

Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Ecuador

Área de Estudios Sociales y Globales

Programa de Relaciones Internacionales
Maestría con mención en Negociaciones Internacionales
y Manejo de Conflictos

**Mecanismo de Solución de Diferencias de la OMC y
Supranacionalidad**

Javier Augusto Prado Miranda

2006

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de Magíster de la Universidad Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

Javier Augusto Prado Miranda

12 de setiembre de 2006.

Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Ecuador

Área De Estudios Sociales y Globales

Programa de Relaciones Internacionales
Maestría con mención en Negociaciones Internacionales
y Manejo de Conflictos

Mecanismo de Solución de Diferencias de la OMC y
Supranacionalidad

Tutor: Dr. Juan Fernando Terán.

Javier Augusto Prado Miranda

Lima, 12 de setiembre de 2006

Resumen (*Abstract*)

El mecanismo de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC) se presenta, en la actualidad, como el instrumento más logrado para la resolución de problemas en el marco del régimen internacional de comercio. Sin embargo, en el mecanismo de solución de diferencias persisten características similares a las de todos los demás instrumentos internacionales: refleja el resultado de un compromiso de intereses en un momento dado.

En el mecanismo de solución de diferencias, a pesar de su alto índice de eficiencia, persisten elementos que limitan, en su esencia, la aspiración de supranacionalidad que algunos de sus propulsores en algún momento pensaron.

La OMC no es un acuerdo de integración, sino que es fundamentalmente un marco de facilitación del comercio internacional y, por tanto, en su seno los Miembros seguirán manteniendo la libertad suficiente para controlar aquellos aspectos de su legislación que consideren indelegables. La OMC ha significado un indudable avance cualitativo en relación al mecanismo que existía en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (*GATT*, por sus siglas en inglés); pero, por su propia naturaleza, nunca llegará a ser supranacional.

En ese sentido, el autor analiza en estas páginas aquellas limitaciones endógenas que caracterizan a la OMC y que, considera, no permitirán que llegue a ser una entidad supranacional.

A Marité, siempre.

Tabla de Contenido

	Nº. Pág.
Introducción.	7
Capítulos	
1. Funcionamiento del Mecanismo de Solución de Diferencias de la OMC y aspiración de supranacionalidad.	15
2. Limitaciones a la aspiración de supranacionalidad del mecanismo de solución de diferencias de la OMC: limitaciones en el texto vigente; limitaciones en el acceso; limitaciones en el cumplimiento de las decisiones.	46
3. Análisis de un caso: Salvaguardias impuestas por Estados Unidos de América a determinados productos de acero.	61
4. Comentarios y Conclusiones.	85
Bibliografía.	94

Introducción

La OMC es una organización basada en normas e impulsada por sus Miembros, es decir, todas las decisiones son adoptadas por los gobiernos Miembros y las normas son el resultado de las negociaciones entre éstos¹.

El texto con el que se inicia esta introducción se encuentra consignado en la página *web* de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y es una definición bastante ajustada de lo que la organización es y resume la esencia de este trabajo porque lo que ahí se subraya es la principal característica de la OMC: ser un foro de negociación en el que juegan los intereses de los participantes, de lo cual se desprende, lógicamente, que aquello a lo que la OMC puede obligar no es sino el resultado de lo que fue previamente negociado entre las partes, lo que puede sonar como una tautología, pero que en realidad demuestra que la OMC no llega, finalmente, a ser una entidad con una voluntad políticamente distinta de la de los Miembros que la conforman, sino que refleja, aún a pesar de sus avances, las pugnas de intereses entre sus Miembros.

En ese mismo sentido, por eso, en esa página *web*, en la sección referida a Solución de Diferencias de la OMC señala que:

¹ Mención introductoria en la página *web* de la OMC ([http://www.wto.org/ spanish/thewto_s/thewto_s.htm](http://www.wto.org/spanish/thewto_s/thewto_s.htm)).

Se plantea una diferencia cuando un gobierno Miembro considera que otro gobierno Miembro está infringiendo un acuerdo o un compromiso que había contraído en el marco de la OMC. Los Acuerdos de la OMC son obra de los propios gobiernos Miembros: los acuerdos son el resultado de las negociaciones de los Miembros. La responsabilidad de la solución de las diferencias recae asimismo en última instancia en los gobiernos Miembros a través del Órgano de Solución de Diferencias².

En estas afirmaciones se expresa claramente su carácter interestatal.

Al respecto, en noviembre de 1999, Mike Moore, por entonces Director General de la OMC, expresó a las organizaciones no gubernamentales, al inaugurar el Simposio de Seattle sobre las grandes cuestiones del comercio internacional en las primeras décadas del siglo próximo³, que:

En primer lugar, tengamos claro qué es lo que la OMC no hace. La OMC no es un gobierno mundial, un policía planetario ni un agente de los intereses empresariales. No tiene ninguna autoridad para decir a los países qué políticas comerciales -o cualquier otro tipo de políticas- deben adoptar. No deroga las leyes nacionales. No obliga a los países a matar tortugas o a bajar los salarios o a emplear a niños en las fábricas. En pocas palabras, la OMC no es un gobierno supranacional, y nadie tiene ninguna intención de que lo sea.

² http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_s.htm#disputes.

³ http://www.wto.org/spanish/news_s/pres99_s/pr155_s.htm

Matizando esta posición, más recientemente, Pascal Lamy, actual Director General de la OMC pareciera anunciar alguna eventual evolución en esta situación:

Institucionalmente, la OMC todavía es débil. Las decisiones se siguen adoptando por consenso, lo que de facto da un poder de veto a cada Miembro, o por lo menos a los más poderosos. Formalmente no existe todavía en la OMC ninguna disposición de derecho secundario. Por lo general, las obligaciones negociadas en Ginebra tienen que ratificarse por las autoridades nacionales. Contrariamente a lo que ocurre en la UE, por ejemplo, en la OMC no hay ningún órgano facultado para promover modificaciones legislativas. La Secretaría de la OMC y los Consejos y Comités de la Organización no pueden dictar reglamentos ni otras normas que complementen los tratados ni que pongan en aplicación normas básicas incluidas en el tratado de la OMC. Esa facultad está reservada exclusivamente a los Estados⁴.

Entonces, ¿Cuál es realmente la esencia de la OMC?. Es evidente que el mecanismo de solución de diferencias de la actual OMC es el más avanzado y exitoso mecanismo de judicialización existente a nivel internacional para la resolución de problemas en el marco del régimen de comercio internacional, con el propósito de brindar un entorno de mayor seguridad, estabilidad y predictibilidad para el desarrollo del libre comercio.

⁴ Pascal Lamy, “¿Hacia una gobernanza mundial?” *Disertación inaugural del curso de Master of Public Affairs en el Instituto de Estudios Políticos de París*, 21 de octubre de 2005.

Entre sus principales avances, frente a la herencia recibida del GATT, se registran: el rigor para el cumplimiento de los plazos previstos en cada una de las etapas del proceso, la existencia de un mecanismo de apelación, lo cual garantiza el principio judicial internacionalmente aceptado de la “doble instancia”, es decir la posibilidad de un segundo pronunciamiento independiente y vinculante (es decir, que genera obligaciones) sobre el mismo caso, y por la existencia de un mecanismo ágil e inmediato para la adopción de los informes y las recomendaciones que éstos contienen, lo que ha permitido a lo largo de estos once años de vigencia, el reconocimiento unánime de la opinión pública sobre labor que la OMC viene desarrollando para el fortalecimiento del régimen internacional del comercio. Al respecto, Ernst-Ulrich Petersmann⁵, académico, especialista en temas de solución de diferencias y participante en numerosos casos llevados ante el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC, subraya que:

During the first eleven years of the WTO dispute settlement system, all WTO panel and Appellate Body reports were adopted by the Dispute Settlement Body (DSB). WTO Members appear to have complied with more than 80 per cent of all WTO dispute settlement rulings on the more than 150 panel and Appellate Body reports, as well as with most arbitration awards pursuant to Articles 21, 22 and 25 of the Dispute Settlement Understanding (DSU). (...).

⁵ Ernst-Ulrich Petersmann, *Implementation of WTO Rulings: The role of Courts and Legislatures in the US and other jurisdictions (EC, China)*, Discussion paper (First draft, criticism welcome) for session 7. Pág. 1, Columbia University April 2006 Conference on the WTO AT 10. Como dato debe señalarse que, a la fecha, se han registrado 348 solicitudes al Órgano de Solución de Diferencias. Desde su creación en noviembre de 1995 hasta finales de 2005, el Órgano de Apelación ha emitido 73 informes y todos ellos han sido adoptados.

Sin embargo, Petersmann añade que:

*(...) Notwithstanding the inadequate “dispute prevention functions” of the DSU (e.g. vis-à-vis temporary, illegal safeguard measures) and the occasionally delayed compliance or non-compliance with WTO dispute settlement rulings (notably if changes in domestic legislation were required, or in case of high politicized “wrong cases”) the WTO’s dispute settlement and compliance record appears to be better than that of other worldwide dispute settlement systems (e.g. in UN conventions)*⁶.

Al señalar esto, Petersmann se refiere, concretamente, a dos temas de crucial importancia en el actual mecanismo, a través de los que se evidencian vacíos en el texto del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC, que no permiten brindar una mayor seguridad y un efectivo *enforcement* al sistema y que, por el contrario, permiten que los Estados mantengan el suficiente nivel de control y de autonomía por sobre las decisiones que adopte la OMC a través de su órgano jurisdiccional: en primer lugar, la falta de adecuadas medidas preventivas y, en segundo lugar, a la existencia de demoras en el cumplimiento de las recomendaciones del Órgano de Solución de Diferencias.

Esto último, especialmente, nos lleva a considerar el relativo grado de discrecionalidad que los Miembros mantienen en el cumplimiento de sus obligaciones con la OMC y, particularmente, para poner sus normas internas en conformidad con el sistema internacional de comercio.

⁶ Ib. idem

Efectivamente, como resultado de todo quehacer humano y como fruto de un proceso de negociación, detrás del cual cada Participante siempre salvaguardará sus particulares intereses y objetivos, el mecanismo de solución de diferencias de la OMC, a pesar de las ventajas que objetivamente contiene frente a otros mecanismos, como el del GATT o frente a cualquier otro sistema de solución de diferencias internacional contemporáneo, incluyendo los de Naciones Unidas, como señala el propio Petersmann ---especialmente por el alto índice de cumplimiento registrado---, contiene aspectos que podrían aún ser perfeccionados con miras a lograr un sistema más consistente y fortalecerlo frente a cualquier desviación; pero, ¿es, realmente, una entidad supranacional?

Responder esa pregunta implica efectuar una aproximación sobre la redacción del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC, conjugando simultáneamente consideraciones jurídicas, políticas y de teoría de las relaciones internacionales, que a lo largo de la presente tesis se verán imbricadas unas con otras, debido a que el objetivo del presente trabajo es el de mostrar que por su propia naturaleza negociada, el órgano de solución de diferencias mantiene limitaciones como para constituir a la OMC en una entidad de carácter supranacional y, mas bien, con todas sus virtudes, mantiene la misma esencia de los demás organismos internacionales.

Petersmann identifica, como hemos visto, dos momentos en los que estas situaciones se agudizan y que muy sintomáticamente se encuentran al inicio (la inexistencia de medidas preventivas) y al final (las demoras en la implementación de las

recomendaciones) del proceso de solución de diferencias propiamente dicho, en los que la seguridad del propio proceso puede encontrar riesgos ya que entran en juego elementos no sujetos a regulaciones precisas.

En ese sentido, con el fin de mostrar al lector el alcance del funcionamiento del mecanismo de solución de diferencias de la OMC, en el Capítulo 1 de este trabajo, se efectuará una aproximación al actual mecanismo de solución de diferencias tal como está previsto en el Entendimiento sobre Solución de Diferencias, incluyendo un análisis de cómo el juego de las relaciones de poder entre los diferentes Miembros de la OMC se ha reflejado en el proceso de legalización; de las consideraciones que afectan las condiciones de acceso de los Miembros a la utilización del mecanismo de solución de diferencias; de la ausencia de mecanismos preventivos eficaces (menoscabando indirectamente el principio de judicialización, como es el caso concreto de los problemas que se han presentado en materia de salvaguardias) y pueden afectar el grado u oportunidad de cumplimiento de sus decisiones.

Seguidamente, en el Capítulo 2, se precisará las consideraciones que el autor esboza como las principales limitaciones a la aspiración de *supranacionalidad* de este mecanismo; para lo cual se procederá a mostrar los riesgos que se pueden presentar, aún en los casos exitosos, en la implementación de las recomendaciones de los informes adoptados por el Órgano de Solución de Diferencias.

En el Capítulo 3, el autor ha considerado pertinente utilizar un caso particularmente importante para el fortalecimiento del sistema de comercio

internacional y que concluyó exitosamente con la disposición manifestada por el gobierno estadounidense de proceder, en cumplimiento de la recomendación aprobada por el Órgano de Solución de Diferencias, a la eliminación de las medidas de salvaguardia que había impuesto sobre ciertos productos de acero y que afectaban las importaciones provenientes de un importante número de sus socios comerciales.

Sobre esta base, el autor esboza algunos Comentarios y Conclusiones que, en su consideración, sobre la base de los capítulos anteriores y el caso ejemplificado, demuestran que el éxito alcanzado por la OMC depende de la voluntad política que los principales socios han venido mostrando hasta ahora, sobre la base de una aproximación política cooperativa, a fin de generar un ambiente seguro y predecible para el alentar el flujo de comercio internacional. Sin embargo, esa voluntad política obedece a intereses nacionales; que conjugados pueden darnos hoy un resultado, pero mañana otro, totalmente distinto.

En este trabajo se basa exclusivamente en materia bibliográfico y, muy especialmente, se ha considerado información proveniente de la propia base documental en línea de la OMC.

Capítulo 1

Funcionamiento del Mecanismo de Solución de Diferencias y aspiración de supranacionalidad.

Una mañana de diciembre de 1993, en presencia de corresponsales de prensa de todo el mundo, el irlandés Peter Sutherland, último Director General del GATT y primer Director General de la OMC, bajaba el martillo en el salón principal del Centro de Convenciones de Ginebra en señal de adopción de los resultados finales de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales, el proceso negociador comercial multilateral más ambicioso culminado hasta la fecha. En ese momento, los representantes de todos los Participantes en ese esfuerzo global se felicitaban de haber adoptado el más avanzado esquema de legalización institucional de régimen internacional alguno.

En efecto, la Ronda Uruguay había dado como resultado el nacimiento de la OMC, un complejo entramado legal que incluía, además, un mejorado mecanismo de solución de diferencias, cuyo propósito era el de normar el comercio de manera universal.

Debe tenerse presente, sin embargo, que el resultado de los procesos de legalización institucional en las relaciones internacionales siempre será el resultado de una red de compromisos que se reflejará, muchas veces, en que un mismo cuerpo legal

no llegue a mantener el mismo nivel de obligatoriedad y precisión a lo largo de todas sus disposiciones. Aunque existen casos que muestran las bondades de las redacciones y formulaciones de tipo más suave, en la medida que pueda dejar cierto margen para interpretaciones más extensivas, las lecturas sobre las ventajas o desventajas del *hard law* o del *soft law*⁷ serán siempre relativas y, concretamente, en el caso que ahora analizamos, la lectura es que una redacción del tipo *soft law* puede entrañar riesgos al sistema.

En verdad, el proceso de legalización en el marco de los regímenes internacionales es una tendencia que tiene entre sus antecedentes a las concepciones idealistas que se reflejaron en las iniciativas de Wilson y en la gestación de la Sociedad de las Naciones al final de la primera guerra mundial, y que se ha visto retomada en el contexto mundial en particular hacia el último cuarto del siglo pasado y continúa hasta hoy.

Pero, ¿hablamos de idealismo o de realismo?. Sin ser extremadamente realista para ver en los regímenes y su legalización un mero epifenómeno de la distribución de poder, es claro que en muchas oportunidades las potencias —o, para fijarnos en el contexto de este trabajo, los socios comerciales de mayor peso económico relativo— propician o influyen en la creación los regímenes internacionales y la legalización de las instituciones que les interesan⁸, sea a través de la presión o de reforzamientos positivos.

⁷ Kenneth W. Abbot and Duncan Snidal. “Hard and Soft Law in International Governance”, in *International Organization* Vol. 54, No. 3, Cambridge University, Cambridge 2000 Págs. 421- 456.

⁸ La demanda de regímenes que señala Robert O. Keohane, en *Instituciones Internacionales y Poder Estatal. Ensayos sobre teoría de las relaciones internacionales*. Grupo Editor Latinoamericano. Buenos Aires, 1989. Pág. 160 y ss.

El resultado del proceso de legalización, sin embargo, nunca será blanco ni negro; es decir no será simplemente *hard law* o *soft law*, siempre existirán los tonos grises intermedios que son tan valiosos para las negociaciones internacionales y que se reflejan, por tanto, en los textos de numerosos acuerdos internacionales, situación de la que obviamente no escapan los textos jurídicos resultantes de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales.

Siguiendo a Abott, Keohane y otros⁹, el resultado de estos procesos se puede reflejar en un sinnúmero de posibilidades, porque éstas muestran procesos de negociación sumamente complejos en los cuales las partes involucradas nunca pierden de vista sus intereses concretos y estratégicos.

Siguiendo a Abbot y Snidal¹⁰, la experiencia del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés), el antecesor de la OMC, parece haber constituido un claro ejemplo de las ventajas del *soft law*, particularmente en lo que se refiere a reducir los costos de transacción.

