



MAESTRIA EN RELACIONES Y NEGOCIACIONES INTERNACIONALES

CICLO 2007/2008

TRABAJO DE DISERTACIÓN FINAL

**“LA PARTICIPACIÓN DE LOS PAISES EN DESARROLLO EN EL SISTEMA DE
SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC:**

Factores que condicionan la iniciación de demandas”

AUTORA: Carmen Fernández Cruz

DIRECTOR: Xavier Fernández Pons

Buenos Aires, Diciembre de 2011

AGRADECIMIENTOS

A Xavier Fernández Pons, por su dedicación y guía. Sin su apoyo este trabajo no hubiera sido posible.

A mis familiares y amigos, por su acompañamiento a lo largo de este proyecto.

ÍNDICE

Índice de tablas y gráficos	5
Índice de abreviaturas y acrónimos	6
INTRODUCCIÓN	7
CAPÍTULO I. EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC (SSD).....	10
I.1. Antecedentes y Evolución.....	10
I.1.a. La Carta de la Habana.....	10
I.1.b. La solución de diferencias bajo el GATT de 1947.....	11
I.1.c. Previsiones sobre solución de diferencias en los Códigos de la Ronda Tokio.....	13
I.1.d. El Sistema de Solución de Diferencias tras la Ronda Uruguay.....	14
I.2. Naturaleza jurídica.....	16
I.3. Propósitos.....	19
I.4. Alcance de la jurisdicción.....	21
I.5. El Órgano de Solución de Diferencias.....	21
I.6. Fases del procedimiento.....	22
I.6.a Consultas.....	23
I.6.b El procedimiento ante el Grupo Especial (GE).....	24
I.6.c El procedimiento ante el Órgano de Apelación (OA).....	26
I.6.d La aplicación de las decisiones y recomendaciones.....	27
I.7. Nuevas negociaciones acerca del Entendimiento sobre Solución de Diferencias.....	29
CAPÍTULO II. LOS PAISES EN DESARROLLO Y EL SSD.....	30
II.1 Balance Genérico y Estadísticas del SSD.....	30
II.2 ¿Por qué es importante participar en el SSD?.....	36
II.3. El SSD desde la perspectiva del desarrollo.....	37
II.4.Participación de los PED en el SSD.....	39
II.4.a Disposiciones sobre Trato especial y diferenciado en el .ESD.....	39
II.4.b Definición de País en Desarrollo.....	40
II.4.c ¿Cómo participar?: Demandantes, Terceros interesados y “Free Riders”.....	41
II.5 Variables que influyen en la iniciación de demandas	43

CAPITULO III: LIMITANTES QUE ENFRENTAN LOS PED EN EL SSD.....	49
III.1 Factores vinculados a las características de los PED.....	49
III.1.a Costos financieros.....	49
I.1.a.1 Necesidad de mecanismos nacionales para identificar barreras al Comercio Internacional.....	50
I.1.a.2. Recursos económicos y personal capacitado	52
III.1.b Miedo a perder privilegios	54
III.2 Factores inherentes al sistema.....	56
III.2.a La fase de consultas.....	56
III.2.b El procedimiento ante el Grupo Especial (GE).....	59
III.2.c Aplicación de las recomendaciones y resoluciones.....	62
III.2.c.1. Recomendaciones no específicas.....	63
III.2.c.2. El carácter prospectivo del cumplimiento y los “remedios”.....	64
III.2.c.3. Remedios previstos en el ESD: Compensación y Suspensión de concesiones u otras obligaciones”.....	66
III.2.c.4. El problema de la secuencia entre los Arts. 21.5 y 22 del ESD.....	71
III.2.c.5. Propuestas de mejora.....	72
CAPITULO IV: ¿CÓMO SUPERAR LAS ASIMETRÍAS?	75
IV. 1 Asistencia técnica y Capacity-building.....	75
IV.1.a. Asistencia Técnica de la Secretaría de la OMC.....	75
IV.1.b. El Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC (ACWL).....	76
IV.1.c. Pluralidad de actores vinculados a la asistencia técnica y necesidad de empoderamiento.....	78
IV.2. Mecanismos para identificar barreras al comercio y alianzas con el sector privado...80	
IV.3 Compromiso con las negociaciones sobre las reformas del ESD.....	84
CONCLUSIONES.....	86
BIBLIOGRAFÍA.....	94

ÍNDICE DE TABLAS Y GRÁFICOS

CAPÍTULO I

Cuadro I.1: Medios Políticos y legales del SSD.....	17
Cuadro I.2: Diagrama del proceso de solución de diferencias	23

CAPÍTULO II

Cuadro II.1: Evolución de las controversias presentadas.....	30
Cuadro II.2: Principales Miembros reclamantes.....	31
Cuadro II.3: Principales Miembros demandados.....	32
Cuadro II.4: Controversias presentadas por acuerdo.....	34
Cuadro II.5: Estado de las controversias.....	35

Capitulo III

Cuadro III.1: Plazos de jure vs. plazos de facto.....	60
---	----

ÍNDICE DE ABREVIATURAS Y ACRÓNIMOS

ACWL	Advisory Centre on WTO Law/ Centro de Asesoría Legal en asuntos de la OMC
ACP	Grupo de Estados de África, el Caribe y el Pacífico
ADPIC	Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio
AGCS	Acuerdo General sobre Comercio de Servicios
CAMEX	Cámara de Comercio Exterior de Brasil
CE	Comunidades Europeas
CIJ	Corte Internacional de Justicia
EE.UU.	Estados Unidos
ESD	Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias
GATT	General Agreement of tariffs and Trade
GE	Grupo Especial
MEPC	Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales
NMF	Nación más favorecida
OA	Órgano de Apelación
OIC	Organización Internacional del Comercio
OMC	Organización Mundial del Comercio
ONG	Organizaciones no gubernamentales
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OSD	Órgano de Solución de Diferencias
PED	Países en Desarrollo
PMA	Países Menos Adelantados
SSD	Sistema de Solución de Diferencias
UNCTAD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo
USTR	Representante Comercial de los Estados Unidos

“Las realidades políticas impregnan por doquier las relaciones internacionales y el derecho internacional no se fortalece aislándolo de esas realidades, sino adquiriendo conciencia del lugar que dichas realidades ocupan y midiendo el obstáculo que para él representan”.

Charles De Visscher

INTRODUCCIÓN

Uno de los elementos de la Organización Mundial del Comercio (OMC) que mayor interés suscita entre la doctrina es su sistema de solución de diferencias, a través del cual los Miembros tratan de garantizar que las normas de la organización serán respetadas. De ahí que todos los autores que tratan el tema coinciden en que el Sistema de Solución de Diferencias de la OMC (SSD) es esencial para el funcionamiento y credibilidad de la organización.

Cuando se creó la OMC en el año 1995, había gran expectativa de que el mecanismo que se establecería a través del “Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias” (en adelante, Entendimiento sobre Solución de Diferencias o ESD) sería más eficiente que el contemplado en el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) de 1947. Se pensaba que la introducción de un sistema más legalista limitaría la vieja práctica de dirimir los conflictos comerciales por la vía política y, a su vez, impediría el abuso de algunos Miembros que aplicaban medidas comerciales unilaterales con cierto nivel de impunidad.

Hoy, pasados más de 15 años desde su creación, podría afirmarse que la consolidación del SSD es indiscutible y el gran número de casos presentados ante el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) evidencia la confianza que han depositado muchos de sus Miembros en él. Sin embargo, factores relacionados con el funcionamiento del sistema propiamente dicho, así como las diferencias estructurales entre las grandes potencias económicas y el resto de los países, han planteado la interrogante: ¿todos los Miembros de la OMC están en igualdad de condiciones para acceder y utilizar efectivamente el SSD?

El objetivo de este trabajo es responder esa pregunta. Nos interesa determinar si el SSD es un mecanismo que los países en desarrollo (PED) pueden utilizar cada vez que lo requieren, qué incentivos tienen para acceder a él y qué factores podrían obstaculizar su uso. Partimos de la premisa de que bajo la categoría de “países en desarrollo” se engloban realidades disímiles y economías heterogéneas, por ello más allá del análisis estadístico que se

necesita para determinar el nivel de participación de los PED en el SSD, nos hemos centrado en un análisis cualitativo que analiza cómo influyen el nivel de desarrollo de los Miembros de la OMC y la estructura del mecanismo en la iniciación de demandas comerciales.

Para la realización de este trabajo de investigación hemos utilizado las siguientes fuentes: estadísticas de la Secretaría de la OMC, Base de Datos Integrada de Controversias Comerciales de la CEPAL, recomendaciones y resoluciones de los Grupos Especiales y Órgano de Apelación, documentos emanados de distintos Comités de la OMC, propuestas de diversos países Miembros para la mejora del ESD y diversas fuentes doctrinales. Cabe destacar que las diversas fuentes bibliográficas que hemos utilizado responden al enfoque multidisciplinario que caracteriza esta cuestión, que abarca desde aspectos de derecho internacional hasta temas de política y economía.

Hemos estructurado esta tesis en cuatro capítulos:

En el Capítulo I haremos un breve recuento de los antecedentes y evolución del SSD; comenzando con la Carta de la Habana, siguiendo con las disposiciones sobre solución de diferencias en el GATT del 1947 y en los Códigos de la Ronda Tokio; acto seguido presentaremos los cambios introducidos con el ESD tras la Ronda Uruguay y las nuevas negociaciones que se llevan a cabo para la mejora del Entendimiento. Posteriormente nos ocuparemos de realizar un análisis sobre el SSD, estudiaremos su naturaleza jurídica, sus propósitos, el alcance de su jurisdicción, los órganos que intervienen en un procedimiento de solución de diferencias y las diferentes fases en que se divide el mismo.

En el Capítulo II veremos algunos datos estadísticos y cuestiones conceptuales que facilitarán la comprensión del núcleo de nuestro trabajo. Haremos un balance genérico para ver cómo ha funcionado el SSD hasta la actualidad, también veremos porqué es importante hacer uso del mecanismo y qué factores suelen motivar las demandas. En este capítulo haremos especial énfasis en la participación de los PED en el SSD, veremos cuáles han sido los que han participado con mayor frecuencia y qué razones los han motivado.

El Capítulo III es el eje central de nuestra investigación, en éste haremos un análisis minucioso de las limitantes que enfrentan los PED en el SSD. Hemos dividido este capítulo en dos secciones, la primera está dedicada al estudio de las limitantes que enfrentan algunos Miembros de la OMC en su condición de PED, a las que hemos llamado “factores

vinculados a las características de los PED”; en la segunda sección nos proponemos analizar si existen condicionantes en la estructura y en el funcionamiento del SSD que no favorecen la participación de los PED, a éstas las hemos llamado *“factores predeterminados o inherentes al sistema”*. Para la elaboración de este capítulo hicimos uso extensivo de varios documentos elaborados por los propios Miembros en el marco de las negociaciones para la mejora del Entendimiento.

Finalmente, en el Capítulo IV plantearemos posibles estrategias para mitigar las limitantes mencionadas. Aquí nos proponemos evaluar las acciones que se pueden llevar a cabo a nivel multilateral y a través de políticas domésticas.

CAPÍTULO I. EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC (SSD)

I.1. Antecedentes y evolución.

El sistema de solución de diferencias de la OMC es frecuentemente calificado como una de las más importantes innovaciones de la Ronda Uruguay, sin embargo debe aclararse que tal innovación es relativa. El anterior sistema multilateral de comercio, basado en el GATT de 1947, ya contaba con un mecanismo de resolución de disputas, que se sustentaba en los artículos XXII y XXIII del acuerdo. Posteriormente, esos artículos sirvieron como base para la arquitectura del actual SSD.

Como señala Sáez (2006: 7): “La calidad de un acuerdo internacional, así como cualquier sistema jurídico, es función del contenido sustantivo de sus disposiciones y la capacidad de hacer cumplir esas obligaciones. El GATT de 1947 mostró fortaleza respecto a lo primero y debilidad en lo segundo. Es por ello que ha sido ampliamente reconocido que el Entendimiento relativo a las normas y procedimiento por los que se rige la solución de diferencias (ESD) de la OMC, negociado en la Ronda Uruguay, constituye un avance sustantivo respecto del antiguo sistema GATT”.

Al momento de evaluar el actual procedimiento de solución de diferencias debemos reconocer los avances que significó desde un punto de vista jurídico, y al mismo tiempo, reconocer que muestra deficiencias. La forma de abordar estas deficiencias debe tener en cuenta las realidades políticas. En particular, el sistema de solución de diferencias en el ámbito de la OMC debe transitar por un delicado balance que por una parte provea a sus Miembros de espacios políticos que les permitan acoger e implementar recomendaciones y por otro que tenga en cuenta su viabilidad política, de forma tal que el sistema proteja los intereses del conjunto de sus Miembros (McCall Smith, 2003). Además, como señala Hudec (1999) un sistema legal internacional basa su eficacia en el compromiso político que exista respecto a él más que en la naturaleza vinculante de sus procedimientos.

I.1.a. La Carta de la Habana

Fruto de los esfuerzos de reestructuración de las relaciones económicas mundiales tras la Segunda Guerra Mundial, el Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) convocó a la Conferencia Mundial sobre Comercio y Empleo. Dicho

encuentro se llevó a cabo en La Habana en noviembre de 1947 con la participación de más de 50 países.

Como consecuencia de la denominada Conferencia de la Habana, se elaboró una Carta constitutiva de una organización internacional, que tomó el nombre de “Carta de La Habana” y que contemplaba la creación de la Organización Internacional del Comercio (OIC). Además, la Carta se ocupaba de temas muy diversos y ambiciosos para aquella época, tales como política de competencia, abastecimiento de productos básicos y estándares laborales (Ablin, 2006:3).

La Carta contaba con un capítulo dedicado a la solución de controversias. Se establecía que en caso de no llegar a solución a través de consultas ni de acordarse resolverla por arbitraje (Art.93), el Miembro interesado podía dirigirse al Consejo Ejecutivo de la OIC para que éste iniciara una investigación y podía aprobar, por mayoría, las oportunas decisiones y recomendación (Art.78). También se contemplaba la posibilidad de plantear un ulterior recurso ante la Corte Internacional de Justicia (Art. 96.4).

La Carta de la Habana para entrar en vigor debía ser ratificada por la mayoría de los Estados signatarios. No obstante, cuando el gobierno de los EE. UU. anunció en 1950, frente a la renuencia del Congreso para considerarla, que no insistiría con la solicitud de ratificación, los demás Estados se abstuvieron entonces de hacerlo, con lo cual la Carta no llegó a entrar en vigencia.

1.1.b. La solución de diferencias bajo el GATT de 1947

El GATT de 1947 fue visto en sus inicios como un acuerdo de carácter transitorio, en espera del establecimiento de la OIC, que permitía la aplicación provisional de las disposiciones del Capítulo IV de la Carta de la Habana titulado “Política Comercial”.

El Art. XXII del GATT preveía la celebración de consultas. Por su parte, el Art. XXIII titulado “Anulación o menoscabo”, establecía en su párrafo 1 que una parte contratante podría incoar esta acción cuando considerara que una ventaja resultante para ella directa o indirectamente del acuerdo se hallara anulada o menoscabada, o bien que el cumplimiento de uno de los objetivos del acuerdo se hallara comprometido, ya sea porque una parte contratante no cumpliera con las obligaciones contraídas en virtud del acuerdo, aplicara una medida contraria o no a las disposiciones del acuerdo o que existiera otra situación. El párrafo 2 del mismo artículo establecía que si las partes interesadas no llegaban a un arreglo satisfactorio

en un plazo razonable, la controversia podría ser sometida al conjunto de las partes contratantes para que éstas, tras realizar una encuesta o investigación sobre el caso, formularan recomendaciones o dictaran una resolución, y en caso de ser necesario, autorizaran sanciones a la parte recalcitrante.

El sistema de arreglo de controversias del GATT de 1947 no contemplaba la posibilidad de un “segundo grado” ni de recurrir a la CIJ. Podría definirse como una “solución institucional por decisión de un órgano político”, siendo las partes contratantes quienes actuando colectivamente (en la práctica, el Consejo del GATT de 1947) podrían llegar a determinar por decisión mayoritaria los términos de solución de las controversias (Fernández Pons, 2006, Pág. 65).

Sin embargo, el sistema fue sufriendo modificaciones que alteraron su propia naturaleza. En palabras de Jackson (1990, Págs. 51-52), fue una compleja síntesis de dos enfoques contrapuestos, tendentes, respectivamente a “juridificar” o a “politizar” el procedimiento. Por un lado, se generalizó la práctica de encomendar el examen de los aspectos fácticos y jurídicos de las controversias a comisiones compuestas por representantes de las partes contratantes denominados “Grupos de Trabajo”. Posteriormente tales comisiones pasaron a estar integradas por expertos actuando a título personal, siendo llamadas “Grupos Especiales” o “Panels”. Por otro lado, para la adopción del informe del Grupo Especial, así como para la autorización de sanciones a la parte incumplidora, se impuso la necesidad de “consenso” de todas las partes, incluyendo a las implicadas en la controversia (Fernández Pons, 2006, Pág. 66).

Esta exigencia de “consenso positivo” permitía que la parte demandada pudiera bloquear el establecimiento de un grupo especial, así como la adopción del informe de dicho grupo. Ahora bien, esto no se convirtió en la regla de la solución de diferencias del GATT de 1947. Las partes demandadas permitían el establecimiento de grupos especiales, incluso cuando ello le ocasionara detrimentos a corto plazo. “Esta conducta puede explicarse por el interés sistémico que había a largo plazo: el uso excesivo del derecho al veto provocaría desconfianza y falta de credibilidad, lo cual pondría en riesgo al propio sistema multilateral de comercio” (OMC, 2004, Pág. 13).

Los PED manifestaron preocupación acerca de la eficacia del mecanismo para lidiar con el desigual poder de regateo entre las grandes y pequeñas economías. Surgieron varias propuestas de reformas, entre ellas la de Brasil y Uruguay que incluía una compensación

adicional y una retaliación automática a favor de los PED, cuando éstos planteaban una disputa contra un país desarrollado (Stewart, 1993, Págs. 2678-9). Estas propuestas no prosperaron, el sistema adoptó reformas menos radicales, como por ejemplo la participación del Director General del GATT en los casos que involucraran países en desarrollo y países desarrollados (Delich y Weston, 2000, Pág.8).

El SSD del GATT 1947 fue relativamente efectivo en la mayoría de los casos que le fueron presentados¹. Sin embargo, debe reconocerse que era un sistema con importantes debilidades estructurales. El temor de que una parte ejerciera su derecho al veto provocó que un número significativo de disputas nunca fueran presentadas. Además, el riesgo de que una parte pudiera bloquear la adopción del informe de un grupo especial influía en la resolución que emanaba del mismo. Los Miembros del grupo especial, más allá de evaluar la validez jurídica de la demanda, se veían en la necesidad de proponer soluciones “diplomáticas” que pudieran ser aceptables para ambas partes involucradas en la disputa. En palabras de Guy Ladreit de Lacharriere (citado por Fernández Pons, 2006, Pág. 67): “la finalidad del mecanismo no era asegurar el cumplimiento estricto de la norma, sino llegar a una decisión mutuamente aceptada por las partes involucradas”.

1.1.c. Previsiones sobre la solución de diferencias en los Códigos de la Ronda Tokio

La Ronda Tokio produjo ciertas reformas en el mecanismo de solución de diferencias del GATT así como una variedad de reglas especiales bajo los códigos plurilaterales. El nuevo entendimiento clarificó el trabajo, procedimiento y composición de los grupos especiales (Delich y Weston, 2000, Pág. 9). Mientras los Estados Unidos propiciaron la adopción automática de los informes de los paneles de especialistas, la Unión Europea argumentó a favor de preservar la flexibilidad diplomática del sistema GATT. Como consecuencia, el acuerdo alcanzado en la Ronda Tokio sobre la interpretación de los artículos XXII y XXIII no hizo más que convalidar el status quo (Delich, 2000, Pág.10).

Algunos códigos plurilaterales que surgieron de la Ronda Tokio (1973-79), como por ejemplo el de Anti-Dumping, tenían sus propios mecanismos de solución de diferencias. Éstos eran muy limitados, no sólo porque cubrían aspectos muy específicos del comercio multilateral,

¹ Sobre este tema cabe mencionar los aportes de Robert Hudec (1993), quien concluyó que de un total de 207 disputas presentadas entre 1948 y 1989, el 89% de éstas tuvo un resultado “satisfactorio” o “parcialmente satisfactorio”, entendiéndose por “satisfactorio” el reclamo que consiguió la remoción de la medida en disputa, y “parcialmente satisfactorio” el reclamo que, aunque no consiguió la completa remoción de la medida impugnada, consiguió una acción reivindicativa lo suficientemente importante como para considerar que el reclamo fue exitoso.

sino porque eran aplicables únicamente a los Miembros signatarios de dichos códigos (en su gran mayoría países desarrollados). La expresión de que el sistema multilateral de comercio anterior a la creación de la OMC era un “sistema a la carta”, podría aplicarse también a los mecanismos de solución de diferencias. En los casos en que una disputa podía ser resuelta tanto por el GATT de 1947 como por uno de los “Códigos de la Ronda Tokio”, el demandante tenía margen para hacer “forum-shopping” o “forum duplication”, es decir podía elegir el acuerdo y el mecanismo que más le favoreciera, o iniciar dos disputas separadas bajo distintos acuerdos, pero sobre un mismo asunto (OMC, 2004, Pág.15).

Como indica Fernández Pons (2006, Págs. 69-70): “Las debilidades del sistema se pusieron especialmente de relieve a partir de los años ochenta, cuando se incrementaron los casos de obstruccionismo del procedimiento, de bloqueo a la adopción de los informes de los grupos especiales y de recurso a medidas unilaterales de retorsión y represalia al margen del sistema. Ello explicaría que uno de los principales temas a negociar en la Ronda Uruguay fuese mejorar y fortalecer las normas y procedimientos del proceso de solución de diferencias, reconociendo la contribución que prestarían unas normas y disciplinas multilaterales y más eficaces y exigibles al desarrollo de un sistema multilateral del comercio más abierto, viable y duradero”.

