcrito, los informes, y cualquier autorización para tomar contramedidas, debían ser adoptados por las PARTES CONTRATANTES para ser obligatorios. Aunque, como indica el importante estudio del profesor Robert Hudec (1993), los informes eran generalmente adoptados y cumplidos, la verdad es que el sistema tenía allí su talón de Aquiles, porque las decisiones de las PARTES CONTRATANTES se tomaban por *consenso* y la parte perdedora podía bloquear la adopción del informe y cualquier medida ulterior basada en el mismo. La incidencia e importancia de esta regla era enorme, porque con el voto negativo de la parte perdedora se bloqueaba el informe del grupo especial, ya que un informe no adoptado no constituía una decisión obligatoria del GATT. El actual sistema OMC, como veremos en un momento, produce un cambio esencial al estipular que las decisiones se toman por *consenso negativo*, es decir que invierte la exigencia de consenso para exigir unanimidad en el rechazo y no simplemente conformidad de todos los miembros que deciden, un cambio que supone la adopción automática de los informes de los grupos especiales, ya que para rechazarlos habría que contar con el voto positivo de las partes vencedoras.

En relación con la definición de anulación o menoscabo de beneficios, es importante subrayar que, aunque la mayoría de los casos están fundados en una violación de las normas del Acuerdo, dicho supuesto *no* necesariamente debe estar fundado en una violación de las reglas del Acuerdo, sino que puede derivarse de una actuación conforme al Acuerdo. El dato esencial es probar que se ha producido un menoscabo o anulación de beneficios derivado de una violación del Acuerdo o no. Este concepto es muy problemático desde el punto de vista jurídico: por un lado, un incumplimiento no es suficiente para tener un fundamento válido frente a otro Estado en un caso ante un panel; por otro lado, el incumplimiento no es necesario para presentar una reclamación bien fundada. Lo esencial, entonces, es probar que ha habido menoscabo o anulación de los beneficios, y ese efecto puede derivarse tanto de una violación o como de una decisión que no suponga una violación del Acuerdo. No obstante, este dato experimentó una evolución hacia una interpretación jurídica más tradicional. En efecto, los grupos especiales establecieron a partir de principios de los años sesenta una presunción de violación *prima facie* del Acuerdo para todos los casos en que se produjera un menoscabo o anulación de beneficios, algo que tuvo como consecuencia una mayor legalización del sistema y permitió, entre otras cosas, fijar con mayor claridad a quién corresponde la carga de la prueba en los casos concretos. El actual artículo 3.8 del ESD lo establece ahora claramente:

“En los casos de incumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de un acuerdo abarcado, se presume que la medida constituye un caso de anulación o menoscabo. Esto significa que normalmente existe la presunción de que toda transgresión de las normas tiene efectos desfavorables para otros Miembros que sean partes en el acuerdo abarcado, y en tal caso corresponderá al Miembro contra el que se haya presentado la reclamación refutar la acusación.”

2.2. El fortalecimiento del sistema de solución de diferencias en la Ronda Uruguay

El Acuerdo OMC ha establecido una nueva estructura institucional para regular el comercio internacional y tratar de solucionar las controversias que surjan entre sus miembros a través de un sistema de solución de diferencias reforzado (p. ej. Montañá Mora, 1996; Petersman, 1997a). El sistema de solución de diferencias ha sido concebido con el fin de constituir “un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio” (art. 3.2 ESD).

El sistema está gobernado por el *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias* (ESD), una parte integral del sistema normativo obligatorio para todos los miembros de la OMC, es decir, que dichas normas son obligatorias para todos los miembros sin necesidad de una aceptación expresa, sólo por el hecho de ser miembros de la OMC.

