

“MECANISMO DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO”

BORIS FIEGELIST VENTURELLI*

I. INTRODUCCIÓN:

Al igual que para cualquier norma jurídica de derecho interno, resulta esencial para la eficacia y credibilidad de las normas del *derecho internacional económico*, el hecho de que las mismas no sean una mera declaración de buenas intenciones de las partes contratantes, cuya ejecución quede entregada a la buena voluntad de los Estados que suscriben y ratifican un tratado internacional en materia comercial o económica.

En este sentido, los mecanismos de *solución de controversias* que, se encuentran presente en la gran mayoría de los tratados económicos y comerciales internacionales modernos, juegan un rol fundamental, pues resultaría completamente inútil dotar a las partes de estos instrumentos jurídicos con los más elaborados y completos derechos, sino se les concede – paralelamente – las herramientas necesarias para hacerlos cumplir.

Asimismo, para lograr el antes mencionado objetivo, no basta con contemplar formalmente un mecanismo de resolución de controversias, si éste no capaz de dar una solución rápida y oportuna a los requerimientos de las partes. *No debemos olvidar que la realidad económica es altamente cambiante*, por lo que la lentitud y excesiva formalidad que tradicionalmente han acompañado a los diversos sistemas de solución de disputas, pueden producir como resultado el otorgamiento de un remedio tardío cuando ya el daño se ha tornado irreparable. Para ilustrar lo antes señalado, basta con pensar en el caso de una rama de la producción nacional de un determinado país que está sufriendo una fuerte la competencia desleal de un producto importado que un su lugar de origen ha sido favorecida con una subvención del 60% del costo marginal de producción. Si la medida que sanciona y corrige esa práctica desleal es implementada luego de 3 años de tramitación de un juicio arbitral, lo más probable es que el producto subvencionado haya logrado quebrar a las industrias locales afectadas, a quienes de nada les servirá tener un laudo arbitral favorable que castigue la conducta, pues a esa altura el daño se encuentra consumado.

Por otra parte, es totalmente inoficioso contar con un mecanismo de solución de controversia rápido y oportuno, si no se contemplan herramientas necesarias *para que parte vencedora pueda hacer cumplir el laudo arbitral dictado en su favor*.

*Abogado - LL.M. Profesor de Derecho Económico Carrera de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad San Sebastián

En el campo del Derecho Internacional Público, este ha sido uno de los principales escollos para lograr una real eficacia de sus normas; pues, a diferencia del derecho nacional, en el campo internacional no se cuenta con el aparato coercitivo de un Estado que permita hacer cumplir por la fuerza – de ser necesario – las resoluciones emanadas de los tribunales internacionales.

Por el presente artículo pretendemos dar una visión general *del sistema de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio*¹ (OMC), pues sin lugar a dudas la regulación actual de éste mecanismo ha sido calificada, por la gran mayoría de la doctrina en materia de comercio internacional, como uno de los avances más importantes en los últimos tiempos del derecho económico internacional²

II. DESDE EL GATT A LA OMC:

La historia del mecanismo de resolución de controversias del sistema GATT/OMC claramente lo podemos dividir claramente en dos periodos: Antes y después de la Ronda de Uruguay

Tal como lo expresa el destacado profesor John H. Jackson,³ en materia de resolución internacional de conflictos se pueden apreciar la existencia de dos estilos para estructurar los mecanismos de solución de controversias. Un Estilo con un claro énfasis en la negociación y la diplomacia, propiciado fundamentalmente por los países Europeos; y otro mas legalista y cercano a la resolución de disputas a nivel local, que propicia la negociación o decisión de las controversias en base a normas y reglas que han sido previamente acordadas por las partes, y que ha sido impulsado entre otros por los Estados Unidos.

En el mecanismo existente en el periodo previo a la Ronda de Uruguay, existía un claro énfasis del estilo basado en la negociación y diplomacia, pues esas eran, en la práctica, las principales vías para resolver una controversia entre las PARTES CONTRATANTES, pues, como más adelante lo analizaremos el uso del mecanismo de los paneles arbitrales resultó ser altamente ineficaz

Durante ese periodo, no existió un cuerpo detallado de normas destinados a regular la materia, pues las normas centrales en la materia eran el Artículo XXII, que regulaba el mecanismo de las consultas, y el Artículo XXIII del GATT que regulaba el mecanismo de resolución de controversias propiamente tal, el cual presentaba tres características fundamentales⁴: Primero, el uso de este mecanismo procedía, fundamentalmente y previo agotamiento del periodo de consultas, en caso que una parte contratante sufriera la anulación o menoscabo de algunos de sus derechos concedidos por el GATT; Segundo, este mecanismo establecía el poder para las PARTES CONTRATANTES, no solo para investigar y efectuar recomendaciones, sino que también para dictar una resolución acerca de la cuestión; Tercero, este mecanismo otorgaba a las PARTES CONTRATANTES el poder para autorizar a una o más partes contratantes para que suspendan a otra parte contratante un beneficio o cumplimiento de una obligación del GATT, en casos suficientemente graves que justifique tal medida; y Cuarto, desde el punto de vista procesal, éste procedimiento era de única instancia, pues no existía instancia de apelación alguna.