1.1.d. El Sistema de Solución de Diferencias tras la Ronda Uruguay

El SSD, tal como se conoce hoy en día, se crea a través del “Entendimiento sobre Solución de Diferencias” (ESD), como parte de los resultados de la Ronda Uruguay. Al igual que los demás acuerdos multilaterales de la OMC, que son concebidos como un “compromiso único” o “single undertaking”, el ESD vincula a todos los Miembros de la Organización por el mero hecho de serlo, sin requerir una ulterior y específica presentación del consentimiento.

El ESD rige las diferencias que se planteen con respecto a la aplicación de cualquiera de los “acuerdos abarcados” y establece la exclusividad del sistema de solución de diferencias de la OMC para resolver tales controversias. Esta exclusividad supone que los Miembros de la OMC, en ejercicio del principio general de la libre elección de medios de arreglo, han consentido una limitación a priori de los cauces que podrán seguir para tratar de resolver sus diferencias en el contexto del sistema multilateral del comercio (Fernández Pons, 2006, Págs. 70-71).

Entre los cambios más importantes que introdujo el ESD se encuentran:

- La creación de un sistema de solución de diferencias unificado para todos los acuerdos abarcados de la OMC.
- La creación de un Órgano de Solución de Diferencias (OSD), facultado para establecer grupos especiales, adoptar los informes de éstos y del Órgano de Apelación, supervisar la implementación de las resoluciones y recomendaciones y autorizar la suspensión de concesiones u otras obligaciones.
- La creación de un Órgano permanente de Apelación, que entiende de los recursos de apelación interpuestos contra las decisiones de los grupos especiales.
- Se definen con precisión las etapas del procedimiento, fijando plazos perentorios.

La innovación más importante del ESD fue la eliminación del derecho al veto que permitía a las partes, típicamente a las demandadas, bloquear el establecimiento del grupo especial o la adopción del informe de dicho grupo. En la actualidad, el OSD está facultado para establecer grupos especiales automáticamente, adoptar los informes que emanan de éstos y del Órgano de Apelación, a menos que haya consenso para no hacerlo. Esta regla también aplica para la autorización de “contramedidas”, en caso de que haya una parte recalcitrante.

Para Montañá Mora (citado por López Cerviño, 2007, Pág. 281) este cambio del “consenso negativo” al “consenso positivo” se presta a una doble interpretación. “Desde un punto de vista práctico, la nueva regla del consenso impide que las partes en la diferencia puedan entorpecer el desarrollo del procedimiento adoptando posturas obstruccionistas en momentos clave del mismo. Desde un punto de vista conceptual, el hecho de que las recomendaciones de los grupos especiales y el Órgano de Apelación sean aprobados de manera prácticamente automática, representa una pérdida de poder de decisión por parte de los órganos políticos a favor de los órganos jurisdiccionales. Este cambio tiene consecuencias importantes a la hora de determinar la naturaleza jurídica del procedimiento de solución de diferencias en la OMC”.

Se afirma que las reformas que dieron lugar al ESD, surgieron con el objetivo de ayudar a los países Miembros a aislarse de los “poderes políticos” del antiguo sistema del GATT (Lacarte-Muro y Gappah, 2000, Pág. 401). A través de los cambios introducidos en la Ronda Uruguay, se argumentó que el sistema pasaría de ser “power oriented” a ser “ruled oriented”. Sin embargo, como veremos más adelante, a la par de los métodos legales introducidos, el sistema sigue conservando métodos políticos o diplomáticos en varias partes del procedimiento o como medios alternativos de solución.

Desde la perspectiva de los países en desarrollo, la "legalización" del proceso dio lugar al establecimiento de un sistema que podría aumentar la participación y eliminar muchas de las anteriores barreras que impedían el inicio de litigios. Sin embargo con esta "legalización", una pregunta que debemos hacernos es si las normas y no el "poder" ahora desempeñan un papel determinante en la solución de controversias, especialmente en las controversias relativas a los países en desarrollo.

Sobre este punto Shaffer (2003, Pág. 10) opina que se debe ser cauteloso. Un sistema legalista no necesariamente garantiza que los procedimientos y la reparación de daños estén disponibles para todas las partes afectadas, en particular las más débiles. *"Greater legalization of international trade dispute settlement does not come without costs"*.

I.2. Naturaleza jurídica

Estudiar el sistema que rige la solución de diferencias en la OMC demanda un enfoque multidisciplinario ya que, si bien "es un proceso jurídico en el que los países Miembros dirimen sus disputas comerciales, también es un proceso político con importantes consecuencias económicas" (Alavi, 2007, Pág. 27).

Durante la Ronda Uruguay estuvieron presentes dos enfoques. Por un lado, los Estados Unidos, fueron los principales propulsores de un mayor legalismo y una automatización del mecanismo. En la práctica evidenciaron que, de no lograrlo, seguirían recurriendo a sanciones comerciales unilaterales, con las que, desde su punto de vista, trataban de suplir las debilidades del procedimiento de los grupos especiales. Por el otro lado, las Comunidades Europeas mantuvieron tradicionalmente la visión pragmática del sistema multilateral de comercio y su mecanismo de solución de diferencias, poniendo el acento en el papel relativo de las normas multilaterales y su flexibilidad. Afirmaban que "el objetivo primordial del mecanismo es encontrar soluciones mutuamente satisfactorias, buscando una solución negociada que tenga en cuenta consideraciones jurídicas, sin que estas últimas pasen a ser necesariamente el elemento determinante" (Fernández Pons, 2006, Pág. 86).

La necesidad de poner fin al unilateralismo estadounidense contribuyó a que las Comunidades Europeas y otros negociadores acabaran compartiendo la idea de jurisdiccionalizar el mecanismo, no obstante se procuró que lo político siguiera teniendo un peso importante (Fernández Pons, 2006).

De ahí que, como señala Petersman (1997), en el actual mecanismo de solución de diferencias se conjugan métodos políticos y métodos legales. Los primeros implican que las partes “controlan” el proceso. Sin embargo, las partes en diferencia sólo controlan el proceso hasta antes de que el informe del grupo especial circule, pues luego de ello tal informe se “multilateraliza”. Por su lado, los métodos legales implican una mayor automaticidad, se guían por el interés de buscar una interpretación legal sobre un problema y el menor control de las partes sobre la actuación de los árbitros o los jueces.

El recuadro de abajo enumera cuáles son los métodos políticos y legales que contempla el ESD:

Cuadro I.1 Medios Políticos y legales del SSD.

Fuente: Petersman (1997).

MÉTODOS POLÍTICOS DE SSC	MÉTODOS LEGALES DE SSC
Consultas (artículo 4); Buenos oficios (artículo 5, 24); Conciliación (artículo 5, 24); Mediación (artículo 5, 24); Recomendaciones <ul style="list-style-type: none"> - Grupos especiales (artículo 19) - Órgano de Apelación (artículo 19) - Órgano de Solución de Diferencias (artículos 16 y 12). 	Procedimientos de Grupos Especiales (artículos 6 – 8) Procedimientos de Apelación (artículos 17 -19) Determinaciones del Órgano de Solución de Diferencias (artículo 16,17) Arbitraje entre Estados (artículo 25) Arbitraje Internacional Privado (Acuerdo sobre Inspección Previa a la Expedición)
Vigilancia del cumplimiento de las recomendaciones y determinaciones (artículo 21).	Procedimientos Legales Nacionales (por ejemplo, en materia antidumping, subvenciones, compras de gobierno y propiedad intelectual)
Compensación y suspensión de beneficios (artículo 22)	

Como consecuencia de lo anterior, en palabras de Valentina Delich: (2000, Pág. 5) *“el SSD tiene una naturaleza mixta: es un sistema procesal jurisdiccional (aunque no puro y absoluto), basado en la naturaleza económica de las relaciones en pugna. En la actividad económica internacional regulada por el sistema GATT/OMC, existió y existe un delicado equilibrio entre las opciones jurídico-institucionales y la problemática económica. Como consecuencia de ello, los mecanismos jurídicos de regulación del comercio no pueden ser evaluados con referencia a una construcción ideal de los mismos, sino en atención a la realidad económica en la cual se aplican”.*

Según López Cerviño (2007: 274), el ESD deja entrever aquella raíz heredada de su naturaleza económica-pragmática, ya que: 1) no se pretende sancionar “culpables”, sino recomponer el equilibrio roto; por ello ante un litigio, el fin último no es aplicar sanciones, sino conseguir que las infracciones sólo sean temporales y puedan cesar lo más rápidamente posible; 2) la preocupación fundamental es el restablecimiento del

funcionamiento de la organización y el logro de sus objetivos, 3) el concepto de infracción se identifica más bien con el de desventaja o pérdida. No obstante, el mismo autor señala que el sistema de solución de diferencias *“ha alcanzado una combinación de lo político y lo jurídico, proponiendo una etapa inicial con características más afines a la diplomacia y una segunda, más apegada a un esquema y particularidades jurisdiccionales”*.

Para López Cerviño (2007: 277), el ESD aún se halla en continua búsqueda de su modelo final, no obstante, el patrón que aparece prefijado, como meta a alcanzar es la efectividad en el logro de la seguridad y de la previsibilidad dentro del sistema multilateral de comercio, lo que unido a la preservación de los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados, representa una inequívoca señal de que para alcanzar la mentada “pronta solución”, el pragmatismo per se ha demostrado ser insuficiente y perjudicial, fundamentalmente para los estados de un menor peso específico. De ahí que, para arribar a esa pronta solución convergen dos elementos: un procedimiento efectivo (factor externo a los estados) y b) la buena fe en el cumplimiento del compromiso multilateral asumido (factor interno a los estados).

En este mismo tenor, Fernández Pons al abordar el tema de la naturaleza del SSD, señala que, si bien el ESD establece que “se debe dar siempre preferencia a una solución mutuamente aceptable para las partes en la diferencia”, también cabe recordar que el ESD exige que “todas las soluciones” de los asuntos planteados “habrán de ser compatibles con los acuerdos abarcados”.

Para este autor (2006: 88), la práctica misma de la OMC muestra que la explícita preferencia por una solución de mutuo acuerdo no debe ser sobrevalorada. “Los Miembros de la Organización, sirviéndose de que el ESD les garantiza una jurisdicción obligatoria, han tendido, no en pocas ocasiones, a ver las consultas preliminares como un mero formalismo y a prescindir, en gran medida de los llamados procedimientos alternativos. De hecho, la doctrina apunta que en el sistema ha prevalecido una “contentious atmosphere” que no es la más propicia para la consecución de soluciones mutuamente convenidas, ejemplo de ello es el gran número de reclamaciones entre los Estados Unidos y las Comunidades Europeas.

Fernández Pons (2006: 90-1) concluye que “lo político sigue pesando en el sistema de solución de diferencias de la OMC, pero en el contexto de los mecanismos para el arreglo pacífico de controversias internacionales, su rasgo más sobresaliente no es éste, sino el establecimiento en un marco de cooperación de vocación universal de una jurisdicción

obligatoria". Señala que "la inclinación de cada estado por un sistema de solución de diferencias más pragmático o legalista estará condicionada por múltiples factores, como: el grado de adhesión al correspondiente cuerpo de normas primarias que se trata de garantizar, las presiones de las grandes potencias o de otros actores internacionales en uno u otro sentido, la cultura jurídica de cada país, o intereses más o menos coyunturales".

Es precisamente en esto último que queremos hacer énfasis en nuestro estudio. ¿En qué situaciones los PED se han visto desprotegidos en el SSD porque al querer defender sus derechos, las grandes potencias han hecho uso de su poder político? ¿Por qué algunas diferencias planteadas por PED contra países desarrollados no han sido resueltas por métodos legales sino de forma diplomática? ¿Por qué hay un gran número de diferencias que no pasan de la etapa de consultas? ¿El gran nivel de legalismo del sistema ha favorecido a los PED o ha traído consigo nuevos costos?

Más adelante veremos que la práctica del sistema y el transcurrir de los años han demostrado que esa "judicialización" del Sistema de Solución de Diferencias no vino sin costos. El desafío de los PED, en términos de recursos económicos, *expertise* en temas de comercio internacional y capacidad institucional en general, ha aumentado. Además, la injerencia de factores políticos en el proceso de solución de las disputas comerciales continúa siendo una dificultad a la que se enfrentan los PED (cuando son beneficiarios de preferencias generalizadas), y asistencia en general, por parte de los países desarrollados.

I.3. Propósitos

Los Miembros de la OMC definieron el papel del SSD como "un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio. Los Miembros reconocen que ese sistema sirve para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados y para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público. Las recomendaciones y resoluciones del OSD no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados", Art. 3.2 del ESD.

Del párrafo anterior se desprenden varios elementos esenciales. En primer lugar, está la referencia a las "normas usuales de interpretación del derecho internacional público". Ello significa que el sistema OMC forma parte de un sistema jurídico más amplio. En la práctica,

la interpretación de los acuerdos se ha hecho siguiendo las normas usuales de interpretación codificadas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que, en sus Artículos 31 y 32 contempla los principios, y secuencia, que deben seguirse al momento de proceder a la interpretación de las disposiciones de un tratado.

En segundo lugar, se establece un límite (al menos teórico) a las resoluciones que emanan del sistema de solución de diferencias por cuanto ellas deben preservar el equilibrio de derechos y obligaciones acordados entre los Miembros de la OMC. Este principio está contenido en las disposiciones del Artículo 3.5 que señala que todas las soluciones “no deberán anular ni menoscabar las ventajas resultantes” de los acuerdos que forman parte de la OMC, ni “deberán poner obstáculos a la consecución de ninguno de los objetivos de dichos acuerdos”.

Los miembros de la OMC han reconocido que la pronta solución de las diferencias que se derivan de los acuerdos abarcados “es esencial para el funcionamiento eficaz de la OMC y para el mantenimiento de un equilibrio adecuado entre los derechos y obligaciones de los Miembros” (Art.3.3).

El objetivo fundamental del mecanismo es 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, como veremos más adelante, el Entendimiento contempla la posibilidad de que se establezca una compensación en forma temporal en caso de no poder lograrse el objetivo anterior de inmediato. Es decir, lograr el pleno cumplimiento de la obligación es el objetivo final del procedimiento, siendo la compensación, mutuamente acordada y transitoria, un mecanismo temporal hasta lograr la plena conformidad.

Se señala que el “último recurso previsto en el presente Entendimiento para el Miembro que se acoja a los procedimientos de solución de diferencias es la posibilidad de suspender, de manera discriminatoria, afectando sólo al otro Miembro, la aplicación de concesiones o el cumplimiento de otras obligaciones en el marco de los acuerdos abarcados siempre que el OSD autorice la adopción de estas medidas”, (Art. 3.7). Esta disposición es especialmente importante pues en ella se consagra el derecho a la adopción de una represalia como mecanismo que induzca a la cesación de un incumplimiento de la obligación, pero implícitamente, prohíbe las represalias unilaterales en la medida que sólo es legítimo ejercer ese derecho previa autorización del órgano de administración del acuerdo. Debe recordarse que las preocupaciones relacionadas con las acciones unilaterales ejercidas por los Estados

Unidos en contra de lo que consideraba una violación al GATT, fueron una de las fuerzas rectoras detrás de las negociaciones del ESD.

En caso de que se compruebe el incumplimiento de una disposición de alguno de los acuerdos de la OMC, se presume la existencia prima facie de un menoscabo, por lo que no es necesario demostrar el perjuicio si el incumplimiento ya está acreditado. En los términos del artículo 3.8, “normalmente existe la presunción de que toda transgresión de las normas tiene efectos desfavorables para otros Miembros que sean partes en el acuerdo abarcado, y en tal caso corresponderá al Miembro contra el que se haya presentado la reclamación refutar la acusación”.

I.4. Alcance de la jurisdicción

El SSD tiene jurisdicción sobre cualquier diferencia que surja entre los Miembros de la OMC que se derive de los acuerdos abarcados. Los acuerdos abarcados son los acuerdos de la OMC que se indican en el Apéndice 1 del ESD, incluyendo el Acuerdo de la OMC, el GATT de 1994 y cualquier otro Acuerdo Multilateral sobre el Comercio de Mercancías, el AGCS y el Acuerdo ADPIC.

La jurisdicción del SSD es de carácter exclusivo, ya que las normas del ESD son las únicas aplicables en las disputas que surjan en torno a los acuerdos de la OMC.

El artículo 23.1 del ESD establece que un Miembro Reclamante está obligado a presentar cualquier diferencia que surja de los acuerdos abarcados, a través del sistema de solución de diferencias de la OMC. “A diferencia de otros sistemas internacionales de solución de disputas, no existe necesidad alguna de que las partes involucradas en una diferencia derivada de los acuerdos abarcados acepten, mediante una declaración o acuerdo aparte, la jurisdicción del sistema de solución de diferencias de la OMC con el fin de adjudicar dicha diferencia. La adhesión a la OMC constituye el consentimiento a la misma y la aceptación de la jurisdicción obligatoria del sistema de solución de diferencias de la OMC” (UNCTAD 2003a: 55).

I.5. El Órgano de Solución de Diferencias

El Órgano de solución de Diferencias, en adelante OSD, es el nombre que se le otorga al Consejo General de la OMC cuando se reúne para administrar las normas y procedimientos del ESD.

El Consejo General es un órgano político, se compone de diplomáticos y es responsable de la administración continua y diaria de la OMC. Sin embargo, cuando éste se reúne en su calidad de OSD pasa a ser un órgano jurídico.

El Artículo 2.1 del ESD estipula que el OSD estará facultado para establecer grupos especiales, adoptar los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación, vigilar la aplicación de las resoluciones y recomendaciones y autorizar la suspensión de concesiones y otras obligaciones en el marco de los acuerdos abarcados. El Artículo 2.4 señala que cuando el OSD tome una decisión, debe hacerlo siempre por consenso. Sin embargo, es importante notar que para la mayoría de las decisiones claves, tal como la decisión de establecer un Grupo Especial, la adopción de informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación, así como la autorización para suspender concesiones y otras obligaciones, el consenso es un requisito “inverso” o “negativo”, es decir el OSD tomará una decisión a menos que haya consenso entre los Miembros de la OMC de no tomar dicha decisión.

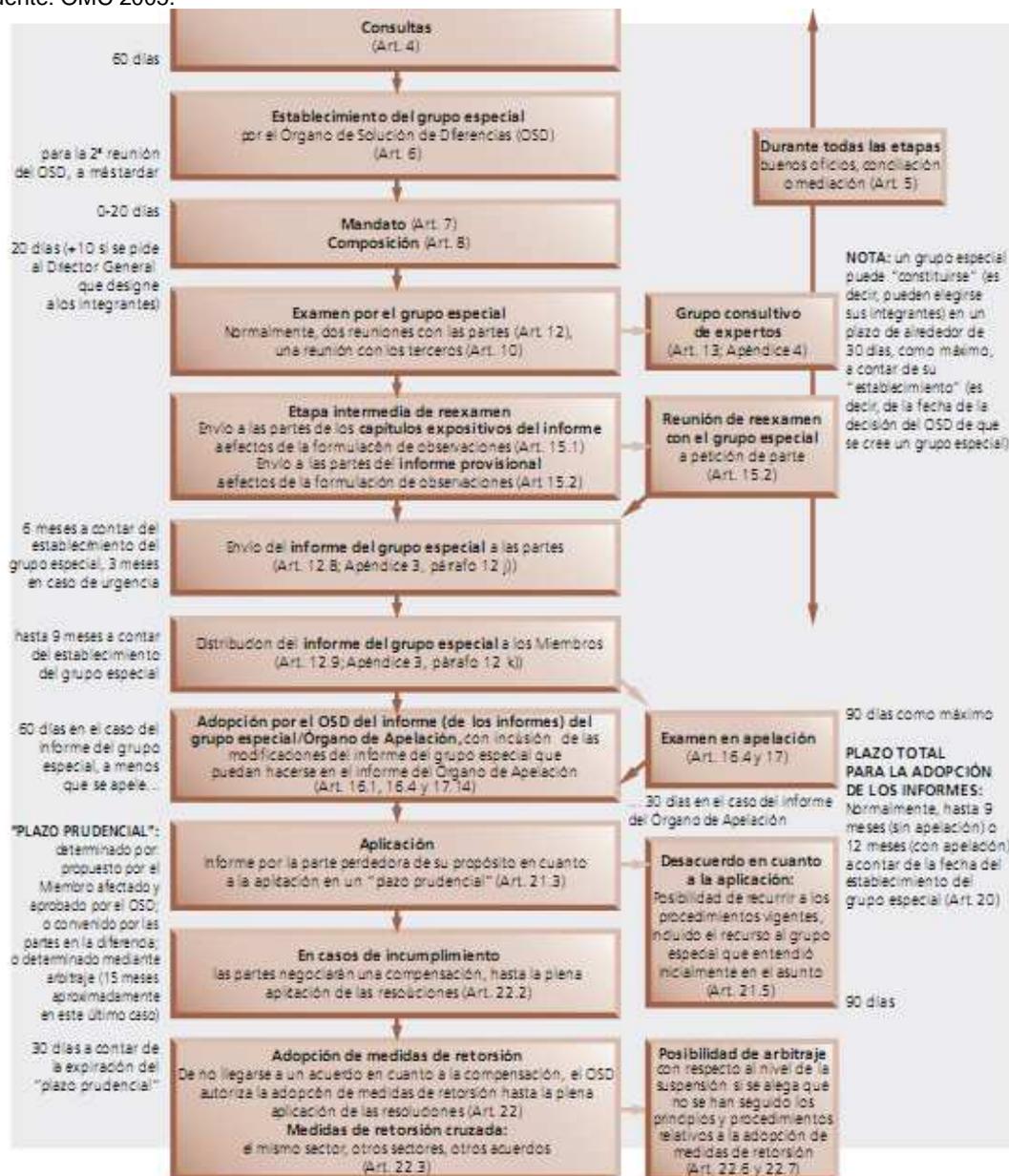
Dado que, por lo general, siempre habrá por lo menos un Miembro con un interés especial en que el OSD tome la decisión de establecer el Grupo Especial, que adopte los informes del Grupo Especial y/o del Órgano de Apelación y que autorice la suspensión de las concesiones, resulta poco probable que haya consenso en no adoptar dichas decisiones. Como resultado, las decisiones tomadas por el OSD con respecto a estos asuntos son automáticas, para todos los fines prácticos.