El ESD contiene normas que definen las instituciones y procedimientos del sistema de solución de diferencias de la OMC, normas que lo distinguen significativamente del sistema del GATT 1947. Desde un punto de vista institucional, el sistema se encuentra bien asentado dentro de una organización internacional con personalidad jurídica. Además, la OMC ha creado un nuevo Órgano de Solución de Diferencias (OSD), que es en realidad el Consejo de la OMC con una distinta formación burocrática, que tiene jurisdicción obligatoria para resolver diferencias iniciadas por los miembros de la OMC. El OSD tiene su propio reglamento y presidencia, y entre sus funciones se cuentan la de establecer los grupos especiales a petición de una parte reclamante, adoptar los informes de los grupos especiales, controlar el cumplimiento de las decisiones adoptadas y autorizar la adopción de medidas compensatorias. La adopción de los informes de los grupos especiales, o bien del OA cuando alguna de las partes hubiese interpuesto apelación, es

automática, salvo que el OSD, en el que están representados todos los miembros de la OMC, decidan por consenso no adoptar un informe. Este procedimiento, al que me referí en el punto anterior, es comúnmente conocido como “consenso negativo”, y ha supuesto un cambio esencial en el sistema de solución de diferencias de la OMC respecto del que regía en el GATT 1947.

Todos estos cambios evidencian una legalización del sistema de solución de diferencias. Sin embargo, esto no debe llevar a engaño sobre la finalidad primordial del SSD. En efecto, una aproximación correcta al sistema de solución de diferencias de la OMC debe comenzar aceptando un dato que no es extraño a otros sistemas de solución de controversias, me refiero a la preferencia por los acuerdos negociados, a la promoción de la negociación entre las partes. De hecho, la OMC se fundamenta en el principio de negociaciones que supongan *acuerdos recíprocos y mutuamente ventajosos*, y es por eso que las partes en cualquier momento de la diferencia pueden llegar a acuerdos que terminen con el procedimiento iniciado ante un grupo especial (art. 3.7 ESD). No obstante, este fundamento tampoco debe ser malinterpretado, porque fomentar los acuerdos negociados no equivale a admitir la compatibilidad de medidas incompatibles con los Acuerdos OMC. Al contrario, aunque una medida incompatible, de hecho, se mantenga vigente, los límites de la negociación parecen bastante claros: se puede convenir cualquier tipo de solución siempre y cuando se encuentre dentro de un universo de soluciones consistentes con los Acuerdos OMC.

Un rápido repaso de la actividad desarrollada desde la entrada en vigor del SSD de la OMC demuestra el rotundo éxito del sistema. Las estadísticas del último informe del estado de las diferencias presentadas ante el OSD, de 13 de julio de 2001, dicen que desde el primero de enero de 1995 se han iniciado 234 casos ante el OSD y se han adoptado 51 informes de grupos especiales y del Órgano de Apelaciones, en 39 casos hubo una solución negociada. Estos datos son alentadores, y muy significativos para un sistema internacional de solución de diferencias, pero también deben llamar la atención acerca del desafío que para el sistema de solución de diferencias comporta estar al nivel de las expectativas creadas dentro de un claro ámbito de legitimidad impuesto por los límites de las reglas de los Acuerdos de la OMC. En otras palabras, el SSD debe ser “un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio”, y para ello no debe convertirse en una forma alternativa de negociación de los Acuerdos.

3. EL PROCEDIMIENTO REGULADO POR EL ENTENDIMIENTO DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS

En el epígrafe anterior adelanté algunas características generales relativas al reforzamiento y la legalización del sistema de solución de diferencias de la OMC. En los puntos que siguen explicaré las características generales del procedimiento establecido en el ESD a través de la clásica división en fases prepanel, panel y postpanel.