Es necesario, sin embargo, contextualizar el nacimiento del GATT dentro de las bases que las potencias emergentes buscaron imponer para consolidar un nuevo orden mundial al finalizar la segunda guerra mundial¹¹ como respuesta directa a la situación de desorden y disputas comerciales que había imperado en el período entre guerras.

⁹ Kenneth W. Abott; Robert O. Keohane, Andrew Moravcsik, Anne-Marie Slaughter and Duncan Snidal. "The concept of Legalization", in *International Organization* Vol. 54, No. 3, Cambridge University, Cambridge 2000. Págs 401-419.

¹⁰ Kenneth W. Abbot and Duncan Snidal. Op.cit. Pág. 441.

¹¹ En ese sentido, debe verse como un resultado de transacción entre la potencia dominante que decaía, Inglaterra, y la potencia dominante que se convertiría en hegemónica, los Estados Unidos. El objetivo central del GATT, el

El GATT nació como un instrumento de carácter provisional, pues estuvo originalmente destinado a ser, simplemente, el texto de cobertura del listado de las concesiones arancelarias que se esperaba fuera anexo al acuerdo que establecería la Organización Internacional del Comercio (OIC). Cuando las negociaciones finales, llevadas a cabo en La Habana, Cuba, tendientes a la adopción de la OIC terminaron en un completo fracaso en 1947, los países participantes decidieron la pronta entrada en vigor del GATT para que no se perdiera ni la oportunidad, ni el valor comercial de las concesiones comerciales que ya se había negociado e intercambiado. Por ello, en una redacción muy sucinta, se incorporaron en su texto algunas disposiciones generales en materia comercial, añadiéndose, expresamente, que este Acuerdo pasaría a formar parte de la OIC cuando ésta organización entrara en vigor¹².

Precisamente, debido a los altos costos de transacción que generó su negociación, la OIC nunca entró en vigor y el GATT pasó a regir de manera permanente el comercio internacional, constituyéndose a lo largo de sus casi 50 años de vigencia en un exitoso instrumento de cobertura mundial para el comercio internacional, a pesar de su provisionalidad. Pero fue, precisamente, su carácter provisional lo que le permitió contar con la flexibilidad necesaria para ir ajustando y precisando la generalidad y vaguedad (*soft law*) que muchas de sus disposiciones originales tenían.

libre comercio, era un interés primordial de los Estados Unidos y ello está consagrado en el texto del GATT. El mismo Acuerdo, sin embargo, acogió legalmente la persistencia de la vinculación comercial entre Inglaterra y sus colonias, lo cual, en sí, significó una evidente excepción, negociada, al principio del libre comercio.

¹² Art. XXIX de GATT de 1947.

Las Partes Contratantes, el órgano máximo del GATT, asumió, por delegación, la tarea permanente de ir dotando al Acuerdo de un esquema que se fuera acomodando cada vez más a los requerimientos cambiantes de libre comercio y el incremento de las concesiones arancelarias y de la negociación de nuevos acuerdos en cada ronda negociación así lo demuestra.

Así, se creó una Secretaría con un Director General a la cabeza; se estableció una serie de órganos y comités, entre los cuales podemos destacar al Comité de Comercio y Desarrollo y se adoptaron una serie de disposiciones que crearon o modificaron aspectos sustantivos del Acuerdo, para incluir, por ejemplo, las normas de Trato Especial y Diferenciado —que hicieron que el GATT comenzara en los años sesenta a dejar de ser considerado un “club de ricos”—, o la adopción de Acuerdos específicos que precisaron los alcances y el contenido de los limitados artículos que el GATT de 1947 dedicaba a asuntos tan complejos como antidumping, subvenciones, obstáculos técnicos al comercio o salvaguardias, entre otros.

En ese mismo contexto, se fueron delineando una serie de mecanismos de monitoreo comercial, como fue el caso concreto, por ejemplo del Órgano de Vigilancia de los Textiles, o la labores de notificación y seguimiento que se fueron estableciendo en sus diferentes órganos y comités, que fueron perfilando el mecanismo de solución de diferencias del GATT aunque con todas las muy serias limitaciones que lo afectaron; entre ellas, básicamente, las notorias dificultades para la adopción de los informes y la falta de normatividad y de disposiciones de *enforcement* para el seguimiento y el cumplimiento de éstos.

El GATT constituyó, por ello, un ejemplo muy gráfico y bastante respetable — aunque accidental, porque, como hemos dicho, la OIC nunca entró en vigor— de cómo un instrumento podía ir evolucionando a costos relativamente bajos, asimilables por la comunidad internacional y, principalmente, por las potencias de mayor peso económico relativo, e ir auto-precisándose y acomodándose —merced a la redacción inicial de *soft law* de sus prescripciones—, al cambiante escenario comercial y acogiendo, inclusive, las presiones provenientes de los intereses de las Partes Contratantes menos desarrolladas¹³, permitiéndole el espacio suficiente para incorporar, posteriormente, como se ha señalado, en su marco la concesión de beneficios no recíprocos de trato especial y diferenciado, a partir de la inclusión de la Parte IV en el texto del GATT referida a Comercio y Desarrollo y la adopción de la denominada Cláusula de Habilitación en 1978¹⁴.

Con todo y a pesar de sus logros, el GATT tenía que ser reemplazado. Sus limitaciones en materia normativa y en el carácter facultativo de muchos de sus acuerdos dimanantes, además, y especialmente, porque las crecientes tendencias orientadas hacia el libre comercio en la década de los ochenta, la eliminación de barreras arancelarias y no arancelarias, fuertemente impulsada como objetivo de política comercial por parte de los más grandes socios, se plasmaron en un agenda internacional que exigía una actualización de la legalización institucional en el régimen

¹³ “*compromise between the weak and the strong*”, como señalan Abbot y Snidal. Op. cit. Pág. 447.

¹⁴ Resulta, por ello, especialmente interesante que haya sido la redacción *soft law* la que entre los 60’s y los 80’s haya sido uno de los espacios que permitió la introducción de los conceptos de trato especial y diferenciado en el GATT y que, años después, sea una redacción *soft law*, resultante de las negociaciones de la Ronda Uruguay, la que dificulte la implementación de muchos de estos compromisos al momento de plasmarlos en los diversos textos de la OMC.

internacional de comercio, una actualización que, al plasmarse en un texto legal, reflejaría en la rigidez o en la flexibilidad de sus disposiciones el resultado de los diferentes compromisos alcanzados entre los participantes luego de un largo, complicado y tenso proceso negociador que se inició en Punta del Este en 1986 con el lanzamiento de la Ronda Uruguay y que terminó la mañana de diciembre de 1993 en que Meter Sutherland formalizó el cierre de las negociaciones y dispuso el inicio de las coordinaciones para la organización, en 1994, de la Conferencia Ministerial de Marrakech, oportunidad en que se firmaría el nuevo instrumento legal.

La OMC y sus acuerdos administrados entraron en vigor el 1º de enero de 1995 y contemplaban el establecimiento de una normatividad que los expertos llegaron a caracterizar como el *summum* de la legalización, dada la obligatoriedad, precisión y delegación¹⁵ plasmadas en sus disposiciones y que abarcaba todo el espectro del comercio internacional, incluyendo aquellas áreas, como los códigos de conducta en materia de subvenciones, antidumping, cuya adhesión antes habían tenido un carácter discrecional y voluntario; que integraba al sistema de comercio internacional a aquellos sectores que siempre habían permanecido regulados por disposiciones *ad-hoc* y unilaterales como la agricultura y los textiles; y que se extendía hasta abarcar áreas que al momento del lanzamiento de la Ronda Uruguay no se habían planteado, tales como las regulaciones en materia de propiedad intelectual, inversiones vinculadas al comercio, los servicios y el establecimiento de grupos de evaluación en materia de comercio y

¹⁵ Estas son las tres características que involucra un proceso de legalización, según Abott, Keohane y otros, Op. cit. Pág. 401.

medio ambiente y comercio y estándares laborales¹⁶, temas todos de particular interés de los principales socios comerciales, aunque no exclusivamente.

Efectivamente, la impresión de que la OMC reflejaba la más acabada institucionalización de *hard law*, se vio además, eventualmente, reforzada, cuando, como resultado de las prolongadas negociaciones en materia agrícola entre Estados Unidos y el grupo *Cairns*, se planteó que los acuerdos de la Ronda Uruguay fueran aceptados como un compromiso único e indivisible (*single undertaking*)¹⁷, a fin de evitar que ningún Participante, en directa alusión a los Estados Unidos, se autoexcluyera de alguno de los acuerdos.

Sin embargo, si miramos más a profundidad, podremos apreciar que este ejemplo permanentemente citado como una de las muestras más acabadas de legalización presenta, en realidad, una textura irregular. La OMC es un cuerpo legal muy amplio, que contiene numerosos acuerdos vinculados.

En ella, siguiendo a Kehoane y otros, la obligatoriedad, la precisión y la delegación se registran en diferentes grados, que van desde el *hard law* hasta el *soft law*, dependiendo del interés que los principales socios comerciales pusieron en la negociación y redacción referidas a la obligatoriedad y precisión de los diferentes compromisos asumidos.

¹⁶ Este tema finalmente no prosperó.

¹⁷ Esto quiere decir que no existió la posibilidad de formular reservas en ninguno de los acuerdos.

Es posible constatar casos en que las redacciones de tipo *hard law* resultantes han servido para materializar la obligatoriedad de ciertas disposiciones sobre las que existía interés de contar con seguridad jurídica y precisión legislativa por parte de los principales participantes.

Los años posteriores y la persistencia de las discusiones y los impasses que se registran, por ejemplo, en las actuales negociaciones comerciales multilaterales sobre los temas referidos a los subsidios agrícolas demuestran, sin embargo, que muchas de las diferentes formulaciones legales alcanzadas no fueron lo suficientemente *hard law* que se esperaba como para evitar que distintos participantes tengan interpretaciones encontradas sobre los compromisos adquiridos y que esta situación continúe aún entrapando el avance de las negociaciones de la Ronda de Doha, y que, obviamente éste sea un problema que atraviesa a los diversos acuerdos administrados por la OMC, precisamente porque se trata de acuerdos resultantes de negociaciones en las que los participantes nunca perdieron de vista sus intereses y menos aún han concedido en sacrificar el manejo soberano de aquellos aspectos que consideran irrenunciables e indelegables, en la medida que afectan aspectos comerciales, productivos, económicos, financieros y, especialmente, sociales de sus propias sociedades.

Hoy, esto se hace aún más evidente en el caso de las redacciones *soft law*, que — a diferencia de los espacios de participación que en su oportunidad el GATT permitió abrir para los países en desarrollo, por ejemplo, en materia de Trato Especial y

Diferenciado¹⁸— en la OMC muestran haber sido el fruto de acuerdos de compromiso entre los diferentes intereses en juego, de manera que la redacción final ha quedado condicionada o redactada de manera sumamente amplia diluyéndose en preceptos de buenas intenciones, o compromisos generales sin obligatoriedad ni fuerza vinculante.

En la cúspide de todo este cuerpo legal, los negociadores de la OMC habían colocado a un especializado mecanismo de solución de diferencias de doble instancia, que es considerado, como el principal elemento de *hard law* que caracteriza a esta institución.

Hemos mencionado que para los analistas internacionales, el mecanismo de solución de diferencias aporta, muy probablemente, sobre todo comparativamente frente a los mecanismos predecesores que se utilizaban en el GATT, el ejemplo más avanzado de *hard law* que contiene la OMC. Esto es cierto en un importante porcentaje, pero como todos los demás elementos que configuraron el proceso que culminó en Marrakech y que se han planteado en el marco de la Ronda Doha, la normativa del mecanismo de solución de diferencias es y será siempre el resultado de un proceso negociador, de manera que aquella patente claridad que observamos en la definición de instancias, términos, plazos, documentación y pruebas que pueden ser presentadas, derechos y obligaciones determinados tanto para las partes en una

¹⁸ Existen disposiciones que al final del día, en el proceso negociador de la Ronda Uruguay, se conformaron, por ejemplo en materia de Trato Especial y Diferenciado, con meras redacciones del tipo *best endeavour clause* o cláusulas de mejor desempeño, tales como asistencia técnica, transferencia de tecnología o creación de mecanismos de compensación o de ayuda; en suma, que muchos de los compromisos dirigidos a atender los problemas institucionales de los países en desarrollo fueron hechos sin un serio planeamiento de cómo serían implementados. Muchas de las redacciones *soft law* que caracterizan a las cláusulas de mejor desempeño, no tienen carácter vinculante, carecen de precisión y no son susceptibles de ser exigidas ante el mecanismo de solución de diferencias, lo cual ya es una primera cortapisa que limita la utilización del mecanismo de solución de diferencias.

controversia y para las terceras partes interesadas, como para los funcionarios que a título personal conforman los grupos especiales o los altos juristas que conforman el Órgano de Apelación y el evidente avance que significó la incorporación del criterio del “consenso en contrario”¹⁹ para la adopción de los informes en el marco del Órgano de Solución de Diferencias, en el nuevo sistema parecen encontrarse algunos elementos no tan claros ni precisos u omisiones que pueden coartar, en algunos casos, el satisfactorio resultado que el mecanismo busca.

El mecanismo de solución de diferencias, tal cual está establecido en el Entendimiento de Solución de Diferencias tiene cuatro etapas claramente definidas: 1. Consultas; 2. Examen ante el Grupo Especial; 3. Examen ante el Órgano de Apelación; y 4. Implementación de las recomendaciones adoptadas por el OSD.

1. **Consultas:** Es la primera etapa oficial del proceso de solución de diferencias. Debe indicarse que aunque la solicitud y aceptación de las Consultas se realiza de manera abierta en el marco del Órgano de Solución de Diferencias (OSD) de la OMC²⁰, la celebración de las mismas tiene carácter confidencial, siendo su finalidad permitir a los Miembros de la OMC participantes en ellas poder llegar a una solución

¹⁹ A diferencia de lo que usaba en el GATT en que era necesario el consenso para la adopción de los informes, en la OMC, se adoptó el concepto opuesto de consenso, o sea que se espera que los informes se adopten automáticamente, a menos que exista un consenso desfavorable.

²⁰ El OSD es el mismo Consejo General de la OMC, pero asumiendo funciones de administrador del Entendimiento sobre Solución de Diferencias. En ese sentido, las funciones del OSD son las de establecer Grupos Especiales, adoptar los informes de estos Grupos Especiales, así como del Órgano de Apelación, vigilar la aplicación de las resoluciones y recomendaciones y autorizar la suspensión de concesiones. El OSD está compuesto por todos los Miembros de la OM, tiene un Presidente que puede ser una persona distinta de la del Consejo General, y se reúne con la frecuencia que sea necesaria.

satisfactoria mutuamente acordada. Las consultas constituyen la primera etapa del mecanismo de solución de diferencias.

Según el Art. 4, numeral 7, del Entendimiento sobre Solución de Diferencias, si las consultas no permiten arribar a una solución en el plazo de 60 días, contados a partir de la recepción de la solicitud de consultas, la parte reclamante puede solicitar al OSD la conformación de un Panel²¹, el mismo que constituye la primera instancia de examen de la reclamación.

Las consultas constituyen un importante segmento del proceso de solución de diferencias que tiene como fundamento la obligatoriedad de las notificaciones que deben efectuar todos los miembros sobre su legislación comercial. Al respecto, debe resaltarse la crucial importancia de la obligatoriedad de las notificaciones en materia de transparencia y es el eje sobre el que giran todas las potencialidades de trabajo de la OMC. La obligatoriedad de las notificaciones conforma un elemento clave de todo el proceso de monitoreo que la OMC efectúa sobre el cumplimiento de las normas del sistema de comercio internacional porque todas las normas nacionales se someten a un escrutamiento general. Notificar no es solamente una formalidad exigida en los acuerdos administrados, sino saber que constituye la base para el examen de una norma determinada por parte de todos los Miembros de la OMC.

²¹ Grupo especial , en inglés.

2. **Establecimiento del Grupo Especial:** Si las consultas no arriban a ninguna solución al vencer los 60 días previstos para las consultas, la Parte que las solicitó puede plantear al OSD el establecimiento de un Grupo Especial.

Los Grupos Especiales están conformados generalmente por 3 miembros²², que constituyen un cuerpo *ad-hoc* para examinar única y exclusivamente el caso que les ha sido sometido. Los miembros de los Grupos Especiales son designados en consulta con las partes en la diferencia. El Director General procede a su designación sólo cuando las partes no han podido llegar a un acuerdo. Los integrantes de los Grupos Especiales son elegidos de un listado (*roaster*) que obra en la Secretaría de la OMC, al que se van incorporando, periódicamente, nombres de personas presentados por los propios Miembros; sin embargo, probablemente debido a los costos de viaje, en su mayoría los Grupos Especiales ha estado conformados por funcionarios diplomáticos o de comercio de las Misiones acreditadas ante la OMC. Por eso, Horn y Mavroidis²³ señalan que muchas veces los Grupos Especiales tienden a reflejar consideraciones diplomáticas más que las estrictamente jurídicas, lo cual podría tender a fortalecer el criterio referido al carácter interestatal y de deferencia ante las legislaciones internas.

Debe indicarse que ni en esta etapa, ni en la anterior referida a las Consultas, ni en todo el proceso, se tiene previsto que la OMC, sea a través del Comité que administre el acuerdo respectivo o del propio Órgano de Solución de Diferencias,

²² Las partes podrían, eventualmente, convenir que el Grupo Especial esté compuesto por cinco miembros.

²³ Henrik Horn and Petros C. Mavroidis; *Remedies in the WTO dispute settlement system and developing country interest*, Institute for International Economic Studies, Stockholm University. Centre for Economic Policy Research – University of Neuchatel. April 1999. Pág. 15.

adopte algún tipo de medida preventiva provisional que limite o restrinja la aplicación de la medida que está siendo impugnada.