I.6. Fases del procedimiento

En esta sección nos proponemos simplemente describir a grandes rasgos las etapas del procedimiento de solución de diferencias de la OMC. Más adelante nos adentraremos en las dificultades que enfrentan los PED en cada una de estas etapas.

El mecanismo de solución de diferencias es complejo, como se puede ver en el cuadro siguiente. No obstante, a los fines de simplificación, identificaremos cuatro fases importantes en un proceso de solución de diferencias en la OMC: 1) consultas, 2) el procedimiento ante el Grupo Especial, 3) el procedimiento ante el Órgano de Apelación y 4) la aplicación de las decisiones y recomendaciones.

Cuadro I.2. Diagrama del proceso de solución de diferencias.
Fuente: OMC 2005.



1.6. a Consultas.

Un miembro de la OMC puede solicitar consultas a otro miembro si considera que una ventaja resultante para ella directa o indirectamente de un acuerdo abarcado se halle anulada o menoscabada a consecuencia de: a) que otra parte contratante no cumpla con las obligaciones, b) que otra parte contratante aplique una medida, contraria o no a las disposiciones de un acuerdo abarcado, o c) que exista otra situación (GATT 1947, Art. XXIII). Según Fernández Pons (2006: 282): “la práctica del sistema multilateral de comercio ha

tendido a ir restando relevancia al “daño material” y a centrarse en la infracción en sí de la obligación, en una evolución que ha sido descrita por Jackson como el paso “from nullification or impairment to breach of obligation”

El objetivo de la etapa de consultas es permitir que las partes en disputa tengan un mejor entendimiento de la situación fáctica y de los reclamos legales relacionados con la disputa y tratar de llegar a una solución satisfactoria antes de recurrir a otras medidas. El proceso de consultas es esencialmente político-diplomático. La forma en que son conducidas es decidida por las partes, el ESD no establece las reglas al respecto, excepto que deben ser entabladas de buena fe, de acuerdo a los plazos establecidos en el ESD y deberán ser notificadas al OSD.

Por lo general, las consultas son celebradas en Ginebra, de forma confidencial (Art. 4.6 ESD), es decir ni siquiera la Secretaría de la OMC tiene participación. El hecho de que las consultas se realicen a puerta cerrada también implica que su contenido estará vedado a cualquier grupo especial que pueda surgir posteriormente.

A menos que se convenga lo contrario, el demandado deberá responder a la solicitud de consultas en un plazo de diez días y deberá entablar consultas dentro de un plazo de no más de treinta días contados a partir de la fecha de recepción de la solicitud (Art.4.3 ESD). Sólo después de que se haya comprobado que en un plazo de sesenta días las consultas fallaron en producir una solución mutuamente satisfactoria, el país demandante puede solicitar que se establezca un panel o grupo especial (Art. 4.7 ESD). Aún cuando la etapa de consultas falla, siempre queda la posibilidad de que las partes encuentren una solución mutuamente satisfactoria en cualquier etapa del proceso.

1.6. b El procedimiento ante el Grupo Especial (GE)

Los grupos especiales tienen como función ayudar al OSD a cumplir las funciones que le incumben en virtud del Entendimiento y de los acuerdos abarcados. Los grupos especiales deben evaluar objetivamente los hechos, la aplicabilidad de los acuerdos abarcados y “de la conformidad con éstos y formular otras conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en los acuerdos abarcados” (Art. 11 ESD).

Los grupos especiales normalmente están compuestos por tres personas. De conformidad con el artículo 8.1 del ESD, los Grupos Especiales deben estar constituidos por funcionarios

gubernamentales o no gubernamentales bien calificados. A manera de lineamiento, el ESD indica que estas personas pueden ser personas que anteriormente hayan integrado un grupo especial o hayan presentado un alegato en él, hayan actuado como representantes de un Miembro o de una parte contratante del GATT de 1947 o como representantes en el Consejo o Comité de cualquier acuerdo abarcado o del respectivo acuerdo precedente o hayan formado parte de la Secretaría del GATT, hayan realizado una actividad docente o publicado trabajos sobre derecho mercantil internacional o política comercial internacional, o hayan ocupado un alto cargo en la esfera de la política comercial en un Miembro.

La parte reclamante sólo puede solicitar el establecimiento de un GE una vez transcurrido el plazo de 60 días contado desde la fecha de petición de consultas. La solicitud debe dirigirse al OSD y debe indicar si se realizaron consultas, identificar las medidas específicas en cuestión y ofrecer un resumen de las bases legales para la reclamación.

Un GE puede considerar sólo aquellos reclamos para los que tiene autoridad de conocer bajo su mandato². Por lo tanto, una solicitud de establecimiento de un GE debe ser lo suficientemente precisa.

El GE presentará sus conclusiones en un informe escrito al OSD donde se exponen las “constataciones de hecho, la aplicabilidad de las disposiciones pertinentes y las razones en que se basen sus conclusiones y recomendaciones” (Art. 12.7 ESD). El GE debe llevar a cabo su examen en un plazo de seis meses desde la fecha en que se haya convenido en su composición y su mandato hasta la fecha en que se dé traslado del informe definitivo a las partes en la diferencia. Sin embargo, en los casos de urgencia, este plazo debe procurar ser de tres meses.

En aquellos casos en que un GE concluya que la medida de un Miembro es inconsistente con un acuerdo abarcado, deberá recomendar que dicho Miembro ajuste esa medida al acuerdo. Las recomendaciones y resoluciones del GE no son legalmente vinculantes por sí mismas, se vuelven legalmente vinculantes sólo cuando son adoptadas por el OSD y, en consecuencia, se han convertido en las recomendaciones y resoluciones del OSD (art 19.1 ESD).

Finalmente, dentro de los 60 días siguientes a la fecha de su distribución el informe se adoptará en una reunión del OSD, excepto que “una parte en la diferencia notifique

² Ver *Informe del Órgano de Apelación*, Asunto India - Protección de Patentes para Productos Farmacéuticos y Químicos Agrícolas, WT/DS50/AB/R, adoptado el 16 de enero, 1998, párrafo 92.

formalmente a éste su decisión de apelar o que el OSD decida por consenso no adoptar el informe” (Art. 16.4 ESD) En caso que el informe sea apelado éste no será considerado por el OSD a efectos de su adopción hasta después de haber concluido el proceso de apelación.

El artículo 10 del Entendimiento contempla las reglas aplicables a terceros que tengan un interés sustancial en la controversia. En este caso, su participación se limita a presentar al GE sus puntos de vista acerca de la diferencia y sobre la interpretación que el GE debiera pronunciar sobre determinadas disposiciones de los acuerdos que se discuten en la diferencia.

1.6.c El procedimiento ante el Órgano de Apelación (OA):

La existencia del OA es importante. Este órgano ha hecho contribuciones relevantes al precisar el sentido y alcance de ciertas obligaciones y modificar algunas conclusiones de los GE (Sáez, 2006: 21). El OA está conformado por siete Miembros que son designados por un período de 4 años.

El recurso de apelación tiene como objetivo examinar “las cuestiones de derecho tratadas en el informe del GE y las interpretaciones jurídicas formuladas por éste” (Art. 17.6 ESD). Tal y como lo declaró el OA en el caso *EC – Hormonas*³: “Según el artículo 17.6 del ESD, un Examen en Apelación está limitado a apelaciones sobre aspectos de derecho abarcados por un informe del Grupo Especial, y a interpretaciones legales desarrolladas por el Grupo Especial. Las decisiones sobre hechos, al contrario de las interpretaciones legales o las conclusiones legales hechas por un Grupo Especial, en principio, no están sujetas a una revisión por parte del Órgano de Apelación”. Por lo tanto, como norma general, el OA no revisa decisiones sobre aspectos de hecho. El examen en Apelación, en principio, está limitado a decisiones sobre aspectos de derecho.

Sólo las partes en la diferencia pueden recurrir en apelación contra el informe de un GE. En cambio, los terceros que hayan notificado un interés sustancial en el asunto pueden entregar sus puntos de vista por escrito al OA el “que podrá darles la oportunidad de ser oídos” (Art. 17.4 ESD). Sin embargo, en la práctica y a través de mejoras desde la entrada en vigor de la OMC, mediante las reglas de procedimientos elaboradas por el propio OA, los terceros que

³ Informe del Órgano de Apelación, Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas), WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adoptado el 13 de febrero de 1998.

califican bajo la regla de interés sustancial han tenido un acceso equivalente a los directamente involucrados en la controversia (McCall Smith, 2003).

El OA puede confirmar, modificar o revocar las constataciones y conclusiones jurídicas del GE (Art. 17.13 ESD). Si está de acuerdo tanto con el razonamiento y la conclusión del GE en cuanto a la existencia de una violación o no-violación de los acuerdos abarcados, entonces confirma. Si está de acuerdo con la conclusión pero no con el razonamiento que llevó a esa conclusión, modifica. Si está en desacuerdo con la conclusión en cuanto a la existencia de una violación o no-violación, revoca.

La duración del procedimiento de apelación, entre la fecha en que una parte notifique su decisión de apelar y la fecha en que el OA distribuya su informe, no puede exceder, normalmente de 60 días. Los informes del OA son adoptados por el OSD y aceptados sin condiciones, salvo que el OSD decida por consenso no adoptar el informe del OA.

En resumen, la duración del procedimiento, que comprende el período entre la fecha de establecimiento del GE por el OSD y la fecha en que el OSD examine el informe del GE o el informe del OA, no podrá exceder en términos generales, los nueve meses, y los doce meses cuando se haya interpuesto una apelación. Sin embargo, en la práctica, esta etapa se ha demorado más tiempo puesto que no existe ninguna disposición sobre sanciones para el caso de extensión, sólo se debe dar una breve explicación del retraso y la necesidad de contar con más tiempo.

1.6.d La aplicación de las decisiones y recomendaciones

Con el fin de asegurar el cumplimiento de las decisiones y recomendaciones del OSD, el ESD estipula que dentro de los treinta días posteriores a la aprobación del informe del Grupo Especial y/o del Órgano de Apelación por parte del OSD, el Miembro demandado deberá informar la forma en que tratará de implementar las recomendaciones y resoluciones del OSD. El artículo 21.3 del ESD estipula que cuando sea imposible para el Miembro afectado el cumplimiento inmediato, deberá otorgársele un plazo prudencial para realizarlo.

El ESD provee tres vías para establecer el plazo prudencial: a) el Miembro afectado puede proponerlo, a condición de que sea aprobado por el OSD; de no existir tal aprobación, b) un plazo fijado de común acuerdo por las partes en la diferencia dentro de un período de 45 días, o c) un plazo determinado mediante arbitraje vinculante dentro de un período de 90 días, contados a partir de la fecha de adopción de las recomendaciones (art 21.3).

El artículo 21.6 establece el mecanismo para verificar si el Miembro demandado aplica las recomendaciones o resoluciones del OSD: “A menos que el OSD decida otra cosa, la cuestión de la aplicación de las recomendaciones o resoluciones será incluida en el orden del día de la reunión que celebre el OSD seis meses después de la fecha en que se haya establecido el período prudencial de conformidad con el párrafo 3 y se mantendrá en el orden del día de sus reuniones hasta que se resuelva. Por lo menos 10 días antes de cada una de esas reuniones, el Miembro afectado presentará al OSD por escrito un informe de situación sobre los progresos realizados en la aplicación de las recomendaciones o resoluciones”.

Si el Miembro demandado adoptara medidas con las que pretendiera implementar las recomendaciones y resoluciones del OSD en el período de tiempo recomendado, y existiera un conflicto con respecto a su consistencia con un acuerdo abarcado, el Miembro reclamante podrá solicitar el establecimiento de un Grupo Especial para determinar si las medidas de aplicación cumplen las normas de la OMC. Además, cuando exista un desacuerdo con respecto a la existencia de las medidas de aplicación, el Miembro reclamante podrá solicitar el establecimiento de un Grupo Especial para solucionar este desacuerdo (art 21.5 ESD).

Si la parte demandada no ajusta las medidas en disputa en el plazo prudencial, el miembro reclamante puede procurar una compensación u obtener una autorización de parte del OSD para suspender las concesiones equivalentes u otras obligaciones hacia el miembro demandado. El ESD recalca que no se prefiere la compensación ni la suspensión de concesiones en vez de la total aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD. Por consiguiente, dispone que aquellas sean medidas temporales a las que se puede recurrir en caso de que se imposibilite la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD en el plazo prudencial.

Según el Artículo 22.2 del ESD, el miembro demandado está en la obligación de entrar en negociaciones con el miembro reclamante si este último solicitara una compensación como consecuencia de la falta de aplicación de las recomendaciones y resoluciones en el plazo prudencial. Si las partes son capaces de lograr un acuerdo sobre compensación, las concesiones acordadas deben extenderse sobre la base de un NMF para otros Miembros de la OMC. Dicho de otra forma, una compensación no debería ser discriminatoria en el sentido que beneficie únicamente al Miembro reclamante.

En caso de que las partes sean incapaces de llegar a un acuerdo en cuanto a la compensación en los siguientes 20 días a partir de la fecha de expiración del plazo prudencial, el Miembro reclamante puede solicitar una autorización del OSD para suspender la aplicación al Miembro demandado de concesiones u otras obligaciones. Como regla general, primero se requiere que la parte reclamante procure la suspensión de concesiones u otras obligaciones con respecto al mismo(s) sector(es) en el que el Grupo Especial o el Órgano de Apelación haya encontrado una violación u otra anulación o menoscabo. De no ser así, en un sector diferente bajo el mismo acuerdo y si esto último no resultare viable o efectivo, entonces el ESD autoriza a recurrir a un acuerdo diferente (Art. 22.3).

Con el propósito de que los Miembros no abusen de su derecho a imponer restricciones comerciales al Miembro demandado, el artículo 22.4 del ESD estipula que: “El nivel de la suspensión de concesiones u otras obligaciones autorizado por el OSD será equivalente al nivel de la anulación o menoscabo.”

Mucho se ha debatido sobre el denominado “problema de la secuencia del Art. 21.5 y 22, sobre este tema nos adentraremos en la sección *III.2.c.4*.

I.7. Nuevas negociaciones acerca del Entendimiento sobre Solución de Diferencias

En la Conferencia Ministerial de Marrakech de 1994 se encomendó a los Miembros de la OMC que realizaran un examen del ESD dentro de los cuatro años, a contar desde su entrada en vigencia. El examen se inició en el Órgano de Solución de Diferencias en 1997. El plazo se prorrogó hasta el 31 de julio de 1999, pero no se llegó a un acuerdo.

En la declaración de Doha de 2001 (párrafo 30) se dispuso la celebración de negociaciones en el seno del OSD en sesión extraordinaria, con el fin de concluir un acuerdo a más tardar mayo de 2003. Los plazos se fueron prorrogando sin lograr consenso.

Las reuniones del OSD en Sesión Extraordinaria se han ido desarrollando con regularidad, pero aún no se ha llegado un acuerdo que permita poner fin a las negociaciones. El último proyecto de reforma fue sometido por el Embajador Ronald Saborío Soto, al Comité de Negociaciones Comerciales, el 21 de abril de 2011.

A lo largo del presente trabajo, haremos alusión a las diferentes propuestas que han realizado los países Miembros a los fines de mejorar las normas del ESD.

CAPÍTULO II. LOS PAÍSES EN DESARROLLO Y EL SSD

II.1 Balance Genérico y Estadísticas del SSD

En los 17 años de vigencia de la OMC, el sistema de solución de controversias ha sido ampliamente utilizado por sus miembros. Desde su entrada en vigor hasta el año 2011 se han presentado más de 424 solicitudes de consultas (Ver cuadro II.1). Los países desarrollados, principalmente los Estados Unidos (EE. UU) y la Unión Europea (UE), han sido los principales usuarios del sistema, como demandantes y como demandados. EE. UU. ha presentado 98 solicitudes de consulta en calidad de demandante y ha debido responder a 113. Las Comunidades Europeas han solicitado 84 consultas y han respondido a 70 (Ver cuadros II.2 y II.3). El volumen de demandas desde y hacia los países en desarrollo es mucho menor, siendo la India la más demandada con 20 casos y Brasil el principal reclamante con 25 casos.

Cuadro II.1. Evolución de las controversias presentadas.

Fuente: Base de datos integrada de controversias comerciales de la CEPAL <http://badicc.eclac.cl/controversias/> consultada en Julio 2011



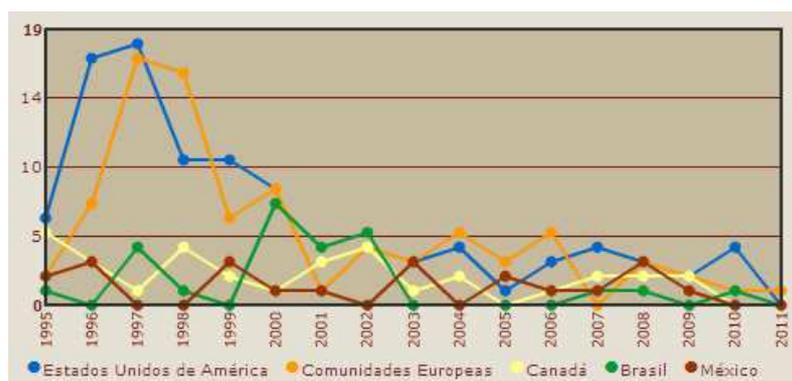
Como reclamante, Estados Unidos, ha logrado resultados importantes en el SSD en los dos puntos de particular interés para su política comercial externa: reforzar el cumplimiento de las reglamentaciones sobre propiedad intelectual y sobre medidas sanitarias y fitosanitarias. Por otro lado, la gran mayoría de las diferencias propuestas en contra de Estados Unidos se refiere a las medidas de defensa comercial (salvaguardias, medidas de antidumping y medidas compensatorias) aplicados por el gobierno estadounidense a los productos extranjeros. Como resultado, se verifica que este país ha procedido, a lo largo de los años, a la modificación de un número importante de normativas que fueron consideradas ilegales por el OSD. Todavía permanece reticente ante el cambio de aquellas referentes a temas más

complejos, tales como: subsidios agrícolas (el caso del algodón), medidas de antidumping (Enmienda Byrd, Ley Antidumping, Acero), medidas de salvaguardia (aplicadas al acero), subsidios a la exportación (Foreign Sales Corporation) y propiedad intelectual (Ley Ómnibus de asignaciones) (Almeida, 2006:1).

En el caso de la Unión Europea (UE), el segundo miembro más activo, se constata que su principal adversario fue Estados Unidos y el tema más conflictivo entre ellos fueron las medidas de defensa comercial. Posteriormente viene Canadá, debido al proteccionismo en el sector agrícola; y en tercer lugar se encuentra India, preocupada entre otros temas, por las barreras europeas a los textiles o el Sistema Generalizado de Preferencias (SGP) (Almeida, 2006:1).

Cuadro II.2. Principales Miembros reclamantes

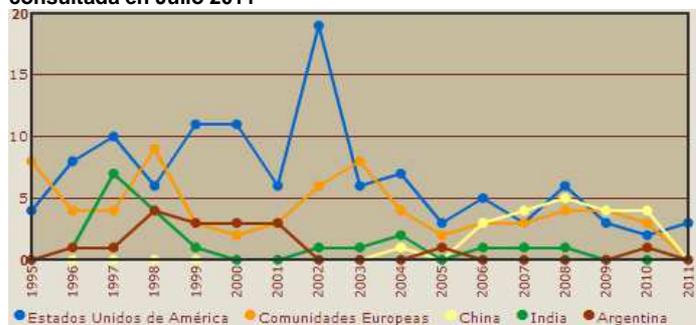
Fuente: Base de datos integrada de controversias comerciales de la CEPAL <http://badicc.eclac.cl/controversias/> consultada en Julio 2011



	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	Total
Estados Unidos de América	6	17	18	10	10	8	1	4	3	4	1	3	4	3	2	4	0	98
Comunidades Europeas	2	7	17	16	6	8	1	4	3	5	3	5	0	3	2	1	1	84
Canadá	5	3	1	4	2	1	3	4	1	2	0	1	2	2	2	0	0	33
Brasil	1	0	4	1	0	7	4	5	0	0	0	0	1	1	0	1	0	25
México	2	3	0	0	3	1	1	0	3	0	2	1	1	3	1	0	0	21
India	1	4	0	3	1	2	2	2	0	1	0	1	0	1	0	1	0	19
República de Corea	0	0	2	0	1	3	0	1	3	2	0	1	0	0	1	0	1	15
Argentina	0	1	1	0	0	1	1	4	1	0	0	5	0	0	1	0	0	15
Japón	1	3	1	1	2	1	0	2	0	1	0	0	0	1	0	1	0	14
Tailandia	1	3	0	0	1	2	1	0	2	1	0	1	0	1	0	0	0	13

Cuadro II.3. Principales Miembros demandados

Fuente: Base de datos integrada de controversias comerciales de la CEPAL <http://badicc.eclac.cl/controversias/> consultada en Julio 2011



	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	Total
Estados Unidos de América	4	8	10	6	11	11	6	19	6	7	3	5	3	6	3	2	3	113
Comunidades Europeas	8	4	4	9	3	2	3	6	8	4	2	3	3	4	4	3	0	70
China	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1	0	3	4	5	4	4	0	21
India	0	1	7	4	1	0	0	1	1	2	0	1	1	1	0	0	0	20
Argentina	0	1	1	4	3	3	3	0	0	0	1	0	0	0	0	1	0	17
Canadá	0	1	5	3	1	0	1	1	0	1	0	2	0	0	0	1	0	16
Japón	4	4	3	1	0	0	0	1	0	1	0	1	0	0	0	0	0	15
República de Corea	3	2	3	0	3	0	0	1	0	1	0	0	0	0	1	0	0	14
México	0	1	1	1	0	3	1	0	3	2	1	1	0	0	0	0	0	14
Brasil	1	4	2	1	1	2	1	0	0	0	1	1	0	0	0	0	0	14

Los PED constituyen aproximadamente dos tercios de la membresía de la OMC, sin embargo su participación en el comercio internacional es sólo de un tercio (Qureshi, 2003: 176). De acuerdo a los datos provistos en el informe anual de la OMC de 2011⁴, de las 419 solicitudes de consultas que se presentaron al OSD desde 1995 hasta 2010, más de 150 fueron presentadas por PED, lo cual podría llevar a pensar que la participación en el SSD no es un problema mayor. También el hecho de que 5 de los 10 Miembros más activos sean PED confirmaría la premisa anterior (Ver cuadro II.2).

