

El mecanismo de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio *

Irene Arguedas**

LA AUTORA HACE UNA REVISIÓN DE LAS NORMAS Y REGULACIONES DEL COMERCIO INTERNACIONAL, TOMANDO COMO BASE LAS NORMAS Y DISCIPLINAS DEL GATT, SIGUIENDO POSTERIORMENTE CON SU EVOLUCIÓN A TRAVÉS DE LAS DIFERENTES RONDAS DE NEGOCIACIÓN, HASTA LLEGAR A LA CONFORMACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO -OMC-.

Introducción

Como punto de partida, interesa señalar que la Ronda Uruguay ha sido catalogada como la ronda de negociaciones comerciales internacionales más ambiciosa hasta estos momentos emprendida en el marco del sistema multilateral del comercio, tanto así que por mucho tiempo pareció casi imposible que pudiese llegar a concluir exito-

samente. Y es que ese calificativo no es obra del azar pues debe reconocerse que nunca antes en la historia del comercio internacional se había logrado un "consenso" entre tantos países sobre tantos temas, que al cabo de casi ocho años de negociaciones rindiera como resultado la que se conoce como el Acta Final en la que se incorporan los resultados de la Ronda Uruguay.

Esta Acta Final empieza por establecer una Organización Mundial del Comercio -OMC-, la cual funge como la institución internacional sucesora del GATT, y a la que se le atribuye competencia sobre todos los temas incorporados en el Acta Final, no sólo en el área de mercancías sino también el lo que respecta al comercio de servicios y derechos de propiedad intelectual.

* Documento presentado en el Tercer Seminario-Taller "Políticas e Instrumentos de las Relaciones Económicas Internacionales" del Programa de Posgrado Centroamericano "Política y Negociaciones en el marco de las Relaciones Económicas Internacionales", organizado y ejecutado por el ICAP en Panamá, República de Panamá, del 20-26 de abril de 1997.

** Abogada. Directora Ejecutiva de la Asociación Nacional de Exportadores de la Industria Textil.

tual. Adicionalmente, la OMC actúa como Organo de Solución de Diferencias - rol que analizaremos con mayor detenimiento más adelante - y como Organo de Examen de las Políticas Comerciales.

Analizaremos con detalle las principales características y particularidades del mecanismo de solución de diferencias de la OMC. No obstante, antes de entrar en materia, resulta necesario hacer al menos dos observaciones: la primera, que existen muchas y muy variadas formas de resolver controversias pudiendo mencionarse, entre ellas, la mediación, la negociación, los buenos oficios, el arbitraje, la conciliación, etc. De allí que una de las preguntas fundamentales que surge al evaluar un mecanismo como el que hoy nos ocupa es si éste tiene por objetivo "mediar" en la diferencia o, por el contrario, adjudicar con la razón a una u otra parte contendiente. En este sentido, algunos autores señalan que si la mediación es la meta, entonces el sistema debe enfatizar en el recurso a métodos tendentes a impulsar a las partes en la controversia a buscar una solución negociada.¹ Por el contrario, si el objetivo es "adjudicar", entonces el sistema debe estar en la capacidad de aplicar de manera consistente las reglas del caso y asegurar que las decisiones que se adopten sean efectivamente implementadas.² Teniendo clara esta diferencia, la his-

toria del GATT en este campo pareciera evidenciar que éste tuvo mayoritariamente esta última connotación, aún cuando eran muchas las instancias en las que se invitaba a las partes a procurar arreglos mutuamente satisfactorios. De cualquier manera, no son pocos los autores que coinciden en afirmar que la evolución del GATT en esta materia no fue necesariamente la más apropiada. Ahora bien, dentro del nuevo conjunto de reglas relativas a la solución de diferencias de la OMC continúan existiendo las instancias que invitan a las partes a buscar soluciones negociadas. No obstante, la creciente legalización y juridización del sistema pareciera contribuir a que la búsqueda de la "adjudicación" continúe predominando.

La segunda observación que debe hacerse es que el sistema de solución de diferencias de la OMC no es el único instrumento existente para resolver controversias de índole comercial entre los países, aún cuando debe reconocerse que constituye uno de los más importantes, si no es que el más importante de todos ellos. De cualquier manera, no debe dejar de mencionarse que existen a su vez muchos otros mecanismos de este tipo, entre ellos, el previsto en el Tratado de Libre Comercio de Norteamérica -NAFTA-, el del TLC Costa Rica - México, el del Mercado Común Andino, la Corte de Justicia Europea, etc., todos los cuales revelan una tendencia hacia la legalización y juridización de este tipo de procesos. Del mismo modo, interesa mencionar que, habiendo sido estos

1. John H. Jackson, William J. Davey & Alan O. Sykes, Jr., *Legal Problems of International Economic Relations*, 3rd ed., West Publishing Company, 1995, pp. 327, 328.

2. *Ibid.*

acuerdos alcanzados en el marco de zonas de libre comercio o de uniones aduaneras, los mismos están fuertemente influenciados por las reglas del sistema multilateral. De allí que sean común encontrar entre ellos una serie de similitudes.³

Nos concentraremos principalmente en hacer una revisión detallada de las normas y disciplinas incorporadas en el "Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias", el cual fuera uno más de los acuerdos incorporados dentro del paquete de resultados de la Ronda Uruguay. Ahora bien, con el fin de poder ofrecer una visión global sobre la materia, aprovecharemos también para hacer referencia a aquellos instrumentos que sirvieron de base a este Entendimiento y que hoy nutren la amplia jurisprudencia del GATT/OMC.