Ello marca, por ejemplo, una diferencia con los mecanismos jurisdiccionales nacionales, que pueden dictar medidas preventivas que eviten que se siga produciendo un daño o un menoscabo a terceros. La ausencia de este tipo de consideraciones en el texto del Entendimiento sobre solución de diferencias, puede tener serias implicaciones en el caso de países de menor peso comercial relativo o mono productores, por ejemplo, a los cuales esta situación podría conllevar a una situación sumamente delicada en la medida que una restricción afecte a sus exportaciones en un importante mercado.

La única consideración que el texto del Entendimiento sobre Solución de Diferencias señala para casos de urgencia, entre ellos los casos de productos perecibles, es la de que los procesos se realicen con mayor celeridad.

De otro lado, que el Art. 10 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias, establece que las partes que consideren que tengan un interés sustancial en un asunto sometido a la consideración de un Grupo Especial y lo comuniquen al OSD, tendrán el derecho de ser escuchados en el Grupo Especial y presentar comunicaciones por escrito. Debe señalarse que, eventualmente, si el tercero interesado estima que sus derechos pueden verse perjudicados por la medida materia del proceso, dicho tercero interesado puede iniciar, por su cuenta un proceso de solución de diferencias, que obviamente deberá desarrollarse desde la etapa de Consultas y, de ser posible, una vez

creado, el nuevo Grupo Especial podría subsumirse en el primero que fue establecido. Lo señalado en relación a las atribuciones sobre la participación de los terceros interesados, se aplica para todo el proceso de diferencias, incluyendo la etapa de apelación.

El procedimiento previsto para los Grupos Especiales, según el Art. 12 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias establece un calendario preciso para la realización de los trabajos, que incluyen la presentación de escritos e instrumentos probatorios; una primera reunión sustantiva con las partes en la diferencia, con presencia de terceros; formulación de las réplicas; y realización de una segunda reunión sustantiva con las partes. Luego de esta etapa, el procedimiento prevé, en primer momento, el traslado a las partes de la parte expositiva del informe elaborado por los miembros del Grupo Especial, y, posteriormente, del informe provisional completo, incluidas las constataciones y las conclusiones a las partes, con la finalidad que éstas, si lo estiman, puedan formular el re-examen de parte o partes del informe. Figura novedosa, ésta última, que diversos estudios consideran positiva pues permite a las partes en la diferencia tener de antemano un avance muy preciso de lo que sería el resultado del examen y que, eventualmente, puede animar y estimular a las partes a concretar, la adopción de un arreglo mutuamente satisfactorio.

Es de subrayar, en ese sentido, que en el espíritu y en la letra del Entendimiento de Solución de Diferencias²⁴ reside la posibilidad de que durante el procedimiento del

²⁴ El párrafo final del Art. 11 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias, señala expresamente que “*Los grupos especiales deberán consultar regularmente a las partes en la diferencia y darles la oportunidad adecuada de llegar a una solución mutuamente satisfactoria*”.

Grupo Especial las partes siempre puedan llegar siempre a un arreglo extra-procesal²⁵. De efectuarse un re-examen de alguna sección o secciones del informe, se puede realizar una tercera reunión con las partes. En total, el Entendimiento sobre Solución de diferencias, prevé que el procedimiento de los Grupos Especiales no debe durar más de 9 meses desde su conformación.

En relación al tenor de la conclusión del informe del Grupo Especial se debe señalar que de conformidad con el Art. 19 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias, tanto los Grupos Especiales, como el Órgano de Apelación –como veremos más adelante- concluyen sus informes elevando recomendaciones al OSD. Cuando se ha encontrado que la norma reclamada esta en inconformidad con las disposiciones de la OMC, estas recomendaciones pueden ser de dos tipos:

- a) Simplemente, recomendar que la parte demandada ponga la norma incompatible en conformidad con las disposiciones de la OMC, lo cual deja bastante libertad de implementación a la parte cuya norma ha sido encontrada incompatible; o
- b) Que dicha recomendación esté complementada por sugerencias sobre la forma en la parte demandada podría poner la citada norma incompatible en conformidad con las disposiciones de la OMC.

²⁵ Según una estadística reflejada en un estudio efectuado para el Banco Mundial, por Holmes, Rollo y Young, “*Emerging Trends in WTO Dispute Settlement. Back to the GATT?*”, Pág. 4, a enero de 2003, de las 279 diferencias notificadas a la OMC, 40 habían sido resueltas a través de soluciones mutuamente acordadas entre las partes.

De conformidad con el Art. 16 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias, dentro de los 60 días siguientes a su circulación entre los miembros de la OMC, el informe del Grupo Especial debe ser adoptado por el OSD, a menos que una de las partes en la diferencia notifique formalmente su deseo de apelar. En ese caso, el informe no puede ser considerado por el OSD hasta la culminación del procedimiento de apelación. El procedimiento de la apelación se convierte en una segunda instancia de examen de la reclamación.

Es importante señalar que el Art. 3, numeral 7 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias señala que “(...) *De no llegarse a una solución de mutuo acuerdo, el primer objetivo del mecanismo de solución de diferencias será en general conseguir la supresión de las medidas de que se trate si se constata que éstas son incompatibles con las disposiciones de cualquiera de los acuerdos abarcados. (...)*”.

Sin embargo, al momento de establecerse el mandato que debe guiar la recomendación que pueden formular los grupos especiales y aún el Órgano de Apelación, en los Artículos operativos del Entendimiento de Solución de Diferencias, particularmente el Art.19, nos encontramos con que objetivo principal de *supresión*, se ha transformado en una redacción mucho más flexible: en primer lugar, porque se trata de una recomendación, lo cual es lógico teniendo presente el carácter interestatal del Acuerdo, y en segundo lugar, porque es lo que el OSD hace es sugerir que la norma materia de la disputa se “... *ponga en conformidad con ese acuerdo*”, es decir que no

necesariamente estamos hablando de supresión, sino que el Miembro emplazado podría limitarse a efectuar ajustes o modificaciones²⁶.

Es decir que en el propio Entendimiento sobre Solución de Diferencias nos encontramos con una seria discrepancia entre lo que se buscaba hacer (Art. 3, numeral 7) y lo que se hace real y efectivamente (Art. 19).

3. **Procedimiento ante el Órgano de Apelación:** El Órgano de Apelación, de conformidad con el Art. 17 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias, establecido por el OSD, es el órgano encargado de tramitar los recursos de apelación formulados contra los informes de los Grupos Especiales.

El Órgano de Apelación está conformado, en total, por siete expertos de gran experiencia, trayectoria y prestigio, nombrados por cuatro años, con competencia en derecho, en comercio internacional y, especialmente, en el conocimiento de los Acuerdos de la OMC y que, por la función que desempeñan, deben despojarse de vinculación con Gobierno alguno. La composición del Órgano de Apelación debe reflejar la composición de la OMC y, a diferencia de los Grupos Especiales, constituye un órgano permanente. De sus siete miembros, cada caso de apelación deberá ser asumido por tres de ellos.

²⁶ Es importante señalar, al efecto, que el único acuerdo administrado por la OMC que dispone El retiro sin demora (*must be withdrawn without delay*) de la norma impugnada es el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, en su Art. 4.7.

De conformidad con el mismo Art. 17, el Órgano de Apelación tiene como máximo el plazo de 90 días para emitir su informe y éste deberá estar referido, exclusivamente, a las cuestiones de derecho tratadas en el informe del Grupo Especial y las interpretaciones jurídicas por él formuladas, pudiendo confirmar, modificar o revocar sus conclusiones, siendo todas sus actuaciones de carácter confidencial.

Debe señalarse que los informes del Órgano de Apelación deben ser adoptados por el OSD y aceptados sin condiciones por las partes en la diferencia, salvo que el propio OSD decida, por consenso²⁷, no adoptar dicho informe.

Los mismos cuestionamientos que se presentan en los acápites precedentes se presentan para este punto.

4. Implementación de las recomendaciones adoptadas por el OSD:

El Entendimiento sobre Solución de Diferencias contiene provisiones para tratar de asegurar el cumplimiento de las recomendaciones adoptadas, que incluyen, en primer lugar, el monitoreo y la vigilancia (Art. 21) de las acciones que notificará el Miembro perdedor para poner la medida cuestionada de conformidad con las normas de la OMC dentro de un plazo prudencial.

²⁷ El consenso es la forma de adopción de decisiones en todos los órganos de la OMC y es el mecanismo heredado del GATT, en cuyo marco, muy raramente, se ha llegado a la votación. Sin embargo, el consenso tal cual se ha adoptado en la OMC se diferencia notablemente del utilizado GATT, en la medida que se trata, ahora, del denominado *consenso negativo* o *consenso en contrario*, al que ya nos hemos referido en la nota 19.

Si la propuesta formulada por el Miembro emplazado no fuera aceptable por el Miembro reclamante se tendrá que recurrir nuevamente al grupo especial y al subsecuente monitoreo por parte del Órgano de Solución de Diferencias²⁸.

Si a pesar de lo anterior, las recomendaciones formuladas por el grupo especial o el Órgano de Apelación no se aplican en un plazo prudencial, existe la posibilidad de recurrir temporalmente a la negociación de compensaciones y, en último caso, a la retaliación (Art. 22) que consistirá, principalmente, en la suspensión autorizada por el Órgano de Solución de Diferencias de aplicación de ciertas concesiones o de cumplimiento de determinadas obligaciones a favor del Miembro rebelde.

Sobre el particular, en su interesante tesis publicada por la Universidad Andina Simón Bolívar, Ana María Correa²⁹ se refiere a la existencia en la OMC de “(...) *ciertas dimensiones de supranacionalidad, en la medida en que gradualmente se han ido profundizando los temas de litigación dentro del SDR. Esto ha implicado, que asuntos que tradicionalmente se habían considerado como de competencia exclusiva de la soberanía de un Estado, vayan a ser cuestionados por la organización. (..)*”, pero que al mismo tiempo evidencia que se trata de “... *una*

²⁸ Este sería el caso que precisamente en estos días se estaría produciendo en el seguimiento de las recomendaciones del Órgano de Solución de Diferencias que ampararon la solicitud de solicitó Brasil en relación a los programas de subvenciones al algodón *upland* de los Estados Unidos. Brasil solicitó en setiembre de este año la constitución de un grupo especial para determinar si los Estados Unidos había cumplido con poner tales subvenciones al algodón en conformidad con las normas internacionales de acuerdo a lo adoptado por el Órgano de Solución de Diferencias en marzo de 2005. Estados Unidos se opuso al establecimiento de dicho *panel* en la primera solicitud. En todo caso, las autoridades brasileñas han señalado que están dispuestas a adoptar medidas de retaliación.

²⁹ Ana María Correa, *La OMC: ¿más allá de la interestatalidad?*. Serie Magíster , volumen 55 Universidad Simón Bolívar, Abya Yala, Corporación Editorial Nacional, Quito 2005. (Págs. 60-62)

supranacionalidad limitada o acotada, y que es eficiente sobre los países en ciertas ocasiones, pero no en todas. (...) ... que, la organización se ha convertido en una autoridad que a momentos ejerce un poder supranacional limitado sobre sus miembros ... (...) ... sin embargo por el momento esta organización todavía tiene una amplia tarea de asegurarse que se cumplan sus decisiones y fallos. (...)”, refiriéndose a casos de incumplimiento, coincidiendo parcialmente con lo señalado por Petersmann.

Aunque no concordamos con la conceptualización que a lo largo de su tesis efectúa la citada autora sobre la naturaleza de los regímenes internacionales, debe subrayarse que Correa es conciente del problema al que aludimos, pues la supranacionalidad limitada o acotada a que se refiere no es sino el control que los Miembros mantienen, como en cualquier otro organismo internacional y que se refleja, por ejemplo, para empezar, en su composición.

Como hemos mencionado, la Organización Mundial del Comercio (OMC) es la organización de mayor trascendencia que participa en el régimen internacional del comercio, pero no es *el régimen de comercio internacional*, y constituye el ejemplo más avanzado del proceso de legalización que paralela, independiente e, inclusive, interdependientemente con otros ámbitos, se comenzó a registrar en numerosos regímenes internacionales, como es el caso de derechos humanos o medio ambiente.

Denominado comúnmente por la media como el ente rector del comercio mundial, la OMC es básicamente, y como se señala en la letra de su acuerdo fundacional, por un lado, en un foro de negociaciones entre sus Miembros y, por otro,

el administrador de diferentes acuerdos comerciales, entre ellos, el Entendimiento de Solución de Diferencias³⁰ pero a través de los órganos correspondientes en los que participan todos los Miembros de la organización. Esto último hace que muchos consideren que la OMC es en sí misma un régimen internacional *per-se*, como lo considera Correa. Sin desmerecer los marcados desarrollos que la OMC ha registrado desde su creación, debe señalarse que para los fines de esta tesis, se estima que ello no es así.

Si seguimos una conceptualización amplia o elástica de régimen internacional que nos permita tratar de entender el orden internacional existente en el ámbito comercial, debemos reconocer, siguiendo a Keohane³¹ y, en cierta manera a Cohen³², que existe un conjunto de procesos, interacciones, reglas, procesos, ordenamientos, convenciones y normas que regulan la conducta internacional de los Estados en el ámbito comercial, en suma un entramado político que permite que el comercio internacional fluya en un entorno globalizado. En ese sentido, para los efectos de esta tesis, se considera que el régimen de comercio internacional es mucho más amplio y abarcativo que el ámbito que cubre la OMC, pues existe un cúmulo de actores y de procesos distintos de ella o que perteneciendo a ella establecen excepciones que no la hacen aplicable ni de manera inmediata ni mediata, pero con los que la OMC interactúa permanentemente.

³⁰ Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, Art. III, *Funciones de la OMC*.

³¹ Robert O. Keohane, *Instituciones Internacionales y Poder Estatal*, Ensayos sobre Teoría de las Relaciones Internacionales, Grupo Editor Latinoamericano, Colección Estudios Internacionales, Buenos Aires, 1993. Pág. 111.

³² Benjamín J. Cohen, *La organización del dinero en el mundo, La economía política de las relaciones monetarias internacionales*, Fondo de Cultura Económica, 1984, México D.F., Pág. 11.

La OMC y, por tanto, el Órgano de Solución de Diferencias constituyen instrumentos conformados a partir de la voluntad de diferentes actores denominados Miembros, categoría que, a pesar de su creciente número, no cubre ni todo el universo de participantes ni todos los procesos que conforman el régimen de comercio internacional.

Al referirnos a los miembros, debe indicarse, sin embargo, que, desde el punto de vista jurídico, la OMC es un híbrido porque debido a su propia naturaleza ni ella, ni su predecesor, el GATT, han conformado literalmente entidades exclusivamente interestatales, pues su membresía está abierta también a una categoría de entidades sui-generis denominadas “*territorios aduaneros*”³³. Es decir que la OMC reconoce, de principio, la participación en el comercio internacional de una serie de actores no necesariamente estatales que participan del régimen internacional del comercio.

Esta condición de Miembros es una primera limitación en el acceso al mecanismo de solución de diferencias, primero, porque sólo ellos tiene la potencialidad de ser Partes en un proceso en el marco de la OMC y, en segundo lugar, porque, como señala Moraes³⁴, estos Miembros mantienen el control de decisión sobre qué intereses internos merecen ser defendidos ante la OMC, al convertirse en filtros de acceso para los demás actores internos al sistema, tales como los gobiernos locales y los gobiernos regionales, así como, por supuesto, las personas jurídicas y naturales. Esta es una

³³ El Art. XII del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio los denomina “... *territorio aduanero distinto que disfrute de plena autonomía en la conducción de sus relaciones comerciales exteriores y en las demás cuestiones tratadas en el presente Acuerdo y en los Acuerdos Comerciales Multilaterales ...*”.

³⁴ Henrique Choer Moraes, “A OMC entre o realismo e idealismo (parte II)”. Moraes es profesor de Derecho Internacional Público, Uniritter (RS).

constatación muy interesante, porque en los tramos finales de las negociaciones de la Ronda Uruguay, diversos analistas económicos e inclusive negociadores durante dicho proceso comenzaron a manifestar que la fuerte presión que las transnacionales efectuaban sobre los Participantes durante el proceso negociador iba a generar que, poco a poco, los Estados se convirtieran en prescindibles en la función legislativa de la OMC.

Precisamente, debe mencionarse que existe, además, otro tipo de actores que no forman parte de la OMC. Al decir esto, no nos referimos exclusivamente al número cada vez más reducido de países que están fuera de su égida, de los cuales entre los más importantes figuran varias naciones de la Europa oriental, aunque ya iniciaron sus proceso de adhesión; sino, especialmente, a protagonistas de gran relevancia en el régimen internacional de comercio como pueden ser, por un lado, las empresas transnacionales y las corporaciones y, por otro, las organizaciones civiles, las organizaciones no gubernamentales (ONGs) —con las cuales, la OMC tiene canales de comunicación— que manejan fondos y pueden generar de manera activista una importante movilización de opinión pública, y a las personas naturales, aunque la reciente aceptación por parte del Órgano de Apelación de comunicaciones *amicus curiae* no solicitadas³⁵ haya abierto una pequeña puerta para su participación en los procesos de solución de diferencias., aunque sobre procesos o casos promovidos única y exclusivamente por los Miembros.