Sin embargo, la participación de los PED, como demandantes en el SSD, ha estado compuesta especialmente por algunas de las principales economías del mundo en desarrollo, entre ellas Brasil, México, India, Argentina y Tailandia (ver cuadro II.2). A éstos le siguen nueve países que han tenido una participación menor pero destacada (Chile ha presentado 10 solicitudes de consultas, Guatemala 8, Honduras 7, Colombia, Costa Rica, Filipinas e Indonesia 5 cada uno, Ecuador y Pakistán 3 cada uno) representando entre todos, un abrumador 80% del total de la actividad de los PED en el SSD. De lo anterior se

⁴ Disponible online en http://www.wto.org/spanish/res_s/booksp_s/anrep_s/anrep11_s.pdf

evidencia la escasa o nula participación de un gran número de países del mundo en desarrollo

Roderick Abbott (2007) señala otro factor que debilita el argumento de una fuerte participación de los PED en el SSD. El autor indica que la forma en la que se contabiliza el número de solicitudes de consultas en la base de datos de la OMC, tiende a abultar los datos, por ejemplo Guatemala y Honduras tienen tres demandas iniciadas contra las CE por el tema bananos, sin embargo no son tres casos separados, sino la misma disputa revisada y modificada a lo largo del tiempo, situaciones similares se dan con dos quejas idénticas de Filipinas contra Australia y dos de Honduras contra la República Dominicana.

Shaffer (2003) sostiene que en muchos casos, la participación de los PED puede ser exagerada por una simple referencia a datos numéricos, ya que el país en desarrollo puede estar adhiriéndose a una queja de EE.UU. o de las CE. Como ejemplo se puede mencionar el asunto *“Estados Unidos - Ley de compensación (Enmienda Byrd)”*⁵ en el que las CE y Japón reclamaron ante el OSD por una nueva legislación de EE.UU. sobre Anti-dumping, a este reclamo se unieron Brasil, Chile, India, Indonesia, Tailandia y México. También otro caso ilustrativo es el de los Bananos iniciado por EE.UU. junto con Ecuador, Guatemala, Honduras y México contra las CE, donde la gran afectada en esta disputa era Chiquita, una corporación estadounidense con producción en algunos de los mencionados países latinoamericanos.

Pero más allá del análisis cuantitativo en torno a la participación de los PED en el SSD, es importante realizar un análisis cualitativo. Las siguientes preguntas pueden ayudar a la reflexión: ¿Los PED han sido capaces de utilizar el SSD siempre que lo han necesitado? ¿Qué ha dificultado su utilización? ¿Qué lecciones pueden aprender los Miembros del mundo en desarrollo de los Miembros que sí han podido usar el SSD en su beneficio? En los capítulos subsiguientes trataremos de responder a estos interrogantes.

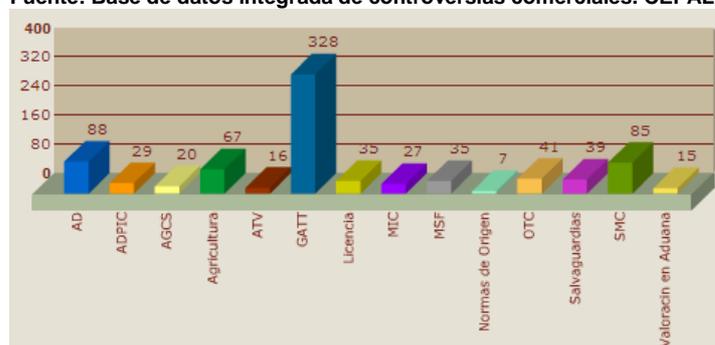
En cuanto a la temática, los acuerdos más citados en las consultas presentadas en el OSD, son el GATT, el de Subvenciones/ Medidas Compensatorias y el de Antidumping, hecho que demuestra que las medias de defensa comerciales suelen ser el tema que genera la mayor parte de los conflictos comerciales. Posteriormente viene el Acuerdo Agrícola y en quinto

⁵ Estados Unidos - Ley de compensación por continuación del dumping o mantenimiento de las subvenciones de 2000, Doc. WT/DS217

lugar un grupo de acuerdos formado por el de Licencias, Salvaguardias, Obstáculos Técnicos y Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Ver Cuadro II.4).

Cuadro II.4. Controversias presentadas por acuerdo.

Fuente: Base de datos integrada de controversias comerciales. CEPAL, 2011



Nota(s): Corresponde a los acuerdos multilaterales que son administrados por la OMC referidos en cada solicitud de consultas.

Los títulos completos de los Acuerdos citados arriba son:

AD - Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (Acuerdo Anti-dumping)

ADPIC - Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio

AGCS - Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios

Agricultura - Acuerdo sobre la Agricultura

ATV - Acuerdo sobre los Textiles y el Vestido

GATT - Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994

Licencia - Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación

MIC - Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio

MSF - Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias

Normas de Origen - Acuerdo sobre las Normas de Origen

OTC - Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio

Salvaguardias - Acuerdo de Salvaguardias

SMC - Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias

Valoración en Aduana - Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VII (Valoración en Aduana)

La naturaleza de las demandas iniciadas por los PED han abarcado casi todos los acuerdos. Se destacan las demandas bajo el acuerdo de Antidumping y el de Subvenciones. El GATS y TRIPS han sido invocados con menor frecuencia (Qureshi, 2003). Los sectores más conflictivos para los PED son el agropecuario, pesquero, calzados, textiles, ropas, acero y la industria automotriz. Los instrumentos comerciales que afectan a estos sectores son principalmente las subvenciones agrícolas, las medidas sanitarias y fitosanitarias y las medidas de defensa comercial (salvaguardias, antidumping, derechos compensatorios). Por otro lado, los PED son demandados en diversas ocasiones en referencia al tema de la propiedad intelectual, por ejemplo los fármacos (CEPAL, 2006).

Respecto al estado de las diferencias planteadas, se verifica que un importante número, aproximadamente el 40%, fueron resueltas al margen del OSD. En este grupo se incluyen las diferencias inactivas y aquellas cuya solicitud de consulta ha sido retirada (Ver Cuadro II.5). Hecho que evidencia que a pesar del enfoque legalista del SSD, todavía queda un gran margen para la resolución de diferencias comerciales por la vía diplomática.

Cuadro II.5. Estado de las controversias

Fuente: Base de datos integrada de controversias comerciales. CEPAL, 2011



Nota(s):

Cumplida: significa que la recomendación del Órgano de Solución de Diferencias-OSD fue implementada;

En fase de cumplimiento: significa que la recomendación del OSD está en fase de implementación (procedimiento según el artículo 21 del Entendimiento de Solución de Diferencias (ESD));

En curso: significa que la controversia sigue su trámite en el OSD;

Inactivas: corresponde a aquellas controversias (consultada iniciada) que 2 años después de su inicio (recepción de solicitud) no han evolucionado hacia el establecimiento de un grupo especial ni ha sido notificada una solución (incluye, las controversias en que las partes han alcanzado una solución si esta no fue notificada formalmente al OSD y las que eventualmente hayan sido resueltas en otra controversia análoga);

Sin recomendación: significa que ninguna recomendación fue emitida por el OSD;

Solicitud retirada: incluye todas las controversias en que una solicitud de consulta, de constitución de un Grupo Especial o recurso de apelación, es retirada;

Otros: esta categoría incluye aquellas controversias en que no se cuenta con información.

Hay una notable ausencia de los Países Menos Adelantados (PMA) en el SSD. Sólo Bangladesh ha iniciado una diferencia en el OSD por temas de dumping en contra de India. Benín y Chad han participado como terceras partes interesadas por el caso iniciado por Brasil contra los EEUU relativo al algodón. Qureshi (2003: 176) explica que la ausencia de los PMA en el SSD se debe a tres razones: primero, porque disfrutaban de un mayor periodo de transición para implementar las medidas de la OMC; segundo, su participación en el comercio mundial es pequeña; y tercero, muchos de estos países se benefician de un acceso preferencial bilateral con países desarrollados, por lo que las disputas son resueltas bilateralmente. A estos también podemos sumar la falta de expertise en comercio

internacional que tienen estos países, así como la muy limitada canasta exportadora que poseen.

II.2 ¿Por qué es importante participar en el SSD?

La participación en el SSD es importante por su impacto a nivel doméstico e internacional.

A nivel doméstico, una demanda exitosa puede producir importantes beneficios para una industria o sector. Por ejemplo, todos los exportadores del producto x del país A pueden verse beneficiados por la resolución de un grupo especial que ordene la remoción de las restricciones ilegales impuestas por el país B. Esto sucede independientemente de que la demanda haya sido motivada por las quejas de una empresa en particular en el país A y no de todo el sector exportador del producto x.

Por otro lado, la falta de participación en el SSD puede influir en los “terms of trade” o términos de intercambio entre países, afectando negativamente el bienestar social general de uno de ellos. Si un país importador (B) impone una barrera comercial ilegal y ejerce su poder de mercado para que los exportadores extranjeros tengan que bajar sus precios y de esta forma vender en su mercado, entonces la balanza comercial del país exportador (A) se verá perjudicada.

La Secretaría de la OMC no tiene facultad en sí misma de iniciar casos contra Miembros infractores, las normas sólo se aplican como resultado de denuncias formales de un miembro a otro. De ahí que no todas las infracciones o políticas que se perciben como contrarias a las normas son objeto de litigio y por lo tanto sometidas a un proceso correctivo. En palabras de Sevilla (1997: 6) “las reglas del comercio internacional se aplican de manera selectiva de acuerdo a los intereses de los países demandantes. Por ello, los países que inician demandas en el SSD son los que deciden qué medidas y qué Miembros someter a un litigio

También la participación en el SSD es importante porque crea “jurisprudencia” y es ésta la que moldea la interpretación, aplicación y percepción de las normas contenidas en acuerdos de la OMC. Como señala Bhala (1999): *“The reality of World Trade Organization (WTO) Appellate Body adjudication is that stare decisis operates in a de facto, but still not de jure, sense”*. Por lo tanto, la jurisprudencia se ha convertido en un referente fundamental para tomar en cuenta a la hora de forjar posturas de negociación.

Según Shaffer (2003: 10), a la hora de comparar el impacto sobre las normas legales, la participación en los procesos judiciales de la OMC es, sin duda, más importante que la participación en los procesos judiciales análogos domésticos. El autor señala dos razones:

En primer lugar, la dificultad de modificar o interpretar las normas de la OMC a través del proceso político de la organización, realza el impacto de la jurisprudencia. A diferencia de las legislaciones nacionales, las normas de la OMC requieren de consenso para modificarse, por lo que el sistema político-legislativo de la OMC sigue siendo extremadamente débil.⁶

Los cambios en las reglas de la OMC sólo se llevan a cabo a través de acuerdos puntuales o rondas de negociación poco frecuente, en las que participan más de ciento cincuenta países con muy diversas prioridades, intereses y niveles de desarrollo. Además, debido al complejo proceso de negociación en la OMC, las normas se suelen redactar de una manera vaga, como parte de un compromiso político, que requiere una evidente labor de interpretación. De tal modo, los Miembros de la OMC han delegado un significativo *poder de facto* en el sistema de solución de diferencias para interpretar y hacer efectiva las reglas de la organización.

En segundo lugar, el derecho de la OMC a pesar de que formalmente no ha adoptado un enfoque de *common law*, sí tiene una marcada orientación hacia éste, evidenciada en las constantes referencias que el Órgano de Apelación y los Grupos Especiales hacen, en sus razonamientos jurídicos, a fallos anteriores. De ahí que las decisiones de un grupo especial o del Órgano de Apelación no sólo tienen impacto solo la disputa que se dirime, sino también que produce un efecto sistémico para futuros casos.

Por lo tanto, como resultado de la importancia cada vez mayor de la jurisprudencia y de la rigidez del proceso político de la OMC para modificar e interpretar las normas, aquellos gobiernos que son capaces de participar más activamente en el SSD, están mejor posicionados para influir en la interpretación y aplicación de las reglas de la organización.

II.3. El SSD desde la perspectiva del desarrollo

El comercio no es un fin en sí mismo. El Acuerdo de Marrakech, por el que se establece la OMC, acoge esta idea cuando incluye en su lista de aspiraciones: “las relaciones en la esfera de la actividad comercial y económica deben tender a elevar los niveles de vida, a

⁶ El Art. X del acuerdo que crea la OMC establece que muy pocas previsiones requieren de unanimidad para ser modificadas.

lograr el pleno empleo y un volumen considerable y en constante aumento de ingresos reales y demanda efectiva y a acrecentar la producción y el comercio de bienes y servicios, permitiendo al mismo tiempo la utilización óptima de los recursos mundiales de conformidad con el objetivo de un desarrollo sostenible...”

Mosoti (2003:10) señala: “la afirmación constante de que el comercio no es un fin en sí mismo encierra lo que en mi opinión es la razón más importante por la cual las naciones más pobres se unieron o tratan de ingresar a la OMC, es decir, la esperanza de que el comercio traerá consigo una mejora significativa en la vida de sus ciudadanos. La falta de comprensión de este hecho, puede ser la razón detrás de la desconexión que existe entre los países en desarrollo y los países desarrollados Miembros de la OMC”.

Y es que en una organización de Miembros con intereses tan diversos, la consecución de objetivos comunes no es tan fácil. Por ello el SSD constituye una garantía de acceso al mercado una vez que se obtiene. Tal y como expresa el ESD: “Es un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio”.

De acuerdo al Art. 3.2 del ESD: “... Los Miembros reconocen que ese sistema (refiriéndose al SSD) sirve para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados (...) Las recomendaciones y resoluciones del OSD no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados.”

Este artículo debe interpretarse en el contexto más amplio del sistema jurídico de la OMC para apoyar los objetivos de desarrollo. Se debe tener cuidado de no frustrar los objetivos de desarrollo de los países miembros, en particular las economías pobres. A tal fin se han insertado provisiones de trato especial y diferenciado en varios de los acuerdos abarcados. Sin embargo como veremos más adelante, éstas son cláusulas de buenas intenciones y difíciles de exigir legalmente, porque tal como señala Delich (2000:2): “las opciones normativas reflejan el resultado de una negociación de poder en el sistema internacional y una concepción económica particular”.

II.4.Participación de los PED en el SSD

II.4.a Disposiciones sobre Trato especial y diferenciado en el Entendimiento de Solución de Diferencias.

La existencia de las normas de TE&D no es otra cosa que el reconocimiento de que el sistema multilateral de comercio se compone de Miembros con diferentes niveles de desarrollo que, consecuentemente, se benefician en diferente forma del comercio mundial (Vásquez Arango, 2010:106). Estas normas sobre TE&D están llamadas, por tanto, a equilibrar esas disparidades (Oyejide 2002:504).

En el caso del ESD, algunas normas buscan asegurar que los Miembros desarrollados y en desarrollo reciban un trato equitativo durante el procedimiento; y otras establecen procedimientos más flexibles y favorables para los PED con el fin de que se beneficien del SSD, procedimientos de los cuales están excluidos los Miembros desarrollados (Vásquez Arango, 2010:106).

Entre las disposiciones sobre TE&D que contiene el Entendimiento, están:

- El derecho a invocar la Decisión de 1966 (Art. 3.12): Entre los aspectos más importantes de la Decisión está posibilidad de que un miembro en desarrollo solicite los buenos oficios del Director General cuando las consultas entre las partes hayan fracasado; en caso de que el caso no se dirima en esta etapa, el tendrá lugar el establecimiento de un grupo especial con base a un escrito presentado por el Director General y no con fundamento en una solicitud escrita de la parte reclamante. El grupo especial tendrá un plazo de 60 días para emitir el informe. Vásquez Arango (2010, 110) observa que los plazos de esta Decisión no han sido aplicados durante la vigencia del ESD, pues las partes prefieren acogerse a los plazos contenidos en el Entendimiento, los cuales son más extensos y les permite tener más tiempo para preparar sus alegatos. “Por tanto, el plazo establecido en la Decisión no parece beneficiar mucho a los PED, salvo en casos de urgencia, por ejemplo, cuando la reclamación se refiere a productos perecederos”.
- Prestar especial atención a los problemas e intereses particulares de los países en desarrollo durante las consultas (Art.4.10).
- Los grupos especiales deben incluir al menos un experto de un país en desarrollo, en caso de que un PED está envuelto en la disputa (Art. 8.10).

- Períodos de tiempo especiales durante las consultas y en los procedimientos (Art. 12.10).
- El informe del grupo especial deberá indicar expresamente la forma en que se ha tenido en cuenta las disposiciones sobre TE&D cuando una o más de las partes sea un PED (Art. 12.11).
- Prestar especial atención a las cuestiones que afectan a los PED con respecto a la vigilancia de las recomendaciones y resoluciones del OSD (Art. 21.2).
- Asistencia legal de la Secretaría de la OMC (Art. 27)

Sólo algunas de las disposiciones sobre TE&D han sido invocadas y efectivamente aplicadas. Las disposiciones son criticadas por su escasa operatividad, por su redacción en términos vagos, por la indefinición de sus destinatarios y por la falta de obligatoriedad y su carácter incoercible.

Delich (2000: 16) señala que “las disposiciones de trato especial y diferenciado del Entendimiento son de redacción general y declarativa más que operativa”. Además, “debido a que las disposiciones especiales y diferenciales en favor de los PED son de alcance limitado, raras veces se han invocado en los casos en la OMC, y en los casos en que sí se han interpuesto, han sido poco relevantes”.

El Grupo Africano en su propuesta para la mejora del Entendimiento⁷, ha manifestado que las disposiciones de TE&D del ESD no corrigen ni de forma coherente ni completa las principales dificultades que enfrentan los PED al tratar de utilizar el sistema de solución de diferencias. Esas dificultades se refieren, entre otras cosas, a la escasez de recursos humanos y recursos financieros.

II.4.b Definición de País en Desarrollo

Aunque el término “país en desarrollo” se utiliza a menudo en los acuerdos de la OMC, la organización no cuenta con una definición “per se” de esta categoría. Los Miembros pueden decidir por sí mismos si son países en desarrollo, aunque son susceptibles de impugnación por parte de otro miembro. De ahí que, bajo la categoría de país en desarrollo esté un amplio grupo de países con intereses diversos, desde países con economías basadas en una agricultura de subsistencia, hasta otros con sectores altamente industrializados.

⁷ Doc. TN/DS/W/15, 25 de septiembre de 2002

La dificultad de los países para definir legalmente qué constituye un país en desarrollo, en el contexto de la OMC, se debe a las implicaciones económicas que traen consigo las disposiciones de Trato especial y diferenciado (TE&D). Los países desarrollados se resisten a la concesión de TE&D cuando sus propios intereses económicos se ven afectados (Shaffer, 2003: 22 ss.), por ello prefieren:

- 1) Mantener el control de la aplicación de programas preferenciales (como el Sistema Generalizado de Preferencias): el hecho de que un Miembro de la OMC decida por sí mismo que es un país en desarrollo no significa que vaya a beneficiarse automáticamente de los programas unilaterales de preferencias de algunos países desarrollados. En la práctica, el país que concede la preferencia es el que decide qué países en desarrollo se beneficiarán de la misma⁸.
- 2) Plasmar sus obligaciones internacionales de TE&D de forma meramente declarativa cuando se aplica a todos los PED, para así someter a su propia discreción la forma de aplicarlos. Como apuntan Hoekman y Kosteci (2001: 392 ss.), la mayoría de las previsiones de TE&D en los acuerdos de la OMC son compromisos de “buenas intenciones”, siendo no vinculantes para los países con altos ingresos.
- 3) Limitar sus obligaciones internacionales de TE&D (aquellas realmente relevantes y que denotan un verdadero compromiso) a los países menos adelantados (PMA), los cuales no constituyen una amenaza competitiva.

Debe aclararse que cuando los acuerdos de la OMC se refieren al término de PMA, sí se incorpora una lista de países, clasificados por las Naciones Unidas de una forma más objetiva, basada en ingresos per cápita y niveles de desarrollo⁹.

II.4.c ¿Cómo participar?: Demandantes, Terceros interesados y “Free Riders”.

Si un país miembro de la OMC descubre que sus derechos de acceso al mercado han sido violados por otro miembro, puede iniciar una disputa solicitando consultas bilaterales. No obstante, una política o medida incompatible con las reglas de la OMC puede haber sido impuesta de forma cuasi-NMF (Nación Más Favorecida)¹⁰. Por ello, cualquier otro miembro

⁸ Ver por ejemplo el Reglamento Comunitario nº 732/2008, de 22 de julio de 2008, donde las CE distinguen tres tipos de regímenes, para así otorgar distintos niveles de preferencias. A saber: un régimen general para PED; un régimen especial para PMA (“Todo menos armas”) y un régimen especial de estímulo para PED “vulnerables” y comprometidos con “la buena gobernanza y el desarrollo sostenible”.

⁹ Ver en página web OMC: http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/org7_s.htm y en página web UNCTAD: <http://r0.unctad.org/lcds/LDCs/index.html>

¹⁰ Por lo general, la medida ilegal no se le aplica a los países con los que se tiene algún tipo de acuerdo preferencial, de ahí que usemos el término cuasi- NMF.

que haya sido afectado negativamente por la medida o que tenga un interés sustancial en el asunto, puede participar formalmente del proceso, ya sea como co-demandante o como tercera parte interesada.

Sobre la pluralidad de partes reclamantes el Art. 9.1 del ESD establece que: “Cuando varios Miembros soliciten el establecimiento de sendos grupos especiales en relación con un mismo asunto, se podrá establecer un único grupo especial para examinar las reclamaciones tomando en consideración los derechos de todos los Miembros interesados. Siempre que sea posible, se deberá establecer un grupo especial único para examinar tales reclamaciones”.