¹ En adelante OMC

² No obstante, existen voces disidentes, en el mundo académico y diplomático que han manifestado su preocupación por el excesivo poder de decisión de que se ha dotado a los órganos de solución de controversias de la OMC, para un análisis más detallado de esta postura véase Joel P. Trachtman: "The Domain of WTO Dispute Resolution", Harvard International Law Journal, Primavera, 1999 (40 *Harv. Int'l L.J.* 333), pág.333 y siguientes.

³ Jackson, John H.: "The World Trading System" The MIT Press, Massachusetts, USA, Second Edition, 1997, pág.109 y siguientes.

⁴ Jackson, John H. Ob. Cit, pág.114 y 115

No obstante, dicho mecanismo, tal como resalta el Profesor Raj Bhala,⁵ poseía una serie de deficiencias que lo transformaron en una institución más decorativa que efectiva; y que - a continuación - pasamos a detallar:

- 1) No existían plazos definidos para los distintos periodos del sistema de resolución de conflictos, lo cual significó que en algunos casos los procedimientos podían durar varios años.⁶
- 2) Cualquiera de las partes contratantes del GATT, normalmente la demandada, podía bloquear la formación del panel arbitral, como resultado en muchos casos los paneles nunca llegaban a constituirse. Aun más, aun cuando ninguna de las partes bloqueara la formación del panel arbitral, cualquier parte contratante podía bloquear la adopción de los paneles. Así, no era raro que la parte perdedora hiciera uso de este derecho y bloqueara la adopción del laudo o sentencia dictada por el panel. Finalmente, si un conflicto lograba superar las dos etapas anteriores, cualquiera de las partes contratantes podía bloquear las sanciones comerciales derivadas del incumplimiento de la parte contratante perdedora.

Esto se puede explicar por el hecho de que todo el proceso de toma de decisiones en el antiguo sistema del GATT se realizaba por consenso. Vale decir, para que una decisión fuese adoptada se requería el acuerdo unánime de todas las partes.

- 3) No existía una obligación de la parte contratante perdedora de explicar, ni siquiera la parte ganadora, como planeaba cumplir con las recomendaciones del panel arbitral. Incluso más, si la parte perdedora anunciaba un plan, este podía no ser necesariamente concordante con las recomendaciones emitidas por el panel arbitral.
- 4) Era casi imposible obtenerla aplicación de sanciones para aquella parte contratante que se negara a adoptar las recomendaciones de los paneles arbitrales, pues cualquier parte contratante, y - especialmente - la parte perdedora podían bloquear la adopción de sanciones.

En vista de lo anterior, durante los años que precedieron a la Ronda de Uruguay se fue creando un fuerte consenso en torno a la necesidad de reformular el mecanismo de solución de controversias. No obstante, no fue sino hasta esa instancia en que produjeron cambios sustantivos a ese sistema⁷, en virtud de los cuales muchas de estas falencias, fueron corregidas. Es así como, entre otras modificaciones, se fijaron plazos precisos para cada una de las etapas del proceso de solución de controversias y se eliminó la posibilidad de bloquear la adopción de un panel o las sanciones comerciales es imposible.

Si bien estos cambios han significado que el actual sistema de solución de controversias de la OMC, tenga un carácter más legalista. Esto no ha significado un total abandono de la utilización de las herramientas propias de la negociación y diplomacia en este proceso, pues aún esas técnicas juegan un importante papel en el periodo de consulta, como más adelante lo analizaremos.

⁵ Bhala, Raj: "International Trade Law, Theory and Practice", Lexis Publisher, New York, NY, Second Edition, 2001, pág.199 y 200.

⁶ Así, por ejemplo, el caso del Aceite Vegetal que EE.UU. presentó en contra de las Comunidades Europeas, tuvo una duración de 4 años y medio, pues EE.UU. requirió la formación de un panel en Abril de 1988 y el caso sólo fue resuelto, luego de intensas negociaciones en noviembre de 1992.

⁷ Por ejemplo, algunos cambios menores al mecanismo de solución de controversias fueron adoptados durante la Ronda de Tokio en 1979, mediante la adopción del "Entendimiento sobre Notificación, Consultas, Resolución de Disputas y Supervigilancia" que fue adoptado por las PARTES CONTRATANTES en Ginebra en el mes de noviembre de 1979.

III. ESTRUCTURA Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE LA OMC:

Conforme al Artículo III número 3 del Acuerdo por el que se establece la OMC, una de las funciones esenciales de este organismo internacional es servir de foro para que los países miembros resuelvan sus disputas que surjan sobre la interpretación y aplicación de los acuerdos que forman parte del sistema normativo de la OMC⁸, mediante la administración del mecanismo de resolución de disputas contenido en el Anexo 2 del citado acuerdo y que se denomina “*Entendimiento sobre Solución de Diferencias*” o “*ESD*”.