³⁵ La propia OMC reconoce que la figura de las comunicaciones *amicus curiae* no solicitadas es muy controvertida, porque abre la posibilidad que terceras partes, inclusive no Miembros, puedan hacer llegar escritos a los grupos especiales o al del Órgano de Apelación. En la página *web* de la OMC se señala que “*muchos Miembros afirman categóricamente que el ESD no permite que los grupos especiales acepten y consideren comunicaciones de amicus curiae no solicitadas. Estos Miembros estiman que el procedimiento de solución de diferencias en la OMC concierne exclusivamente a los Miembros y no creen que los que no son partes puedan intervenir por ningún concepto, sobre todo si se trata de organizaciones no gubernamentales*”. Ver Art. 13 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias.

Además de la existencia de actores que no son miembros de la OMC, pero que sin duda participan muy activamente de la vida económica y comercial de este mundo globalizado, existen también en el marco del régimen de comercio internacional una serie de procesos llevados por Miembros de la OMC que han decidido autónoma y soberanamente que parte de su actividad comercial esté enmarcada en acuerdos comerciales que no se rijan por las disposiciones de la organización, sino que conformen una suerte de excepciones a la aplicación universal de los principios de nación más favorecida y de no discriminación y, obviamente, de las disposiciones de solución de controversias, como son los convenios bilaterales y regionales, incluyendo, por supuesto, los acuerdos de integración y las zonas de libre comercio, cuya presencia es cada vez más creciente dentro del régimen internacional de comercio y que, por su propia naturaleza se autoexcluyen de la aplicación de las normas generales de la OMC³⁶.

Efectivamente, inclusive en el ámbito de la cobertura universal, esta aspiración de supranacionalidad de la OMC se encuentra en entredicho con la proliferación cada vez mayor de acuerdos regionales, pues de esta manera dos o más miembros de la OMC bajo su propia decisión autónoma deciden autoexcluirse de las normas del comercio internacional y de solución de diferencias administradas por la OMC para sujetarse a disposiciones exclusivas al ámbito de aplicación del acuerdo regional de comercio y/o integración respectivo y que significan, en la práctica y en lo jurídico, una

³⁶ Al respecto, es muy interesante la discusión sobre la naturaleza de los acuerdos regionales como *building blocks* o como *stumbling blocks*. La OMC ha visto la proliferación de acuerdos regionales como atentatorio a la efectiva aplicación universal de las normas del sistema de comercio internacional. Cabe señalar, a ese respecto, la preocupación formulada en el informe elaborado por Peter Sutherland y otros, *El Futuro de la OMC, Una respuesta a los desafíos institucionales del nuevo milenio*, Organización Mundial del Comercio, Ginebra, 2004, en que señala que se alude a que la proliferación de este tipo de acuerdos está generando una erosión en el principio general de la No discriminación de la OMC. Pág. 21 y ss.

limitación voluntaria y negociada inter-partes al acceso al mecanismo de solución de diferencias de la OMC, lo cual demuestra de manera creciente en que medida la voluntad política y la autonomía de los Miembros esta en la base del funcionamiento de la OMC.

Con todo, el mecanismo de solución de diferencias de la OMC constituye el elemento fundamental dentro del proceso de legalización que ha atravesado el régimen de comercio internacional (proceso que aún hoy continúa), en la medida que ha permitido generar en los Miembros de esa organización un importante grado de confianza en la consecución de los objetivos de estabilidad y previsibilidad del comercio internacional a través de su capacidad para imponer sus decisiones y sanciones.

Correa³⁷ ha subrayado que la aplicación obligatoria de sus disposiciones (judicialización)³⁸ y la capacidad de imposición de sus decisiones (*enforcement*) brindan al mecanismo de solución de diferencias de la OMC, en contraposición del GATT y los diferentes y débiles mecanismos de solución de diferencias que bajo su paraguas se fueron estableciendo a lo largo de sus cincuenta años de vida, un carácter de supranacionalidad que vislumbraría la vigencia de una suerte de *gobernancia global* en el ámbito comercial.

³⁷ Ana María Correa, Op. cit. Pág. 38.

³⁸ Petersmann habla, por el contrario, del carácter *quasi – judicial*, en Petersmann, E.U. Op. cit. Pág. 3.

Scholte y otros³⁹ coinciden con esta visión de que la OMC:

(...) is a prominent instance of growing supranational governance in the globalizing world of the late twentieth century. (...) porque “Although the operations and authority of the WTO integrally involve states, the global trade regime also has some relative autonomy from and power over the governments that subscribe to it. For one thing, the forces of globalizing markets and currently prevailing ideologies have been such that states are heavily constrained to join the WTO. Although, formally, membership has been a matter of “sovereign choice”, in effect governments have had little option but to approve the Uruguay Round accords. Moreover, by Article XVI (4) of the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, member-states commit themselves to alter their laws, regulations and administrative procedures to conform with the supranational trade regime. (...) Already, even powerful states like Japan and the USA have received guilty verdicts from the WTO (...).

Sin embargo, como veremos en el capítulo siguiente, dicha “*governancia global*” no se evidencia, sino como una expresión de buenas intenciones o como carta de navegación de un largo proceso en construcción, pues, como todo proceso negociador al interior de una organización internacional lleva interna la profunda dicotomía entre avanzar hacia la cooperación (idealismo) o mantener salvaguardias a la soberanía (realismo).

³⁹ Jan Aart Scholte; Robert O'Brien and Marc Williams, *The WTO and the civil society*, The University of Warwick CSGR, ESRC, CSGR Working Paper No. 14/98, July 1998. Págs. 2 y 3.

Como señala el profesor Enrique Choer Moraes⁴⁰ cuando indica que “O caráter técnico dos procedimentos de solução de controvérsias no quadro da OMC não autoriza dizer que os Estados tenham perdido todo o espaço de manobra política sobre uma controversia (...)”, pues “(...)a via da solução negociada permanece sempre aberta, independentemente da fase em que se encontra o procedimento. (...)” y porque “(...) cada Estado controla o acesso das queixas à OMC. (...)” pues:

(...)o encaminhamento da queixa da indústria doméstica à OMC está condicionada à concordância do Estado nacional em fazê-lo, ou seja, a queixa chega à OMC se e quando o Estado entender politicamente conveniente encaminhá-la. Desse modo, por mais clara que tenha sido a violação, o Estado nacional pode desprezar o interesse lesado de sua indústria em benefício de interesses maiores de política externa, que podem não recomendar uma disputa com o Estado infrator. Um tal controle nas mãos dos Estados diminui em parte a importância do caráter técnico dos procedimentos: as disputas, assim, são técnicas apenas em caráter subsidiário.

Al respecto, se puede señalar que si bien Moraes se refiere aquí a una suerte de autolimitación que puede decidir un Miembro al hacer una evaluación de sus intereses, al preferir sacrificar algunos en aras de otros, existen también situaciones que pueden condicionar exógenamente a un Miembro a no acudir al proceso de solución de controversias.

⁴⁰ Moraes, Op. Cit.

Moraes manifiesta que esta situación confirma lo expresado por Carreau y Juilliard de que *“l’OMC apparaît comme une institution internationale de facture très classique mais non sans spécificités marquantes”*⁴¹, pues subraya que a la par de la mayor institucionalización registrada por el régimen de comercio internacional, las características del realismo clásico que configuran a las organizaciones internacionales están aún vivamente presentes en la configuración de la estructura de la OMC y, esto, obviamente, se presenta en todos los acuerdos administrados, inclusive en el Entendimiento sobre Solución de Diferencias.

*Desse modo, longe de qualquer caráter “supranacional” – que significaria dar ensejo ao argumento idealista de que os Estados estariam sob o controle de uma instituição superior, a OMC insere-se no quadro das organizações internacionais tradicionais, a despeito de peculiaridades que lhe garantem um grau de legalização mais acentuado que o normal. Mesmo nesses casos, no entanto, os Estados ainda guardam uma “reserva de soberania” sobre importantes aspectos do funcionamento da Organização. Em suma, a OMC dá bons exemplos para argumentos realistas, mas também para institucionalistas*⁴².

Por ello es que, precisamente, en sus conclusiones, Correa se queda a medio camino entre idealismo y realismo, aunque la citada autora finalmente parece acogerse al criterio idealista de supranacionalidad.

⁴¹ Citados por el propio Moraes: Carreau, Dominique et Patrick Juilliard. *Droit International Économique*. 4e. ed. Paris: LGDJ, 1998, p.60

⁴² Moraes, Op.cit.

Correa comparte la aspiración del idealismo político que Sylvia Ostry enfatiza en su trabajo de 1998⁴³. Ostry, al referirse a los avances logrados por la OMC frente al GATT señala:

Finally and most fundamentally over the longer term, the new dispute settlement system involves a supranational encroachment on sovereign matters. For many who worked hard for a successful conclusion of the Uruguay Round, the dispute settlement mechanism was a if not the major achievement of the negotiations. After all, what is the point of having new rules if they cannot be enforced? There was really no acceptable alternative to greatly strengthening the dispute settlement system, although not many understood the full implications of the new system.

Sin embargo, este mecanismo de *enforcement* aunque, efectivamente avanzado, reposa aún en la soberanía de sus Miembros y en la cuota de crédito en aras de la interdependencia y la cooperación que algunos de ellos le quieran brindar para generar un limitado sistema de gobernanza para el ámbito comercial, siempre en función a sus intereses. El propio Pascal Lamy señala:

La OMC es un pequeño sistema de gobernanza donde ya tenemos establecidos algunos elementos: disponemos de un sistema multilateral que reconoce los diferentes valores, en particular un consenso sobre las ventajas resultantes de la apertura de los mercados, pero también otros valores, tales como la necesidad de respetar las religiones o el derecho a proteger el medio ambiente, y actualmente se reconoce claramente que los valores no comerciales pueden

⁴³ Sylvia Ostry, *Reinforcing the WTO*, Group of Thirty, Washington D.C. January 1998. Pág. 14.

prevalecer sobre las consideraciones comerciales en algunas circunstancias. Tenemos un sistema basado en Estados y gobiernos, pero que ha podido adaptarse para tener en cuenta a nuevos actores en la escena internacional; y contamos con un sistema que incluye un mecanismo fuerte de solución de diferencias.

Sin embargo, el sistema internacional de comercio y la OMC están lejos de ser perfectos y pueden mejorarse muchas cosas. Para que la apertura de los mercados produzca beneficios reales en la vida cotidiana de los países interesados, necesitamos normas que establezcan un terreno de juego equitativo, que garanticen la creación de capacidad y que permitan que los Miembros mejoren su gobernanza nacional⁴⁴.

⁴⁴ Pascal Lamy, Op. cit.

Capítulo 2

Limitaciones a la aspiración de supranacionalidad del mecanismo de solución de diferencias: limitaciones en el texto vigente; limitaciones en el acceso; limitaciones en el cumplimiento de las decisiones.

Adicionalmente a las limitaciones mencionadas en el capítulo anterior, referidas al control de la acción en manos exclusivas de los Miembros, como señala Moraes, y a la decisión negociada de cada vez un número más creciente de Miembros de establecer, a través de acuerdos de comercio o de integración, excepciones a la cobertura de la OMC; podemos referirnos a aquellos aspectos que, como señala Chad Brown⁴⁵, se refieren a los costos políticos que puede significar para aquellos socios de menor peso comercial relativo no considerar procedente llevar ante el Órgano de Solución de Diferencias a un socio de mayor peso comercial del que recibe cooperación o que constituye un importante abastecedor o destino de sus exportaciones; ello sin contar con los costos económicos que puede conllevar involucrarse en un proceso de esta naturaleza. Por ello hay que tener presente el alto porcentaje de reclamaciones que no llegan a ventilarse ante el Órgano de Solución de Diferencias, más aún teniendo en cuenta que siempre está abierta la posibilidad de que se llegue a un “feliz acuerdo” entre los Miembros en disputa⁴⁶; de hecho un importante número de disputas se han podido solucionar en la primera etapa del mecanismo como reconoce el Consejo

⁴⁵ Chad Bown, *Participation in WTO Dispute Settlement: Complainants, Interested Parties and Free Riders*, The Brookings Institution & Brandeis University, Revised, January 2005, Pág.13.

⁴⁶ Holmes, Rollo y Young Op. cit. Pág 21, señalan, al respecto, que “*Cases that are settled by mutual agreement have a very different profile from other categories of settled cases, both geographically and by issue (...). This may be evidence of some use of political/economic weight to persuade Respondents to settle ‘out of court.’*”

Consultivo de la OMC⁴⁷. Estos acuerdos, sin embargo, tienen que ser revisados por la organización para asegurar su total compatibilidad con las disposiciones de la OMC.

Las limitaciones a la supranacionalidad, sin embargo, aparecen con mayor claridad cuando revisamos el texto y la constitución jurídica del Entendimiento de Solución de Diferencias y, especialmente, las consideraciones sobre el control que los Miembros mantienen al momento de implementar las recomendaciones adoptadas por el Órgano de Solución de Diferencias.

Si se asumiera que la OMC es una entidad supranacional, ello querría decir que se constituiría *per-se* en un actor del régimen internacional distinto de los miembros que la conforman y con capacidad de influir directamente en las conductas de los nacionales de sus Miembros, pero es evidente que esto no es exactamente así.

Una rápida mirada a las consecuencias jurídicas que emanan de la aprobación por parte del Órgano de Solución de Diferencias de los informes emitidos por los grupos especiales o el Órgano de Apelación, nos permitirá apreciar las diferencias entre la naturaleza de la OMC y una entidad supranacional.

Los informes de los grupos especiales o del Órgano de Apelación tienen una estructura básica, en la que la parte final está constituida por las conclusiones y recomendaciones a las que se arriba en cada proceso.

⁴⁷ En Peter Sutherland y otros, Op. Cit., Pág. 61, se señala que *“otra estadística interesante es el hecho que menos de la mitad de las reclamaciones llegan realmente a un proceso de un grupo especial. Los casos restantes indudablemente incluyen una serie de reclamaciones que son solucionadas, pero también algunas que son abandonadas y otras que se resuelven de otra manera. Siempre se pretendió que el sistema formal de solución de diferencias promoviera soluciones negociadas “extrajudicialmente” (...)*”.

Al respecto, debe tenerse presente que el párrafo 1 del artículo 19 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias ya citado en el capítulo anterior, en el que la parte pertinente dispone lo siguiente:

Cuando un grupo especial o el Órgano de Apelación lleguen a la conclusión de que una medida es incompatible con un acuerdo abarcado, recomendarán que el Miembro afectado la ponga en conformidad con ese acuerdo. Además de formular recomendaciones, el grupo especial o el Órgano de Apelación podrán sugerir la forma en que el Miembro afectado podría aplicarlas.⁴⁸

En virtud de este párrafo, los grupos especiales y el Órgano de Apelación están facultados para sugerir —*podrán sugerir*— la forma en que un Miembro podría aplicar la recomendación pertinente. No obstante, los grupos especiales y el Órgano de Apelación han estimado, de manera casi unánime, que no están obligados a hacer una sugerencia expresa sobre el tipo de acción que debería adoptar el Gobierno cuestionado para poner la norma impugnada en conformidad con la OMC. Como señala Davey “(...) *If a panel finds that an agreement has been violated, it typically recommends that the defaulting WTO member concerned bring the offending measure into conforming with its WTO obligations. While panels may suggest ways of*

⁴⁸ Entendimiento sobre el Mecanismo de Solución de Diferencias. Los resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales Los Textos Jurídicos. Publicado por la Secretaría del GATT, Ginebra 1994 (sin cursivas ni subrayados en el original; no se reproducen las notas de pie de página).

*implementation, they seldom do. In any event, it is ultimately left to the WTO member to determine how to implement*⁴⁹.

Con todo, entre sugerir y recomendar no existe mayor diferencia, porque aquí radica el carácter interestatal⁵⁰ presente en la OMC, que bajo la forma de *soft law*, expresa el compromiso de *best endeavor clause* al que se llegó entre los negociadores al momento de cerrar el Entendimiento sobre la Solución de Diferencias y es el mismo principio que se recoge en casi el 100% de recomendaciones de los informes a pesar que los expertos que conforman los grupos especiales y los magistrados integrantes del Órgano de Apelación asumen sus responsabilidades sin mandato imperativo alguno. El espíritu inter-partes está allí y socava permanentemente la *aspiración de supranacionalidad*. Supranacionalidad que, dicho sea de paso, no es mencionada en ninguno de los acuerdos de la OMC, más aún teniendo presente la prevalencia y preeminencia que un importante número de sus Miembros le otorgan, en virtud a sus respectivos ordenamientos constitucionales, a la legislación interna sobre los acuerdos internacionales.

Debe tenerse presente que, adicionalmente, en el numeral 2 de ese mismo Artículo se señala que el sistema sirve para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados y que “(...) *Las recomendaciones y resoluciones del OSD no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados.*”, lo cual es reforzado por el Art. 19, en su numeral 2,

⁴⁹ William J. Davey, *Implementation in WTO Dispute Settlement: An Introduction to the Problems and Possible Solutions*, RIETI Discussion Paper Series 05-E-013, Tokio, March 2005. Pág. 3.

⁵⁰ Debe indicarse que en el presente trabajo se alude a la idea de interestatalidad como concepto opuesto al de supranacionalidad aunque no todos los miembros de la OMC conforman Estados, por ello se podría emplear el término “interpartes”.

prescribe que “De conformidad con el párrafo 2 del Artículo 3, las constataciones y recomendaciones del grupo especial y del Órgano de Apelación no podrán entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados”. Estas menciones pueden ser más claramente entendidas en el contexto que se esboza a continuación.