1. Fase Prepanel

La negociación es un punto de partida clave de todo el sistema de solución de diferencias de la OMC. En consecuencia, el ESD favorece en todo momento la solución negociada de las diferencias, un hecho que se traduce específicamente en la preferencia explícita estipulada en el artículo 3.7 del Entendimiento por las soluciones mutuamente aceptables para las partes en las controversias comerciales internacionales y en la obligación de las partes de iniciar el procedimiento de solución de diferencias a través de la solicitud formal de un período de *consultas* establecido en el artículo 4 del Entendimiento. Por este artículo, los Estados parte en la OMC se comprometen a “fortalecer y mejorar la eficacia de los procedimientos de consulta”. Esto se traduce en una obligación de buena fe de examinar adecuadamente las alegaciones “que pueda formularle otro Miembro con respecto a medidas adoptadas dentro de su territorio que afecten al funcionamiento de cualquier acuerdo abarcado y brindará oportunidades adecuadas para la celebración de consultas sobre dichas representaciones”. En realidad, la exigencia de celebrar esta fase de consultas tiene por finalidad evitar que se active el procedimiento formal de solución de diferencias y favorecer la solución negociada de las mismas. Sin embargo, si después de 60 días a partir de la fecha de solicitud de celebración de consultas por el OSD no se llega a ninguna solución, la parte reclamante tiene derecho a pedir el establecimiento de un grupo especial. En consecuencia, las consultas son obligatorias para pasar a la fase de constitución de un grupo especial. En cambio, en el sistema OMC no se aplica la regla general del Derecho internacional que obliga a agotar los recursos internos disponibles en un Estado miembro, sólo basta la constatación de una inconsistencia para recurrir a la fase de consultas establecida en el ESD.

En esta fase prepanel también puede ocurrir que los Estados partes, por decisión propia o sobre la base del ofrecimiento de oficio del Director Gene-

ral, recurran a los *buenos oficios*, la *conciliación* y la *mediación*. Estos medios de solución de diferencias no jurisdiccionales elegibles por las partes para la solución de una determinada diferencia se encuentran regulados en el artículo 5 del Entendimiento. El sistema del ESD prevé la posibilidad de recurrir a este tipo de medios de solución de diferencias en cualquier momento y, si hay acuerdo entre las partes, pueden continuar incluso mientras se desarrollen las actuaciones del grupo especial.

2. Fase Panel

Si las consultas entre las partes no consiguen resolver el conflicto, un Estado miembro puede solicitar por escrito el establecimiento de un *grupo especial*, que se constituirá a menos que el OSD exprese un consenso en contrario. Es decir, que ésta es una decisión que también se adopta sobre la base de la regla del consenso negativo, que se traduce en un derecho de la parte que solicita el panel a su constitución (art. 6.1 ESD). En el escrito “se indicará si se han celebrado consultas, se identificarán las medidas concretas en litigio y se hará una breve exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación, que sea suficiente para presentar el problema con claridad”.

La composición de un grupo especial, generalmente integrado por tres miembros propuestos por la Secretaría, está gobernada por el artículo 8 del Entendimiento, que requiere que los grupos especiales sean formados con personas muy competentes, de alta jerarquía y reputación, ya sean funcionarios gubernamentales o no. Las personas que componen los grupos especiales actuarán con independencia y, como estipula el párrafo 3 del artículo 8, “los nacionales de los Miembros cuyos gobiernos sean parte en la diferencia o terceros en ella en el sentido del párrafo 2 del artículo 10 no podrán ser integrantes del grupo especial que se ocupe de esa diferencia, salvo que las partes en dicha diferencia acuerden lo contrario”. En el caso de la Comunidad Europea, un miembro de pleno derecho de la OMC (art. 11 del Acuerdo por el que se establece la OMC), esta disposición se aplica a los nacionales de todos los países miembros de la Unión Europea. En relación con los posibles integrantes de los grupos especiales, es costumbre, ahora incorporada al ESD (art. 8.4), que la Secretaría elabore una lista de personas competentes capaces de integrar estos grupos especiales. En caso de desacuerdo sobre los miembros de un grupo especial, su composición se decide por el Director General

Una vez que el grupo especial se ha constituido, debe respetar escrupulosamente los *términos de referencia* tal y como han sido definidos por las partes

en el procedimiento. Los términos de referencia deben ser determinados conforme al artículo 7 ESD, según el cual los grupos especiales, salvo que las partes decidan algo distinto, tienen por mandato

“Examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes (del acuerdo abarcado (de los acuerdos abarcados) que hayan invocado las partes en la diferencia), el asunto sometido al OSD por (nombre de la parte) en el documento ... y formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en dicho acuerdo (dichos acuerdos).”