Esta posibilidad de ser co-demandante puede ser sabiamente utilizada por los PED. Abbott (2007: 5) señala que esta nueva figura, introducida tras las Ronda Uruguay, es muy útil para los PED, ya que les permite iniciar demandas conjuntamente con países desarrollados. Este autor sostiene: “claramente, el hecho de que varias partes se unan en la misma demanda, tiende a darle más fuerza al caso. Aunque sería demasiado simplista decir que, en este tipo de demandas, los Miembros desarrollados tienden a ser los líderes y los demás los seguidores, no hay duda de que estos casos implican menos problemas para los países desarrollados y pueden considerarse, en cierto sentido, como una plataforma de entrenamiento”.

Ciertamente, varios PED han hecho uso de esta figura, por ejemplo:

- El asunto “*CE- Bananos*”¹¹: iniciado por EE.UU., conjuntamente con Ecuador, Guatemala, Honduras y México.
- El asunto “*Estados Unidos - Ley de compensación (Enmienda Byrd)*”¹²: liderado por las CE y Japón, conjuntamente con Brasil, Chile, India, Indonesia, Corea, Tailandia, y más tarde México.

En relación a la participación de terceras partes interesadas, el ESD en su artículo 10.2 establece que: “Todo Miembro que tenga un interés sustancial en un asunto sometido a un grupo especial y así lo haya notificado al OSD tendrá oportunidad de ser oído por el grupo especial y de presentar a éste comunicaciones por escrito. Esas comunicaciones se

¹¹ Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos. Doc. WT/DS27.

¹² Estados Unidos - Ley de compensación por continuación del dumping o mantenimiento de las subvenciones de 2000, WT/DS217

facilitarán también a las partes en la diferencia y se reflejarán en el informe del grupo especial”.

La participación como tercera parte puede resultar tanto de un interés comercial en el tema que se examina como de un “interés sistémico”, es decir, la relevancia del tema para el funcionamiento del sistema multilateral de comercio. Es una participación que permite el seguimiento de la discusión jurídica y presentar la opinión sobre el caso en cuestión. Como aclara Bicalho Cozendey¹³ (Pág. 2): “No es una acción libre de las consecuencias políticas, por el contrario, implica tomar una postura sobre el tema, por lo general implica cierto grado de apoyo a una de las partes contendientes”. Shaffer, Ratton- Sánchez y Rosenberg (2008:19) añaden que esta figura es usada por algunos países de escasos recursos porque no cuentan con los medios para iniciar el caso por sí mismos.

Bown (2005:3) plantea otra forma de participar en el SSD, que irónicamente implica no participar. Este autor sostiene que como la resolución exitosa de una disputa conlleva a que el país demandado elimine la política o medida incompatible con la OMC sobre una base NMF, todos los Miembros de la Organización, aún cuando no hayan participado formalmente del caso, se beneficiaran del resultado. Bown llama a esto una actitud de “free riders”.

II.5 Variables que influyen en la iniciación de demandas

a) Variable económica

Los autores que abordan el tema de la participación de los PED en el SSD coinciden en que el interés económico-comercial es el principal motor de iniciación de demandas. Por ejemplo, Horn, Mavroidis y Nordstom (1999) sostienen que la iniciación de demandas se explica básicamente por el volumen de comercio internacional y la diversificación de los socios comerciales de un país. De ahí se explica que, Estados Unidos, la Unión Europea, Canadá y Japón hayan presentado un mayor número de demandas en comparación con los otros Miembros de la OMC, pues al ser las grandes potencias comerciales, tienen un gran volumen de comercio y una gran variedad de socios comerciales.

Por su parte, Bown (2005) sostiene que un país exportador será más propenso a participar en una demanda si el mercado del país demandado es “importante”. Dicha importancia puede medirse a través de las pérdidas económicas producidas por la barrera comercial o

¹³Consultado el 03/08/2011 en <http://www.itamaraty.gov.br/o-ministerio/conheca-o-ministerio/tecnologicos/cgc/solucao-de-controversias/mais-informacoes/o-sistema-de-solucao-de-controversias-da-omc-para>

por el liderazgo del país reclamante en el mercado del demandado. Sin embargo, aún cuando el valor del comercio en juego no sea grande o si el exportador no es necesariamente un líder en ese mercado en particular, los países pueden ser más propensos a participar en disputas si sus ventas se concentran desproporcionadamente en un mercado de destino en particular. De ahí que, un país con una pauta exportadora poco diversificada tenga interés en participar en un procedimiento en el SSD, esencialmente por las dificultades que representaría desviar el comercio perdido hacia un tercer mercado¹⁴.

b) Poder de retaliación

La literatura no es uniforme al abordar el posible efecto intimidatorio que pudiera producir el poder de retaliación de las grandes economías al iniciar una demanda. Para Horn, Mavroidis y Nordstrom (1999), el grado de poder que puedan tener las grandes potencias poco influye, la participación en el SSD se explica puramente por factores económicos. Bown (2005) refuta este argumento en varios de sus trabajos.

Por ejemplo, Bown y Blonigen (2003) analizaron los casos de antidumping (AD) que se presentaron ante la autoridad reguladora de AD de los Estados Unidos, entre 1980 y 1998, y encontraron evidencia de que las peticiones presentadas ante este organismo tienden a prosperar si el país al que se pretende demandar carece de capacidad de aplicar contramedidas. Otro estudio de Bown (2004) examina un conjunto de disputas entre 1973 y 1994 y descubre que los países tienden a implementar medidas de protección a las importaciones inconsistentes con el GATT, en lugar de aplicar medidas de salvaguardias permitidas por dicho acuerdo, si el socio afectado por la protección es (bilateralmente) débil y no tiene capacidad de retorsión.

En esta misma línea de pensamiento, Bagwell y Staiger (2002) sostienen que si un PED demandante ha hecho compromisos importantes de acceso al mercado a la parte demandada, que puede amenazar con retirar como represalia, el país demandando será más propenso a cumplir sus compromisos.

Quien escribe es partidaria de que las consideraciones de poder sí deben ser tomadas en cuenta a la hora de evaluar la participación de los PED en el SSD, ya que su influencia en el

¹⁴ Sobre la habilidad de los países exportadores para desviar el comercio a terceros mercados cuando se enfrentan a nuevas restricciones comerciales, ver Bown y Crowley (2004) "Trade Deflection and trade depression".

proceso es directa, desde la iniciación de consultas bilaterales hasta la aplicación de contramedidas. Sobre este punto abundaremos en el Cap. 3.

c) Mecanismos Nacionales:

Otro factor profundamente ligado a la iniciación de demandas es la existencia de mecanismos nacionales para identificar barreras al comercio internacional. Al no existir, a nivel internacional, una fuente especializada en detectar políticas gubernamentales incompatibles con las normas de la OMC, le corresponde a cada país identificar las violaciones a las que incurren sus socios comerciales¹⁵. Sobre este punto, Shaffer (2003) señala que los Estados Unidos y la Unión Europea han sido exitosos desarrollando mecanismos formales e informales para identificar barreras comerciales, darles prioridad de acuerdo a su impacto y movilizar recursos para sustentar las demandas ante el OSD. También señala que países en desarrollo, como Brasil, están desarrollando estructuras con este fin (abundaremos en este tipo de mecanismos más adelante).

d) Otras variables

En definitiva, como señala Abbott (2007:14), el inicio de una demanda en el SSD siempre dependerá de la importancia que se le atribuya al problema y de las motivaciones que haya detrás. Según este autor, en “the rational decision making” se tomarán en cuenta tanto los costos (económicos, políticos y humanos) como los beneficios de iniciar una demanda. En el capítulo siguiente nos adentraremos en cuáles son esos costos, a los que particularmente se enfrentan los PED a la hora de iniciar demandas en el SSD.

Al examinar los casos en que los PED han participado, queda en evidencia que en varias ocasiones ha habido intereses de una industria en particular detrás de la demanda, por ejemplo el *asunto “Estados Unidos- Gasolina”*¹⁶ (único caso iniciado por Venezuela hasta la fecha). Petróleos de Venezuela, la compañía nacional de petróleo de dicho país, financió los gastos de una firma de abogados estadounidense para presentar el caso ante la OMC”

¹⁵ La OMC no proporciona información exhaustiva sobre las irregularidades que cometen los países miembros, sin embargo existe una revisión periódica inter- pares de las políticas comerciales, realizadas en el marco del “Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales”. Si bien este mecanismo es una fuente potencial de datos, no es un examen aleatorio ni frecuente, por ejemplo EE.UU., las CE, Canadá y Japón son evaluados una vez cada dos años, los 16 países que le siguen en importancia cada 4 años, y el resto de los países cada 6 años.

¹⁶ Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional, WT/DS2.

(Shaffer 2003:14). En varios otros casos, los PED han participado en el SSD a través de la asistencia de Miembros más poderosos que buscan proteger sus propios intereses.

Sin embargo, otros PED usan el SSD en pos de sus objetivos de política y estrategia comercial. India, por ejemplo, ha dedicado casi la mitad de sus demandas a denunciar medidas restrictivas contra las exportaciones de textiles y vestidos, que representan su principal producto de exportación. Otras demandas han estado relacionadas con las exportaciones de acero, camarones y arroz. Esto es consistente con la posición negociadora de la India en la OMC, que aboga por restringir el uso de las medidas de defensa comercial. Aún teniendo como principales demandantes a los EE.UU. y las CE, la India ha sido exitosa en su participación en el SSD, obteniendo importantes victorias como la eliminación de las medidas de salvaguardias de EE.UU. que afectaban sus exportaciones de camisas y blusas de lana¹⁷ y la restricción al uso del “Zeroing” o “reducción a cero” que aplicaban las CE en sus cálculos de márgenes de dumping y afectaban negativamente las exportaciones de ropa de cama de algodón de la India¹⁸ (Davey, 2005: 26)¹⁹.

Por otra parte, Tailandia frecuentemente se ha unido a varias disputas iniciadas por otros países, sin embargo ha participado activamente en varios casos controversiales, como el asunto “*Estados Unidos- Camarones*”²⁰ y el asunto “*CE- Subvenciones a la exportación de Azúcar*”²¹. Sus demandas se han enfocado en proteger sus principales productos de exportación, que incluyen textiles y productos alimenticios. El uso de Tailandia del SSD contrasta con la participación de otros países del sudeste asiático, que no han sido tan activos en el sistema. Davey (2005: 29) sostiene que esto se explica a la importante

¹⁷ Estados Unidos- Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India, WT/DS33

¹⁸ Comunidades Europeas- Derechos antidumping sobre las importaciones de ropa de cama de algodón originarias de la India, WT/DS141: Según el Acuerdo Antidumping, existen tres métodos para determinar la existencia de dumping: “promedio a promedio”, “transacción a transacción” y “promedio a transacción”. La práctica de Zeroing no está contemplada en el acuerdo. El Zeroing funciona con una determinación temporal que separa los momentos en que existe dumping de los momentos en que no se presenta tal práctica. Una vez que se ha configurado tal separación, impide que ambos momentos puedan compensarse en sus efectos dado que se realiza una reducción a cero de los márgenes que presentan los lapsos en que no existe dumping. Las CE al “reducir a cero” los márgenes de dumping negativos no tuvieron plenamente en cuenta la totalidad de los precios de algunas transacciones de exportación, en concreto, las de modelos de ropa de cama de algodón en los que se constató la existencia de márgenes de dumping negativos, sino que trataron a esos precios de exportación como si hubieran sido menores de lo que eran en realidad, lo que incrementó artificialmente el resultado del cálculo del margen de dumping.

¹⁹ Este autor aclara que la India no ha ganado en todos los argumentos presentados, por ejemplo perdió la apelación en el caso de “Estados Unidos- Camisas y blusas de lana” y no tuvo un fallo a su favor en algunas de las cuestiones planteadas en “Ropa de cama de Algodón”, sin embargo en ambos casos ha ganado importantes argumentos que le han beneficiado directamente en el futuro.

²⁰ Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón, WT/DS58.

²¹ Comunidades Europeas - Subvenciones a la exportación de azúcar, WT/DS283.

inversión que el gobierno tailandés ha realizado a su membresía en la OMC, a través de una gran delegación en Ginebra y un gran uso de programas de capacitación, incluyendo los especializados en solución de diferencias.

Otro país interesante para analizar es Brasil. A pesar de que es reconocido como uno de los Miembros de la OMC más activos en el SSD, no siempre fue así. Tradicionalmente, la industria brasileña no contaba con una política de comercio exterior organizada ni con una sociedad empresarial interesada en el tema, debido al énfasis en el gran mercado interno brasileño (como reflejo de la estrategia de sustitución de importaciones) y a la percepción de que los asuntos de política comercial eran temas gubernamentales. Es a partir de la década de los 90's que Brasil, y Latinoamérica en general, dan un giro hacia el libre mercado y la promoción de exportaciones y se genera mayor interés por parte del gobierno y el sector industrial. De ahí que, desde la propia concepción del ESD (Ronda Uruguay) Brasil fue un importante participante, promoviendo un mecanismo de solución de diferencias lo suficientemente fuerte para enfrentar el unilateralismo estadounidense, asegurar un mejor acceso para sus exportaciones y garantizar un trato especial y diferenciado para los PED.

Brasil se vio involucrado en dos demandas que fueron determinantes en la formación de la postura activa que ostenta el país en el SSD. La primera fue iniciada en 1996 por Canadá en relación al programa de subsidios de exportaciones para aeronaves²² y la segunda fue en el año 2000, iniciada por EE.UU. sobre la ley de Patentes²³. Estas experiencias sirvieron para desarrollar un gran nivel de expertise en los temas legales de la OMC, impulsar redes de

²² Brasil - Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves, WT/DS46: Canadá inició una demanda sobre la legalidad de los subsidios que el gobierno brasileño otorgaba a la compañía nacional de aeronaves Embraer y que afectaban negativamente a la canadiense Bombardier. Acto seguido, Brasil decidió iniciar otro caso contra Canadá por los subsidios que éste otorgaba a la nacional Bombardier. Estas demandas trajeron como resultado una serie de decisiones complejas que dejaron en evidencia que ambos países estaban violando el Acuerdo de Subsidios. La demanda de Canadá fue importante simbólicamente para la identidad de Brasil como poder económico emergente. No sólo porque Embraer es una de las compañías brasileñas más grandes y que más exportan, sino porque el éxito económico de la compañía respalda el argumento de que Brasil puede competir en mercados internacionales con alta tecnología y con sectores de importante valor agregado, es este caso aeronaves comerciales y militares.

²³ Brasil — Medidas que afectan a la protección mediante patente, WT/DS199: EE.UU. presentó una demanda en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC en contra del apartado 1 del Art. 68 de la Ley de Propiedad Intelectual de Brasil, que requiere la producción local de una invención patentada como condición para el reconocimiento de un derecho exclusivo de patente. Las reacciones de las ONG y de organizaciones internacionales no se hicieron esperar, argumentaban que el gobierno de EE.UU. estaba colocando los intereses empresariales por encima de las cuestiones de salud. En junio de 2001, el gobierno de Bush retiró la demanda. La respuesta internacional por este caso ayudó a cambiar los términos del debate sobre la protección de las patentes de productos farmacéuticos, también fortaleció la posición de Brasil y otros PED de negociar normas de propiedad intelectual que puedan ser interpretadas y aplicadas (e incluso modificadas, cuando sea necesario) para conceder flexibilidad a los PED para enfrentar problemas de salud pública. Estos debates finalmente dieron lugar a una modificación del artículo 31 del Acuerdo sobre los ADPIC en 2005, justo antes de la Reunión Ministerial de Hong Kong.

cooperación entre el gobierno, el sector industrial e incluso ONG's, y llamar la atención de la sociedad civil sobre temas de política comercial (Shaffer, Ratton- Sánchez y Rosenberg, 2008).

Para el año 2007, Brasil había iniciado 22 demandas, de las que 10 fueron resueltas en la etapa de consultas y 12 pasaron a la fase del grupo especial, de éstas últimas 8 fueron apeladas. El Ministerio de Relaciones Internacionales de Brasil sostiene que ha obtenido importantes victorias en los casos sometidos a los grupos especiales y al Órgano de Apelación. Shaffer, Ratton- Sánchez y Rosenberg (2008) sostienen que esta afirmación es casi totalmente correcta, con la excepción de los casos iniciados por Canadá.

No fue casualidad que cuando Brasil inició casos tan controversiales como el asunto "Estados Unidos- Algodón americano (Upland)"²⁴ y "CE- Subvenciones a la exportación de azúcar"²⁵, demostrara su capacidad de salir victorioso aún enfrentando a las grandes potencias económicas. Ambos casos han tenido una influencia directa en la Ronda Doha, en la que se negocia entre otras cosas, la reducción de los subsidios agrícolas de EE.UU. y las CE (especialmente los subsidios a la exportación). Brasil ha provocado un debate más abierto y transparente sobre los programas agrícolas nacionales, consiguiendo que, incluso una parte de los propios ciudadanos de los países desarrollados, manifiesten abiertamente su descontento con los programas de subsidio agrícola. Un ejemplo de esto es la ONG española Intermón Oxfam que abiertamente ha exigido la eliminación de los subsidios agrícolas a la exportación, la apertura de los mercados a sus exportaciones textiles y el acceso a medicamentos baratos²⁶.

Por último cabe mencionar que hoy en día, Brasil es uno de los defensores claros del mecanismo frente a las propuestas de reforma del ESD, como la de EE. UU. que busca "desjurisdiccinar" el mecanismo.

²⁴ Estados Unidos- Subvenciones al algodón americano (Upland), WT/DS267.

²⁵ Comunidades Europeas — Subvenciones a la exportación de azúcar, WT/DS266.

²⁶ Para conocer sus publicaciones visitar <http://www.intermonoxfam.org/es/informate/publicaciones>

CAPITULO III: LIMITANTES QUE ENFRENTAN LOS PED EN EL SSD

Como vimos en la sección II.1, varios PED (Brasil, México, India, Argentina y Tailandia) se encuentran entre los principales usuarios del SSD, sin embargo un gran número de PED y la gran mayoría de PMA no han sido participantes activos. Si bien estos países tienen poco peso económico debido al pequeño porcentaje que representan en el comercio internacional, esto no quiere decir que el comercio internacional no sea importante para ellos, de hecho “el comercio representa una proporción elevada del PIB en muchos PED y PMA que no recurren al sistema”²⁷.

Durante las negociaciones relativas a las mejoras del ESD, varios Miembros de la OMC han expresado que esta escasa participación no se debe a que no hayan sentido la necesidad de hacer respetar sus derechos o de hacer cumplir las obligaciones de otros Miembros, sino a las dificultades estructurales y de otro tipo que plantea el propio sistema. Entre ellas, algunas relacionadas con el acceso al mecanismo, otras son cuestiones procesales y problemas de implementación²⁸.

Este capítulo está dividido en dos secciones. La primera está dedicada al estudio de las limitantes que enfrentan algunos Miembros de la OMC en su condición de PED, a las que hemos llamado “factores vinculados a la naturaleza de los PED”. En la segunda sección nos proponemos analizar la existencia (o no) de condicionantes en la estructura y en el funcionamiento del SSD que no favorecen la participación de los PED, a éstas las hemos llamado “factores predeterminados o inherentes al sistema”.

III.1 Factores vinculados a las características de los PED

III.1.a Costos financieros

Varios países Miembros se han quejado de que el SSD es complicado y demasiado oneroso, lo cual tiene implicaciones financieras, institucionales y de recursos humanos²⁹.

En la OMC no existe la figura de un “fiscal” que detecte cuando un Miembro impone políticas y medidas incompatibles con las reglas de la organización, corresponde a los propios

²⁷ Dato extraído de un interesante informe preparado por la delegación mexicana ante la OMC en el marco de las negociaciones sobre las mejoras del ESD: “Diagnóstico de los problemas que afectan al mecanismo de solución de diferencias” TN/DS/W/90 de fecha 16 de julio de 2007.

²⁸ Ver Propuesta del Grupo Africano, TN/DS/W/15, del 25 de septiembre de 2002 y Propuesta del Grupo de los PMA, TN/DS/W/37, del 9 de octubre de 2002

²⁹ Ver Propuesta del Grupo Africano, TN/DS/W/15, del 25 de septiembre de 2002.

Miembros detectar esas irregularidades y llevar adelante la demanda. Es por esto que iniciar un caso ante la OMC precisa de recursos económicos y personal capacitado para sustentar un proceso de demanda, pero también, y quizás anterior a esto, es necesario que existan mecanismos nacionales capaces de identificar barreras al comercio internacional.

1.1.a.1 Necesidad de mecanismos nacionales para identificar barreras al comercio internacional.

Los Miembros de la OMC obtienen información sobre posibles prácticas restrictivas al comercio internacional a través de tres vías: el Mecanismo de Examen de Políticas Comerciales –MEPC-³⁰, instituciones gubernamentales y representantes del sector privado. Sin embargo, el MEPC pone su foco en políticas generales, no en el impacto de éstas a nivel sectorial, de tal modo que una precondition para defender los derechos de un país en la OMC es la disponibilidad de información a nivel nacional. Por ello, los mecanismos nacionales para identificar barreras al comercio internacional juegan un papel central, es ahí donde la información se recopila, analiza y se lleva ante la autoridad gubernamental, que decide iniciar o no el caso.

Algunos países han implementado mecanismos formales que fomentan la comunicación e interacción entre el sector industrial y el gobierno. En los Estados Unidos, por ejemplo, el sector privado a través de la Sección 301 de la Ley de Comercio de 1974 puede solicitar al Representante Comercial de los Estados Unidos (USTR) iniciar investigaciones cuando se sienten afectados por medidas discriminatorias de terceros países. De igual forma, la Unión Europea, a través del Reglamento (CE) 3286/94 del Consejo de 22 de diciembre de 1994, permite que cualquier persona física o jurídica que se estime objeto de un perjuicio resultante de obstáculos al comercio pueda presentar una denuncia por escrito ante la Comisión.