Dividiremos el análisis en tres partes: a) Un repaso de los principales antecedentes en materia de solución de diferencias, en particular de los artículos XXII y XXIII del viejo GATT; b) un análisis detallado de las normas y disciplinas incorporadas en el Entendimiento relativo a la Solución de

Diferencias –ESD–, haciendo énfasis en las principales diferencias entre éste y el viejo mecanismo del GATT y c) en el uso que hasta la fecha ha tenido este nuevo mecanismo.

Así las cosas, quisiera pues comenzar haciendo referencia a los principales antecedentes en el área de solución de diferencias en el marco del viejo GATT .

Antecedentes en materia de solución de diferencias

La experiencia del GATT hasta antes de la conclusión de la Ronda Uruguay

Aun cuando a lo largo del texto del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio –GATT– pueden encontrarse múltiples disposiciones que invitan a la celebración de consultas entre las partes interesadas o que prevén la posibilidad de retirar o suspender ciertas concesiones a manera de compensación,⁴ lo cierto es que los Artículos XXII y XXIII constituyeron las más importantes normas en lo que se refiere a la solución de controversias.

El artículo XXII establece que "cada parte contratante examinará con comprensión las representaciones que pueda formularle cualquier otra parte contratante, y deberá prestarse a la celebración de consultas sobre dichas representaciones". Dicho de otro

3. Ernst Ulrich Petersmann, *The Dispute Settlement System of the World Trade Organization and the Evolution of the GATT Dispute Settlement System since 1948*, 31 *Common Market Law Review* 1157, 1169, Kluwer Academic Publishers, 1994.

4. Algunas de estas disposiciones son el Artículo XVIII, párrafo 12 referente a disputas sobre restricciones por motivo de balanza de pagos, el Artículo XXIV, párrafo 7, relativo a la consistencia de acuerdos para el establecimiento de una unión aduanera o una zona de libre comercio con el GATT, etc.

modo, esta disposición sugiere que las partes han de procurar una solución negociada del asunto en cuestión, antes de tener que recurrir o sin necesidad de tener que recurrir propiamente al mecanismo de solución de controversias.

Por su parte, el artículo XXIII, que como veremos más adelante tiene una estructura bastante compleja, establece al menos dos etapas: una primera en la que, al igual que el artículo XXII antes mencionado, invita a las partes a buscar "un arreglo satisfactorio de la cuestión"; y la segunda, en la que prevé que en ausencia de tal arreglo, la cuestión pueda ser sometida a las Partes Contratantes.

Debe reconocerse, sin embargo, que ante la ausencia de normas y procedimientos suficientemente claros y específicos a este respecto dentro del propio texto del GATT, fue a través de la práctica seguida por los países en el recurso a esas disposiciones que vino a desarrollarse y establecerse en realidad el "modus operandi" del mecanismo de solución de diferencias como tal.

En este sentido, interesa recordar que inicialmente, las Partes Contratantes acostumbraron examinar sus disputas en reuniones regulares; sin embargo, más adelante se fue haciendo común el recurso a la conformación de "grupos de trabajo" - entendidos éstos como grupos compuestos por representantes de diferentes

países - para que examinaran estas cuestiones.⁵

Fue durante la década de los años 50 que tomó fuerza el recurso a paneles de expertos - compuestos por individuos que actuaban en su capacidad personal y no como representantes de países - para resolver las controversias que se suscitaban entre éstos últimos. No obstante lo anterior, estos panelistas - usualmente tres por cada caso - continuaron en un principio siendo escogidos entre los mismos representantes de los países en el GATT, y no fue sino hasta bastante tiempo después que se optó por incorporar también dentro de estos grupos a individuos ajenos a los gobiernos.⁶

Durante la década de los años sesentas, el factor predominante en materia de solución de diferencias fue el de buscar una manera más bien práctica de acomodar a las Partes Contratantes a las reglas del GATT, esto sin apegarse necesariamente de forma muy estricta a criterios legalmente establecidos.⁷

Posteriormente, dentro de las características más sobresalientes del desarrollo que en esta materia tuviera lugar durante los años setentas y ochentas están, por un lado, la creciente legalización de la jurisprudencia acumulada durante los años anteriores, y por otro, la despolitización de los procedimientos a lo interno de los paneles, todo ello puesto en evidencia, entre otros, a través del reconocimiento del valor de las interpretaciones y conclusiones ofrecidas en el pasado por los diferentes paneles como prece-

5. John H., Jackson, *op. cit.*, p. 339.

6. *Ibid.*, pp. 339-340.

7. Petersmann, *op. cit.*, p. 1188.

dentes para la resolución de nuevos casos, con el recurso regular a páneles de expertos como método útil para la interpretación de tratados, con el reconocimiento bastante generalizado del derecho al establecimiento de un panel y con la progresiva codificación de mejoras a las reglas de solución de diferencias del GATT.⁸

No obstante la exitosa experiencia del GATT durante más de tres décadas, a principios de los años noventas ésta se vio en alguna medida opacada por un cierto número de reportes que nunca fueron adoptados así como por la injerencia de presiones políticas significativas en el marco de las negociaciones de la Ronda Uruguay, las cuales condujeron, en algunas instancias, al bloqueo por parte de algunas Partes Contratantes para la adopción de algunos otros reportes.⁹ Paradójicamente, también se registra en este período el que debe catalogarse como el avance más importante para el fortalecimiento del mecanismo de solución de diferencias, pues es precisamente como resultado de las negociaciones de la Ronda Uruguay - concluidas en 1994 - que se logra un texto de acatamiento obligatorio para todos los Miembros de la OMC en esta materia, cuya aplica-

ción se extiende además a todas las áreas y temas disciplinados por el sistema multilateral de comercio.