Desde el punto de vista orgánico, el “ESD” es administrado por el Consejo General de la OMC, que cuando actúa en el ejercicio de dichas funciones se le denomina “*Órgano de Solución de Diferencias*” (OSD).

El OSD está integrado por todos los gobiernos Miembros, que están representados generalmente por embajadores o funcionarios de rango equivalente. Las funciones principales del OSD son: a) Establecer o nombrar a los paneles arbitrales; b) Adoptar los laudos dictados por los Grupos Especiales de Solución de Diferencias o paneles arbitrales y el Órgano de Apelación; c) Supervigilar la implementación de las recomendaciones de los paneles adoptados por el OSD; y d) Autorizar la aplicación de sanciones comerciales a las partes contratantes que no adopten las recomendaciones de los paneles.

Por otra parte, en relación al sistema del GATT se introduce un importante innovación, pues se pasa de un procedimiento de única instancia a uno de doble instancia, en vista de que las decisiones de Grupos Especiales de Solución de Diferencias o paneles arbitrales, pueden ser apeladas para ante el Órgano de Apelación permanente de la OSD, lo cual ciertamente ha contribuido a dar una mayor uniformidad de criterios y estabilidad a las decisiones que son adoptadas por el OSD.

IV. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES QUE INFORMAN LA APLICACIÓN DEL MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE LA OMC:

Cabe precisar que el presente mecanismo es un sistema de solución de controversias entre Estados, pues las entidades privadas no son consideradas como parte en este tipo de procesos. Así, por ejemplo una controversia entre un estado miembro de la OMC una empresa privada no se puede someter al presente mecanismo. Para que la OMC fuese competente para conocer de esa controversia, dicha empresa privada debiera recurrir a su Gobierno, para que éste presentase a nombre de dicho Estado una reclamación en contra del otro estado ante la OMC, pero en todo caso dicha empresa bajo ningún respecto sería considerada parte de dicha disputa.

⁸ Conforme al párrafo 1 del Artículo 1 del ESD “Las normas y procedimientos del presente Entendimiento serán aplicables a las diferencias planteadas de conformidad con las disposiciones en materia de consultas y solución de diferencias de los acuerdos enumerados en el Apéndice 1 del presente Entendimiento (denominados en el presente Entendimiento “acuerdos abarcados”). Las normas y procedimientos del presente Entendimiento serán asimismo aplicables a las consultas y solución de diferencias entre los Miembros relativas a sus derechos y obligaciones dimanantes de las disposiciones del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (denominado en el presente Entendimiento “Acuerdo sobre la OMC”) y del presente Entendimiento tomados aisladamente o en combinación con cualquiera otro de los acuerdos abarcados.” El apéndice 1 del ESD hace mención a los siguientes “Acuerdos Abarcados”: 1) Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio; 2) Acuerdos Comerciales Multilaterales, que incluyen todos los Acuerdos indicados en los Anexos 1A, 1B y 1C del acuerdo mencionado en el numerando anterior; y 3) Acuerdos Comerciales Plurilaterales, contenidos en el Anexo 4 del Acuerdo por el que se establece la OMC.

Cabe destacar que el artículo 9 del Entendimiento sobre solución de diferencias establece algunos principios generales que deben considerarse en el trabajo del OSD, siendo los principales los siguientes