Siguiendo al profesor Ruiz Díaz Labrano⁵¹ debe tenerse presente que, en primer lugar, dentro del criterio jurídico de supranacionalidad —que se asocia más a los acuerdos de integración que a los acuerdos de carácter exclusivamente comercial—, se trata de “(...) *normas que tienen características propias. El objetivo normativo trasciende el ámbito nacional y se proyecta a un ámbito regional o continental, con efecto prevalente y aplicación inmediata y directa*”, que no es el caso de la OMC, en la medida que, en primer lugar, de acuerdo a su orden jurídico interno, constitucionalmente, para importantes socios comerciales su ley nacional siempre será preeminente y, en segundo lugar, porque las disposiciones del Entendimiento de Solución de Diferencias no son de aplicación inmediata ni directa, sino que aún cuando se haya determinado que un Miembro está aplicando una norma totalmente incompatible con el sistema internacional de comercio, siempre será necesario que se requiera al Miembro incoado una actuación legislativa en la que, aún más, necesariamente se le deja un cierto grado de libertad para que soberanamente determine la forma que mejor considere para poner sus disposiciones en consonancia

⁵¹ Roberto Ruiz Díaz Labrado, *Supranacionalidad e Integración*, Copyright 2004 - C.E.D.U.C. | Universidad Católica de Asunción, Paraguay 2004. Pág. 2. Este trabajo corresponde a una separata del libro que sobre Derecho de la Integración y Derecho Comunitario preparó el autor en el 2004..

con la OMC, no existiendo, por tanto, “(...) *ningún poder inmediato y directo sobre las personas individuales y particulares o públicas de orden interno de los Estados miembros*”⁵².

Del mismo modo, al referirse al tema de la supranacionalidad, Cristina Alonso y otros⁵³, señalan que:

La supranacionalidad es propia de los tratados de integración que, a diferencia de los tratados clásicos de derecho internacional, no se limitan a reglar derechos y obligaciones entre Estados, sino que crean entidades con jurisdicción e imperium obligatorios no sólo para los Estados miembros, sino para los habitantes de ellos, produciendo, de ese modo, una verdadera transferencia de ciertos atributos derivados de la soberanía a la entidad supranacional.

Éstas, definitivamente, no son las atribuciones que los Miembros han decidido ceder o delegar a la OMC ni a su órgano jurisdiccional.

Es muy interesante, por ello, señalar que de acuerdo al Art. 3, numeral 10 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias:

(...) queda entendido que las solicitudes de conciliación y el recurso al procedimiento de solución de diferencias no deberán estar concebidos ni ser considerados como actos contenciosos y que, si surge una diferencia, todos los Miembros entablarán este procedimiento de buena fe y esforzándose por resolverla.

⁵² Ib. idem.

⁵³ Cristina Alonso Casellas; Cristina Bozzo; Graciela S. Ferro; León A Gos. y María Rosa Stabile, *Solución de Controversias en los sistemas de Integración, El caso del Mercosur*. Instituto Nacional de la Administración Pública, serie INAP – AAG, DNEYD – CEPAS, Buenos Aires, Ed. 1999. Págs. 15 y 16.

Ello muestra los delicados criterios que los negociadores de la Ronda Uruguay tuvieron en mente a fin de poder concluir un diseño que pudiera ser compatible y ajustable con los ordenamientos jurídicos internos de los distintos Miembros, sin menguar sus respectivas atribuciones legislativas y administrativas, razón por la cual se estableció que el resultado de las deliberaciones de los grupos especiales y del Órgano de Apelación se restringieran a la formulación de recomendaciones.

Derecho y política confluyen en el ámbito nacional como en el internacional. Como ya se ha mencionado, los textos jurídicos que administra la OMC son el resultado de un tejido de compromisos entre los diferentes participantes y el acuerdo que establece el mecanismo de solución de diferencias, obviamente, no escapa a esta conceptualización.

Es muy interesante, al respecto, el debate que generó el informe del Consejo Consultivo de la OMC al Director General Supachai Panichpakdi en el 2004, titulado *El Futuro de la OMC*⁵⁴, en el que precisamente se abordaron, con un sentido crítico, una serie de aspectos referidos al funcionamiento de la organización entre los que se involucraban, entre otros, el concepto de soberanía y que fueron recogidos por los analistas internacionales como un serio cuestionamiento a la OMC el hecho que aún fuera una organización manejada por sus Miembros.

⁵⁴ Peter Sutherland y otros, Op. cit..

Precisamente, el concepto de soberanía merece un capítulo entero en el mencionado informe, en el que se recoge una precisión formulada por el Órgano de Solución de Diferencias que se acoge a consideraciones de cooperación y coordinación internacional, en el sentido que:

El Acuerdo sobre la OMC es un tratado, esto es, el equivalente internacional de un contrato. Huelga decir que los Miembros de la OMC, en ejercicio de su soberanía y en defensa de sus propios intereses nacionales, han cerrado un trato. A cambio de las ventajas que esperan obtener como Miembros de la OMC, han acordado ejercer su soberanía de conformidad con los compromisos contraídos en el marco del Acuerdo sobre la OMC⁵⁵.

Precisamente, en ese sentido, en el caso de la solución de diferencias se ha planteado el tema referido al:

(...) grado de deferencia que debe darse en un procedimiento de solución de diferencias de la OMC a las decisiones de los gobiernos nacionales cuando estas son impugnadas alegando su incompatibilidad con las obligaciones en el marco de la OMC. De forma análoga, hay “parcelas” de soberanía implícitas en la idea general recogida en el tratado de la OMC (y en otros) de que el Estado conserva la facultad de decidir la forma de dar cumplimiento a una decisión desfavorable de un procedimiento de solución de diferencias. En docenas de procedimientos de solución de diferencias de la OMC se han debatido ideas sobre la soberanía en el intento de aplicar diversas normas del tratado a medidas adoptadas por Miembros de la Organización. (...). Además, el método por el que un miembro de la

⁵⁵ “Japón – Bebidas alcohólicas II”, Pág. 19 (WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R), en Peter Sutherland y otros Op. cit. Pág 33.

OMC aplica una resolución adoptada contra él entraña un juicio acerca de una “parcela” de soberanía. Algunos miembros de la OMC tienen una estructura constitucional o institucional que impide que una resolución adoptada en un procedimiento de solución de diferencias de la OMC pase a formar automáticamente parte de su legislación nacional. Es posible que se requieran nuevas medidas legislativas o administrativas, con lo que se preservaría un grado de soberanía que puede proporcionar un valioso sistema de “contrapesos y salvaguardias” contra una intervención internacional irresponsable en relación con las infracciones nacionales. (Por otra parte, esa “soberanía preservada” puede ser utilizada por grupos nacionales defensores de intereses especiales proteccionistas o de otra naturaleza). El hecho de que no proceda al cumplimiento mediante la aplicación en el ámbito nacional no excusa, sin embargo, al Miembro, de su obligación internacional de cumplimiento (...)⁵⁶.

El informe alude, en ese sentido, de manera explícita a los problemas que pueden surgir en la etapa de cumplimiento cuando un Miembro ha perdido un proceso de solución de diferencias, pues las normas de la OMC le brindarían las alternativas de compensar o de sufrir retorsión. Aunque el Consejo Consultivo subraya que “*existe una obligación fundamental de exigir medidas para poner las actividades gubernamentales impugnadas en conformidad con las normas de la OMC*”⁵⁷, reconoce, inmediatamente, que esto no está expresado de manera totalmente clara en el texto del Entendimiento sobre Solución de Diferencias, aceptando que permitir las concesiones sería igual a que los perdedores *compre*n sus obligaciones, lo cual generaría fuertes asimetrías que favorecerían a los países más ricos; como, igualmente, acudir a la retorsión o la retaliación puede ser contraproducente para los países mas pobres que pueden tener una importante

⁵⁶ Peter Sutherland y otros, Op. cit. Págs 34 y 35.

⁵⁷ Ib idem. Pág 65.

vinculación comercial con la contraparte perdedora y depender de la importación de importantes bienes o insumos para su economía.

En ese sentido, el Consejo Consultivo reconoce realistamente que, el cumplimiento efectivo de las normas de la OMC y, por ende de lo que se decida en el Órgano de Solución de Diferencias, no depende exclusivamente de la normatividad ni de los mecanismos previstos en el texto legal, sino de las

(...) actitudes generales de los Miembros de la OMC, especialmente de los más grandes y poderosos. (...) Por ello, es sumamente importante que los principales actores sigan una política de cumplimiento de las obligaciones enunciadas en los informes de los grupos especiales o del Órgano de Apelación de la OMC en los casos entablados contra ellos. Para el sistema es importante mantener el apoyo político y la confianza de todos los Miembros de la OMC y que todos los colectivos interesados consideren que es equitativo y rigurosamente imparcial⁵⁸.

Esta afirmación nos releva de comentarios y nos lleva a coincidir con Goldstein⁵⁹ y otros que en el tema de la legalización siempre se vinculará con el contenido político. Por ello es que podemos concluir que las aproximaciones *hard law* o *soft law* no son mejores o peores en si mismas, porque hay que tener siempre presente los intereses que mueven a los participantes en un proceso de legalización institucional, en suma, que todo depende del cristal con que se mire.

⁵⁸ Ib idem. Pág 65.

⁵⁹ Judith Goldstein; Miles Kahler, Robert O. Keohane and Anne-Marie Slaughter. "Introduction: Legalization and Word Politics", in *International Organization* Vol. 54, No. 3, Cambridge University 2000. Págs. 385-399.

Al respecto, cabe recoger parte de las consideraciones finales del ya mencionado artículo de Petersmann en el sentido que:

*(...)The frequent EU and US double standards of promoting WTO rules and WTO dispute settlement rulings abroad (for the benefit of export industries), and resisting “rule of WTO law” at home (for the benefit of rent-seeking lobbies), render additional WTO rules for more effective domestic implementation of WTO dispute settlement rulings unlikely. (...) As long as EC and US trade politicians pride themselves on their power to ignore WTO obligations and pressure their domestic courts to ignore WTO dispute settlement rulings, respect for WTO rules and the domestic enforcement of WTO dispute settlement rulings will remain contested also in all other WTO Members (...)*⁶⁰.

El Consejo Consultivo en su informe resalta su satisfacción por los logros alcanzados por el mecanismo de solución de diferencias, coincidiendo con Petersmann⁶¹ quien, subraya en su artículo que, por ende, actualmente no se considera que exista ninguna crisis de incumplimiento de las disposiciones del Órgano de Solución de Diferencias, teniendo, igualmente, presente el alto porcentaje de acatamiento que hasta la fecha se registra y que, por ello, en la mesa de negociaciones de la paralizada Ronda de Desarrollo de Doha han quedado, en lo que respecta a la mejora y clarificación del Entendimiento sobre Solución de Diferencias, un limitado

⁶⁰ Petersmann, Op. cit, Pág. 11. Al formular esta conclusión, Petersmann, incluye como cita a pie de página que la “WTO decision are “not binding on the US, much less this court”, US Court of Appeals for the Federal Circuit, judgment of 21 January 2005 (Corus Staal), available at <http://www.fedcir.gov/opinions/04-1107.pdf>”.

⁶¹ Petersmann, Op. cit. Págs. 1y 2.

número de propuestas de enmienda referidas a post-retaliación, ordenamiento, derechos de terceras partes, posibilidades de ahorro de tiempo, medidas preventivas y otras propuestas referidas a acciones del Órgano de Solución de Diferencias sobre otros órganos de la OMC, tales como la apertura de las reuniones, composición de los grupos especiales, orientaciones adicionales a otros órganos de adjudicación de la OMC; pero ninguna de las citadas propuestas se dirige específicamente al tema de la implementación de los informes de la OMC.

Petersmann resalta, sin embargo, que existe una serie de propuestas que fueron formuladas al inicio de la Ronda sobre la posibilidad de compensación en favor de los países menos desarrollados, así como para aclarar los procedimientos de los Grupos Especiales sobre Cumplimiento, así como las normas del Entendimiento sobre Solución de Diferencias sobre compensación y suspensión de concesiones, a los que se debe añadir que en el Grupo de Negociación sobre Reglas se han efectuado propuestas para modificar las normas referidas a solución de diferencias en los Acuerdos sobre Antidumping y Subsidios, de manera que las medidas compensatorias y antidumping se suspendan inmediatamente apenas el Órgano de Solución de Diferencias haya acordado que determinadas medidas impugnadas son inconsistentes con la OMC, así como el reembolso de los derechos compensatorios y antidumping que se hayan cobrado en exceso por una medida inconsistente⁶².

Para poder acercarnos críticamente a los potenciales y actuales riesgos existentes, que nos recuerdan que la OMC está conformada por Miembros y que existe

⁶² Petersman, Op. cit. Pág. 2.

siempre un juego de poder que limita la aspiración de supranacionalidad de la OMC, revisaremos en el siguiente Capítulo de este trabajo un proceso concreto de solución de diferencias y, especialmente, los problemas que pueden surgir tanto en la falta de adecuados mecanismos de prevención, como en la falta de un eficaz mecanismo de seguimiento de la implementación de los informes del grupo especial o del Órgano de Apelación; para ver como, si bien las disposiciones del Entendimiento sobre Solución de Diferencias pueden etiquetarse de manera general como ejemplo gráfico de *hard law*, existen en su redacción un conjunto de disposiciones de tal generalidad o falta de precisión que constituyen verdaderos ejemplos de *soft law*, que podrían menoscabar, desnaturalizar y desvirtuar el espíritu general del mecanismo.

Ello, sin embargo, no debe leerse como que es una situación que beneficia exclusivamente a los Miembros desarrollados y perjudica exclusivamente a los Miembros en desarrollo. Esto no necesariamente es así, más aún teniendo presente el relevante porcentaje registrado de disputas que se plantean entre países en desarrollo o entre países desarrollados y que las interpretaciones que permiten las disposiciones de *soft law* podrían también ser también utilizadas por países en desarrollo para afectar el eficiente desarrollo del proceso, aunque, eso sí, ello dependerá del grado de independencia con que se pueda mover y el peso específico que tenga en una coyuntura y contexto determinados dentro del concierto del comercio internacional, en general, o, mas específicamente, del bien involucrado en la disputa.

De otro lado, debe precisarse que si bien existe una suerte de tercerización de la labor judicial, tal como lo señala Correa en su tesis, el texto del Entendimiento sobre

Solución de Diferencias aún deja lugar a una serie de aspectos que han tenido que ir ajustándose y que tendrán que ir ajustándose como resultado de los procesos, pero para ser aplicados caso por caso; porque, contra lo que comúnmente se piensa, los informes emitidos por los grupos especiales o por el Órgano de Apelación no generan *precedentes* en el sentido *stare decisis* del sistema jurídico anglosajón, sino que son únicamente vinculantes para el caso en cuestión, como bien apunta Lundberg⁶³:

Ernst-Ulrich Petersmann argues that the adoption of a dispute settlement report could constitute "consequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation" in terms of Article 31 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties. This would mean that such a report had to be taken into account when interpreting GATT law. But, although GATT dispute settlement practice often referred to interpretations in previous reports, it also confirmed that judicial and other dispute settlement decisions do not have legally binding "precedent effect" for future disputes, in accordance with general international law. (...) They should therefore be taken into account when they were relevant to a dispute. But, a panel report was only binding to the particular dispute it was designed to resolve. Petersmann continues to indicate that earlier adopted panel reports do not make the subsequent dispute res judicata).

El mecanismo de solución de diferencias de la OMC, ha mostrado ser muy efectivo; sin embargo, las recomendaciones de los grupos especiales y del Órgano de Apelación suelen llevar en su actual tenor una negociada consideración de respeto por las legislaciones internas que mantiene la libertad de los Miembros de implementar,

⁶³ Rikard Lundberg, *The multilateral trade regime and dispute settlement –Aspects of the WTO dispute settlement system*, Faculty of Law, University of Lund, Fall, semester 1999. Pág. 43.

como mejor consideren, la adecuación de la disposición impugnada con las normas del sistema internacional del comercio.

Es evidente para algunos países, la recomendación del Órgano de Solución de Diferencias de poner una norma cuestionada en conformidad con las disposiciones de la OMC puede ser una situación menos manejable, como es el caso de la gran mayoría de países en desarrollo, que para otros.

Capítulo 3

Análisis de un caso: Salvaguardias impuestas por Estados Unidos a determinados productos de acero.

A continuación, se presenta, de manera resumida, en base a los textos oficiales accesibles en la página *web* de la OMC, el curso del proceso que siguió en el marco del Mecanismo de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC), la reclamación que formularon las Comunidades Europeas⁶⁴ y otros Miembros de la OMC, en relación a las medidas de salvaguardia adoptadas por los Estados Unidos en marzo del 2002 para restringir a la importación de determinados productos de acero. El levantamiento de dichas salvaguardias fue anunciado por el Presidente de los Estados Unidos en los primeros días de diciembre de 2003 –días después de conocerse que el Órgano de Apelación de la OMC había encontrado que dichas medidas no estaban en conformidad con las disposiciones internacionales--. Aunque ello fue recibido por la opinión pública internacional como una muestra del fortalecimiento de la acción de la OMC en favor del libre comercio, el decurso del procedimiento mostró las puertas que podrían quedar abiertas por la falta de normas efectivas de *enforcement* que impidan un mayor perjuicio a las partes afectadas por una norma no conforme con el marco internacional de comercio.

⁶⁴ El nombre con que la Unión Europea participa en la OMC es el de Comunidades Europeas.

Antecedentes:

El 28 de junio del 2001, el Gobierno de los Estados Unidos, a través de la Comisión de Comercio Internacional (USITC) inició, a solicitud del Representante Comercial de los Estados Unidos (USTR), una investigación en virtud del Art. 201 de la Ley de Comercio de 1994, para determinar si el aumento de las importaciones de determinados productos de acero causaba o amenazaba con causar un daño grave a la rama de la producción que elaboraba mercancías similares o directamente competidora en dicho país. De esta manera se inició un proceso interno, de conformidad con la ley estadounidense, para determinar la eventual aplicación de salvaguardias a la importación de tales productos.