Sin embargo, esta labor no es asunto sencillo en los PED. No todos los países cuentan con un sector exportador bien organizado ni debidamente educado en asuntos de comercio exterior, a esto se añade que no todos los países cuentan con un mecanismo legal evidente que canalice las dificultades de sus exportadores (Bown y Hoekman, 2005: 12-13). En varios PED se observa que el contacto del gobierno con el sector privado es muy informal y prima una “política de amiguismos”.

³⁰ Sobre este tema ver nota al pie No. 11.

A modo ilustrativo, cito un estudio elaborado por el Banco Interamericano de Desarrollo (2006)³¹, en el que se explican los factores por los que Honduras y Nicaragua tienen escasa experiencia en asuntos de defensa comercial. Entre estos están:

- El desconocimiento del sector privado de los requisitos de fondo exigidos por la normativa internacional, lo cual limita la posibilidad de elaborar una solicitud de inicio de investigación sólida.
- Los costos del procedimiento de investigación.
- Un inadecuado registro contable por parte de algunos sectores productivos hace prácticamente imposible cumplir con la información exigida por la normativa de medidas de defensa comercial relativa a producción, ventas, precios, empleo, estructura de costos de producción, etc.
- La ausencia de información actualizada relativa a comercio exterior. En el caso de las medidas de salvaguardia, por ejemplo, resulta necesario contar con información actualizada relativa a estadísticas de comercio exterior para determinar si se ha producido un aumento sustancial de las importaciones, en términos absolutos o relativos. Para ello se requiere contar no sólo con sistemas eficientes de recopilación de estadísticas oficiales de comercio exterior sino también con adecuados sistemas de divulgación de información que permitan a los sectores interesados acceder oportunamente a esa información.
- La existencia de sectores productivos atomizados eleva los costos de coordinación entre las unidades productivas a fin de llevar a cabo un caso de defensa comercial. Por ejemplo en el sector agrícola, especialmente el primario, la información se encuentra dispersa e incompleta.

No es difícil inferir que la baja cultura empresarial en asuntos de comercio exterior, las debilidades institucionales y la carencia de recursos económicos, humanos y tecnológicos no son debilidades exclusivas de estos dos países centroamericanos, todo lo contrario, podría decirse que un gran número de PED y la gran mayoría de los PMA se ven reflejados en este cuadro.

³¹ Ver en bibliografía como Tovar Díaz, Carlos: "Medidas de Defensa Comercial: un informe sobre Honduras y Nicaragua". Serie de Estudios Económicos y Sectoriales. BID 2006.

Superar estos obstáculos requiere del esfuerzo conjunto del sector público y del sector privado. Si bien sólo los gobiernos tienen personería jurídica para presentar una demanda ante la OMC, son los sectores productivos nacionales los que impulsan dichos litigios. En este sentido, tomando como referencia las experiencias exitosas de Estados Unidos, la Unión Europea y Brasil, los gobiernos de los países en desarrollo deberían crear y afianzar vínculos estratégicos con sus sectores productivos a los fines de optimizar la recopilación de información sobre comercio exterior.

1.1.a.2. Recursos económicos y personal capacitado

El mayor grado de judicialización que trajo la Ronda Uruguay al sistema de solución de diferencias produjo un incremento en los costos de litigio. Cada vez más, se necesita personal capacitado capaz de llevar adelante las distintas etapas del proceso. Por citar un ejemplo, para el establecimiento de un GE, se debe presentar ante el OSD una petición formal, este documento tiene gran importancia y debe ser redactado con gran esmero porque contiene el texto propuesto en el mandato del grupo especial que ha de analizar la diferencia. Si la petición omite alguna medida en particular, la parte reclamante no podrá invocarla más adelante en la diferencia.

También es oportuno señalar el gran volumen de jurisprudencia en materia de comercio internacional que se ha creado desde los años del GATT y posteriormente de la OMC. Este conjunto de fallos de los GE y del OA se ha convertido en un referente fundamental para tomar en cuenta a la hora de iniciar una demanda.

Sin embargo, no todos los PED y PMA tienen personal con experiencia suficiente en asuntos de la OMC o dedicados exclusivamente a llevar estos temas; otros, en los que se incluye la gran mayoría de PMA, ni siquiera tienen una Misión Permanente en Ginebra. Esta carencia puede ocasionar problemas importantes, por ejemplo el incumplimiento de los plazos del proceso, escritos redactados de forma inadecuada o argumentos no muy bien fundamentados.

Para no correr estos riesgos, algunos países deciden contratar un estudio jurídico privado, que puede costar desde \$250 mil dólares para un “caso normal” hasta \$500 mil dólares para un caso en el que intervengan los Estados Unidos o la Unión Europea (Shaffer, 2003:45). Se debe aclarar que los costos jurídicos de iniciar una reclamación en la OMC son aproximadamente los mismos independientemente del valor económico que esté en juego.

Sin embargo, el “valor relativo” de una reclamación de un país en desarrollo puede ser tanto o más importante para su economía que para un país desarrollado, pero como tienen economías más pequeñas y menores volúmenes de exportación, presentar un caso no siempre resulta atractivo (hablando en términos de costos-beneficios), a menos que los honorarios de los abogados estén cubiertos de alguna forma.

El hecho de que Estados Unidos y la Unión Europea recurran más al SSD ha dado lugar a que desarrollen una estrategia general en relación a su plantel de asesores jurídicos: cuentan con un equipo de abogados propios que trabajan en las capitales abocados a los asuntos relativos a la OMC y además cuentan con amplias delegaciones en Ginebra. Esto es justificable dado el frecuente número de casos en los que son parte y los altos intereses o valores que están en juego en las diferencias en cuestión. En cuanto a los PED y PMA, si bien algunos tienen abogados permanentes en las capitales y cuentan con presencia jurídica en Ginebra, es fácil inferir que estos recursos, sobre todo los de aquellos que con menor frecuencia invocan el ESD, son ampliamente superados en lo que atañe a la cantidad de personal jurídico y no jurídico así como en lo relativo a la experiencia en la jurisprudencia de asuntos comerciales de la OMC cuando se los compara con los países desarrollados³².

Por otra parte, los PED enfrentan otro problema en cuanto a su capacidad para retener al personal capacitado. En los organismos de comercio de estos países ha sido difícil seleccionar, capacitar y retener al personal altamente calificado. Como afirman Jaime Granados y Ann Casanova (2004:252) “crear la capacidad de un país exige educar a sus funcionarios gubernamentales, pero en cuanto uno de esos funcionarios abandona el gobierno esa inversión se pierde y cuesta reemplazarla y seleccionar nuevos recursos humanos a quienes formar y con quienes reconstruir esa capacidad”. Algunos PED han fallado en otorgar incentivos para atraer y retener dentro del plantel permanente a asesores de comercio internacional, de manera de no correr el riesgo de perder a profesionales capacitados a manos del sector privado.

La falta de institucionalidad y el clientelismo político también tiene una dosis de culpa en las dificultades que atraviesan estos países en la creación de capacidad en comercio exterior. Desafortunadamente, el personal técnico de algunos Ministerios y Secretarías de Estado, así

³² Gregory Shaffer: “How to make the WTO Dispute Settlement System work for developing countries”: para 2003 la Oficina del Representante Comercial de los Estados Unidos (USTR) contaba con veintiséis abogados de planta y la Unión Europea contaba con diez abogados que prestaban servicios exclusivamente a asuntos relacionados con la OMC.

como los representantes nacionales de los distintos foros de negociación frecuentemente son removidos al término de un período electoral.

Por otro lado, las alianzas estratégicas entre el sector público y privado a la que nos referimos en la etapa pre-litigiosa, también aplican al litigio en sí. Son varios los ejemplos que demuestran que una estrecha coordinación entre el gobierno y la industria afectada puede traer resultados positivos. Por ejemplo en el asunto *CE- Bananos*, la empresa Chiquita y sus abogados prepararon una descripción de los hechos que luego se convirtió en la descripción detallada de los hechos que aparece en la decisión inicial del grupo especial³³ (Jaime Granados y Ann Casanova 2004:253).

Otro ejemplo es el asunto *Estados Unidos- Subvenciones al algodón americano (Upland)*³⁴, el cual propició que los productores de algodón de Brasil se vieran en la necesidad de organizarse a través de una asociación comercial (ABRAPA- Asociación Brasileña de Productores de Algodón), que les permitió reunir y coordinar recursos para la contratación de académicos, consultores legales y económicos. Gracias a ello, el gobierno tuvo los recursos necesarios para presentar la demanda (Shaffer, Ratton-Sánchez y Rosenberg 2008:51)³⁵.

Por lo anteriormente expuesto, los PED también deberían considerar la posibilidad de brindar capacitación a las asociaciones e industrias privadas, las cuales estarían mejor preparadas para detectar violaciones a las normas de la OMC que afecten sus intereses.

III.1.b Miedo a perder privilegios

Si bien las disputas comerciales son generadas por factores principalmente económicos, no se puede negar que en este tipo de conflictos también hay relaciones políticas en juego. Como señalan Besson y Mehdi (2004: 12): “las disputas comerciales son generadas parcialmente por relaciones políticas y son el resultado de estructuras de poder y conflicto

³³ Informe del Grupo Especial, Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos, Reclamación de los Estados Unidos, WT/DS27/R/USA, adoptado el 25 de septiembre de 1997, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS27/AB/R.

³⁴ WT/DS267

³⁵ El gobierno contrató formalmente a la firma de abogados Sidley-Austin LLP que ayudó con la preparación de los escritos y asistió a los funcionarios en las audiencias ante el grupo especial y el Órgano de Apelación, sin embargo estos servicios fueron pagados por la asociación de algodoneros. Esta asociación también contrató al economista estadounidense Daniel Summer, un profesor de la Universidad de California y antiguo funcionario del Departamento de Agricultura de EEUU, quien elaboró un estudio en el que se explicaba el mecanismo utilizado por el gobierno de EEUU para otorgar los subsidios a sus productores, también se demostraba el severo impacto que tenía la aplicación de esos subsidios en el comercio agrícola internacional.

entre países". Para estos autores, el poder se define por los recursos con los que se consigue imponer la propia voluntad sobre otros.

Esas estructuras de poder pueden observarse en el SSD, que a pesar de ser un sistema mayormente legalista tiene espacios para la diplomacia. Es difícil encontrar reclamos oficiales en este tenor, pero se puede inferir cierta preocupación de los países en desarrollo y menos adelantados a través de varias propuestas que buscan dotar de una mayor transparencia la conducción de las consultas. (Veremos este tema con más detalle en la sección III.2.a).

Si bien los funcionarios públicos han sido cautelosos al abordar el tema, la doctrina ha tratado el asunto abiertamente. Varios autores sostienen que además de la retaliación comercial autorizada por el ESD, un país tiene la posibilidad de amenazar a un socio comercial a través de otros instrumentos. Breuss (2001), Bown (2003a) y Chang (2002) observan que la ayuda económica bilateral conduce a una estrecha interdependencia económica y que esta variable puede influir en la dinámica de una disputa comercial ante la OMC, ya que el país que recibe la asistencia puede sentir temor de perder esos privilegios. Sobre este tema, Mosoti (2003:80) sostiene: *"Los países pobres reciben amenazas o advertencias sutiles de que su paquete de ayuda puede ser retirado si presentan una controversia en contra de su benefactor. Estas amenazas son muy eficaces porque las repercusiones del retiro de ayuda puede ser devastador para las economías de estos países (...) Los negociadores africanos se han visto inducidos a tomar ciertas posiciones para salvaguardar paquetes de ayuda o incluso los esquemas del Sistema Generalizado de Preferencias, de hecho, la exención del Acuerdo de Cotonou entre la UE y los países ACP fue un arreglo para incluir los temas de Singapur en la Ronda de Doha"*.

Para muchos países, los beneficios que brinda el Sistema Generalizado de Preferencias (SGP), o el African Growth and Opportunity Act (AGOA) o la iniciativa "Todo menos armas", por citar algunos ejemplos, son piezas fundamentales en sus esquemas de exportación. Sin embargo estos beneficios no son compromisos reclamables ante la OMC, más bien responden a concesiones unilaterales y voluntariamente asumidas por los países desarrollados. Si bien no existe mucha evidencia empírica de cómo operan estos privilegios al momento de decidir si demandar o no a un donante, no es difícil inferir que en una toma

de decisión racional, los privilegios unilaterales son un elemento fundamental a tomar en cuenta.

III.2 Factores inherentes al sistema.

III.2.a La fase de consultas

En la primera fase de un procedimiento de solución de diferencias, las partes se reúnen para celebrar consultas con miras a llegar a una solución mutuamente satisfactoria. Haciendo eco de sus raíces heredadas del GATT, la etapa de consultas contemplada en el ESD es un espacio abierto a la diplomacia más que a los argumentos legales, de ahí que la forma en la que son conducidas es decidida por las partes y es muy poco lo que regula el Entendimiento en esta materia. El propio acuerdo establece en su artículo 3.7 que *“antes de presentar una reclamación, los Miembros reflexionarán sobre la utilidad de actuar al amparo de los presentes procedimientos (...) Se debe dar siempre preferencia a una solución mutuamente aceptable para las partes en la diferencia y que esté en conformidad con los acuerdos abarcados”*. Sin embargo, este último requisito no es fácil de comprobar ya que las consultas se realizan de forma confidencial (Art. 4.6) y a pesar de que las soluciones mutuamente convenidas deben ser notificadas al OSD (Art. 3.6), esto no siempre se cumple debidamente³⁶.

Viendo las estadísticas sobre solución de diferencias de la OMC (Gráfico #7), se evidencia que un gran número de reclamaciones no han llegado a una resolución, entendiéndose por ésta una decisión de un GE o del OA. Si bien en este universo caben distintos tipos de reclamaciones, por ejemplo las que no pasaron a la conformación de un GE, las que sí lo hicieron pero el GE no llegó a emitir su informe, las reclamaciones cuyas solicitudes de consulta no han sido formalmente retiradas o anuladas, las que sí lo fueron, etc. la práctica indica que en un proceso rogatorio como el SSD en el que se invierten importantes recursos económicos y humanos en cada una de sus fases, la inactividad del litigio no es algo casual, podría asumirse que las partes han arribado a algún tipo de acuerdo, ya sea del tipo *“mutual policy accommodation”* o *“unilateral adjustments”* usando las palabras de Sevilla (1997: 8.)

³⁶ Varios Miembros se han lamentado de que ciertas soluciones mutuamente convenidas se notifiquen con mucho retraso, aprovechando la ausencia de un plazo concreto en el ESD, y de que, en ocasiones, ni siquiera se haya notificado la solución negociada, limitándose a dejar el asunto como inactivo. Ver Comunicación de fecha 20 de septiembre de 2002, remitida por la misión permanente de la India ante la OMC en nombre de Cuba, Honduras, India, Malasia, Pakistán, Sri Lanka, Tanzania y Zimbawe, Doc. TN/DS/W/18 de fecha 7 de octubre de 2002.

Ahora bien, ¿qué elementos determinan el tipo de solución al que se puede llegar en la etapa de consultas? ¿Es posible obtener resultados satisfactorios para ambas partes? ¿Los países en desarrollo están en pie de igualdad para negociar “*in the shadow of law*”³⁷ con los países desarrollados?

Powell (2002: 1-30) habla del poder de regateo de los actores en una negociación y señala que éste depende de la dotación de poder previa, la urgencia para arribar a un acuerdo, la capacidad de mostrar resolución en las estrategias adoptadas y la aversión al riesgo de las partes. A nuestro entender, todos estos elementos tienen cabida en la negociación por una disputa comercial en el marco de la OMC.

- La dotación de poder previa aplica por ejemplo, a la presión que pudiera ejercer un país con otro al que le otorga concesiones preferenciales de forma voluntaria (como vimos en la sección anterior), pero sobre todo aplica a la facultad que tienen ciertos países de utilizar los remedios del SSD de forma más eficiente que otros, lo cual es a nuestro criterio la mayor debilidad del mecanismo.

- La urgencia para arribar a un acuerdo puede deberse a la presión política que sufren los gobiernos en disputa por parte del sector industrial afectado, a cuestiones de seguridad medioambiental, de salud pública, etc.;

- La capacidad de mostrar resolución en las estrategias adoptadas puede entenderse como la capacidad del país reclamante de conseguir que el país infractor cese la medida o política incompatible con la OMC, fundamentalmente a través de la “suspensión de ciertas concesiones u otras obligaciones” en caso de que el país infractor no cumpla con la recomendación del OSD en un periodo razonable; y

- La aversión al riesgo está estrechamente vinculada con el principio NMF, ya que en caso de que se compruebe que el país demandado está en incumplimiento, la compensación acordada tras una disputa no deberá ser discriminatoria en el sentido de que beneficie únicamente al país reclamante, sino que las concesiones deberán extenderse sobre la base del trato NMF a todos los otros Miembros de la OMC.

³⁷ El término “*in the shadow of law*” o en español “a la sombra de la ley” fue un término empleado por Robert Mnookin y Lewis Kornhauser en su libro “*Bargaining on the Shadow of the Law: the Case of Divorce*”, y después fue acuñado por diversos autores que tratan la solución de diferencias en la OMC, al referirse a los arreglos entre partes fuera del tribunal, en este caso fuera OSD.

Estas variables pueden ayudarnos a entender la lógica que mueve a los actores en la primera fase del SSD, así como las razones por las que un país demandado ofrece mejores concesiones en esta etapa. Es interesante notar que si bien los Estados Unidos y la Unión Europea son los grandes usuarios del sistema, un importante número de sus diferencias han sido resueltas en las consultas.

El problema consiste en que un PED o PMA tiene una probabilidad mucho menor de lograr una solución amistosa antes de que se dicte la resolución de un GE. Además, los reclamantes más pobres no logran que los demandados ofrezcan concesiones sustanciales en esta etapa del proceso (Busch y Reinhardt, 2000).

Las delegaciones de diversos PED han expresado su preocupación por la transparencia en las consultas y la necesidad de vigilar las soluciones mutuamente convenidas. México³⁸ sostiene que la mayor parte de las cuestiones relativas a la transparencia interna se pueden resolver participando como tercero en un procedimiento de solución de diferencias, sin embargo las normas para asociarse a las consultas no son las adecuadas ya que según el Art. 4.11, el propio país consultado establece su propio criterio acerca de si la solicitud de asociación está bien fundada.

Por su lado, Costa Rica³⁹ aboga por una enmienda en el ESD que facilite la participación de Miembros que no sean las partes principales en la diferencia pero que posean un interés en la cuestión que es objeto de la disputa. Propone que el GE y el OA presten debida consideración a los argumentos expuestos por los terceros, en vez de reflejar únicamente sus opiniones en la parte expositiva del informe. Además, sugiere autorizar a los terceros a tener acceso a todas las comunicaciones y demás información presentada al GE o al OA.

Es este mismo tenor, la propuesta del Grupo Africano⁴⁰ también señala que la cuestión de los terceros requiere normas más claras. Este grupo propone que los PED Miembros no estén obligados a demostrar un interés económico o comercial en el asunto como condición previa para la admisión en calidad de terceros, además que siempre puedan ser admitidos como terceros en cualquier etapa en que se encuentre el asunto.

³⁸ Ver "Diagnostico de los problemas que afectan al mecanismo de solución de diferencias" Algunas ideas de México, TN/DS/W/90 de fecha 16 de julio de 2007.

³⁹ Ver Propuesta de Costa Rica- Derechos de los terceros, TN/DS/W/12/Rev.1, de fecha 6 de marzo de 2003.

⁴⁰ TN/DS/W/15, del 25 de septiembre de 2002.

La importancia de las consultas en el SSD es innegable, se debe reconocer que el ESD ha contribuido a promover soluciones mutuamente convenidas que sean transparentes y que se enmarquen en los principios acordados por los Miembros de la OMC. Sin embargo, la necesidad de mejorar esta etapa del proceso es evidente. Como explica Fernandez Pons (2006:504-505): *“no se trata de desterrar el pragmatismo y la flexibilidad que tradicionalmente inspiraron el sistema multilateral de comercio, que en dosis adecuadas puede tener efecto pacificador y permite ajustar la compleja y no pocas veces ambigua regulación del comercio internacional a los cambiantes intereses y coyunturas económicas de los Estados, pero sí de preservar el objeto y fin del régimen multilateral y los intereses de las partes menos fuertes en una negociación bilateral”*.

III.2.b El procedimiento ante el Grupo Especial (GE)

Como se explicó en la sección I.6.b, si las partes no arriban a una solución en la fase de consultas, la parte interesada solicitará una petición formal ante el OSD para el establecimiento del GE. En esta fase el proceso se vuelve más legalista.

Varios Miembros de la OMC han expresado preocupación por el tiempo que lleva solucionar una controversia. Debe reconocerse que debido a la complejidad y tecnicismo de las cuestiones que se plantean en el SSD se necesita tiempo para su examen, pero también la práctica ha hecho evidente que hay aspectos por mejorar.

México ha expresado que la principal deficiencia de los GE es el tiempo excesivo que se necesita para su integración y para sus trabajos. Como se observa en el cuadro III.1, los plazos que establece el ESD no se cumplen.

A veces, la selección de los miembros de los GE resulta problemática, ya que a las partes les cuesta ponerse de acuerdo en relación a la experiencia, especialización y país de procedencia de los panelista. Han surgido varias propuestas que buscan facilitar este proceso a través de la confección de listas permanentes de expertos⁴¹, algunos PED y PMA han manifestado temor a que la lista fija tenga un número insuficiente de personas provenientes de países en desarrollo, otros han sugerido que esto puede mitigarse si se establece como requisito que en la composición del GE haya una persona de procedencia de un PED o PMA, según corresponda. De todas formas, son remotas las perspectivas de

⁴¹ Por ejemplo: Contribución de las CE a la mejora y a la aclaración del ESD, TN/DS/W/38, de 23 enero 2003 y Contribución del Canadá a la mejora del ESD, TN/DS/W/41, de 24 enero 2003.

que se establezca una lista permanente de miembros, ya que esta iniciativa no se incluyó en el Texto del Presidente⁴² al no contar con un nivel de apoyo suficiente.