Cómo puede entonces calificarse el funcionamiento del mecanismo de solución de diferencias del GATT? Sobre este particular, en el año 1993, el profesor Robert Hudec publicó los resultados de una investigación que había realizado sobre la experiencia del GATT en esta materia desde el año 1948 hasta principios de los años noventas. En ella, al autor llegó a la conclusión de que de 139 demandas consideradas válidas, la parte demandante había obtenido total satisfacción en el 60% de los casos y había resultado parcialmente satisfecha en 29% de ellos, para un promedio de éxito del 90%.¹⁰

Por las razones antes apuntadas y a manera de una primera conclusión sobre este asunto, debe indicarse que la experiencia del GATT en esta materia ha de catalogarse como bastante satisfactoria, sobre todo si se toma en consideración que este alto porcentaje de éxito se obtuvo no obstante los vacíos y dificultades legales que el sistema debió afrontar durante tantos años.

8. Como parte de las mejoras introducidas al mecanismo de solución de diferencias del GATT figuran, entre otras, las adoptadas en 1958, 1966, 1979, 1982, 1984 y 1989.

9. Petersmann, *op. cit.*, p. 1193. Dentro de ellos, cabe citar a manera de ejemplo, los dos páneles ganados por Costa Rica y otros países productores de banano contra la Comunidad Europea en materia del comercio de ese producto.

10. Robert E. Hudec, *Enforcing International Trade Law*, 375-383, 1993.

Estructura del Artículo XXIII

Algunos de ustedes podrán preguntarse en qué radica la importancia de analizar detalladamente los pormenores de los artículos XXII y XXIII del GATT de 1947 cuando existe ya todo un nuevo conjunto de normas sobre la materia que ha emergido como resul-

tado de las negociaciones de la Ronda Uruguay. La respuesta es muy sencilla y radica fundamentalmente en el hecho de que el Artículo III párrafo 1 del ESD establece que los Miembros de la OMC "afirman su adhesión a los principios de solución de diferencias aplicados hasta la fecha al amparo de los artículos XXII y XXIII del GATT del 1947 y al procedimiento desarrollado y modificado por el presente instrumento". Es pues de esta forma que la jurisprudencia acumulada durante casi cuarenta años de vigencia del viejo GATT viene a incorporarse dentro del nuevo sistema multilateral de comercio.

Así las cosas y haciendo ahora referencia al Artículo XXIII propiamente, interesa mencionar que muchos autores coinciden en calificar como compleja su estructura. Todo parecería indicar que este apelativo responde al hecho de que esta disposición exige el cumplimiento de una de dos causas que den origen a la acción, la cual a su vez ha de estar originada en uno de tres supuestos. Esto quiere decir, más claramente hablando, que la parte demandante debe demostrar, en primer

lugar, sea que los beneficios de los que es acreedor están siendo anulados o menoscabados, o que el cumplimiento de uno de los objetivos del Acuerdo General está siendo impedido.

En segundo lugar, debe demostrar que esa anulación o menoscabo o que el impedimento para el cumplimiento de uno de los objetivos del GATT es resultado del incumplimiento de una obligación por parte de la parte demandada (demanda por violación de una obligación o "violation complaint"), o de la aplicación de una medida contraria o no a las disposiciones del Acuerdo General por parte de la parte demandada (demanda por no violación de una obligación o "non violation complaint"), o de la existencia de cualquier otra situación ("demanda circunstancial o "situation complaint").¹¹ Después de hacer todas las combinaciones posibles tenemos como resultado seis diferentes formas de hacer uso de lo dispuesto en este artículo. Sin embargo, en un análisis realizado por el profesor E.U. Petersmann sobre 200 casos sometidos al mecanismo de solución de diferencias al amparo del Artículo XXIII, se llegó a concluir que sólo dos, de las seis posibles combinaciones, han sido utilizadas en la práctica del GATT. De ellas, el 90% de los casos han sido disputas relativas a la violación de una obligación que ha tenido como resultado la anulación o menoscabo de una ventaja resultante en favor de la parte demandante. Otras quince demandas han tenido su sustento en la aplicación de una medida contraria o no a las disposiciones del

11. Estas alternativas continúan vigentes bajo el nuevo mecanismo de solución de diferencias. No obstante, interesa mencionar que el Artículo XXIII del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios permite sólo dos tipos de demandas por violación y no violación. Por su parte, el artículo 64 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio limita la admisibilidad de demandas por no violación de una obligación y las demandas circunstanciales en el sentido de que las declara inadmisibles al menos durante los primeros cinco años de vigencia del acuerdo en cuestión.