El inicio de dicho proceso administrativo interno fue notificado, conforme a las disposiciones del Acuerdo sobre Salvaguardias, por los Estados Unidos al Comité de Salvaguardias de la OMC. En ese marco, los Estados Unidos expresaron su intención de realizar consultas con los Miembros que tuvieran interés sustancial como países exportadores de alguno de los productos sujetos a investigación. En ese contexto, los Estados Unidos celebraron consultas con las Comunidades Europeas, Brasil, Japón, Corea, Suiza, Noruega, Nueva Zelanda y China. Varios de dichos Miembros se reservaron, sin embargo, el derecho de celebrar nuevas consultas posteriormente, cuando las salvaguardias fueran adoptadas de manera efectiva.

Debe indicarse que las salvaguardias están reguladas a nivel internacional por un Acuerdo específico de la OMC, en cuyo ámbito existe un Comité *ad-hoc* encargado de vigilar la aplicación general de dicho Acuerdo.

Las salvaguardias son medidas de urgencia que la OMC autoriza aplicar a un Miembro, únicamente, si éste constata, luego de una investigación realizada por autoridades competentes y con arreglo a un procedimiento previamente establecido y transparente, que:

(...) las importaciones de un determinado producto han aumentado en tal cantidad, en términos absolutos o en relación con la producción nacional, y se realizan en condiciones tales que causan o amenazan causar un daño grave a la rama de producción nacional que produce productos similares o directamente competidores⁶⁵.

Debe indicarse que *“las medidas de salvaguardia se aplicarán al producto importado, independientemente de la fuente de donde proceda”⁶⁶.*

La duración de las salvaguardias puede extenderse por el tiempo que sea necesario para prevenir o reparar el daño y facilitar el reajuste, el cual no deberá exceder de 4 años. Eventualmente, la vigencia de las salvaguardias puede prorrogarse, si el Miembro afectado demuestra que la medida sigue siendo necesaria y que la rama de la

⁶⁵ Párrafo 1 del Art. 2 del Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC.

⁶⁶ Párrafo 2 del Art. 2 del Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC.

producción respectiva está en pleno proceso de ajuste, pero en todo caso, su vigencia, en total, no podrá ser mayor a 8 años.

Cuando un país impone una salvaguardia a un producto, que pueden consistir en la aplicación de contingentes arancelarios (*cuotas*) o la elevación de los derechos arancelarios, o una mezcla de ambos, está afectando los derechos que terceros países exportadores de dicho producto tienen en virtud de las concesiones arancelarias consolidadas en la OMC. En consecuencia, el país que impone las salvaguardias para proteger a su industria local, deberá brindar la oportunidad más adecuada para que, en el marco del Comité de Salvaguardias de la OMC, se celebren consultas con los países exportadores afectados a fin de poder llegar a un acuerdo que compense los efectos desfavorables para su comercio.

Las salvaguardias son medidas distintas a las medidas compensatorias, que los países pueden aplicar frente a la importación de productos subsidiados, o de las medidas antidumping, que se aplican para el caso de la importación de productos a precios menores que en los de su mercado de origen.

Como resultado de la investigación realizada por el USITC⁶⁷, en cuyo marco se desarrollaron audiencias públicas (*hearings*) sobre la existencia del daño y sobre medidas correctivas, las autoridades estadounidenses determinaron positivamente la existencia de un daño grave a la rama de la producción local estadounidense ocasionada por las importaciones de ciertos productos laminados planos de acero al carbono; barras

⁶⁷ El Art. 3 del Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC establece las disposiciones generales que los Miembros deben observar en el desarrollo del proceso de investigación.

laminadas en caliente; barras acabadas e frío; barras de refuerzo; accesorios, bridas y juntas de herramientas; barras de acero inoxidable y varillas de acero inoxidable. Las autoridades estadounidenses determinaron, asimismo, la existencia de amenaza de daño grave a la industria local por la importación de tubos soldados. Finalmente, las autoridades estadounidenses formularon una determinación dividida sobre productos de acero fundido con estaño; alambre de acero inoxidable; los accesorios y bridas de acero inoxidable; y acero para herramientas y elevaron su informe con la recomendación de medidas correctivas (que incluían aranceles y cuotas o contingentes) al Presidente de los Estados Unidos. Las autoridades del USITC recomendaron, asimismo, que no se apliquen medidas correctivas en ciertos casos a México y Canadá y ninguna medida correctiva a Israel, ni a Jordania, ni a los países de la Ley de Recuperación Económica para la Cuenca del Caribe ni de la Ley de Preferencias Andinas..

Sobre esa base, el 5 de marzo del 2002, el Presidente Bush estableció 10 medidas definitivas de salvaguardia a las importaciones de 15 productos, consistentes en tasas que iban del 8% al 30% a las importaciones de los mismos (en un caso, se aplicaban, además, contingentes de manera inicial), por un período de 3 años y un día, a partir del 20 de marzo del 2002. Debe indicarse que importaciones procedentes de México, Canadá, Jordania e Israel quedaron finalmente excluidas de la aplicación de estas medidas. Debe indicarse que, asimismo, los Estados Unidos, excluyeron de la aplicación de dichas medidas de salvaguardia –de conformidad con el Art. 9 del Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC- a los productos provenientes de Países en

Desarrollo cuya participación en sus importaciones fuera menor al 3%, individualmente, o menor del 9%, colectivamente

La adopción de estas medidas, de conformidad con las normas del Acuerdos sobre Salvaguardias de la OM, fue notificada igualmente por parte de los Estados Unidos al Comité de Salvaguardias.

Inicio del proceso en el marco del Mecanismo de solución de Diferencias.

1. Consultas: Entre marzo y abril de 2002 las Comunidades Europeas, Japón, Corea, China, Suiza y Noruega solicitaron a los Estados Unidos la celebración de consultas, iniciando la primera etapa del mecanismo de Solución de Diferencias, en virtud del Art. 4 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias, del Art. 14 del Acuerdo sobre Salvaguardias⁶⁸ y del Art. XXII del GATT de 1994. Estas consultas se realizaron en abril del 2002. Posteriormente, Brasil y Nueva Zelanda solicitaron, asimismo la realización de consultas, las mismas que se realizaron en junio del mismo año.

2. Establecimiento del Grupo Especial: Dado que, en este caso, las consultas con los Estados Unidos no arribaron a ninguna solución, la Unión Europea, que había sido la primera en solicitar la realización de dichas consultas, fue, igualmente, al vencer

⁶⁸ La invocación efectuada del Art. 4 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias, referido a las consultas, y del Art. 14 del Acuerdo sobre Salvaguardias, que señala que se aplicarán “... a las consultas y a la solución de diferencias que surjan en el marco de dicho Acuerdo, las disposiciones de los Artículos XXII y XXIII del GATT de 1994, desarrolladas y aplicadas en virtud del Entendimiento sobre Solución de Diferencias.” hace que estas consultas constituyan la primera etapa del mecanismo de solución de diferencias.

los 60 días previstos, la primera en solicitar al OSD el establecimiento de un Grupo Especial, lo cual se acordó el 3 de junio de 2002.

Seguidamente Japón y Corea solicitaron el establecimiento de un Grupo Especial, siendo su primer pedido rechazado por los Estados Unidos⁶⁹; pero, luego, al ser aceptada su segunda solicitud por el OSD fueron incorporados al Grupo Especial de las Comunidades Europeas, aplicándose el *principio de acumulación procesal* previsto en el Art. 9, numeral 1, del Entendimiento sobre Solución de Diferencias, que establece los procedimientos correspondientes en caso de pluralidad de partes reclamantes. Del mismo modo, en su oportunidad, China, Suiza y Noruega, cuyas primeras solicitudes fueron también rechazadas por los Estados Unidos, fueron incorporados, igualmente en virtud al citado Art. 9, al Grupo Especial ya establecido para las Comunidades Europeas, Japón y Corea.

Finalmente, en acuerdo con todas las partes antes mencionadas, el plazo de las consultas solicitadas por Brasil y Nueva Zelanda, que se había sido iniciado con posterioridad, fue abreviado y fueron también incorporados como partes reclamantes dentro del mismo proceso.

De esta manera, todas las reclamaciones contra los Estados Unidos relativas al tema de las salvaguardias sobre determinados productos de acero fueron acumuladas en

⁶⁹ El Art. 6 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias señala que el Grupo Especial debe establecerse a solicitud de la parte reclamante, “... a más tardar en la reunión del OSD siguiente a aquella en la petición haya figurado por primera vez como punto en el orden del día del OSD..”, por lo cual, en la práctica, la parte demandada puede rechazar la primera solicitud que se formule, pero en la segunda oportunidad que ésta sea presentada, el Grupo Especial inevitablemente será establecido, a menos que, por consenso, el OSD decida en contrario.

único Grupo Especial que fue encargado, de conformidad con el mandato estándar de los Grupos Especiales (Art. 7 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias) de examinar el asunto sometido al OSD, a la luz de las disposiciones pertinentes de los acuerdos invocados por las Comunidades Europeas, Japón, Corea, China, Suiza, Noruega, Nueva Zelanda y el Brasil, y formular las conclusiones que ayuden al OSD a formular las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en dichos acuerdos. El 25 de julio, el Director General de la OMC designó a los tres miembros del Grupo Especial, de conformidad con el Art. 8 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias.

Las solicitudes presentadas por las partes reclamantes eran que las medidas de salvaguardia impuestas por los Estados Unidos a las importaciones de los productos de acero antes mencionados vulneraban las obligaciones que la OMC, específicamente los Arts. 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9 y 12 del Acuerdo sobre Salvaguardias; los Arts. I, II, X, XIII y XIX del GATT de 1994 y el Art. XVI del Acuerdo sobre la OMC.

Debe indicarse que Canadá; Cuba; México; Tailandia; el territorio aduanero de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu; Turquía; y Venezuela se reservaron el derecho a participar como terceros en el Grupo Especial.

Los informes provisionales del Grupo Especial fueron trasladados a las partes el 26 de marzo, recibiendo sus observaciones en abril. El Grupo Especial emitió ocho informes finales, en un documento único, que fue presentado a las partes el 2 de mayo de 2003 y circulado entre los Miembros de la OMC el 11 de julio.

En dichos informes, el Grupo Especial concluyó que las 10 medidas de salvaguardia impuestas por los Estados Unidos eran incompatibles con el Acuerdo sobre Salvaguardias y con el GATT de 1994 y el documento fue elevado al Órgano de Solución de Diferencias para su adopción, con la recomendación que se solicitara a los Estados Unidos “(...) *que pusieran todas las medidas de salvaguardia impuestas en conformidad con las obligaciones que le corresponden en virtud de los Acuerdos mencionados*”.

El 11 de agosto de 2003, los Estados Unidos comunicaron al Órgano de Solución de Diferencias su voluntad de recurrir a una instancia superior en relación a determinadas cuestiones de derecho tratadas en los informes del Grupo Especial y determinadas interpretaciones jurídicas formuladas por los mismos, formalizando su apelación el 21 de agosto. Posteriormente, las Comunidades Europeas, China, Noruega, Nueva Zelanda, Suiza, Brasil, Corea y Japón también presentaron sus comunicaciones en calidad de apelantes.

Como en el caso del Grupo Especial, Canadá; Cuba; México; el territorio aduanero de Taiwán, Penghu, Kinmen y Matsu; Turquía y Venezuela comunicaron al Órgano de Apelación su interés de participar como terceros en el proceso.

3. Procedimiento ante el Órgano de Apelación: El Órgano de Apelación emitió su informe el 10 de noviembre de 2003 y como conclusión de sus trabajos, recomendó al Órgano de Solución de Diferencias que solicite a los Estados Unidos:

*(...) que pongan sus medidas de salvaguardia, que, según se ha constatado en el presente informe y en los informes del Grupo Especial modificados por el presente informe, son incompatibles con el Acuerdo de Salvaguardias y el GATT de 1994, en conformidad con las obligaciones que les corresponden en virtud de esos Acuerdos*⁷⁰.

Consideraciones sobre el tema de salvaguardias a la luz del presente caso:

Debe indicarse que, en el presente caso, al ordenar sus trabajos, el Órgano de Apelación asumió la consideración de los asuntos de derecho contenidos en los Informes del Grupo Especial, así como las consideraciones jurídicas emitidas en dichos documentos sobre la base de que:

Los Miembros de la OMC convinieron en el Acuerdo sobre Salvaguardias en que los Miembros pueden suspender temporalmente sus concesiones comerciales aplicando restricciones a la importación a través de medidas de salvaguardia si se cumplen determinados requisitos previos. Esos requisitos previos se encuentran establecidos en el Art. XIX del GATT de 1994, que trata de “Medidas de urgencia sobre la importación de productos determinados”, y en el Acuerdo sobre Salvaguardias, que conforme a sus propios términos, aclara y fortalece las disciplinas del Art. XIX. En conjunto, el Art. XIX y el Acuerdo sobre Salvaguardias confirman el derecho de los Miembros de la OMC de aplicar medidas de salvaguardia si, como consecuencia de la evolución imprevista de las circunstancias y del efecto de las obligaciones contraídas, incluidas las concesiones arancelarias, las

⁷⁰ Informe del Órgano de Apelación, (WT/DS248/AB/R, WT/DS249/AB/R, WT/DS251/AB/R, WT/DS252/AB/R, WT/DS253/AB/R, WT/DS254/AB/R, WT/DS258/AB/R, WT/DS259/AB/R, de 10 de noviembre de 2003), página 202.

importaciones de un producto han aumentado en tal cantidad y se realizan en condiciones tales que causan o amenazan causar un daño grave a los productores nacionales de productos similares o directamente competidores. Pero el derecho de aplicar esas medidas, como aclara el párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo sobre Salvaguardias, surge “sólo” si se demuestra la existencia de esas condiciones previas.⁷¹

En ese sentido, el Órgano de Apelación abordó los siguientes temas a fin de analizar la conformidad o no de las medidas de salvaguardia impuestas por los Estados Unidos:

1. La evolución imprevista de las circunstancias;
2. El aumento de las importaciones;
3. El paralelismo; y
4. Relación de causalidad.

Para proceder a un breve desarrollo de la forma en que el Órgano de Apelación consideró estos conceptos es de utilidad tener presente la redacción de las dos disposiciones sustantivas que reglamentan las Salvaguardias en el marco de los Acuerdos de la OMC, parte de cuyos textos se subraya. Se trata, en primer lugar del numeral 1, literal a) del Artículo XIX GATT de 1994, que señala:

⁷¹ Informe del Órgano de Apelación, página 93.

Artículo XIX

Medidas de urgencia sobre la importación de productos determinados

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

Y, del Art. 2, del Acuerdo sobre Salvaguardias, que prescribe:

Artículo 2

Condiciones

1. *Un Miembro sólo podrá aplicar una medida de salvaguardia a un producto si dicho Miembro ha determinado, con arreglo a las disposiciones enunciadas infra, que las importaciones de ese producto en su territorio han aumentado en tal cantidad, en términos absolutos o en relación con la producción nacional, y se realizan en*

condiciones tales que causan o amenazan causar un daño grave a la rama de producción nacional que produce productos similares o directamente competidores

2. *Las medidas de salvaguardia se aplicarán al producto importado independientemente de la fuente de donde proceda.*⁷²

Análisis realizado por el Órgano de apelación:

1. La evolución imprevista de las circunstancias: Primera condición previa, estipulada en el inciso 1.a) del Art. XIX del GATT de 1994 y que aparece subrayada. El Órgano de Apelación confirmó en este punto las conclusiones del Grupo Especial y estableció que los Estados Unidos no demostraron mediante una explicación razonada y adecuada que la “*evolución imprevista de las circunstancias*” había tenido por consecuencia el aumento de las importaciones de cada uno de los productos para los que se establecieron salvaguardias.

Debe subrayarse que la condición está formulada en función al aumento de las importaciones de “*cada uno*” de los productos, porque lo que hicieron los Estados Unidos fue plantear como elementos confluyentes en la “*evolución imprevista de las circunstancias*” los efectos globales de las crisis rusa y asiática y la fortaleza económica estadounidense y la apreciación persistente del dólar, que desplazaron al acero a distintos mercados, hechos que podían tener relación con la producción del acero en general o con una categoría amplia de productos, pero que no llegaban a demostrar la conexión lógica de cómo habían generado

⁷² Los subrayados no están en el texto original del Acuerdo sobre Salvaguardias y sirven para identificar los conceptos que se desarrollan en este Capítulo.

un incremento de las importaciones de cada uno de los productos que habían sido sujetos de la determinación.

En conexión con lo anterior, el Órgano de Apelación estableció, asimismo, que al no demostrar *“la evolución imprevista de las circunstancias”*, los Estados Unidos tampoco habían cumplido con lo previsto en la parte final del Art. 3, párrafo 1, del Acuerdo sobre Salvaguardias que señala *“(…) Las autoridades competentes publicarán un informe en el que se enuncien las constataciones y las conclusiones fundamentadas a que hayan llegado sobre todas las cuestiones pertinentes de hecho y de derecho”*, ni con el Art. 4, párrafo 2.c), que requiere a las autoridades competentes que *“... publiquen con prontitud, de conformidad con las disposiciones del artículo 3, un análisis detallado del caso objeto de investigación, acompañado de una demostración de la pertinencia de los factores examinados”*.