Cuadro III.1. Plazos de jure vs plazos de facto

Fuente: “Diagnóstico de los problemas que afectan al mecanismo de solución de diferencias”, elaborado por la Delegación Mexicana ante la OMC, de fecha 16 julio 2007. TN/DS/W/90, Pág. 19

	<i>De jure</i>	<i>De facto Promedio</i>	<i>Diferencia entre los dos</i>
Consultas	60 días	147,65 días	87,6 días
Establecimiento del Grupo Especial	10 días	41,2 días	31,2 días
Procedimiento del Grupo Especial (desde el establecimiento hasta la distribución del informe)	9 meses (párrafo 9 del artículo 12 del ESD)	12 meses	3 meses
Procedimiento del Órgano de Apelación (desde el anuncio de apelación hasta la distribución del informe)	60 días (párrafo 5 del artículo 17 del ESD)	86,3 días	26,3 días
Desde la adopción hasta la distribución del laudo del párrafo 3 c) del artículo 21	90 días (párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD)	135,2 días	45,2 días
Asunto sometido e informe definitivo distribuido en los grupos especiales del párrafo 5 del artículo 21⁴³	90 días (párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD)	159,1 días	69.1 días

La diferencia entre los plazos *de jure* y *de facto* puede implicar que el país reclamante invierta una mayor cantidad de recursos de lo que estipulaba en una disputa. Sin embargo, para los países desarrollados esto no es un problema mayor, pues debido a la infraestructura legal que ya poseen estos costos son fijos. Como bien señala la delegación mexicana: si los plazos no se cumplen, en lugar de modificarlos en el ESD, debería estudiarse la posibilidad de abreviarlos en la práctica.

Otro aspecto del procedimiento que ha sido objeto de debate es el trato especial y diferenciado. Sobre esto hay opiniones divididas. El grupo de Países Menos Adelantados y el Grupo Africano a través de sus propuestas han hecho hincapié en la necesidad de un trato especial y diferenciado para los PED y PMA, consistentes en mayores plazos y disposiciones en las que se manifieste consideración por los intereses de desarrollo de estos

⁴² Órgano de Solución de Diferencias en sesión extraordinaria. Informe del Presidente, Embajador Ronald Saborío Soto al Comité de Negociaciones Comerciales, TN/DS/25 de 21 de abril de 2011. En lo adelante “Texto del Presidente”.

⁴³ Para este estudio no tenemos en cuenta las apelaciones del párrafo 5 del artículo 21.

países. Sin embargo, algunos autores⁴⁴ sugieren que estos países deberían aunar esfuerzos por reformas más generales, no necesariamente exclusivas para PED y PMA, pero con un contenido de fondo mucho más relevante.

En el ESD se pueden distinguir dos tipos de disposiciones relativas al trato especial y diferenciado. La primera categoría consiste en previsiones que determinan cómo deben ser implementados ciertos principios generales en los casos que participan PED y la segunda categoría consiste en disposiciones que establecen criterios y procedimientos aplicables exclusivamente a los PED.

Con relación al primer grupo, Roessler (2002:3) sostiene que esas disposiciones han funcionado en la práctica, por ejemplo en casi todos los casos en los que estuvo involucrado un PED, por lo menos uno de los panelistas ha sido un país en desarrollo, además los miembros del GE siempre han explicado en sus conclusiones la forma en que se tuvieron en cuenta las disposiciones de trato especial y diferenciado del Entendimiento.

Sobre el segundo grupo, el mismo autor sostiene que los PED han hecho escaso uso, prácticamente nulo. Un ejemplo de esto es el artículo 3.12 según el cual los PED tienen el derecho de solicitar los buenos oficios del Director General y la aplicación de procedimientos de GE acelerado en disputas contra países desarrollados, de conformidad con la Decisión de 1966. Sin embargo, durante la existencia del ESD ningún PED ha invocado esos procedimientos⁴⁵. Otra disposición es el artículo 21.2, según el cual *“se prestará especial atención a las cuestiones que afecten a los intereses de los países en desarrollo Miembros con respecto a las medidas que hayan sido objeto de solución de diferencias”*. Esta disposición sólo ha sido invocada por Argentina, Chile y Tailandia. Otras disposiciones que contemplan privilegios procesales son los artículos 21.7 y 21.8, en los que se establece que el OSD tendrá en cuenta los intereses de los PED en su tarea de vigilar la aplicación de las recomendaciones y resoluciones. El OSD no ha aplicado estas disposiciones y nunca fue requerido para ello.

Resulta interesante observar que los PED no suelen invocar las ventajas procesales dispuestas a su favor en el ESD. Para el director ejecutivo del Centro de Asesoría Legal en

⁴⁴ Ver Frieder Roessler, *“Special and Differential Treatment of Developing countries under the WTO DSU”* en Federico Ortino y Ernst-Ulrich Petersmann (eds.), *The WTO Dispute Settlement System 1995-2003* (La Haya, Kluwer Law International, 2004); William Davey, *“The WTO Dispute Settlement System: How have developing countries fared?”* (Illinois Public Law and Legal Theory Research, Paper No. 05-17, 2005)

⁴⁵ Aclaramos que bajo el GATT 1947, los PED sí solicitaron el recurso de los buenos oficios en seis ocasiones. El procedimiento acelerado nunca fue solicitado.

Asuntos de la OMC esto se debe a que: *“los PED quieren enfrentar a los países desarrollados como iguales y, por lo tanto, se muestran poco propensos a invocar privilegios procesales de los que no gozan sus oponentes. Además, temen que la aplicación de disposiciones procesales sesgadas a su favor pueda afectar la legitimidad del resultado y, por ende, limitar la fuerza normativa de las resoluciones que aspiran”* (Roessler, 2002:5). Se aprecia entonces cierta divergencia entre lo que los PED buscan en las negociaciones sobre las mejoras del ESD y lo que hacen cuando están involucrados en una disputa, en las negociaciones tienden a buscar privilegios procesales y en la práctica su objetivo es garantizar la igualdad formal.

En el último informe del Presidente⁴⁶ figuran varias propuestas sobre trato especial y diferenciado, pero la mayoría de estas propuestas establecen el mismo tipo de ventajas procesales que hasta el momento no han demostrado ser de utilidad, por lo que es probable que estas mejoras sean incapaces de dar respuesta a las dificultades básicas que enfrentan los países en desarrollo Miembros.

Somos de la opinión que las conquistas por el trato especial y diferenciado han sido importantes, pero por los argumentos presentados consideramos que los PED deben enfocarse en modificaciones más relevantes, aún cuando éstas no sean de carácter exclusivo para PED y PMA, por ejemplo el tema del cumplimiento de las resoluciones del GE y del OA. A su vez, los PED deben crear consciencia de los instrumentos que pueden desarrollar por sí mismos a nivel nacional, tales como la creación de incentivos para fomentar el expertise en comercio internacional, la promoción de alianzas entre el sector público y privado, etc. Lo cual será en definitiva, el mejor beneficio procesal que podrán tener a su favor⁴⁷.

III.2.c Aplicación de las recomendaciones y resoluciones⁴⁸

Esta fase del SSD ha sido ampliamente criticada por los propios Miembros de la OMC y la doctrina. Si bien debe reconocerse que el índice de cumplimiento ha sido elevado, varios casos han dejado al descubierto las deficiencias de esta etapa del mecanismo. El Informe

⁴⁶ Órgano de Solución de Diferencias en sesión extraordinaria. Informe del Presidente, Embajador Ronald Saborío Soto al Comité de Negociaciones Comerciales, TN/DS/25 de 21 de abril de 2011.

⁴⁷ Volveremos sobre este punto en el Capítulo IV: ¿Cómo superar las asimetrías?

⁴⁸ En el ámbito del GATT/OMC, una diferencia puede iniciarse porque un Miembro alegue: a) El incumplimiento por parte de otro Miembro de una obligación contraída en virtud de los acuerdos (Párr.1 Art.23 del ESD) o; b) Anulación o menoscabo de las ventajas resultantes de los acuerdos por la aplicación de medidas que no presuponen el incumplimiento de una obligación (las llamadas reclamaciones “no basadas en una infracción” contempladas en el Art.26 del ESD). En nuestro análisis sólo abarcaremos las primeras.

Anual del OSD del año 2010 destaca que de un total de 418 casos, en 21 se ha hecho uso del “último recurso” que dispone el SSD para los Miembros reticentes a la aplicación de recomendaciones, siendo éste “la suspensión de concesiones u otras obligaciones” contempladas en el Art. 22 del ESD⁴⁹. Entre ellos, varios casos resonantes tales como: CE-Bananos III (Ecuador)⁵⁰, CE- Bananos III (EE.UU.)⁵¹, CE-Hormonas (Canadá)⁵² CE-Hormonas (EE.UU.)⁵³, y Estados Unidos- Ley de 1916 (CE)⁵⁴.

El cumplimiento y los recursos para incentivar el cumplimiento (“remedios”) son dos componentes interrelacionados de la etapa de “Aplicación de recomendaciones y resoluciones”, ya que para fomentar la obediencia de un Miembro infractor, las penalidades contra el incumplimiento deben ser efectivas. A continuación analizaremos las críticas y propuestas de mejora relacionadas con esta etapa, las cuales se centran básicamente en 1) la naturaleza de los remedios que contempla el SSD, los cuales se centran en la cesación del hecho ilícito y no en la reparación del daño causado; y 2) los instrumentos para inducir el cumplimiento, que han demostrado no ser eficientes para todos los Miembros, especialmente para los más pobres.

III.2.c.1. Recomendaciones no específicas

El Art. 19 del ESD establece que en caso de que un GE determine que “una medida es incompatible con un acuerdo abarcado, recomendará que el Miembro afectado la ponga en conformidad con ese acuerdo”. Además “podrán sugerir la forma en que el Miembro afectado podría aplicarlas”. Esta “recomendación” es el recurso primario que tienen los Miembros para frenar la medida incompatible, a pesar de la connotación ligera que pudiera tener la palabra “recomendación”, en el marco de la OMC se entiende que una vez la recomendación es

⁴⁹ Ver OSD, Informe Anual (2010)- Addendum: “Panorama General de la situación de las diferencias en la OMC”. Doc. WT/DSB/51/Add.1 de fecha 3 de diciembre, Págs. 129-133 (Números corresponde a versión en inglés del documento).

⁵⁰ Decisión de los Árbitros, Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos - Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, WT/DS27/ARB/EU, 24 de marzo de 2000.

⁵¹ Decisión de los Árbitros, Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos - Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, WT/DS27/ARB, 9 de abril de 1999.

⁵² Decisión de los Árbitros, Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas), Reclamación inicial del Canadá - Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, WT/DS48/ARB, 12 de julio de 1999.

⁵³ Decisión de los Árbitros, Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas), Reclamación inicial de los Estados Unidos - Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, WT/DS26/ARB, 12 de julio de 1999

⁵⁴ Decisión de los Árbitros, Estados Unidos - Ley Antidumping de 1916, Reclamación inicial de las Comunidades Europeas - Recurso de los Estados Unidos al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, WT/DS136/ARB, 24 de febrero de 2004

aprobada por el OSD, es legalmente vinculante⁵⁵. El ESD establece que el cumplimiento debe ser inmediato, pero reconoce que no siempre es factible cumplir inmediatamente con la recomendación. Por ello, los Miembros cuentan con un “plazo prudencial” que puede fijarse de mutuo acuerdo o mediante arbitraje⁵⁶.

De la lectura del Art. 19 se deduce que la obligación de los Miembros de la OMC con relación a la implementación de la recomendación es una obligación de resultados. De ahí que las recomendaciones del GE no suelen ser específicas en lo que respecta a la acción a ser tomada para ponerla en práctica, por lo general recomiendan al Miembro en cuestión poner la medida “en conformidad con las obligaciones contraídas en el acuerdo abarcado” sin precisión en cómo hacerlo. De este modo, el Miembro tiene libertad de adoptar cualquier medida que considere oportuna dentro del amplio universo de dicha recomendación. Como explica Plasai (2007: 5), esto trae como consecuencia que “en algunos casos, la medida de aplicación sólo afecte a uno o algunos aspectos de la medida en disputa; en otros, la aplicación puede ser simplemente de naturaleza estética o llega de forma tardía, prolongada y parcial”.

III.2.c.2. El carácter prospectivo del cumplimiento y los “remedios”.

El SSD posee un carácter no contencioso, no se trata de un procedimiento indemnizatorio ni punitivo (Vásquez Arango, 2010:145). Como señala el Art. 3.7 del ESD: “*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*”.

La naturaleza prospectiva del cumplimiento y de los remedios es uno de los aspectos que el ESD heredó del GATT, “cuyo sistema de solución de diferencias se dirigía al restablecimiento de un equilibrio *pro futuro* entre las partes, se prescindió, por regla general, de la reparación de daños causados por un incumplimiento. Excepcionalmente, en el ámbito específico de los derechos antidumping y de los derechos compensatorios a subvenciones hubo algunos supuestos en los que GE recomendaron la restitución de aquellos derechos que hubiesen sido ilícitamente percibidos, práctica que fue polémica y contó con la explícita

⁵⁵ Sobre el carácter vinculante de las recomendaciones ver: Hudec: “*Broadening the Scope of Remedies in WTO Dispute Settlement*”, pág.10; Jackson en: “*The World trading System: challenges ahead*”, págs. 153-65; López Cerviño “*El SSD y algunas dificultades que aún deben enfrentar los PED y PMA*”, págs. 282-283 y Mavroidis: “*Remedies in the WTO legal system: Between a rock and a hard place*” págs 778-788.

⁵⁶ Ver sección I.6.d

oposición de algunas partes, como los Estados Unidos, que llegaron a bloquear la adopción de los correspondientes informes” (Fernández Pons, 2006: 321)

De ahí que en el SSD, en caso de incumplimiento y a solicitud de la parte interesada, el OSD puede autorizar la aplicación de un “remedio”, pero éste sólo se podrá aplicar transcurrido el plazo prudencial. No hay ninguna disposición en el ESD que regule el cumplimiento y los remedios para el tiempo que transcurre entre el día que el Miembro infractor adoptó la medida incompatible con la OMC hasta el momento en que se requiere “la aplicación de las recomendaciones y resoluciones” (después de transcurrido el plazo prudencial, de acuerdo con el Art. 21).

Para los PED, esto tiene un efecto devastador. Resolver una disputa comercial en la OMC puede tomar más de dos años, período de tiempo demasiado prolongado para países dependientes de exportaciones de un número limitado de productos a una cantidad restringida de mercados de consumo.

Una notable excepción es el artículo 4.7 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias que establece *“si se llega a la conclusión de que la medida de que se trate es una subvención prohibida, el GE recomendará que el Miembro que concede la subvención la retire sin demora. A este respecto, el GE especificará en su recomendación el plazo dentro del cual debe retirarse la medida”*. En este sentido, el GE que estuvo a cargo del recurso que interpuso los EE.UU. en el asunto *“Australia - Cuero para automóviles II”* sostuvo que la retirada de una subvención implica el reembolso total de la subvención prohibida y esto *“por su naturaleza misma, no constituye una medida correctiva puramente prospectiva”*⁵⁷.

En este caso, por lo tanto, el cumplimiento y los remedios pueden ser considerados como “retroactivos”, ya que la situación se rectifica a partir de la fecha de adopción de la medida incompatible. Esto provocó el enojo de varios actores importantes de la OMC⁵⁸, entre ellos los Estados Unidos, que como ya se mencionó, desde la existencia del GATT, han sido consistentes en su rechazo al efecto *ex tunc* de los remedios.

⁵⁷ Informe del Grupo Especial, Australia - Subvenciones concedidas a los productores y exportadores de cuero para automóviles - Recurso de los Estados Unidos al párrafo 5 del artículo 21 del ESD, WT/DS126/RW y Corr.1, adoptado el 11 de febrero de 2000, párrafos 6.22, 6.42

⁵⁸ Ver, por ejemplo, las reacciones de Estados Unidos, Australia, Canadá, y las Comunidades Europeas en Acta de la Reunión OSD, celebrada el 11 de febrero de 2000, Doc. WT/DSB/M75, Págs. 5-11

Fernández Pons (2006:331) explica que la posición estadounidense no sólo responde a un planteamiento sistémico, sino a las tradicionales presiones ejercidas por los lobbies promotores de medidas antidumping para asegurarse de que, aunque tales medidas lleguen a ser declaradas incompatibles, no deba procederse a la restitución de los derechos indebidamente cobrados. Sin perjuicio de ello, el enfoque estadounidense vendría a abonar la tesis de que la específica lógica del vigente régimen de la OMC excluiría, por regla general, la obligación de una reparación del perjuicio. No se trataría sólo de una cuestión de procedimiento sino de una verdadera exclusión de una de las consecuencias jurídicas sustantivas del ilícito según el Derecho Internacional general.

III.2.c.3. Remedios previstos en el ESD: Compensación y Suspensión de concesiones u otras obligaciones.

En caso de que el Miembro infractor se resista a cumplir con una recomendación se abren dos alternativas: la llamada “compensación” o la “suspensión de concesiones u otras obligaciones”. Comúnmente estos recursos son conocidos como “contramedidas” “retaliación” o “sanciones”.

El mismo ESD aclara que “ni la compensación ni la suspensión de concesiones u otras obligaciones son preferibles a la aplicación plena de una recomendación de poner una medida en conformidad con los acuerdos abarcados” (Art 3.7), sólo se conciben como “medidas temporales a las que se puede recurrir en caso de que no se apliquen en un plazo prudencial las recomendaciones y resoluciones adoptadas” (Art. 22.1). Es decir, el objetivo de estas medidas es inducir el cumplimiento.

El SSD no contempla la obligación del Miembro infractor de reparar daños causados. Ninguna disposición del ESD trata la indemnización por perjuicios, sólo hace referencia a una compensación voluntaria que a la que sólo se puede recurrir “en el caso de que no sea factible suprimir inmediatamente las medidas incompatibles con el acuerdo abarcado y como solución provisional hasta su supresión” (Art. 22.1). Es más, de acuerdo al Art. 22.4 las contramedidas serán equivalentes “al nivel de anulación o menoscabo”, no dejando espacio para los daños punitivos.

De ahí que la compensación tiene un carácter *ex nunc* o pro futuro, tendiente a neutralizar los perjuicios que esté causando el persistente incumplimiento de los acuerdos abarcados tras el plazo razonable concedido al Miembro infractor. Así, en la doctrina se ha afirmado

que “el ESD se limita a imponer al Miembro responsable el respeto de sus obligaciones de cara al futuro y prescinde del resarcimiento de los daños que haya sufrido el Miembro lesionado y que las normas de la OMC parecen conformarse con la cesación del ilícito por el Estado infractor, sin exigirle la integra reparación *ex tunc* que prescribe el Derecho Internacional General” (Fernández Pons 2006: 322-323).

La compensación debe ser otorgada sobre la base del trato NMF si el acuerdo envuelto en la disputa contiene dicha obligación. Esto se desprende de que la compensación deberá ser “compatible con los acuerdos abarcados” (Art. 22.1). Por lo general la compensación tiene forma de nuevas concesiones como la reducción de aranceles en determinados bienes o la remoción de limitantes de acceso a mercado o trato nacional en servicios, pero no hay ninguna disposición en el ESD que prohíba el pago de una compensación monetaria al miembro afectado (Plasai, 2007:3).

El Art. 22.2 establece un nexo entre la compensación y la suspensión de concesiones, prescribiendo que si en el plazo de los 20 días siguientes a la fecha de expiración del plazo prudencial no se llegara a una compensación mutuamente aceptable, el Miembro reclamante podrá pedir autorización al OSD para suspender concesiones al Miembro infractor, esta autorización es prácticamente automática debido a la regla del consenso negativo. Por lo general este remedio consiste en imponer aranceles por encima del arancel consolidado u otra barrera comercial exclusiva para el miembro incumplidor, no sobre una base NMF. También puede consistir en la suspensión de beneficios contemplados en el AGCS o ADPIC.

Hablando en términos generales, los “remedios” tienen dos funciones: *ex post facto*, buscan corregir una ilegalidad; *ex ante*, actúan como una “amenaza creíble” contra los posibles infractores. Hay, por supuesto, una relación directa entre las dos funciones en el sentido de que la gravedad del “remedio” *ex post* influirá notablemente en el comportamiento de los actores *ex ante* (Mavroidis 2000: 1-2). En el caso del SSD; el Miembro infractor eventualmente se verá persuadido a abandonar la práctica inconsistente con la OMC si la contramedida o la amenaza de aplicarla es realmente creíble, entendiéndose por amenaza creíble como la posibilidad de materializarla.

Es aquí donde se evidencian las asimetrías del sistema y donde se centran la mayor parte de las críticas ¿Qué estímulo tendrá un país de eliminar una práctica ilegal si el sistema no

cuenta con recursos eficientes que incentiven el cumplimiento? El asunto “*EC-Bananos III*” es un claro ejemplo de ello.

El 8 de mayo de 1996 se constituyó un GE para examinar el reclamo formulado por Ecuador, EE.UU., Guatemala, Honduras y México⁵⁹ en contra de las Comunidades Europeas en relación al régimen para la importación, venta y distribución de bananos, introducidos por el Reglamento No. 404/93 del Consejo por el que se estableció la organización común de mercados en el sector del banano y la legislación, reglamentos y medidas administrativas posteriores, incluyendo aquellas que se derivan de las disposiciones del Acuerdo Marco para el Banano (AMB), que aplican, complementan y enmiendan dicho régimen. Básicamente, a través de un complejo sistema de contingentes arancelarios, las CE otorgaban un trato preferencial a las importaciones de banano de los países de África, Caribe y Pacífico (ACP), lo cual afectaba negativamente a los proveedores de bananos de varios países latinoamericanos y de los EE.UU.

El GE determinó que el régimen de importación del banano de las CE era incompatible con las normas de la OMC y recomendó poner dicho régimen de conformidad con los acuerdos de la organización. Dos años más tarde, las partes reclamantes se quejaron de que las CE no habían dado cumplimiento a las recomendaciones. Se entablaron consultas, pero no se llegó a una solución mutuamente convenida. Esto motivó que Ecuador solicitara al OSD, el 18 de diciembre de 1998, el restablecimiento del GE inicial para que, de conformidad con el Art. 21 del ESD, examinara la aplicación de las recomendaciones.