Acuerdo General por parte de la parte demandada, mientras que únicamente 4 de ellas invocaron el acaecimiento de "otras situaciones". Finalmente, de todos estos casos, sólo en tres de ellos se adujo que el cumplimiento de uno de los objetivos del Acuerdo General estaba siendo impedido.¹²

Cumplida esta etapa, cabe preguntarse qué tipo de resultados pueden surgir de un proceso de esta naturaleza. En este sentido, analizando el párrafo 2 de este Artículo XXIII encontramos que pueden darse tres clases de "remedios" a saber: recomendaciones, resoluciones y autorizaciones para la suspensión de concesiones u otras obligaciones.

En lo que respecta a las resoluciones, éstas suponen la facultad de ofrecer un dictamen sobre la consistencia de la medida en cuestión con las normas y disciplinas del GATT. Por su carácter, éstas son generalmente consideradas fuentes vinculantes de interpretación de dichas reglas, por lo que son frecuentemente utilizadas en otros casos. No obstante, las Partes Contratantes conservan la libertad de apartarse de tales interpretaciones si así lo consideran pertinente.

12. Petersmann, *op. cit.*, 1172.

13. Petersmann, *op. cit.*, p. 1184.

14. BIS 26 S/216. En el año 1952, Holanda fue autorizada a aplicar medidas retaliatorias contra los Estados Unidos en respuesta a una persistente violación por parte de éste último del Artículo XI del GATT. No obstante, Holanda nunca hizo uso pleno de las facultades que le habían sido conferidas en contra de las importaciones de harina de trigo de EEUU pues su ejercicio implicaba causarse a sí mismo tanto daño como a ese país.

Por su parte, las recomendaciones se refieren a las diferentes formas que tienen las partes en la disputa a su disposición para adoptar las resoluciones, diferenciándose de estas últimas precisamente por su carácter no vinculante. En este sentido, debe reconocerse que no necesariamente puede haber una única forma de cumplir con una resolución, razón por la cual las recomendaciones solamente deben asegurar que la modalidad que se adopte sea acorde con las normas del GATT y con las normas generales del comercio internacional. Por esa razón, usualmente lo solicitado por el panel es que la medida que ha sido cuestionada sea puesta de conformidad con las mencionadas reglas por la vía que el país escoja para esos efectos.

Finalmente, en lo que respecta a la suspensión de concesiones u otras obligaciones, éstas se consideran en el GATT como el último recurso al alcance de la parte demandante para ser aplicado en forma discriminatoria en contra de la parte demandada y, por supuesto, sujeta a la aprobación por parte de las Partes Contratantes.¹³ Esta opción, sin embargo, ha sido utilizada en una sola ocasión en la historia del GATT.¹⁴

Antes de concluir con este apartado, interesa resaltar una de las que, en mi opinión, constituye una de las más importantes debilidades de este esquema, defecto que afortunadamente vino a subsanarse, como analizaremos más detalladamente a continuación, con el logro del Entendimiento

sobre Solución de Diferencias de la Ronda Uruguay. Este se refiere al hecho de que, en el pasado, para que el reporte de un panel fuera adoptado por las Partes Contratantes del GATT debía existir consenso entre ellas para que así fuera, lo cual implicaba inclusive el asentimiento de la parte perdedora. Obviamente, esto trajo como consecuencia que se convirtiera en práctica común el que la parte perdedora acudiera persistentemente a la reunión de las Partes Contratantes en que dicho panel habría de adoptarse simplemente con el propósito de oponerse a ello. Muchos de Ustedes quizá recordarán o habrán estudiado que este fue precisamente el caso de Costa Rica y otros países productores de banana en los dos primeros paneles que se ganaron en contra de la entonces Comunidad Europea. Como veremos más adelante, el cambio de esta regla debe necesariamente considerarse como una de las más importantes mejoras introducidas al sistema.

El Entendimiento relativo a las Normas y Disciplinas por los que se rige la Solución de Diferencias de la OMC

El Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias (ESD,

15. Artículo II párrafo 2 del *Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio*.

en adelante, "el Entendimiento") adoptado en la Ronda Uruguay es de gran importancia para el sistema multilateral de comercio en la medida en que constituye el primer texto que integra plenamente dentro del GATT/OMC las normas y procedimientos que han de regir la solución de diferencias entre sus Miembros, los cuales han de ser además aplicables, de manera obligatoria, a todas las áreas abarcadas por el mencionado sistema.¹⁵ Este constituye además un elemento fundamental tendente a dotar al sistema multilateral de comercio de mayor seguridad y previsibilidad en la medida en que involucra el compromiso por parte de los Miembros de la OMC de no adoptar medidas unilaterales en caso de apreciar infracciones de las normas comerciales sino de recurrir al sistema multilateral de solución de diferencias y respetar sus normas y conclusiones.

Este Entendimiento, que consta de 27 artículos y 4 apéndices, establece precisamente en su Artículo I su ámbito de aplicación, haciéndolo extensivo a todas las diferencias planteadas con motivo de la aplicación de los Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías, entre ellos, el Acuerdo sobre Agricultura, el Acuerdo sobre los Textiles y el Vestido, el Acuerdo sobre Normas de Origen, el Acuerdo sobre Salvaguardias, etc. Asimismo, indica que el mismo será aplicable también al Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, al Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, al propio Acuerdo por el que

se establece la OMC así como a los Acuerdos Comerciales Plurilaterales, aun cuando en el caso de éstos últimos han de cumplirse antes algunas condiciones.