- 1) Párrafo segundo; si bien reconoce la importancia del mecanismo de disputas como mecanismo de interpretación; al mismo tiempo señala que las recomendaciones y resoluciones del OSD no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones para los países o territorios miembros en virtud de los acuerdos que forman parte del sistema normativo de la OMC.
- 2) Asimismo, el citado párrafo segundo también establece la regla de que los órganos de Solución de Diferencias pueden usar las normas usuales de interpretación del Derecho Internacional Público para aclarar las disposiciones vigentes de los "acuerdos abarcados": En este sentido, por ejemplo, numerosas decisiones de los Órganos de Solución de Diferencia que han aplicado las reglas que en materia de interpretación establece la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados⁹
- 3) Por su parte, el párrafo séptimo establece que la fórmula de solución preferida de los conflictos presentados ante la OMC es una solución mutuamente aceptable para las partes en la diferencia y que esté en conformidad con los acuerdos abarcados, vale decir, una solución negociada o diplomática del conflicto. De no llegarse a dicha solución, el primer objetivo del procedimiento arbitral será en general conseguir la supresión de las medidas incompatibles con las disposiciones de cualquiera de los acuerdos abarcados. Únicamente, cuando lo anterior no es posible, se puede recurrir al mecanismo de la compensación pecuniaria a la parte afectada. Asimismo, esta norma deja en claro que, el último recurso previsto en el ESD para que un país miembro acate las recomendaciones de los Órganos de Solución de Diferencias es la posibilidad de suspender, de manera discriminatoria contra éste, la aplicación de concesiones o el cumplimiento de otras obligaciones en el marco de los acuerdos abarcados siempre que el OSD autorice la adopción de estas medidas.
- 4) El párrafo noveno de dicha norma establece que las disposiciones del presente Entendimiento no perjudicarán el derecho de los Miembros de recabar una interpretación autorizada de las disposiciones de cualquier acuerdo del sistema normativo de la OMC por parte de la Conferencia Ministerial o el Consejo General de dicho organismo.
- 5) De igual forma el Artículo 3 reconoce la importancia de mantener el equilibrio entre los derechos y obligaciones entre los miembros de la OMC. Así, un país que solucionado una disputa que ha sido objeto del procedimiento de consultas bajo el mecanismo del OSD, debe informar del contenido del acuerdo al OSD, para que los restantes miembros de la OMC puedan presentar sus objeciones al mismo.
- 6) El párrafo octavo del citado Artículo 3 establece una presunción para simplificar la prueba de la parte reclamante, que consiste en que si la parte reclamante prueba el incumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de un acuerdo abarcado se presume que la medida constituye un caso de anulación o menoscabo. En otras palabras, se presume que toda trasgresión de las referidas normas tiene efectos desfavorables para los otros Miembros que sean partes en el acuerdo

⁹ Entre los casos que han aplicado la citada Convención de Viena, podemos citar los siguientes: Reporte del Órgano de Apelación, "Comunidades Europeas – Clasificación Aduanera de Ciertos Equipos Computacionales", WT/DS62/AB/R, (1998); Reporte del Órgano de Apelación, "Estados Unidos – Caso Camarones / Tortugas", WT/DS58/AB/R (1998); Reporte del Órgano de Apelación "Estados Unidos – Tratamiento Tributario para Compañías de ventas Extranjeras", WT/DS108/AB/R (2000) Reporte del Órgano de Apelación, "Comunidades Europeas – Medidas concernientes a la Carne y productos de carne" caso Hormonas, WT/DS26/AB/R (1998), etc.

abarcado. Por ende, esta norma importa invertir el peso de la prueba, ya que este evento corresponderá al Miembro contra el que se haya presentado la reclamación refutar la acusación y demostrar que la medida o norma reclama no ha producido un efecto desfavorable para la parte reclamante.

- 7) El Párrafo doce establece que cuando la parte reclamante es un país en vías de desarrollo tiene derecho a requerir la aplicación de procedimientos más expeditos adoptado por la decisión de las partes contratantes del GATT en 1966^{10 11}.

V. ETAPAS EN QUE SE DIVIDE EL PROCEDIMIENTO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIA DE LA OMC:

En este procedimiento se pueden apreciar claramente la existencia de cuatro fases:

- 1) Periodo de Consultaciones o Negociaciones
- 2) Uso de los Paneles de Arbitraje
- 3) Apelación ante el Órgano de Apelación permanente de la OMC
- 4) Supervigilancia e Implementación

1. *Periodo de Consultaciones o Negociaciones:*

Este es un periodo obligatorio dentro de este mecanismo de solución de controversias, ya que el miembro de la OMC necesariamente debe requerir estas consultas con aquel miembro cuyas normas o medidas son inconsistentes con los “acuerdos abarcados”.

Tal como se indicó en la sección anterior de este estudio, a pesar del hecho de que el mecanismo de solución de controversias de la OMC, se ha transformado en un sistema más “legalista”, ello no significa que se haya abandonado del todo la vía Diplomática. De hecho, las negociaciones diplomáticas es una etapa por la que forzosamente debe pasar una controversia antes de la formación de un panel arbitral, ya que la parte reclamante necesariamente debe requerir estas consultas con aquel miembro cuyas normas o medidas son inconsistentes con los “acuerdos abarcados”

Estas consultas deben iniciarse dentro de un periodo de 30 días desde que son requeridas, y sólo se puede pedir la formación de un panel arbitral una vez que hayan transcurrido 60 días desde que se requirieron las consultas ante OSD.¹² La idea es que durante este periodo las partes puedan negociar directamente una solución mutuamente aceptable. También, si las partes lo acuerdan, éstas pueden recurrir a los buenos oficios, la conciliación y la mediación en la forma que lo establece el Artículo 5 del Entendimiento.

¹⁰ Decisión de 5 de abril de 1966 (IBDD 14S/20)

¹¹ Cabe hacer presente que el Artículo 24 del Entendimiento establece que los países miembros de las OMC deben dar especial consideración para decidir si es procedente invocar y aplicar el procedimiento de solución de diferencias en contra de países menos desarrollados. Dichos países pueden requerir al Director General de la OMC o al Jefe del OSD que les provea de buenos oficios, conciliación o mediación para ayudarlos a resolver el conflicto.