Los grupos especiales, de acuerdo con los términos de referencia establecidos, están obligados a realizar un juicio objetivo de la materia que conocen, incluyendo un juicio objetivo de los hechos del caso, de la aplicabilidad de los Acuerdos y de la conformidad de dichos hechos respecto de los citados Acuerdos. Ésta es, por consiguiente, una norma delimitadora de la competencia de los grupos especiales.

El *procedimiento* ordinario ante un grupo especial comprende muchas y diversas reglas y fases, para las que el ESD recomienda plazos bastante estrictos. En concreto, el procedimiento prevé la participación de terceros, el examen de las pruebas, comunicaciones escritas, audiencias, una etapa intermedia de reexamen, y el informe final. Esta descripción de las fases del procedimiento junto con la estricta recomendación de plazos significa un gran paso adelante en el sentido de la legalización del sistema. Efectivamente, esos datos indican que el sistema es más previsible y más seguro para las partes, y tiene como consecuencia también la restricción del poder de las partes para dilatar o bloquear indebidamente el procedimiento.

El *informe* del grupo especial se adopta por el OSD por la regla del consenso negativo (art. 16 ESD), salvo que una o ambas partes en la diferencia, con exclusión de los terceros, decida apelar ante el *Órgano de Apelación* (OA). El OA es un órgano permanente, compuesto por siete miembros elegidos por un periodo de cuatro años, que entiende en “los recursos de apelación interpuestos contra las decisiones de los grupos especiales y estará integrado por siete personas, de las cuales actuarán tres en cada caso”. Sólo “las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por éste” pueden ser objeto de apelación (art. 17.6 ESD). Tras examinar el caso, el OA “podrá confirmar, modificar o revocar las constataciones y conclusiones jurídicas del grupo especial” (art. 17.13 ESD) y su informe se adoptará asimismo según la regla del consenso negativo por el OSD.

3. Fase postpanel

En la fase postpanel el OSD supervisa la implementación adecuada de sus recomendaciones (art. 21 ESD). La parte perdedora tiene un período de tiempo razonable para adecuar las medidas incompatibles con los Acuerdos OMC y conformarlas a los mismos. La falta de cumplimiento de las recomendaciones de un informe adoptado por el OSD puede conducir a que este órgano autorice, de acuerdo con la regla del consenso negativo, a la parte ganadora a establecer una compensación o la suspensión de concesiones (art. 22 ESD).

Sin embargo, esta fase postpanel presenta muchos y diversos problemas de eficacia y coherencia para el sistema de solución de diferencias. Para empezar, se debe admitir que esta parte del sistema no ha sido desarrollada jurídicamente de la misma manera que las fases anteriores; en otras palabras, aunque uno podría preguntarse cuál es la legalización óptima del sistema, es cierto que la fase de implementación ha sido menos “legalizada” que las otras fases (Pauwelyn, 2000:338). También es notable que las normas del ESD que gobiernan el cumplimiento de los informes son probablemente las más controvertidas de todo el sistema. En este sentido, la capacidad para hacer uso de las contramedidas está limitada a las partes de la diferencia dentro de un esquema bilateral, que resulta insuficiente desde la perspectiva del interés universal que puede existir para remover las medidas inconsistentes con los Acuerdos OMC. Además, todo el mecanismo de control de cumplimiento de los mandatos contenidos en un informe adoptado por el OSD mira al futuro, es unidireccional, en tanto la reparación queda excluida del sistema de remedios previstos por el ESD. Por último, y no por eso menos importante, los remedios suelen ser ineficientes desde el punto de vista económico y son aparentemente más útiles para los miembros desarrollados, que en la mayoría de las veces serán los únicos que podrían usarlos eficazmente.

4. ASPECTOS CONTROVERTIDOS Y PROPUESTAS DE REFORMA DEL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS

A modo de conclusión, y con el propósito de incentivar un estudio más profundo del SSD, voy a presentar algunos de sus aspectos más controvertidos y ciertas propuestas de reformas institucionales y procesales.