Esta unificación de los procedimientos de solución de diferencias viene a eliminar la posibilidad de lo que se conoce como "forum shopping", que fue el principal problema que surgió con posterioridad a la Ronda Tokio en razón de que muchos de los acuerdos alcanzados en esa ocasión tenían previsto su propio sistema de solución de diferencias, cada uno de ellos administrado a su vez por su propio órgano de supervisión.¹⁶

Por otra parte, en virtud del artículo 2 del citado Entendimiento se establece el Órgano de Solución de Diferencias—OSD—, cuya función primordial ha de ser la de administrar las normas y procedimientos y las disposiciones en materia de consultas y solución de diferencias de los acuerdos antes citados. Es así como el Consejo General de la OMC, reunido en calidad de OSD, está facultado para establecer grupos especiales, adoptar los informes que éstos rindan así como lo que ofrezca el Órgano de Apelación, vigilar la aplicación de las resoluciones y recomendaciones y autorizar la suspensión de concesiones y otras obligaciones

que puedan descansar sobre los Miembros.

Según mencionáramos anteriormente, mediante el Artículo 3 del ESD, los "Miembros afirman su adhesión a los principios de solución de diferencias aplicados hasta la fecha al amparo de los Artículos XXII y XXIII del GATT de 1947 y al procedimiento desarrollado y modificado por el presente instrumento".¹⁷ Es así pues como se incorpora dentro del nuevo esquema, no sólo los instrumentos que sirvieron de base al mecanismo de solución de diferencias que rige hoy en día las relaciones entre los Miembros de la OMC sino también el producto de la experiencia adquirida durante casi cuarenta años de funcionamiento del mecanismo.

Por otra parte, el Entendimiento enfatiza en que para que la OMC tenga un funcionamiento eficaz es esencial que se de una pronta solución de las diferencias que puedan surgir entre sus Miembros. Para esos propósitos, establece con gran detalle el procedimiento a seguir y el calendario de conformidad con el cual han de cumplirse cada una de sus etapas.

Es así como el Artículo IV del ESD establece la que ha de ser la primera etapa del proceso, es decir, las consultas. Este requisito de que las partes en la controversia celebren consultas con el objeto de tratar de llegar a una solución satisfactoria de la cuestión es acorde, no sólo con el espíritu del Artículo XXIII al que hemos hecho referencia anteriormente, sino también al propio ESD el cual, con el fin de que se

16. John H. Jackson, *GATT Machinery and the Tokio Round Agreements*, citado por William Cline, *Trade Policy in the 1980's*, 1993, p. 159.

17. Artículo 3, párrafo 1 del *Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias*.

alcance un arreglo positivo de las diferencias, fomenta la búsqueda de soluciones mutuamente aceptables a los problemas entre los Miembros, las cuales han de ser además conformes con las disposiciones de la OMC. La idea es pues, que en esta etapa las partes puedan resolver la cuestión sin necesidad de invocar formalmente la solicitud de conformación de un panel. Sin embargo, si esto no se logra dentro del término de 60 días, el reclamante puede pedir al OSD que se establezca un grupo especial que examine la cuestión.

Debe hacerse notar, sin embargo, que el Entendimiento prevé algunas otras alternativas al alcance de las partes con el propósito de que éstas resuelvan la cuestión, entre ellas, disposiciones mediante las cuales se confiere al Director General la facultad de intervenir en el asunto a través de la prestación de buenos oficios, conciliación y mediación, siempre y cuando las partes así lo acuerden.¹⁸

Ahora bien, si la parte reclamante opta por solicitar la constitución de un panel o grupo de expertos que examine la cuestión, es importante hacer notar que de conformidad con las nuevas reglas adoptadas, ésta tiene el de-

recho de que el establecimiento de dicho grupo de expertos tenga lugar de manera casi automática, salvo que exista consenso en el OSD de no establecerlo.¹⁹ Es claro que esta última posibilidad es bastante remota en la medida en que involucra a su vez la aquiescencia de la propia parte que ha solicitado el establecimiento del panel.

Esta debe considerarse asimismo como otra importante mejora introducida al sistema pues, en el pasado, aún cuando las partes tenían éxito la mayoría de las veces en lograr la constitución del panel que estaban solicitando, ello no se hacía posible sino hasta después de transcurrido un considerable período.

En lo que respecta a la determinación del mandato del grupo especial, el Entendimiento prevé un mandato uniforme por el que se encomienda al citado grupo examinar la reclamación a la luz de las disposiciones del Acuerdo pertinente y formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o a dictar las resoluciones previstas en dicho Acuerdo.²⁰ No obstante ello, las partes afectadas conservan la facultad de dictar un mandato diferente si así lo acuerdan.

Cumplida esta etapa, procede entonces pasar a conformar el grupo especial, el cual estará integrado por tres personas, salvo que las partes en la diferencia convengan que sus integrantes sean cinco. Siguiendo la práctica instaurada años atrás bajo el antiguo GATT, la Secretaría cuenta con un listado de candidatos elegibles, quienes cumplen con las condiciones

18. Artículo 5, *Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias*.

19. El procedimiento previsto exige que el OSD proceda a dicho establecimiento no más tarde de la segunda vez que examine la correspondiente petición, a menos que se decida por consenso no hacerlo.