¹² Sin embargo, conforme a lo establecido en el Artículo 4.3 del Entendimiento “Si el Miembro no responde en el plazo de 10 días contados a partir de la fecha en que haya recibido la solicitud, o no entabla consultas dentro de un plazo de no más de 30 días, u otro plazo mutuamente convenido, contados a partir de la fecha de recepción de la solicitud, el Miembro que haya solicitado la celebración de consultas podrá proceder directamente a solicitar el establecimiento de un grupo especial”

2. *Uso de los paneles de Arbitraje:*

Solo sí el periodo de consultas o negociaciones fracasa, la parte reclamante, conforme al artículo 6 puede pedir la formación de un panel arbitral. Hecho que marca el inicio del mecanismo de solución de controversias propiamente tal, basado en un esquema netamente "legalista", similar al que podemos encontrar en los sistemas de resolución de controversias a nivel interno en un país. Es precisamente en este punto, donde los cambios introducidos por los acuerdos de la Ronda de Uruguay han dejado sus huellas mas profundas, y que han tenido como objetivo mejorar la eficacia y efectividad de estos procedimientos

Cabe hacer presente que solicitud de formación de un panel arbitral debe ser presentada por escrito. En ellas 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 claridad¹³. El panel debe ser establecido por OSD a más tardar a la segunda reunión que siga a la petición de formación de panel arbitral.

Los miembros del panel arbitral son designados por el OSD y son elegibles personas del sector público o privado, con tal que sean persona bien calificadas en la materia. Para este efecto la Secretaria de la OMC, mantiene un listado de personas que se encuentran calificadas para formar parte de estos paneles, y normalmente los paneles son integrados por 3 miembros, que no pueden ser ciudadanos de las partes en disputas, salvo que los gobiernos de los Estados involucrados acuerden lo contrario. Dentro del plazo de 20 días después del establecimiento del panel el Director General de la OMC, en consulta con las partes, el Jefe del OSD y el Jefe del o los comités relevantes, seleccionará a los panelistas.

INTERVENCIÓN DE TERCEROS MIEMBROS: El Artículo 10 del Entendimiento contempla la intervención de terceros miembros de la OMC en una controversia particular entre dos miembros. Para que la intervención del o los terceros sea admitida, éstos deben tener un interés sustancial en el conflicto y deben notificar su interés al OSD. Sí la participación de dicho tercer miembro interesado es admitida, éste tendrá el derecho de hacer presentaciones orales y escritas ante el panel arbitral y el laudo arbitral deberá reflejar dichas presentaciones en su laudo o reporte.

FUNCIONAMIENTO DE LOS PANELES: Conforme al Artículo 11 la función general de los grupos especiales o paneles arbitrales es asistir al OSD en el cumplimiento de sus funciones.

El detalle de las reglas y procedimientos que deben seguir los paneles se encuentran en el Artículo 12. A este respecto también se deben considerar las normas de procedimiento que establece el Apéndice III del Entendimiento. Las Reglas más importante son las siguientes:

- a) Los laudos o reportes arbitrales deben ser escritos;
- b) Como regla general, los arbitrajes no se pueden extender por más de 6 meses.¹⁴

¹³ Las partes pueden proponer en es solicitud "los términos de referencia especiales" (normas por las cuales se debe regir el arbitraje si no descan que se aplique las normas que a este respecto establece el artículo 7 del Entendimiento.)

¹⁴ Conforme al Artículo 22.9 "Cuando el grupo especial considere que no puede emitir su informe dentro de un plazo de seis meses, o de tres meses en los casos de urgencia, informará al OSD por escrito de las razones de la demora y facilitará al mismo tiempo una estimación del plazo en que emitirá su informe. En ningún caso el período que transcurra entre el establecimiento del grupo especial y la distribución del informe a los Miembros deberá exceder de nueve meses."

- c) Los paneles pueden suspender su funcionamiento hasta por 12 meses, si así lo requiere la parte reclamante. Si el procedimiento no se reinicia en el periodo de 12 meses, la autoridad de dicho panel expira, pero la parte reclamante puede pedir la formación de un nuevo panel.
- d) Conforme al Artículo 13 del entendimiento, los paneles pueden solicitar información y asesoría técnica a cualquiera entidad localizada en el territorio de uno de los miembros de la OMC¹⁵, como también podrán recabar información de cualquier fuente pertinente y consultar a expertos para obtener su opinión sobre determinados aspectos de la cuestión.
- e) Por su parte, el Artículo 14 señala que las deliberaciones de los paneles arbitrales son confidenciales, por lo que las opiniones individuales de los panelista deben ser mantenidas anónimas.
- f) Finalmente, el Artículo 15 establece que los paneles arbitrales pueden proveer a las partes con un borrador completo de su decisión antes de hacer oficial su decisión, con el objeto de que las partes puedan presentar sus observaciones y pedir el re examen de alguno aspectos concretos del informe provisional¹⁶, lo cual ciertamente permite corregir errores en la apreciaciones de los hechos y conclusiones contenidas en los paneles arbitrales.