Empecemos por prestar atención a los *participantes* en el SSD. Desde una perspectiva amplia, la integración de los *países en vías de desarrollo* en el

SSD se revela como el problema más grave pendiente de resolver. Es verdad que la introducción de la regla del consenso negativo para tomar las decisiones relevantes en materia de solución de diferencias ha supuesto una mayor garantía de previsibilidad para los países subdesarrollados. Asimismo, éstos países gozan de ciertos beneficios importantes previstos en el ESD (arts. 12.11; 21.2; 21.7; 21.8; 24.1), especialmente en materia de plazos y formas de cumplimiento. Pero también es cierto que los países en desarrollo parten desde una posición desigualitaria. En efecto, para estos países, los recursos que pueden dedicar a la defensa de sus posiciones por medio del SSD son realmente muy escasos, y a veces inexistentes. Además, la información a la que pueden acceder los países subdesarrollados es muy insuficiente. Esto está conectado con la escasez de recursos, pero se puede analizar como un problema específico porque la información insuficiente determina la posición de partida de los Estados en el SSD. Por ejemplo, hay un pequeño grupo de miembros de la OMC que disponen de un equipo de trabajo dedicado enteramente al estudio del cumplimiento de las reglas OMC por parte de los otros miembros frente a la gran mayoría de los Miembros de la OMC que sólo pueden investigar un tema puntualmente, o casi excepcionalmente. Y, en cualquier caso, para estos miembros, la ejecución de las decisiones tomadas por el OSD pueden resultar altamente costosas o incluso imposibles de asumir. En resumen, para los miembros subdesarrollados, es decir la inmensa mayoría de los miembros de la OMC, los costes del SSD siguen siendo demasiado altos y los remedios previstos frente a las incompatibilidades de otros miembros (desarrollados o no) resultan inadecuados.

Desde una perspectiva más específica, la participación plantea otros problemas muy interesantes y también difíciles de resolver. Hay que partir de la base de que el derecho a iniciar un procedimiento ante el OSD se ha interpretado de forma muy amplia por el OA (p. ej. asunto *Plátanos*, 1997, §§ 132-138), de manera que la calidad de miembro de la OMC es suficiente para conferir dicha posición procesal. Esto, sin embargo, deja fuera a los particulares, individuos y personas jurídicas, que no tienen derecho a iniciar un asunto ante el OSD (Espósito, 1999). No obstante, la participación de no miembros en el sistema sí se ha permitido limitadamente a través de las comunicaciones *amicus curiae*, admitidas con ciertos límites por el OA (véase especialmente asuntos *Camarones* y *Amianto*). En principio, las comunicaciones *amicus curiae* deben ser bienvenidas, porque permiten la participación de la sociedad civil, especialmente las organizaciones no gubernamentales, en el SSD. Sin embargo, el OA ha creado una situación incómoda con su interpretación generosa del ESD en este punto, porque, por un lado, la aceptación de las comuni-

caciones *amicus curia* aparece como una práctica establecida difícil de cambiar y, por otro lado, representa un problema de legitimidad respecto del desarrollo del derecho por el OA, ya que algunos miembros afirman que dichas comunicaciones deben aceptarse sólo a través de una decisión de los propios miembros de la OMC.

La *legitimidad* de las decisiones de los grupos especiales y del OA es otro tema complicado. Los problemas más graves se presentan en relación con reclamaciones respecto de situaciones que aún no han sido negociadas o sobre las que no hay consenso. Una decisión sobre estos aspectos bien podría hacer daño al SSD (Davey, 2001), porque estaría en contra de uno de los principios básicos establecidos en el art. 3.1 del ESD: "Las recomendaciones y resoluciones del OSD no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados". No obstante, un reciente estudio del profesor William Davey demuestra que las decisiones adoptadas por el OSD son suficientemente legítimas salvo casos excepcionales y no necesariamente muy graves (Davey, 2001).