20. Artículo 7, *Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias*.

establecidas en el Artículo 8 párrafo 1, es decir, son personas que anteriormente han integrado un grupo especial o han presentado un alegato en él, han actuado como representantes de un Miembro, han formado parte de la Secretaría del GATT, han realizado una actividad docente o publicado trabajos sobre derecho comercial internacional o política comercial internacional, etc. Fundamentalmente con base en este listado, las partes en la diferencia cuentan con un plazo de 20 días para ponerse de acuerdo sobre quienes han de conformar el grupo especial. A falta de acuerdo entre ellas dentro de ese término, el Director General puede proceder a su designación dentro de los 10 días siguientes, nombrando a los integrantes que considere más idóneos para resolver la cuestión.

Es importante señalar que en el curso del procedimiento de los grupos especiales han de tomarse en cuenta, no sólo los intereses de las partes en la diferencia sino también los de cualquier otro Miembro que tenga un interés sustancial en el asunto y así lo haya notificado al OSD. En ese entendido, le asiste a este "tercero" el derecho de ser oído por el grupo especial y de presentar a éste comunicaciones por escrito.²¹

En lo que respecta al procedimiento propiamente dicho, en el Entendimiento se establecen con detalle los procedimientos de trabajo de los gru-

pos especiales. Las principales etapas son las siguientes:

- Antes de la primera reunión sustantiva, cada parte en la diferencia transmite al grupo especial una comunicación en la que se exponen los hechos del caso y sus argumentos. La parte reclamante ha de presentar la suya dentro del término de 3 a 6 semanas, mientras que la parte demandada tendrá de 2 a 3 semanas para responder y presentar la suya.
- Una o dos semanas después de recibida la última comunicación se celebra la primera reunión sustantiva, en la que la parte reclamante expone sus argumentos y la parte demandada su defensa. Del mismo modo, las terceras partes exponen sus opiniones sobre la cuestión.
- En el curso de las dos o tres semanas siguientes a esta reunión se reciben de las partes réplicas por escrito. A diferencia de la primera comunicación, que se presenta una de manera diferida de la otra, las réplicas se presentan simultáneamente.
- En los casos en los que una parte plantee cuestiones de carácter científico o técnico, el grupo especial podrá designar un grupo consultivo de expertos que le facilite un informe de carácter consultivo.
- Una o dos semanas después de recibidas las réplicas se celebra la segunda reunión sustantiva.

21. Artículo 10, *Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias*.

- Cumplidas estas etapas y antes del transcurso de cuatro semanas, el grupo especial da traslado de los capítulos expositivos (hechos y argumentación) de su proyecto de informe a las partes en la diferencia, las cuales cuentan con un plazo no mayor de dos semanas para formular observaciones por escrito.
- Posteriormente y dentro del término de cuatro semanas, el grupo especial emite y hace llegar a las partes un informe provisional en el que figuran, tanto los capítulos expositivos como las constataciones y conclusiones a las que ha llegado. Al mismo tiempo, confiere a las partes un término de una semana para que soliciten se reexamine una o varias cuestiones específicas.
- De presentarse una solicitud al respecto o si el grupo especial lo considera pertinente, existe la posibilidad de celebrar una nueva audiencia con el objeto de clarificar los puntos del informe preliminar sobre los cuales se hayan formulado observaciones.
- Concluida esta etapa y antes del transcurso de tres semanas, se presenta el informe definitivo a las partes, y tres semanas después se distribuye entre todos los Miembros de la OMC. Cuando un grupo especial decide que la medida en cuestión es incompatible con las disposiciones del Acuerdo de la OMC pertinente, recomienda que el Miembro afectado la ponga en conformidad con ese Acuerdo,

aunque también puede sugerir la forma en que el Miembro afectado podría aplicar la recomendación.

- Dentro de los 60 días siguientes a la fecha de distribución del informe de un grupo especial a los Miembros, el informe se adopta en una reunión del OSD, a menos que una parte en la diferencia notifique formalmente a éste su decisión de apelar o que el OSD decida por consenso no adoptar el informe.

Antes de continuar con el examen del procedimiento de apelación, es importante reiterar que este cambio en la regla del consenso debe considerarse como una de las más importantes, si no la más importante mejora introducida al mecanismo de solución de diferencias de la OMC. Para entender el por qué de esta afirmación es necesario recordar que en la antigua práctica del GATT, las decisiones debían adoptarse por consenso, por lo que era común que cualquier parte, principalmente la parte perdedora, evitara o bloqueara la adopción del reporte del panel en cuestión, con lo cual el reporte no representaba más que el punto de vista de tres individuos ajenos a la cuestión. Esta condición ocasionó que muchos reportes no fueran nunca adoptados o que ello tuviera lugar muchos meses después, cuando el daño ocasionado era aún mayor.

Por su parte, el nuevo mecanismo de solución de diferencias viene a cambiar radicalmente esta práctica, eliminando esa posibilidad de bloquear la adopción de un reporte y previendo que ello tenga lugar a más tardar en la

segunda ocasión en la que el asunto aparezca incluido en la agenda del OSD, salvo que exista consenso en no adoptarlo. Uno de los principales objetivos que se pretende alcanzar con este cambio es que se restrinja al máximo el recurso a medidas unilaterales como remedio a diferencias comerciales entre Miembros de la OMC.²²

Ahora bien, como mencionábamos anteriormente, el mecanismo de solución de diferencias de la OMC brinda a cualquiera de las partes en la diferencia, no así a los terceros interesados ni

a cualquier otra parte, la posibilidad de apelar contra las decisiones del grupo especial.²³ No obstante ello, tales apelaciones han de tener únicamente por objeto las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por éste.²⁴

Las apelaciones se hacen ante un Órgano Permanente de Apelación establecido por el OSD y que está integrado por siete personas, representativas en términos generales de la composición de la OMC, cuyo mandato dura cuatro años.²⁵ Deben ser personas de reconocido prestigio en la esfera del derecho y el comercio internacional, y no estar vinculadas a ningún gobierno.²⁶

Cada caso es atendido por tres miembros del Órgano de Apelación, quienes pueden confirmar, modificar o revocar las constataciones y conclusiones jurídicas del grupo especial. Por regla general, la duración del procedimiento de apelación será de sesenta días, aunque en algunos casos podrá extenderse hasta por un máximo de noventa días.