ADOPCIÓN DE LOS LAUDOS O REPORTES: Estos deben ser considerados para su adopción por el OSD dentro del plazo de 20 días desde la fecha de su pronunciamiento, y deben ser adoptados en el plazo de 60 días desde la fecha de pronunciamiento, a menos que el OSD, por consenso, decida rechazar el laudo o reporte. Con la instauración de esta norma se hace prácticamente imposible el bloqueo de un informe final de un panel arbitral, pues se ha invertido totalmente la norma que existía en el antiguo sistema del GATT, ya que, en la actualidad, basta con que un miembro de la OMC –normalmente la parte vencedora- vote favorablemente en el OSD la adopción de un informe final, para que no exista posibilidad alguna de bloqueo del mismo.

3. *Apelación ante el Órgano de Apelación permanente de la OMC:*

Cabe hacer presente que esta instancia fue creada por los acuerdos de la Ronda de Uruguay, pues en el sistema del GATT esta instancia no se encontraba considerada. Conforme al Artículo 17 del Entendimiento cada apelación es examinada por tres miembros de un Órgano Permanente de Apelación establecido por el Órgano de Solución de Diferencias e integrada por siete miembros representativos en términos generales de la composición de la OMC. Los miembros del Órgano de Apelación son nombrados por un período de cuatro años. Para ser designados como miembros de dicha instancia de apelación, estas personas deben ser de competencia reconocida en derecho y comercio internacional que no estén vinculadas a ningún gobierno.

Cabe hacer presente que en este procedimiento de apelación, el Órgano de Apelación puede confirmar, modificar o revocar la decisión del panel arbitral. Asimismo, conforme al Artículo 17.6 del entendimiento *“La apelación tendrá únicamente por objeto las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por éste”*.

¹⁵ No obstante, antes de recabar información o asesoramiento de una persona o entidad sometida a la jurisdicción de un Miembro, el grupo especial lo notificará a las autoridades de dicho Miembro. Los Miembros deberán dar una respuesta pronta y completa a cualquier solicitud que les dirija un grupo especial para obtener la información que considere necesaria y pertinente. La información confidencial que se proporcione no deberá ser revelada sin la autorización formal de la persona, institución, o autoridad del Miembro que la haya facilitado.

¹⁶ La inclusión de esta novedosa norma se basó en una norma de similares características incluida, por primera vez, en el Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos y Canadá.

Por otro lado, las terceras partes no tienen derecho a la apelación, pero pueden en el transcurso de la misma realizar presentaciones escritas. Cabe destacar que las comunicaciones tanto con los paneles o el Órgano de apelación no son permitidas y las presentaciones de las partes deben ser tratadas confidencialmente

La decisión del recurso debe realizarse, como regla general dentro del plazo de 60 días, desde la fecha de presentación de la misma.¹⁷

4. *Supervigilancia e Implementación:*

Una de las deficiencias que persiste en el actual mecanismo de solución de controversias, es el hecho de que no existe un plazo expreso para eliminar o modificar la medida o normas inconsistentes con los acuerdos abarcados, ya que el Artículo XXIII, párrafo segundo solo habla dentro de un periodo razonable”.

Sobre el particular el Artículo 21 del Entendimiento establece 3 métodos para fijar en un caso concreto dicho plazo: 1) EL OSD puede aprobar un plazo propuesto por los gobiernos involucrados; 2) Las partes pueden acordar acerca de un periodo de implementación en el plazo de 45 días después de laudo arbitral sea adoptado; y 3) Si los dos métodos anteriores fallan, la forma de implementación será acordada a través de arbitraje forzoso, el cual debe estar completado dentro de los 90 días después de la fecha de la adopción del laudo arbitral¹⁸. No obstante, del texto del artículo 21 del Entendimiento se puede derivar que el plazo máximo de implementación no puede exceder los 15 meses.¹⁹

En este punto, no debemos olvidar que la parte vencida no puede ser obligada a cumplir con las recomendaciones de los Grupos Especiales o del Órgano de Apelación, pues la OMC no está facultada por esta vía a obligar a un miembro a modificar su derecho o reglamentación interna. Es por ello que en el caso de que un miembro soberanamente opte por no implementar las recomendaciones o no lo haga dentro del plazo fijado; la parte vencedora debe seguir los siguientes pasos en forma cronológica para obtener el resguardo de sus derechos:

A) **NEGOCIACIÓN DE COMPENSACIONES:** Si la parte perdedora no implementa dentro de plazo o se niega a implementar las recomendaciones de los laudos arbitrales, la parte vencedora queda facultada para iniciar negociaciones, para establecer una aceptable compensación en su favor. En todo caso, se debe considerar que conforme al Artículo 22 del Entendimiento son medidas temporales a las que se puede recurrir en caso de que no se apliquen en un plazo prudencial las recomendaciones y resoluciones adoptadas, pues el objetivo final es que la parte perdedora implemente las recomendaciones.