Los Estados Unidos señalaron que, a su entender, el Art. 3, párrafo 1 del Acuerdo sobre Salvaguardias no necesariamente exigía que se formulase una explicación razonada y adecuada, sino que se presentase una *“base lógica”* de su determinación. El Órgano de Apelación señaló que *“presentar una base lógica”* no cumplía con los requisitos del citado Art. 3, párrafo 1, sino que *“Las autoridades competentes debieron “enunciar” sus “conclusiones fundamentadas””*⁷³, de manera que no existiendo una explicación razonada ni adecuada por parte de la autoridad competente, no se podía establecer que se había cumplido con lo exigido por el Art. XIX, párrafo 1.A), del GATT de 1994, ni con los Arts. 2 y 4 del Acuerdo sobre Salvaguardias.

⁷³ Informe del Órgano de Apelación, página 107.

Al respecto, debe señalarse la divergencia que existe entre la norma internacional y la ley interna estadounidense, pues, de un lado, la OMC exige que se demuestre fácticamente cómo la *“evolución imprevista de las circunstancias”* da lugar a un aumento de las importaciones que causa o amenaza causar daño al sector productor de bienes similares o competidores; mientras, que por el otro lado, la legislación estadounidense no requiere esa demostración y, obviamente, las autoridades estadounidenses siguieron lo estipulado por la norma interna de este país por sobre lo que dispone la norma internacional. He aquí un elemento que muestra en que medida los Miembros de la OMC dan preeminencia, en cumplimiento, además, de lo que estipula su propio ordenamiento constitucional, a su norma nacional.

2. Aumento de las importaciones: La segunda condición que se requiere para que un Miembro de la OMC pueda aplicar una salvaguardia está vinculada con la anterior, y se refiere al aumento de las importaciones y cuya mención aparece en los textos del Art. XIX del GATT de 1994, y del Art. 2 del Acuerdo sobre Salvaguardias, que se reproducen en estas páginas. Se trata de un requisito indispensable para evaluar la pertinencia en la adopción de las medidas de salvaguardia y requiere, por tanto, al igual que en el anterior caso, que dicho aumento sea demostrado razonada y adecuadamente por parte de la autoridad nacional competente, de conformidad con el Art. 3, párrafo 1, y el Art. 4, párrafo 2.c), del Acuerdo sobre Salvaguardias.

Al respecto, el Órgano de Apelación indicó que la demostración del aumento de las importaciones, que deben efectuar las autoridades competentes, no es una determinación meramente matemática o técnica, sino que *“requiere una conexión”*, en el sentido que las

importaciones hayan aumentado “... *en tal cantidad* ...” que causen o amenacen causar daño grave a la rama de la producción nacional; y, en ese sentido, el Órgano de Apelación consideró que el término “... *tal* ...” mencionado en esa frase, implicaba que debían determinarse las condiciones en que se ha producido el aumento de dichas importaciones. En ese sentido, el Órgano de Apelación consideró que esas condiciones se refieren a que el aumento haya sido lo bastante reciente, súbito, agudo e importante, tanto cuantitativamente, como cualitativamente, para causar o amenazar con causar daño grave⁷⁴.

Al igual que en punto anterior, esta es una determinación que debían efectuar las autoridades competentes estadounidenses para cada producto específico, caso por caso, y no en forma general o abstracta.

Al respecto, los Estados Unidos señalaron que consideraban que la expresión “... *han aumentado en tal cantidad*...” se limitaba a establecer que el nivel de las importaciones al final del período de investigación, o un en un momento aproximado, era mayor que en algún momento anterior no especificado⁷⁵.

⁷⁴ Debe tenerse presente que el Órgano de Apelación recurre en sus informes a precisiones o aclaraciones que, sobre disposiciones de los Acuerdos de la OMC, se hayan efectuado en informes anteriores, de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público. En este caso, la determinación de que el aumento de las importaciones sea lo bastante reciente, súbito, agudo e importante, tanto cuantitativamente como cualitativamente, es una constatación que el Órgano de Apelación efectuó en su informe en el caso de Argentina sobre Medidas de Salvaguardia impuestas contra las importaciones de calzado (WT/DS121/AB/R, de 12 de enero de 2000).

⁷⁵ Por ejemplo, el Grupo Especial había constatado que en el caso de uno de los productos, los Estados Unidos reconocían que el aumento más acusado había tenido lugar en el período que finalizó en 1998, y que, a partir de entonces hacia el 2000, las importaciones habían llegado a niveles casi tan bajos como los de 1996, existiendo, además, una disminución importante hacia el 2000 y el 2001; pero, sin embargo, la determinación de sus autoridades no consideró la tendencia más reciente y concluyó que las importaciones eran significativamente más altas que al comienzo del período.

En ese sentido, el Órgano de Apelación confirmó la opinión del Grupo Especial en el sentido que para el caso de algunos productos, los Estados Unidos no habían brindado una explicación razonada y adecuada del modo sobre cómo los hechos confirmaban su determinación respecto del "*aumento de las importaciones*" de esos productos específicos; y revocó la constatación que previamente había efectuado el Grupo Especial en el sentido de que para el caso de otros productos⁷⁶ señalaba que los Estados Unidos no habían presentado una explicación razonada y adecuada ya que lo que se había ofrecido eran varias explicaciones alternativas, distintas unas de otras que no podían armonizarse por una cuestión de sustancia, ya que la base de productos era distinta. Al respecto, el Órgano de Apelación señaló que los Acuerdos de la OMC no excluían la posibilidad de se presenten explicaciones múltiples⁷⁷, y que el Grupo Especial estaba obligado a evaluar todas y cada una de las constataciones presentadas por los Estados Unidos sobre el aumento de las importaciones, a fin de determinar si alguna podía constituir una explicación razonada y adecuada.

Sin embargo, el Órgano de Apelación consideró que si bien en otros casos presentados anteriormente, el Órgano de Apelación había asumido la tarea de evaluar las diferentes explicaciones que una parte había presentado, se estimaba que en este caso concreto no era necesario porque ya se había confirmado la constatación del Grupo Especial en el sentido que los Estados Unidos habían actuado de forma incompatible con el

⁷⁶ Este era el caso de dos de los productos para los cuales el USITC había arribado a una determinación dividida y, que por decisión del Presidente Bush, habían sido finalmente incorporados en el alcance de la aplicación de las salvaguardias.

⁷⁷ Debe indicarse que el sistema de funcionamiento del USITC está basado en el examen que hace cada uno de sus miembros de manera independiente y que al final son combinadas para conformar una constatación institucional, que puede ser positiva, negativa o dividida.

párrafo 1 a) del artículo XIX del GATT de 1994 y con el párrafo 1 del artículo 3 del *Acuerdo sobre Salvaguardias*, en lo que respecta a las 10 medidas objeto de litigio.

3. Paralelismo: Es la tercera condición necesaria para que el Miembro de la OMC pueda aplicar una salvaguardia y obedece a un principio de coherencia que exige que el mismo producto que fue considerado en la evaluación que permitió determinar a la autoridad competente que el aumento de sus importaciones que están causando o amenazan causar daño, sea el mismo producto al que se aplique la salvaguardia, conforme se menciona en los numerales 1 y 2 del Art. 2 del Acuerdo de Salvaguardias y que aparecen subrayados.

En este extremo, el Grupo Especial determinó, lo que fue confirmado por el Órgano de Apelación, que al excluir las importaciones procedentes de México, Canadá, Israel y Jordania se había vulnerado este principio, pues los Estados Unidos habían incluido las importaciones procedentes de todas las fuentes en la determinación que el aumento de las importaciones había producido o amenazaba con causar un daño grave; pero luego, sin realizar un nuevo análisis, habían excluido a las importaciones de algunas fuentes al momento de establecer la salvaguardia. Ese nuevo análisis hubiera exigido que las autoridades competentes establecieran que, excluyendo a las importaciones procedentes de México, Canadá, Israel y Jordania, el resto de las importaciones, por si solas, cumplían todas las condiciones para establecer las salvaguardias.

4. Relación de Causalidad: Finalmente, el Órgano de Apelación abordó la consideración de la relación de causalidad, que debe existir entre el aumento de las exportaciones y el daño

grave, conforme lo disponen el Art. 2, párrafo 1 –que se resalta en negritas en estas páginas-, el Art. 3, párrafo 1, y el Art. 4, párrafo 2.b), del Acuerdo sobre Salvaguardias.

El Grupo Especial había rechazado las constataciones de causalidad formuladas por los Estados Unidos, en algunos casos indicando que la relación de causalidad era incompatible con el Art. 4, párrafo 2.b) del Acuerdo sobre Salvaguardias, y en otros casos, porque la determinación estadounidense estaba sustentada en diferentes explicaciones que no era posible conciliar. El Órgano de Apelación revocó las conclusiones del Grupo Especial en este último caso exactamente por las mismas razones expresadas para el caso en que el Grupo Especial había rechazado las consideraciones estadounidenses en relación con el aumento de las importaciones. Sin embargo, teniendo presente que ya se había demostrado la incompatibilidad de las salvaguardias estadounidenses con las condiciones de “evolución imprevista de las circunstancias” y de “paralelismo”, el Órgano de Apelación se abstuvo de pronunciarse sobre la cuestión de la causalidad.

El informe del Órgano de Apelación fue finalmente adoptado por parte de OSD el 10 de diciembre de 2003. Debe indicarse, sin embargo, que el 4 de diciembre de 2003, el Presidente de los Estados Unidos ya había anunciado que su Gobierno procedería a levantar dichas salvaguardias, de conformidad con el artículo 204 de la Ley de Comercio de 1974, norma federal de los Estados Unidos, indicando que, aunque su vigencia estaba prevista hasta el 2005, habían logrado su propósito.

Al respecto, el Presidente Bush, en la mencionada declaración oficial, mediante la cual derogó las medidas de salvaguardias temporales, puntualizó:

Today, I signed a proclamation ending the temporary steel safeguard measures I put in place in March 2002. Prior to that time, steel prices were at 20-year lows, and the U.S. International Trade Commission found that a surge in imports to the U.S. market was causing serious injury to our domestic steel industry. I took action to give the industry a chance to adjust to the surge in foreign imports and to give relief to the workers and communities that depend on steel for their jobs and livelihoods. These safeguard measures have now achieved their purpose, and as a result of changed economic circumstances it is time to lift them.

The U.S. steel industry wisely used the 21 months of breathing space we provided to consolidate and restructure. The industry made progress increasing productivity, lowering production costs, and making America more competitive with foreign steel producers. Steel producers and workers have negotiated new groundbreaking labor agreements that allow greater flexibility and increase job stability. (...)

(...)

(...) I am pleased the steel industry seized the opportunity we provided to regain its competitiveness and assist steelworkers and their communities. As a result, U.S. steel companies are now once again well-positioned to compete both at home and globally.⁷⁸

A pesar que la adopción del informe del Órgano de Apelación por parte del Órgano de Solución de Diferencias fue considerado por el entonces Director General de la OMC, el tailandés Supachai Panichdakti como un importante logro del sistema de comercio

⁷⁸ Página web de la Casa Blanca: <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2003/12/20031204-5.html>

internacional y el hecho que los Estados Unidos hayan decidido derogar las subvenciones impugnadas, el rápido examen que en estas pocas páginas hemos realizado sobre este caso, nos permite atraer la atención del lector sobre algunos importantes aspectos:

1. La preeminencia que brindan, por mandato constitucional, importantes socios comerciales a sus normas nacionales, en la implementación de los compromisos dimanantes de la OMC y de sus acuerdos administrados, lo que inclusive conlleva a que coexistan normas y/o interpretaciones que van en colisión con lo dispuesto por las normas de comercio internacional, en principio obligatorias para todos los miembros de la OMC, lo cual significa que no todos los miembros han procedido a ajustar sus normativas internas en consonancia con lo señalado por el Art. XVI, numeral 4, del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio que señala que *“Cada miembro se asegurará de la conformidad de sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos con las obligaciones que le impongan los Acuerdos anexos”*;
2. En ese sentido, cabe subrayar la predominancia de una serie de criterios políticos, económicos y comerciales que permiten tamizar y filtrar las decisiones nacionales en la implementación de las obligaciones y de los derechos dimanantes de los acuerdos de la OMC. Aquí nos remitimos, por ejemplo, a la constatación del OSD de que Estados Unidos aplicó una serie de medidas de salvaguardia de las que excluyó expresamente, contraviniendo el principio de paralelismo, a algunos de sus socios comerciales;

3. La importancia del voluntarismo político en la vigencia y en el éxito que hasta la fecha viene registrando la OMC, puesto que, inclusive al hacer el anuncio sobre el levantamiento de las medidas de salvaguardia en discusión, el Presidente Bush no hizo ninguna mención a la recomendación formulada por el Órgano de Apelación, a pesar que esta recomendación ya se había difundido, pero aún no se había aprobado (esto recién ocurriría el 10 de ese mismo mes). Por el contrario, se soslaya el informe de la OMC, y se alude exclusivamente a consideraciones internas al constatar que la medida, durante su vigencia, había contribuido a los objetivos buscados por la administración estadounidense, principalmente, brindar un espacio para la recuperación de la industria del acero de ese país.

4. En ese sentido, es interesante señalar que la utilización de las normas y el foro que brinda la OMC como entidad reguladora del comercio internacional —aunque como ya se mencionó, no de todo el régimen internacional de comercio—, puede abordarse por algunos socios comerciales desde dos perspectivas: en un caso, cuando en alguna circunstancia predominan las visiones más realistas, algunos socios la recusan; sin embargo, en algunas otras circunstancias, parece predominar una visión más idealista, basada en valores, como la que proclama Pascal Lamy, en la que una visión cooperativa e interdependiente pareciera tomar más fuerza. Las distintas visiones del Presidente Bush y del entonces Director General de la OMC, Supachai Panichdatky sobre el mismo caso nos demuestran que la tela da material para dos cortes diferentes.

5. Debe subrayarse asimismo que las disposiciones sustantivas referidas a salvaguardias en la normativa estadounidense de comercio (Ley de comercio de 1974) que sustentaron la adopción de las medidas cuestionadas y que están en el trasfondo de la reclamación no fueron afectadas; sino únicamente las disposiciones operativas que imponían las salvaguardias materia del presente caso. Es decir, la acción correctiva de la OMC únicamente se dirigió a la consecuencia pero no se abordó la causa.

6. Un elemento que no se suele considerar en estas discusiones es el de las medidas preventivas o de las reparaciones. Las compensaciones en el texto del Entendimiento de Solución de Diferencias están exclusivamente consideradas en el caso que no se *suprima* la medida cuestionada; no se estipula ninguna disposición referida a reparaciones ni, como ya se indicó a medidas preventivas. Muchos de los perjuicios que las medidas que al final de un proceso de solución de diferencias, recién se determina oficialmente que contravienen las normas de la OMC, ya generaron un perjuicio. La consideración de medidas preventivas o de reparaciones podría ser un importante elemento de disuasión, en estos casos.

7. En relación a ello, un caso que se menciona, reiteradamente por todos los analistas es que las recomendaciones previstas en el Art. 19.1 operan exclusivamente *ex - nunc*, es decir hacia delante, salvo un caso referido a subsidios. No se consideran ninguna forma de reparación o para los perjuicios económicos ocasionados por una medida que finalmente ha sido calificada por la OMC como inconforme con el sistema internacional de comercio.

8. Finalmente, no puede dejarse de lado la importancia que uno de los principales demandantes en este caso haya sido la Unión Europea que al momento de conocerse el contenido de las determinaciones del Órgano de Apelación y de sus recomendaciones ya anunciaba una serie de medidas de retaliación en caso que los Estados Unidos no hubiera derogado las salvaguardias en cuestión. Esto nos da pie a considerar junto con Chad Bown⁷⁹ que las probabilidades de éxito en una disputa parecen ser mayores si un Miembro es bilateralmente poderoso y está en condiciones de hacer cumplir sus derechos a través de reales o potenciales amenazas de retaliación contra el Miembro demandado.

9. Un factor adicional que debe tenerse en cuenta es el referido a las demoras que pueden ocurrir en la implementación por parte del Miembro perdedor de la recomendación formulada por el Órgano de Solución de Diferencias. Información estadística elaborada por Davey⁸⁰ nos muestra como en el margen de acción y maniobra que el Miembro perdedor tiene para poner la norma impugnada, puede también, dependiendo de su peso comercial, jugar con los tiempos.

⁷⁹ Chad Bown, Op. cit. Págs 11 y 12. Bown indica, inclusive, que estas consideraciones de seguridad pueden hacer que un Miembro se sienta más tentado a involucrarse en una disputa.

⁸⁰ Davey, Op. cit. Págs. 17-21. nos presenta casos en que países desarrollados pueden demorar hasta 28 meses en poner la norma impugnada en conformidad con la OMC y también algún país en desarrollo que ha llegado hasta los 20 meses para hacer lo dispuesto por el Órgano de Apelación.

Capítulo 4

Comentarios y Conclusiones:

Lo desarrollado en este trabajo nos muestra que la OMC, a través del mecanismo de solución de diferencias, no constituye un ente supranacional ni un órgano de gobierno mundial, sino tan solo lo que podría el propio Pascal Lamy, ha calificado “*un embrión de de gobernanca mundial*”⁸¹. Pero ¿este embrión se convertirá, efectivamente, alguna vez en un ente de gobernanca mundial?

El embrión de gobernanca mundial puede observarse, de alguna manera, en el rol de monitoreo que el proceso de notificaciones permite a los Miembros de la OMC. Ello brinda transparencia y oportunidad de acción frente a la adopción de disposiciones de carácter comercial por parte de cualquier Miembro que pudieran considerarse de carácter unilateral, restrictiva o inconformes con el sistema internacional de comercio. En el caso mostrado en el capítulo anterior, el monitoreo multilateral procedió desde la etapa misma en que un Miembro, de conformidad con su legislación interna, inició la investigación que podría llevar a la aplicación de este tipo de medidas. En este caso, a través del Comité de Salvaguardias, y en virtud del Acuerdo sobre Salvaguardias, los miembros de la OMC, que pudieran ver afectados sus derechos como exportadores de los productos bajo investigación, tienen el derecho a sostener consultas con el Miembro que ha iniciado la investigación.