Los informes del Órgano de Apelación serán adoptados por el OSD y aceptados sin condiciones por las partes en la diferencia, salvo que el OSD decida por consenso no adoptar el informe del Órgano de Apelación en un plazo de 30 días contados a partir de su distribución a los Miembros.²⁷

Así las cosas y después de hacer un recuento de todos los plazos a que se ha hecho referencia anteriormente,

22. Una de las principales quejas esgrimidas por los países, en particular EE.UU., era que el GATT no proporcionaba garantías suficientes para adoptar y hacer cumplir los informes de los grupos especiales. De allí que se hiciera común el recurso por parte de esa nación a medidas unilaterales según se expresaban en su legislación doméstica, mejor conocida como Sección 301.

23. Algunos autores son de la opinión de que la parte que pierde el procedimiento ante el panel o grupo especial probablemente ha de convertirse en blanco de fuertes presiones políticas para apelar, ello al menos con el objetivo de retrasar la adopción de un resultado que le ha sido desfavorable. Esto quiere decir que es de esperarse que el recurso a la instancia de apelación se convierta en algo ordinario, en una etapa más del proceso, lo que en el largo plazo puede tender a debilitar las resoluciones dictadas por los paneles o grupos especiales de primera instancia.

24. Artículo 17, párrafo 6 del *Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias*.

25. *Ibid.*, párrafos 2 y 3.

26. *Ibid.* Actualmente, el Órgano de Apelación está conformado por los señores Claus - Dieter Ehlermann, de nacionalidad alemana; Florentino Feliciano, de nacionalidad filipina; Mitsuo Matsushita, de nacionalidad japonesa; Christopher Beeby, de nacionalidad neozelandesa; James Bachuus, de nacionalidad estadounidense; Julio Lacarte, de nacionalidad uruguaya; y Said El - Nagggar, de nacionalidad egipcia.

27. *Ibid.*, párrafo 14.

es posible concluir que el nuevo mecanismo de solución de diferencias de la OMC es bastante expedito en la medida en que se extiende por alrededor de 9 a 12 meses en total.

Ahora bien, es obvio que la eficaz solución de las diferencias entre los Miembros de la OMC supone el pronto cumplimiento de las recomendaciones o resoluciones del OSD. Con ese propósito, el Entendimiento dispone que 30 días después de la adopción del informe del grupo especial o del Organismo de Apelación, el OSD celebre una reunión en la que la parte perdedora informe de sus propósitos en cuanto a la aplicación de las recomendaciones emitidas.²⁸ En este sentido, en caso de que no sea factible cumplirlas inmediatamente, el miembro en cuestión dispondrá de un plazo prudencial para hacerlo, plazo que será fijado por el OSD, o por común acuerdo de las partes en la diferencia o por un árbitro. Si no lo hace en ese plazo, está obligado a entablar negociaciones con la parte reclamante con miras a determinar una compensación mutuamente aceptable, por ejemplo, reducciones arancelarias en esferas de especial interés para la parte reclamante.

Si transcurridos 20 días no se ha convenido en una compensación satisfactoria, la parte reclamante podrá pe-

dir la autorización del OSD para suspender la aplicación a la otra parte de concesiones u otras obligaciones.²⁹ El OSD deberá otorgar esa autorización dentro de los 30 días siguientes a la expiración del plazo prudencial, a menos que se decida por consenso desestimar la petición. Esta constituye otra de las variaciones introducidas al mecanismo de solución de diferencias pues, en el pasado, sólo en una ocasión autorizaron las Partes Contratantes del GATT el recurso a medidas de retorsión contra la parte que no había implementado las recomendaciones del panel, no obstante haberse presentado múltiples solicitudes al respecto. Sobre este particular es posible concluir que el fracaso de prácticamente todos esos intentos obedeció fundamentalmente a la regla de consenso que regía en esos momentos.

No obstante lo anterior, las reglas bajo el nuevo esquema han variado sustancialmente pues, al igual que en los casos anteriores, la regla del consenso también varió en este aspecto. Es decir, que en ausencia de implementación de las recomendaciones o de la prestación de la compensación respectiva, la suspensión de concesiones u otras obligaciones queda automáticamente autorizada, salvo que exista consenso en contrario.³⁰

En principio, deberán suspenderse concesiones relativas al mismo sector que haya sido objeto de examen en el grupo especial. Sin embargo, si ello no fuera factible o eficaz, la suspensión de concesiones podrá hacerse en otro

28. Artículo 21, párrafo 3 del *Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias*.

29. Artículo 22, párrafo 1 del *Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias*.

30. *Ibid*, párrafo 6.

sector en el marco del mismo Acuerdo.³¹ Si tampoco esto fuera factible o eficaz, y las circunstancias fueran suficientemente graves, la suspensión de concesiones podrá hacerse en el marco de otro Acuerdo.³² De cualquier manera, el nivel de suspensión de concesiones u otras obligaciones autorizado por el OSD deberá ser equivalente al nivel de la anulación o el menoscabo.