¹⁷ Conforme al Artículo 17.5 del Entendimiento, si el Órgano de Apelación considera que no puede rendir su informe dentro de los 60 días, comunicará por escrito al OSD los motivos del retraso, indicando el plazo en el que estima que podrá presentarlo. En ningún caso la duración del procedimiento excederá de 90 días.

¹⁸ Conforme al Artículo 21.5 del Entendimiento, los problemas de implementación deben ser resueltos bajo los procedimientos establecidos bajo el OSD (idealmente, debería conocer de esta materia el mismo panel que conoció del conflicto original). Los países deben hacer presentaciones escritas periódicas detallando los esfuerzos realizados para poner en efecto las recomendaciones de los laudos arbitrales.

¹⁹ De acuerdo al Artículo 21.5 del Entendimiento el OSD tiene facultades para fiscalizar la implementación de las recomendaciones emitidas por los paneles. Es así como la parte vencida debe remitir informes escritos periódicos al OSD detallando sus esfuerzos para implementar las recomendaciones contenidas en las decisiones de los grupos especiales o del Órgano de Apelación.

B) APLICACIÓN DE SANCIONES COMERCIALES: Sí un acuerdo para establecer una compensación aceptable no es alcanzada dentro de los 20 días siguientes al vencimiento del periodo de implementación del laudo arbitral, la parte vencedora puede requerir al OSD autorización para aplicar sanciones comerciales, que consisten en la suspensión de concesiones establecidas a favor de la parte vencida.

Al igual que en el caso de la adopción de los paneles, en la actualidad, es prácticamente imposible bloquear la decisión de el OSD de autorizar la aplicación de sanciones comerciales, ya que basta con que un miembro de la OMC –normalmente la parte vencedora- vote favorablemente en el OSD la autorización para aplicar sanciones, para que no exista posibilidad alguna de bloqueo de las mismas, lo cual ciertamente ha contribuido a incrementar la eficacia y credibilidad del sistema.

En relación a la forma en que la parte vencedora aplicará la suspensión de los beneficios y obligaciones, el Artículo 22 ha establecido un serie detallada de normas que se deben seguir, siendo las más importantes las siguientes:

- 1) Se debe considerar tomar acciones en el sector general afectado por la medida o norma en cuestión, como por ejemplo, comercio de bienes, servicios o propiedad intelectual;
- 2) Sí esa medida no es practicable o efectiva, se puede considerar la suspensión de beneficios en otro sector en la misma área general dentro del acuerdo que fue objeto de la disputa; y
- 3) Sí, la parte vencedora considera también que lo anterior no es practicable o efectivo, puede considerar la suspensión de concesiones en áreas no relacionadas, dentro de los Acuerdos de la OMC.

Finalmente, el Artículo 21.4 señala que “*El nivel de la suspensión de concesiones u otras obligaciones autorizado por el OSD será equivalente al nivel de la anulación o menoscabo*”. En este sentido, la parte afectada por las sanciones comerciales puede requerir un arbitraje, para el evento de que considere que tales sanciones no son equivalentes a la actual pérdida de beneficios de la parte vencedora. Dicho arbitraje será tramitado conforme a las reglas establecidas en el párrafo 6 y siguientes del Artículo 22 del Entendimiento.

VI. PRINCIPIOS DE PROCEDIMIENTO ESTABLECIDOS POR LOS PANELES ARBITRALES:²⁰

Aun cuando ha sido establecido que dentro del mecanismo de resolución de disputas de la OMC no rige el principio de “*Stare Decisis*”, piedra angular del sistema jurídico del “*common law*”, en cuya virtud la forma en que un caso es resuelto por un tribunal obliga a los tribunales que conozcan en el futuro de un caso similar a resolverlo de igual. Si es posible observar como las distintas decisiones de los Órganos de Solución de Controversia han ido completando ciertos vacíos dejados por las normas del GATT y del Entendimiento en esta materia y que se pueden materializar en los siguientes principios:

- 1) *Requerimiento de Interés*: En el panel sobre el caso de las bananas de la Unión Europea del año 1997²¹ se estableció el principio de que no es necesario tener un interés legal para reclamar

²⁰ Estos principios han sido extractados del análisis que sobre el punto realiza el Profesor Raj Bhala, Ob. Cit. pág.230 y siguientes.

²¹ Reporte del Órgano de Apelación: “*EC – Bananas*”, WT/DS27/AB/R (1997).

contra una medida adoptada por un miembro de la OMC, pues el Órgano de Apelación en este caso rechazó la alegación de la Unión Europea en el sentido de que EE.UU. no tenía un actual o potencial interés comercial en el comercio de bananas que justificara su intervención en este caso, ya que ese país nunca había exportado bananas y debido a sus condiciones climáticas era difícil que esa situación cambiara en el futuro. El rechazo se fundó en el hecho de que las normas del Entendimiento no establecen este pre requisito para pedir la formación de un panel.