En relación con la legitimidad del SSD también hay que referirse a un posible socavamiento de la misma derivado de un control deficiente de la implementación de los informes adoptados por OSD. En efecto, sabemos que el sistema permite una cierta flexibilidad en el cumplimiento de las obligaciones definidas en un informe adoptado (Espósito, 1999), y también sabemos que esa flexibilidad se extiende a la posibilidad de ofrecer compensaciones frente a un cumplimiento inmediato. Sin embargo, la flexibilidad tiene un límite: el cumplimiento es obligatorio y las medidas compensatorias son necesariamente temporales. Es cierto que es muy difícil establecer una definición precisa de los límites de la temporalidad, y que quizá dicho límite se encuentre en un cálculo de eficiencia económica más que en la viabilidad de un sistema de control estricto del cumplimiento. Pero también es cierto que la temporalidad no puede ser entendida como la posibilidad de mantener indefinidamente la vigencia de decisiones o prácticas declaradas incompatibles con los Acuerdos. Esta interpretación se refuerza invocando la obligación de conformidad del artículo XVI.4 del Acuerdo OMC.

Un tema distinto, pero íntimamente conectado con la legitimidad, se refiere a la *transparencia* del SSD. Si bien la transparencia ha mejorado en general con la constitución de la OMC, es verdad que esa cualidad no se extiende necesariamente al SSD. Entre las mejoras relativas a la transparencia sobresale la publicación inmediata de los informes adoptados por el OSD en la página de internet de la OMC (www.wto.org). Habría que estudiar, no obs-

tante, la conveniencia de exigir una mayor transparencia en otros sectores, como son los acuerdos mutuamente aceptados por las partes que ponen fin a una diferencia y las deliberaciones del OA, de los grupos especiales y del OSD.

En relación con aspectos más concretos, se ha llamado la atención sobre la necesidad de profesionalizar los *grupos especiales* y reformar la composición y funcionamiento del *Organo de Apelaciones*, por ejemplo, a través de la exigencia de exclusividad de sus miembros, la utilización del pleno o salas más amplias para uniformar “jurisprudencia” y la introducción de un reenvío al grupo especial para que considere cuestiones nuevas o no consideradas en su informe.

También se ha sugerido ampliar la utilización del *arbitraje*. El arbitraje se ha utilizado como un complemento del sistema de solución de diferencias en la fase postpanel, tanto para fijar el plazo razonable en el que se debe implementar el informe del OSD (21.3 ESD), como para establecer el nivel de suspensión de concesiones permitido (22.6 ESD). Ahora bien, ¿cabe otra función más general para el arbitraje? Desde el punto de vista teórico la respuesta es afirmativa. En efecto, el ESD no excluye la posibilidad de recurrir al arbitraje como un medio alternativo de solución de diferencias comerciales. Si existe acuerdo de las partes, el artículo 26.1 estipula que

“un procedimiento rápido de arbitraje en la OMC como medio alternativo de solución de diferencias puede facilitar la resolución de algunos litigios que tengan por objeto cuestiones claramente definidas por ambas partes”.

Los laudos son obligatorios y deben ser notificados al OSD y al Consejo o Comité de los Acuerdos pertinentes, en los que cualquier Miembro podrá plantear cualquier cuestión con ellos relacionada. Además, a los laudos arbitrales se les aplican las reglas de los artículos 21 y 22 ESD sobre compensación y suspensión de concesiones.

Sin embargo, desde un punto de vista práctico resulta difícil pensar en una utilización más amplia y generalizada del arbitraje, y ello por una razón bastante simple: el SSD de la OMC es eficaz y hace innecesario recurrir a un medio alternativo como es el arbitraje. No obstante, cabe prever que el aumento de casos ante el OA pueda en un futuro próximo hacer que la celeridad ofrecida por un procedimiento arbitral se convierta en una opción eficiente para cierto tipo de diferencias que necesiten una resolución rápida.