En cualquier caso, el OSD someterá a vigilancia la aplicación de las recomendaciones o resoluciones adoptadas y mantendrá todo caso pendiente en el orden del día de sus reuniones hasta que se resuelva.

Recurso al mecanismo de solución de diferencias por parte de los miembros de la OMC

Desde la entrada en vigor del Entendimiento hasta la fecha se han presentado un total de 88 solicitudes de consultas en relación con un total de

63 asuntos o casos. El mayor número de solicitudes de consultas comparado con el número de casos obedece a que, en algunas ocasiones, varios Miembros han actuado en relación con un mismo asunto o presentado su solicitud o queja en relación con una misma cuestión. Por ejemplo, tanto Estados Unidos como Canadá formularon separadamente y en distintas fechas una solicitud de celebración de consultas a la Unión Europea en relación con la medida adoptada por ésta última tendente a restringir las importaciones de carne o productos cárnicos que hubieran sido tratados con ciertas sustancias con contenido de hormonas.³³ Lo mismo sucedió en el caso de las medidas adoptadas por Indonesia en lo referente a las importaciones de ciertos vehículos y sus partes, medidas contra las cuales presentaron solicitudes para la celebración de consultas tanto Japón como la Unión Europea.³⁴

Es importante señalar que en 42 de los casos presentados - que implican un total de 56 solicitudes de celebración de consultas - el procedimiento ha sido activado por parte de un país desarrollado, mientras que solamente en 17 ocasiones - involucrando un total de 21 solicitudes - esto ha tenido lugar por parte de un país en desarrollo. Adicionalmente, sólo en 4 oportunidades el mecanismo ha sido activado de manera combinada por países desarrollados y países en desarrollo, pudiendo mencionarse como dato de interés que en 3 de esos 4 casos la

31. *Ibid.*, párrafo 3.

32. *Ibid.*

33. European Communities - Measures affecting meat and meat products (hormones), complaint by the United States, WT/DS26; European Communities - Measures affecting meat and meat products (hormones), complaint by Canada, WT/DS48.

34. Indonesia - Certain measures affecting the automobile industry, complaint by Japan, WT/DS64; Indonesia - Certain measures affecting the automobile industry, complaint by the European Communities, WT/DS54.

parte demandada ha sido la Unión Europea.³⁵

Ahora bien, de todos estos casos, 12 de ellos se encuentran en este momento en el medio de los procedimientos ante el grupo especial. Adicionalmente, existen dos casos que han alcanzado la etapa de solicitud de conformación del grupo especial y otros 27 casos que en estos momentos atraviesan la etapa de consultas. Finalmente, existen 18 casos en los que las partes han alcanzado un acuerdo o que simplemente han quedado inactivos.

En lo que respecta al Órgano de Apelación, hasta la fecha han sido sometidos a su conocimiento siete casos, existiendo ya reportes adoptados en cinco de ellos.³⁶ En lo que se refiere a los otros dos,³⁷ ya existe reporte para uno de ellos, cuya adopción por parte del OSD está pendiente. El otro se encuentra aún en el medio del proceso.³⁸

Como otro dato de interés cabe mencionar que de estos siete casos,

Estados Unidos ha sido parte demandada en tres de ellos, en dos de los cuales por asuntos relacionados con el comercio de textiles, y ha sido parte reclamante en otros tres casos. Esta mención es significativa pues pone de manifiesto que quien en una ocasión actúe como parte reclamante, y que en esa condición exija del sistema el que se obligue al cumplimiento de sus reglas y disciplinas, puede en otra ocasión situarse en la posición de parte demandada, y como tal, estar en posición de tener que ajustarse a lo dispuesto por el grupo especial o el Órgano de Apelación. Este recurso al sistema de solución de diferencias de la OMC como mecanismo para alcanzar precisamente el arreglo de las controversias de índole comercial que puedan existir entre los Miembros de la OMC revela de cierta forma el compromiso de todos ellos, incluyendo los países con mayor poderío económico y político, de fortalecer el sistema multilateral de comercio y contribuir a su legalización y juridización. Δ

35. European Communities - Regime for the importation, sale and distribution of bananas, complaints by Ecuador, Guatemala, Honduras, México and the United States; European Communities - Duties on imports of cereals, complaints by Canada, Thailand and Uruguay; European Communities - Trade description of scallops, complaints by Canada, Peru and Chile; Hungary - Export subsidies in respect of agricultural products, complaint by Argentina, Australia, Canada, New Zealand, Thailand and the United States.

36. Los reportes que han sido adoptados son los siguientes: United States - Standards for reformulated gasoline, complaints by Vene-

zuela and Brazil; Japan - Taxes on alcoholic beverages, complaints by the European Communities, Canada and the United States; United States - Restrictions on Imports of Cotton and man made fiber underwear, complaint by Costa Rica; Brazil - Measures affecting desiccated coconut, complaint by the Philippines; And United States - Measure affecting imports of woven wool shirts and blouses, complaint by India.

37. Canada - Certain measures concerning periodicals, complaint by the United States.

38. European Communities - Regime for the importation, sale and distribution of bananas, complaints by Ecuador, Guatemala, Honduras, Mexico and the United States.