- 2) *No es necesario que las normas o medidas se encuentren vigentes*: Para que una medida o norma pueda ser objeto de revisión por un panel arbitral no se requiere que esa medida o norma se encuentre en vigencia, pues las expectativas también son objeto de protección²². De igual forma se ha establecido que un panel puede revisar una medida que ha sido retirada o ha expirado, ya que tal medida puede haber tenido alguna repercusión sobre la parte reclamante.²³
- 3) *Agotamiento de las acciones locales*: No es necesario agotar los recursos legales ante el miembro que adoptó las normas o medidas objeto de la reclamación para iniciar una acción ante la OMC. Este principio puede tener especial importancia en casos que surjan de la aplicación de alguna sanción comercial por un país, tales como derechos compensatorios aplicados como respuesta a la existencia de un dumping o subsidio, ya que de exigirse lo contrario ello podría traer como resultado retrasos e incertidumbre.
- 4) *Suficiencia del reclamo*: En el laudo del caso Bananas antes citado se acogió la tesis del gobierno de los Estados Unidos en el sentido de que no es necesario, al momento de pedir la formación de un grupo especial o panel arbitral, realizar un análisis detallado de los hechos y el derecho aplicable al caso en la reclamación, simplemente basta con enunciar los hechos y los fundamentos de derecho del mismo, a fin de que el panel arbitral, pueda determinar los términos de referencia del conflicto conforme al párrafo 2 del Artículo 6 del Entendimiento.
- 5) *Participación de Asesoría legal Privada*: Este es un punto que ha sido ampliamente debatido, un amplio sector en el cual se incluye EE.UU. están en contra de la participación de asesoría legal privada en las audiencias de la OMC, en vista del carácter gubernamental de éste sistema de solución de controversias. Sin embargo, el Órgano de Apelación en el Panel de ya citado caso de las bananas, aceptó la participación de asesores jurídicos privados en los procedimientos seguidos ante dicho órgano, basado en el principio en que país tiene derecho a determinar de cómo se integra su delegación. Además, el hecho de que se admita la participación de asesoría privada en los procedimientos de solución de controversias de la OMC, contribuye a hacer posible el principio de igualdad que debe primar entre los distintos miembros de la OMC, pues no resultaría realista esperar que los países menos desarrollados pudieran financiar un equipo jurídico permanente que los asesorara en estas materias.
- 6) *Economía procesal*: Se ha establecido que los paneles no necesitan pronunciarse respecto de cada petición contenida en una acción en particular, pues basta con el pronunciamiento de aquellas peticiones que sean necesarias para resolver el caso.²⁴

²² En este sentido véase el Panel del GATT: "EE.UU. – Impuestos sobre el Petróleo y Ciertas Sustancias Importadas", B.I.S.D. 34th Supp. Pág.136; y Reporte del Órgano de Apelación: "Argentina – Medidas que afectan la Importación de Calzado, Textiles y otros ítems", WT/DS56/AB/R (1997).

²³ En este sentido véase el Reporte del Órgano de Apelación: "Comunidades Europeas – Medidas que afectan la importación de productos de carne de ave", WT/DS69/AB/R (1998)

²⁴ En este sentido véase el Reporte del Órgano de Apelación: "EE.UU. – Medidas que afectan la importación de Camisas y Blusas desde la India", WT/DS33/AB/R (1997)

- 7) *Presentaciones por parte de ONG*: En el laudo del Caso de la prohibición de EE.UU. Importar camarones y productos de camarones del año 1998, se estableció que las ONG pueden adherir sus presentaciones a las presentaciones de un estado miembro de la OMC que participe del conflicto en cuestión²⁵.

VII. CONCLUSIONES:

Pues esas reformas transformaron a un mecanismo de solución de disputas que se caracterizaba por su lentitud, desprestigio e inoperancia, en una instrumento que permite otorgar una solución importa el inicio de la etapa.

ANEXO I: ESQUEMA DE TRAMITACIÓN DE UN CONFLICTO ANTE EL MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DE LA OMC:

Se trata de las diversas etapas por las que puede atravesar una diferencia en la OMC. En todas ellas se alienta a las partes en la diferencia a que celebren consultas entre sí, a fin de llegar a una solución “extrajudicialmente”. En todas las etapas el Director General de la OMC podrá ofrecer sus buenos oficios, mediar o contribuir a una conciliación.

Nota: Algunos de los plazos especificados son máximos y otros son mínimos, unos son vinculantes y otros no.

(Fuente: Sitio Web OMC)

²⁵ En este sentido véase el Reporte del Órgano de Apelación: “*EE.UU. Caso Camarones / Tortugas*”, WT/DS58/AB/R (1998)