En ese sentido, se debe mencionar la necesidad que al momento de llevar a cabo los procesos de investigación, las legislaciones nacionales se adecuen a los preceptos de la OMC.

⁸¹ Pascal Lamy , Op. cit.

Hemos visto que, por ejemplo, que para el caso de las salvaguardias, los Estados Unidos no consideran en su Ley de Comercio de 1994 la necesidad de expresar una explicación razonada y adecuada de la “evolución imprevista de las circunstancias”, condición que si es requerida por el Art. XIX del GATT de 1994 y por el Acuerdo sobre Salvaguardias. Eso demuestra que algunos Miembros mantienen la diferencias entre su ley nacional y las normas de la OMC y aplican con preeminencia las primeras sobre las disposiciones internacionalmente aceptadas, no solo en lo formal sino en lo sustantivo y en lo relativo a los procedimientos.

Al respecto, debe señalarse que aunque un Miembro haya cumplido con poner la salvaguardia cuestionada (o cualquier otra medida) de conformidad con las normas de la OMC, ello no necesariamente significa la modificación de las normas sustantivas internas que sus autoridades nacionales aplicaron para llegar a tal determinación.

El recuento que se ha efectuado en el capítulo anterior nos ha permitido apreciar en forma concreta el funcionamiento de las disposiciones del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC, el cual es considerado uno de los elementos más importantes resultantes de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales y piedra angular del actual sistema multilateral de comercio, y que basa su funcionamiento en los principios de rapidez, equidad, previsibilidad, efectividad y mutua aceptabilidad. Prueba de ello es que según un informe del Banco Mundial⁸², el 88% de los casos han sido ganados por los reclamantes; a lo que se debe añadir que no existe evidencia atendible que permita sugerir que en el mecanismo haya algún tipo de sesgo contra los países en desarrollo, sean éstos reclamantes o demandados.

⁸² Holmes, Rollo and Young, Op. cit. Pág. 17.

En ese sentido, a diferencia del anterior mecanismo de solución de diferencias que funcionó durante el GATT de 1947, en que el criterio de consenso positivo impidió la adopción de los informes evacuados por los grupos especiales, el mecanismo de solución de diferencias de la OMC es sumamente previsible y claro, evitando el inmovilismo y el bloqueo. De otro lado, la incorporación del Órgano de Apelación, constituye una aplicación del principio jurídico de doble instancia, que aporta mayor seguridad y confianza al sistema, permitir la revisión del examen efectuado por el Grupo Especial.

Debe subrayarse, asimismo, el espíritu que anima al mecanismo de solución de diferencias de la OMC de alentar durante las etapas de Consultas y de los Grupos Especiales la posibilidad de que las partes en disputa puedan llegar a un acuerdo mutuamente satisfactorio, lo cual, siguiendo a Petersmann, entalla un importante espectro de ámbitos para la solución mutuamente acordada de las disputas, pero, al mismo tiempo, debe señalarse, puede generar espacios de presión de una parte sobre otra, distintos a los estrictamente jurídicos. En ese sentido, es necesario el fiel cumplimiento de la notificación oportuna de los acuerdos obtenidos ante la OMC para que se pueda monitorear la legalidad de lo convenido y que no se afecten los derechos de terceros.

Debe subrayarse que, en esencia, el texto del Entendimiento sobre Solución de Diferencias no concibe ni considera al mecanismo de solución de diferencias como un procedimiento contencioso, por ello es que inclusive los informes de los Grupos Especiales y del Órgano de Apelación concluyen emitiendo *recomendaciones* y no resoluciones ni sentencias, subrayándose que el objetivo del mecanismo de solución de diferencias es hallar una solución

positiva a tales diferencias y que se debe dar siempre lugar a una solución mutuamente aceptable para las partes.

He aquí un elemento a tener presente al momento de evaluar la aspiración de supranacionalidad de la OMC y su mecanismo de solución de diferencias: como entidad de carácter interestatal, el OSD se limita a recomendar, porque se deja un importante espacio de deferencia a las normas internas de los Miembros. Una deferencia que recorre los Acuerdos de la Ronda Uruguay a todo lo largo, pues ya en el Art. XVI.4 del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC, se menciona que “*Cada miembro se asegurará de la conformidad de sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos con las obligaciones que le impongan los Acuerdos anexos*”, es decir deja al criterio de cada Miembro que se ocupe de generar conformidad. La OMC no modifica *per se* la legislación interna de sus Miembros.

Las recomendaciones que los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación, elevan al OSD, como hemos visto, suelen restringirse a que la parte demandada perdedora ponga en conformidad con las normas de la OMC las medidas que han sido encontradas incompatibles, lo que deja un relativo grado de libertad a la parte perdedora para que proceda a tal adecuación, aunque la recomendación podría incluir, además sugerencias de las formas de cómo podría proceder. Este es un elemento importante a tener presente en la discusión sobre la aspiración de supranacionalidad de la OMC y su mecanismo de solución de diferencias, pues en la medida que no es la OMC la que directamente modifica la medida cuestionado sino que *recomienda* a la parte perdedora a que lo haga, de conformidad su propio ordenamiento interno

en lo formal y, además, en lo sustantivo, decida el contenido mas adecuado, en el que no se perderán vista sus intereses, para acoger la recomendación formulada.

Hasta 1999, sólo en dos oportunidades los Grupos Especiales habían ido más allá de esas recomendaciones generales. En ambas oportunidades, los Grupos Especiales recomendaron el levantamiento de la norma incompatible, con un innegable efecto *ex – nunc*, es decir, hacia adelante, en uno de esos casos; y con un potencial efecto *ex – tunc*, es decir retroactivo, en el otro, ocasión en que el Grupo Especial sugirió la revocatoria de la norma incompatible⁸³.

Un tema vinculado a lo anterior, y cuya evaluación entraña, obviamente, una extrema dificultad, es el referido a la consideración de reparaciones por el menoscabo de derechos producido durante la vigencia de la norma que finalmente ha sido declarada incompatible. ¿Cómo acogerían los Grupos Especiales o el Órgano de Apelación la solicitud de una parte reclamante si además del levantamiento o retiro de la norma incompatible, requirieran el pago de una reparación?; ¿Los Grupos Especiales o el Órgano de Apelación podrían, motu proprio, incluir en sus recomendaciones el pago de reparaciones, aunque la parte reclamante no lo hubiera solicitado?.

Este tema, como ha mencionado Petersmann ya ha sido puesto en la mesa con anterioridad, aunque aparentemente no ha merecido suficiente acogida, pero debe tenerse presente el importante daño que determinado país puede sufrir en la medida que la norma impugnada continúe afectando, hasta su remoción definitiva, un importante volumen o valor

⁸³ Horn y Mavroidis, Op. cit. Pág 13.

de exportaciones, más aún si no se tiene previsto en el texto del Entendimiento de Solución de Diferencias la utilización de medidas provisionales. La posibilidad de que este tema u otros se pudieran tratar o eventualmente incorporar a la normativa internacional es, obviamente, un atribución que compete exclusivamente a los Miembros de la OMC. Este ejemplo es suficiente para evidenciar que la supranacionalidad no se vislumbra en la OMC; porque ella no cuenta con la delegación suficiente para poder generar su propia legislación. La voluntad de la OMC está tamizada por el compromiso de intereses entre sus Miembros.

La forma en que las recomendaciones del OSD suelen ser formuladas da lugar a que la cuarta etapa pueda convertirse en la más crítica, pues las recomendaciones estándar, como hemos visto dejan relativa discrecionalidad, inclusive en el manejo de los tiempos, a la parte perdedora para que proceda a la adecuación de la norma impugnada.

En ese sentido, Estados Unidos, a través de su Presidente ofreció y cumplió satisfactoriamente con la remoción de la norma incompatible. Sin embargo, si un Miembro demandado perdedor obrara de mala fe, podría, como señalan Horn y Mavroidis simplemente efectuar ajustes cosméticos a la norma impugnada y mantener, en el fondo la restricción incompatible, lo cual obligaría a la parte reclamante a recurrir nuevamente al Grupo Especial para que se pronuncie sobre este asunto, de manera que un *pensamiento cínico*⁸⁴ podría imaginar una infinita serie de Grupos Especiales lidiando con el mismo asunto sin llegar a una efectiva solución del caso y dejando en suspenso la aplicación de compensaciones, o la ulterior suspensión de concesiones, que son las medidas previstas, en caso del incumplimiento de la recomendación. La existencia de esta posibilidad afecta la capacidad de la OMC para

⁸⁴ Horn y Mavroidis, Op. cit..

disuadir a los Miembros a adoptar y aplicar normas que pudieran restringir indebidamente el comercio.

Esto nos lleva a concluir que el grado de efectividad de la OMC y, por ende, de su Mecanismo de Solución de Diferencias estará siempre en función al compromiso político de los Miembros, en especial de los Miembros más poderosos, tal como objetivamente lo ha reconocido el Consejo Consultivo de la OMC.

A los Miembros y sólo a los Miembros corresponde el impulso de la acción, está en la potestad de los Miembros, por tanto, excluirse voluntariamente (sea a través de acuerdos de integración o de comercio que establezcan mecanismos de solución de diferencias *ad-hoc*,) de acudir al mecanismo de solución de diferencias, como también lo pudiera ser como resultado de algún tipo de presión.

En los Miembros está en control del proceso y en la voluntad política de los Miembros reposa finalmente el poner en conformidad sus propias normas con las disposiciones del sistema internacional del comercio que encarna la OMC. Es decir la esencia de la OMC radica en su carácter fundamentalmente interestatal.

Es importante, en ese sentido subrayar que los Miembros menos poderosos tienen menos margen de maniobra frente a la posibilidad de retaliaciones que pudiera imponer un socio comercial más poderoso; pero, por su parte, los Miembros más poderosos tienen también una carga, distinta, que no es la de la pérdida o ganancia comercial inmediata, sino la de la responsabilidad sistémica pues enfrenta, desde el punto de vista del manejo político,

limitaciones para no quitar todo el respaldo a la OMC aunque pueda resultarles en cierta manera onerosa, porque requieren un ambiente internacional relativamente estable para el desarrollo y atención de sus intereses comerciales.

La tensión surge cuando los acuerdos de la OMC entran en contradicción con sus disposiciones nacionales y los Gobiernos se tienen que enfrentar con la presión de grupos internos de poder. Frente a ello, las negociaciones de la Ronda Doha de Desarrollo y las futuras Rondas que vengan, ¿permitirán un espacio para mejorar las actuales normas del mecanismo de solución de diferencias?.

Muy probablemente así será, se continuarán perfeccionando los procedimientos, los plazos, los modos y hasta la cooperación, pero muy difícilmente la OMC llegará a la derogación directa e inmediata de las normas internas de sus Miembros, como correspondería a una verdadera entidad que encarne un gobierno supranacional; porque la OMC es solamente un acuerdo comercial. Es cierto que es el más grande acuerdo comercial, pero no es un acuerdo de integración. Existe un objetivo común, el libre comercio, pero no una voluntad política de desarrollo común que implique ceder de manera total y definitiva el manejo soberano de sus políticas comerciales.

La OMC en ese sentido, muy probablemente vislumbrara su futuro en la medida que genere a los Miembros, especialmente a los más grandes, costos de transacción que les resulten manejables; los socios más pequeños tengan, quizás, pocas alternativas. La tendencia a la formación de grupos regionales y el actual estancamiento de la Ronda de Desarrollo de Doha

son una muestra que los países van a preferir aquellos espacios donde los costos de transacción sean menores o simplemente preferirán no asumir ninguna responsabilidad legislativa internacional o mundial.

El futuro de la OMC, en suma, dependerá del compromiso político con el que los principales socios asuman el reto de concretar un verdadero espíritu cooperativo para la regulación del comercio internacional, pero de ahí dista mucho a que la OMC busque conformar una verdadera entidad supranacional.

Bibliografía

- Abbott, Kenneth W.; Robert O. Keohane; Andrew Moravcsik; Anne-Marie Slaughter and Duncan Snidal. “The concept of Legalization”, in *International Organization*, Vol. 54, No. 3, Cambridge University, 2000.
- Abbot, Kenneth W. and Duncan Snidal. “Hard and Soft Law in International Governance”, in *International Organization* Vol. 54, No. 3, Cambridge University 2000.
- *Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio*. 1947. GATT, Ginebra, Suiza.
- Alonso Casellas, Cristina; Cristina Bozzo; Graciela S. Ferro; León A. Gos y María Rosa Stabile. *Solución de Controversias en los sistemas de Integración, El caso del Mercosur*. Instituto Nacional de la Administración Pública, serie INAP – AAG, DNEYD – CEPAS, Buenos Aires, Ed. 1999.
- Bown, Chad: *Participation in WTO Dispute Settlement: Complainants, Interested Parties and Free Riders*, The Brookings Institution & Brandeis University, Revised: January 2005.
- Cohen, Benjamín J. *La organización del dinero en el mundo, La economía política de las relaciones monetarias internacionales*, Fondo de Cultura Económica, 1984, México D.F.
- Correa, Ana María, *La OMC: ¿más allá de la interestatalidad?*. Serie Magíster, volumen 55 Universidad Simón Bolívar, Abya Yala, Corporación Editorial Nacional, Quito 2005.

- Davey, William J.; *Implementation in WTO Dispute Settlement: An Introduction to the Problems and Possible Solutions*, RIETI Discussion Paper Series 05-E-013, Tokio, March 2005.

- Goldsetin, Judith; Miles Kahler; Robert O. Keohane and Anne-Marie Slaughter, "Introduction: Legalization and Word Politics", in *International Organization* Vol. 54, No. 3, Cambridge University 2000.

- Hauser, Heinz and Monika Butler: *The WTO Dispute Settlement System: A First Assessment from an Economic Perspective*, DEEP Université de Lausanne. Center Tilburg University & CEPR and Universitat St. Gallen, February, 2000.

- Holmes, Peter et al, *Emerging Trends in WTO Dispute Settlement. Back to the GATT?*, The World Bank, Development research Group, Trade, September 2003.

- Horn, Henrik and Petros C. Mavroidis; *Remedies in the WTO dispute settlement system and developing country interest*, Institute for International Economic Studies, Stockholm University. Centre for Economic Policy Research – University of Neuchatel. April 1999.

- Keohane, Robert y Joseph Nye, *Poder e Interdependencia*. Grupo Editor Latinoamericano, 1998, Buenos Aires.

- Keohane, Robert O. *Instituciones Internacionales y Poder Estatal* en Ensayos sobre teoría de las relaciones internacionales. Grupo Editor Latinoamericano. Ediciones 1993 y 1989. Buenos Aires.

- Lamy, Pascal, *¿Hacia una gobernanza mundial?, disertación inaugural del curso de “Master of Public Affairs” en el Instituto de Estudios Políticos de París, 21 de octubre de 2005.*

- Lundberg, Rikard, *The multilateral trade regime and dispute settlement –Aspects of the WTO dispute settlement system*, Faculty of Law, University of Lund, Fall, semester 1999.

- Moraes, Henrique Choer, *A OMC entre o realismo e idealismo* (parte II).

- Organización Mundial del Comercio: *Los Resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales, Los textos jurídicos, Secretaría del GATT, 1994.*

- Organización Mundial del Comercio, página web: www.wto.org.

- Ostry, Sylvia, *Reinforcing the WTO*, Group of Thirty, Washington D.C., January 1998

- Petersmann, Ernst-Ulrich, *Implementation of WTO Rulings: The role of Courts and Legislatures in the US and other jurisdictions (EC, China)*. Discussion paper for session 7. Columbia University April 2006 Conference on the WTO AT 10.

- Read, Robert: *Trade dispute settlement mechanisms: the WTO dispute settlement understanding in the wake of the GATT*, Lancaster University Management School, Working paper, 2005/012.
- Ruiz Díaz Labrado, Roberto, *Supranacionalidad e Integración*, Copyright 2004 - C.E.D.U.C. | Universidad Católica de Asunción. Paraguay 2004.
- Scholte, Jan Aart; Robert O'Brien and Marc Williams *The WTO and the civil society*, The University of Warwick CSGR, ESRC, CSGR Working Paper No. 14/98, July 1998
- Sutherland, Peter (President), Jagdish Bhagwati, Kwesi Botchwey, Niall Fitzgerald, Koichi Hamada, John H. Jackson, Celso Lafer y Thierry de Montbrial, *El Futuro de la OMC, Una respuesta a los desafíos institucionales del nuevo milenio, Informe del Consejo Consultivo de la OMC al Director General Supachai Panitchpakdi*, Organización Mundial del Comercio, Ginebra, 2004.
- The White House, página web (www.whitehouse.gov).
- WT/DS248/AB/R, WT/DS249/AB/R, WT/DS251/AB/R, WT/DS252/AB/R, WT/DS253/AB/R, WT/DS254/AB/R, WT/DS258/AB/R, WT/DS259/AB/R, de 10 de noviembre de 2003: Estados Unidos: Medidas de Salvaguardia definitivas sobre las importaciones de determinados productos de Acero. AB-2003-3. Informe del Órgano de Apelación.
- WT/DS248/R, WT/DS249/R, WT/DS251/R, WT/DS252/R, WT/DS253/R, WT/DS254/R, WT/DS258/R, WT/DS259/R, de 11 de julio de 2003: Estados Unidos:

Medidas de salvaguardia definitivas sobre las importaciones de determinados productos de acero. Informes del Grupo Especial.