La rapidez del procedimiento de solución de diferencias es esencial y por eso el ESD establece *plazos* recomendados que sin duda mejoran la seguridad y la previsibilidad del sistema. No obstante, la duración de un caso ante el SSD puede ser aún demasiado larga. Basta mencionar un ejemplo: el asunto *Hormonas* comenzó con las preceptivas consultas a principios de 1996, constituyéndose el grupo especial el 25 de abril de ese año. El informe del grupo especial se hizo público el 18 de agosto de 1997. Este informe fue apelado y el OSD adoptó el informe modificado por el OA el 13 de febrero de 1998. Mediante un arbitraje se decidió que el plazo razonable para implementar el informe adoptado se extendía hasta el 13 de mayo de 1999. Es verdad que éste es un caso muy complicado, con problemas de prueba difícilísimos de resolver para los que se necesitó la participación de muchos expertos, pero sirve para mostrar cuánto se puede extender un caso en el tiempo, con todas las consecuencias perjudiciales que este período de indeterminación genera, especialmente para los operadores económicos afectados directamente. Por consiguiente, quizá sea necesario pensar en la conveniencia de fijar unos plazos aún más estrictos.

En cuanto a las situaciones de peligro y urgencia para la protección de los intereses jurídicos en juego, se ha propuesto la introducción de algún tipo de *medidas cautelares*. Esta proposición es racional y bien fundada, aunque de difícil articulación en el SSD.

BIBLIOGRAFÍA

- Bermejo García, Romualdo (1997), "La reestructuración del sistema comercial internacional tras la Ronda Uruguay: la OMC", en *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gateiz*, pp. 89 ss.
- Davey, William J. (1987), "Dispute Settlement in GATT", *Fordham International Law Journal*, vol. 11, pp. 51 ss.
- De la Cruz Iglesias, Lorella (2001), "Las comunicaciones amicus curiae en el mecanismo de solución de diferencias de la OMC: El asunto Amianto", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 3, disponible en WWW.REEI.ORG.
- Espósito, Carlos (1999), *La OMC y los particulares*.
- Hipler Bello, Judith (1996), "The WTO Dispute Settlement Understanding: Less is More", *American Journal of International Law*, vol. 90, pp. 416 ss.
- Hudec, Robert (1975, 2º ed. 1990), *The GATT Legal System and World Trade Diplomacy*.
- Hudec, Robert (1993), *Enforcing International Trade Law: The Evolution of the Modern Legal System*.
- Jackson, John H. (1997a), *The International Trading System*.

- Jackson, John H. (1997b), "The WTO Dispute Settlement Understanding—Misunderstanding on the Nature of Legal Obligation", *American Journal of International Law*, vol. 91, pp. 60 ss.
- Jackson, John H. (1998), "Dispute Settlement and the WTO. Emerging Problems", *Journal of International Economic Law*, vol. 1, pp. 329 ss.
- Mavroidis, Petros C. (2001), "Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place", *European Journal of International Law*, vol. 11, No. 4, disponible en [HTTP://WWW.EJIL.ORG/JOURNAL/VOL11/NO4/ART1.HTML](http://www.ejil.org/journal/vol11/no4/art1.html)
- Montaña Mora, Miquel (1997), *La Organización Mundial del Comercio y el reforzamiento del sistema GATT*.
- Palmeter, David y Petros C. Mavroidis, (1999), *Dispute Settlement in the World Trade Organization*.
- Petersman, Ernst-Ulrich (1997a), *The GATT/WTO Dispute Settlement System*.
- Petersman, Ernst-Ulrich (ed.) (1997b), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*.
- Trebilcock y Robert Howse (1999), *The Regulation of International Trade*.

CASOS Y DOCUMENTOS CITADOS:

Todos los casos y documentos citados pueden consultarse en español en la página de la OMC [WWW.WTO.ORG](http://www.wto.org). El informe citado sobre el estado de las diferencias desde 1 de enero de 1995 se encuentra en ver [HTTP://WWW.WTO.ORG/SPANISH/TRATOP_S/DISPU_S/STPLAY_S.DOC](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/stplay_s.doc) y los asuntos citados pueden ser consultados en [HTTP://WWW.WTO.ORG/SPANISH/TRATOP_S/DISPU_S/DISTAB_S.HTM](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/distab_s.htm).