Las conclusiones del GE sostuvieron que: *(...) hay aspectos del régimen de importación de banano de las CE que son incompatibles con las obligaciones que imponen a ésta el párrafo 1 del artículo 1 y los párrafos 1 y 2 del artículo XIII del GATT de 1994 y los artículos II y XVII del AGCS. Por consiguiente, concluimos que existe anulación y menoscabo de las ventajas resultantes para el Ecuador del GATT de 1994 y del AGCS.*⁶⁰

En fecha 14 de enero de 1999, los EE.UU. solicitaron la autorización al OSD para suspender concesiones, en virtud del Art.22.2 del ESD, por un monto de 520 millones de dólares por año. Las CE sometieron el monto a arbitraje. En Abril de 1999, se autorizó a EE.UU. a

⁵⁹ Reclamación del Ecuador, WT/DS27/R/ECU; Reclamación de Guatemala, WT/DS27/R/GTM; Reclamación de Honduras, WT/DS27/R/HND; Reclamación de México, WT/DS27/R/MX; Reclamación de los Estados Unidos, WT/DS27/R/USA.

⁶⁰ Informe del Grupo Especial, Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos - Recurso al párrafo 5 del artículo 21 del ESD por el Ecuador, WT/DS27/RW/ECU, adoptado el 6 de mayo de 1999, párrafo 7.1.

suspender concesiones por un valor de 191.4 millones de dólares por año, lo cual hizo a través de la imposición de nuevos impuestos para determinados productos de las CE.

Para Ecuador la situación fue distinta. Los árbitros decidieron que el nivel de anulación y menoscabo era de 201.6 millones de dólares, reconocieron que debido a las asimetrías entre Ecuador y las CE, se justificaba la aplicación de la retaliación cruzada del Art. 22.3 (c) y autorizaron a Ecuador a suspender concesiones bajo el Acuerdo sobre los ADPIC⁶¹. Sin embargo, esto no dio lugar a una solución viable para Ecuador, ya que las contramedidas bajo el Acuerdo sobre los ADPIC son poco realistas y difíciles de aplicar. Por ejemplo, la cuestión de la nacionalidad de los artistas intérpretes o ejecutantes y productores de fonogramas (Art 4. ADPIC) puede complicar la situación en la que se pretende aplicar una suspensión contra un fonograma particular, pero los artistas y productores podrían provenir de países distintos del Miembro sobre el que se quiere aplicar la sanción. También está el tema de que la contramedida autorizada en virtud del artículo 22 del ESD puede implicar una violación de obligaciones contraídas bajo otros tratados relacionados con los derechos de la propiedad intelectual y que no están bajo la tutela de la OMC, como por ejemplo los Convenios de París, Berna y Roma. Por último, la autorización para suspender concesiones bajo el Acuerdo de los ADPIC sólo aplica al Ecuador, los demás Miembros de la OMC no están eximidos de sus obligaciones. Por lo tanto, a pesar de que un producto o servicio originado en Ecuador infrinja los derechos de propiedad intelectual de forma consistente con la autorización del OSD, no sería elegible para la exportación a otros Miembros pues no contaría con los derechos de autor pertinentes⁶².

Este caso demuestra que no todos los Miembros de la OMC están en una situación de simetría en lo que respecta a la adopción de contramedidas, ya que como demostró EE.UU., su eficacia dependerá de la importancia económica que represente el Miembro que la adopta para la “parte perdedora”. Las contramedidas no son más que la exclusión o el difícil acceso a un mercado, por ende si un Miembro reclamante no tiene poder de mercado suficiente para afectar las exportaciones provenientes del Miembro demandando, las contramedidas carecerán de efecto. Esto ocurre con algunos PED y la gran mayoría de PMA, cuya participación en el comercio internacional es ínfima y cuyo poder económico para forzar a una potencia a cumplir con la decisión del OSD puede ser muy débil. A esto se suma la

⁶¹ Ver Decisión de los Árbitros, Comunidades Europeas- Régimen para la importación, venta y distribución de bananos- Recurso de las Comunidades Europeas al Arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 de ESD, WT/DS27/ARB/ECU, de 24 de marzo de 2000, párrafos 125-127.

⁶² Todos estos posibles problemas de aplicación de contramedidas en el Acuerdo de los ADPIC fueron señalados en la “Decisión de los Árbitros”, Ob. Cit. Párrafos 139-165.

importancia que tienen determinados mercados para los exportadores, por ejemplo, los mercados de las CE y EE.UU., debido a su tamaño y a los altos ingresos de sus consumidores, no son fácilmente reemplazables.

Mavroidis (2000:807) apunta que otro factor crucial es la diversificación exportadora de un país. Si el país A destina la mayor parte de sus exportaciones al país B, y sin embargo el país B exporta al país A pero también a otros 50 mercados, obviamente la decisión de B de tomar represalias contra A sería devastadora, y no necesariamente ocurriría esto a la inversa. Pensemos, por ejemplo, en el comercio bilateral de dos países tan asimétricos como Estados Unidos y la República Dominicana, mientras que el primero tiene un gran número de socios comerciales, el segundo destina casi la mitad de sus exportaciones al mercado estadounidense⁶³.

Los países pequeños calculan que si aumentan los aranceles de los productos importados de un país en desarrollo, esta decisión traerá aparejado un incremento de los costos internos del país (las importaciones suelen ser artículos de primera necesidad, como alimentos, medicinas, combustibles o insumos para los fabricantes locales). Por el contrario, una economía más grande tiene menor grado de dependencia respecto de la importación de un determinado artículo y a menudo produce una gama mucho más amplia de insumos (Horlick y Mizulin, 2005:140).

Además, la suspensión de concesiones provoca daño a agentes económicos que nada tienen que ver con la disputa, nuevamente ponemos de ejemplo el asunto “*CE- Bananos III*”, en el que una disputa relacionada al sector agrícola terminó afectado las exportaciones ropa de cama, productos de baño y bolsos de lujo, por efecto de las contramedidas que decidió aplicar los Estados Unidos⁶⁴ (Breuss, 2001:36).

En definitiva, los miembros de la OMC que pueden costear las contramedidas están mejor posicionados: cuando actúan como demandantes usarán la amenaza y/o imposición de contramedidas para inducir el cumplimiento de su contraparte; cuando actúan como demandados tendrán “el lujo” de evaluar los pros y contras entre cambiar las políticas domésticas para evitar las contramedidas o simplemente mantener esas políticas intactas y acarrear la sanción que le será impuesta. Aclaramos que esto no significa que el ESD da a

⁶³ Según estadísticas del Centro de Exportación e Inversión de la República Dominicana, para mayo del 2011, el 48.62% de las exportaciones dominicanas tenía como destinos los Estados Unidos. <http://www.cei-rd.gov.do/reportes.asp> consultado el 26 de noviembre de 2011.

⁶⁴ Entre las empresas afectadas estuvieron: The Body Shop, Le Laboratoire du Bain, Louis Vuitton, Gucci, entre otras.

los Miembros la opción jurídica de elegir entre cumplir con sus obligaciones o seguir infringiéndolas, como señala Siegbert Alber podría decirse que es una “opción de política comercial” pero no es en ningún caso una opción jurídica, pues el hecho de ofrecer una compensación o de soportar la suspensión de concesiones no exime del deber de “cumplir con las obligaciones establecidas” con arreglo a los acuerdos de la OMC⁶⁵.

III.2.c.4. El problema de la secuencia entre los Arts. 21.5 y 22 del ESD

El Art. 22.2 permite la posibilidad de que el Miembro demandante suspenda concesiones “si el Miembro afectado no pone en conformidad con un acuerdo abarcado la medida declarada incompatible con él o no cumple de otro modo las recomendaciones y resoluciones adoptadas dentro de un plazo prudencial”. Pero este artículo no especifica cuándo, cómo y por quién el incumplimiento será determinado. Si las partes no llegan a un acuerdo en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones, el Art. 21.5 prevé que éste desacuerdo “se resolverá conforme a los procedimientos de solución de diferencias, con intervención, siempre que sea posible, del GE que haya entendido inicialmente en el asunto”.

Las dos disposiciones, leídas de forma conjunta, parecen sugerir algún tipo de secuencia entre la determinación preliminar de cumplimiento del Art. 21.5 y la autorización para suspender concesiones del Art. 22. Interpretar lo contrario sería aceptar la posibilidad de una determinación unilateral de incumplimiento. Además, el Art. 23 titulado “*Fortalecimiento del sistema multilateral*” parecería defender la opinión de que cualquier contramedida debe estar precedida de una determinación multilateral de incumplimiento.

Esta cuestión se planteó por primera vez en el asunto “*CE- Bananos III*”, tras la expiración del plazo prudencial para el cumplimiento de las recomendaciones que exhortaban a las CE poner su régimen para la importación, venta y distribución de bananos de conformidad con los acuerdos de la OMC. El 14 de enero de 1999, los EE.UU. prescindiendo por completo del procedimiento del Art. 21.5, recurrieron directamente al Art. 22.2 para solicitar la autorización de una suspensión de concesiones con respecto a las CE. Éstas, a su vez sometieron el nivel de suspensión propuesto por los EE.UU. al arbitraje previsto en el Art.22.6.

⁶⁵ *Biret Internacional SA v. Consejo*, asunto C-93/02, Conclusiones del Abogado General, Sr. Siegbert Alber, citado por Fernández Pons, Pág. 319.

Las CE argumentaron que el procedimiento del Art. 21.5 tenía prioridad con respecto al Art.22, de modo que hasta que no se concluyese dicho procedimiento (comprobandose el posible incumplimiento), no podría autorizarse una suspensión de concesiones. Por su parte, los EE.UU. mantuvieron que el recurso del Art. 22.2 era independiente del previsto en el Art. 22.5, por lo que la suspensión de concesiones podría aplicarse aunque estuviese pendiente el procedimiento del Art. 21.5.

Como señala Fernández Pons (2006: 415-416): “las posiciones de las dos grandes potencias comerciales respondieron a sus intereses coyunturales, pero también a sus respectivas filosofías sobre la aplicación coactiva del Derecho de la OMC” (...) Mientras que las CE enfatizaron la necesidad de una determinación multilateral del incumplimiento, los EE.UU., fieles a su tradición, primaron el pronto ejercicio del derecho a la suspensión”.

Los árbitros estimaron que antes de evaluar el nivel de suspensión propuesto, debían pronunciarse con respecto a la compatibilidad con la OMC de las medidas adoptadas por las CE, ya que “por lógica” no podían “evaluar la equivalencia entre los dos niveles citados si no llegaban antes a una conclusión acerca de si el régimen era compatible con la OMC”⁶⁶.

El razonamiento de los árbitros da a entender que ambos procedimientos podrían funcionar independientemente y que la suspensión de concesiones nunca se basaría en una calificación unilateral de la parte vencedora. Varias delegaciones manifestaron que esta decisión no era extrapolable a otros asuntos, ni podía ser vista como antecedente para resolver el problema de la “secuencia”. Lo usual en la práctica ha sido que las partes implicadas concluyan un acuerdo bilateral para regular específicamente la secuencia a seguir (Fernández Pons, 2006: 419).

III.2.c.5. Propuestas de mejora

Los PED han señalado que la suspensión de concesiones no es una solución práctica para ellos cuando resultan favorecidos de un procedimiento de solución de diferencias contra países desarrollados. Sostienen que la aplicación de elevados aranceles aduaneros sobre las importaciones provenientes de los países desarrollados infractores pueden ocasionar serios perjuicios, además es poco factible que el nivel de volumen comercial afectado sea tal

⁶⁶ Ver Decisión de los Árbitros, “Comunidades Europeas- Bananos III” Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, Doc. WT/DS27/ARB, de 19 de abril de 1999, párrafo 4.8.

que ocasione un perjuicio al país desarrollado, y en consecuencia no existe un incentivo suficiente para adecuar la medida infractora.⁶⁷

Esto motivó la presentación de propuestas para la suspensión colectiva de concesiones por parte de la totalidad de los Miembros de la OMC contra el Miembro que incurra en incumplimiento en un caso contra un PED⁶⁸. Otra idea en esta misma dirección plantea la posibilidad de transferir el derecho de suspender concesiones a otro Miembro que esté en una situación más favorable para hacer valer el derecho⁶⁹. Asimismo, algunos Miembros han propuesto que la compensación sea obligatoria en lugar de voluntaria⁷⁰, y que la misma sea preferentemente monetaria y equivalente a la pérdida o daño sufrido, cuantificado desde la fecha en que el Miembro infractor adoptó la medida incompatible⁷¹.

En estos debates, los Miembros que se han mostrado más receptivos son los países en desarrollo, los cuales han admitido que se tratarían de medidas muy novedosas y que sería necesaria una reforma profunda para aproximarlos a las normas del Derecho internacional general en materia de reparación del perjuicio. Sin embargo, otros Miembros, principalmente países desarrollados, han mostrado su rechazo a estos “cambios radicales”. Algunos miembros argumentan que permitir que un Miembro que incurra en incumplimiento quede exonerado en una diferencia mediante el pago de una suma de dinero *socava uno de los objetivos fundamentales del SSD: conseguir la supresión de las medidas incompatibles* (Valerie Hughes (2004:84).

De todos modos, ninguna de las estas ideas obtuvo el apoyo necesario para quedar incluida en el Texto del Presidente (documento marco de las negociaciones), pero sí se estableció el requisito de que *“se prestará especial consideración a las limitaciones específicas de con que puedan tropezar los países menos adelantados para hallar medios efectivos a través del posible retiro de concesiones u otras obligaciones*. También como fruto de los debates, se

⁶⁷ Propuesta del Grupo Africano, TN/DS/W/15, 25 de septiembre de 2002 y Propuesta de los PMA, TN/DS/W/17, 9 de octubre de 2002.

⁶⁸ Propuesta del Grupo Africano, TN/DS/W/15, 25 de septiembre de 2002; Comunicación de Kenia en nombre del Grupo Africano, TN/DS/W/42, 24 de enero de 2003; Propuesta de los PMA, TN/DS/W/17, 9 de octubre de 2002; Comunicación de Haití en nombre del Grupo de los PMA, TN/DS/W/37 22 de enero de 2003.

⁶⁹ Propuesta de México, TN/DS/W/23, de 4 de noviembre de 2002.

⁷⁰ Propuesta de Ecuador, TN/DS/W/9, de 8 de julio de 2002.

⁷¹ Propuesta de los PMA, TN/DS/W/17, 9 de octubre de 2002.

consiguió incluir en el Texto una modificación al Art. 22.1 que establece que *“Salvo acuerdo en contrario, la compensación a los países en desarrollo Miembros será monetaria”*⁷².

También se ha expresado preocupación acerca del “plazo durante el cual se puede mantener una medida incompatible con la OMC sin consecuencia alguna”⁷³. Esto llevó a un Miembro a proponer algunas enmiendas del ESD que permitirían determinar el nivel de anulación y menoscabo en la etapa de actuación de los GE, en lugar de que ello sólo sea posible una vez que haya transcurrido el plazo prudencial y se haya sustanciado cualquier procedimiento de cumplimiento planteado. Esta propuesta no contó con apoyo suficiente.

Debe destacarse que fruto de la propuesta del Grupo Africano, se incluyó en el Texto del Presidente la creación de un “Fondo para la solución de diferencias” con el fin de “facilitar la utilización efectiva de los procedimientos de solución de diferencias por los países en desarrollo Miembros”. El fondo se financiará con cargo al presupuesto ordinario de la OMC y podrá además recibir financiación de fuentes no presupuestarias, que podrán incluir contribuciones voluntarias.

En definitiva, a pesar de todas las novedades y avances que ha traído consigo la creación del SSD, se comprueban deficiencias en materia de recursos para incentivar el cumplimiento ya que no todos los Miembros tienen igual poder de presión. Si bien la experiencia ha demostrado un alto nivel de acatamiento por parte de los Miembros infractores, existen, no obstante, casos en los que las medidas retorsivas no han surtido efecto y han demostrado no ser eficaces ante la conducta recalcitrante de determinados Estados que han desafiado con su accionar los principios en los que se funda el sistema multilateral del comercio; también debe señalarse que con el transcurso de los años, el uso del “último recurso” ha ido en aumento.

Somos de la opinión que la participación de los PED en el SSD no debe medirse de forma cuantitativa. El éxito de estos países en el sistema no debe medirse en relación al número de casos que han iniciado, más bien debe evaluarse en función de la eficacia del mecanismo como instrumento para defender los intereses comerciales de todos Miembros por igual. Si el SSD no brinda la oportunidad de hacer cumplir sus deberes a todos sus miembros por igual, difícilmente podríamos hablar de un sistema equitativo.

⁷² Informe del Presidente, Embajador Ronald Saborío Soto, al Comité de Negociaciones Comerciales, TN/DS/25, 21 de abril de 2011.

⁷³ Propuesta de México, TN/DS/W/23, de 4 de noviembre de 2002.

CAPITULO IV: ¿CÓMO SUPERAR LAS ASIMETRÍAS?

Una vez analizadas las limitantes que enfrentan los PED en el SSD, a continuación veremos posibles estrategias que pueden ayudar a mitigarlas. El objetivo de este capítulo es evaluar las acciones que se pueden tomar no solamente a nivel multilateral, sino también a nivel doméstico.

IV. 1 Asistencia técnica y Capacity-building

IV.1.a. Asistencia Técnica de la Secretaría de la OMC

El Art. 27.2 del ESD reconoce el derecho a brindar asistencia jurídica a los países en desarrollo. Ese artículo dispone lo siguiente: *“(...) podría ser necesario también suministrar asesoramiento y asistencia jurídicos adicionales en relación a la solución de diferencias a los países en desarrollo Miembros. A tal efecto, la Secretaría pondrá a disposición de cualquier país en desarrollo Miembro que lo solicite un experto jurídico competente de los servicios de cooperación técnica de la OMC. Este experto ayudará al país en desarrollo Miembro de un modo que garantice la constante imparcialidad de la Secretaría”*

La división de Cooperación Técnica de la Secretaría de la OMC ha cumplido con ese mandato suministrando dos expertos jurídicos contratados por la OMC para asistir a los PED en cuestiones jurídicas. Además, la Secretaría lleva a cabo cursos especiales de entrenamiento sobre procedimientos de solución de diferencias (Palma, 2004:345). Sin embargo, una de las principales restricciones es que el asesoramiento y la asistencia deberá brindarse “de un modo que garantice la constante imparcialidad de la Secretaría”, por lo que los funcionarios de la OMC se ven imposibilitados de brindar estrategias legales en casos concretos. También, como señala Delich (2002:74), la asistencia técnica es inadecuada ya que el número de expertos disponibles es bastante limitado para el gran número de casos.

Coincidimos cuando se afirma que es necesario reforzar la Secretaría de la OMC para que cumpla a cabalidad su función de brindar asistencia técnica y creación de capacidad (Vásquez 2010: 122). Pero debido a los intereses contrapuestos de los diversos actores de la OMC, esto no es asunto sencillo. Como señala Shaffer (2005: 650), por un lado están los países desarrollados que son los donantes de los recursos para el funcionamiento de los programas de asistencia técnica. Éstos esperan que la Secretaría privilegie sus posiciones. No nos olvidemos que los gobiernos responden a su electorado y sería muy ingenuo pensar

que los países desarrollados brindarán recursos para capacitar países en desarrollo que luego serán utilizados en contra su sector productivo. Por otro lado están los países en desarrollo que esperan una asesoría que responda a sus necesidades de asistencia, y esta función se ve limitada por el deber de imparcialidad de la Secretaría.

De lo anterior podría entenderse porque los cursos de capacitación que brinda la Secretaría de la OMC apuntan a cuestiones teóricas (por Ej. las reglas de la Organización y el funcionamiento del SSD) y no a cuestiones de índole estratégicas (por Ej. cómo los PED pueden usar las reglas y sus excepciones a su favor), que son, precisamente, las que demandan los países en desarrollo al solicitar asistencia técnica.

Con esto no queremos desdeñar la importancia de la asistencia técnica que brinda la Secretaría en materia de solución de diferencias. Consideramos que es valiosa a los fines dotar a los PED de conocimientos generales, pero como veremos más adelante, deben buscarse otras fuentes de asistencia para cuestiones de índoles estratégicas e institucionales.

IV.1.b. El Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC (ACWL)⁷⁴

Debido a la necesidad de asistencia legal de los PED y fruto de las limitaciones de la asistencia que brinda la Secretaría de la OMC, surgió la iniciativa de crear un centro especializado de asesoría legal. En diciembre de 1999, en el marco de la Conferencia Ministerial de Seattle, varios representantes de países desarrollados⁷⁵ y países en desarrollo⁷⁶ firmaron el Acuerdo por el que se establece el Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC (ACWL).

Hoy en día el Centro cuenta con 30 países en desarrollo y 11 países desarrollados Miembros. El financiamiento del Centro se basa en un enfoque cooperativo. Los PED Miembros aportan cuotas que varían atendiendo a su participación en el comercio mundial y a sus ingresos per cápita. Los países desarrollados Miembros han hecho aportes sustanciales al Centro⁷⁷, pero la participación de éstos es sólo de carácter económico, no tienen acceso los servicios legales. Sin embargo, los países menos adelantados Miembros

⁷⁴ Por sus siglas en inglés, Advisory Centre on WTO Law.

⁷⁵ Canadá, Dinamarca, Finlandia, Irlanda, Italia, Países Bajos, Noruega, Suecia y el Reino Unido.

⁷⁶ Bolivia, Colombia, República Dominicana, Ecuador, Egipto, Guatemala, Honduras, Hong Kong, China, Kenia, Nicaragua, Pakistán, Panamá, Paraguay, Perú, Filipinas, Tailandia, Túnez, Uruguay, Venezuela y Zimbabwe.

⁷⁷ Los países desarrollados han contribuido cada uno con un millón de dólares o más (Bown y Hoekman, 2005: 874)

de la OMC, aunque no sean miembros del Centro, tienen derecho a los servicios de asesoría⁷⁸.

El Centro es una organización intergubernamental independiente, cuyo objetivo es “proporcionar capacitación, apoyo y asesoría jurídica en asuntos relacionados con la normativa de la OMC y los procedimientos de solución de diferencias, a los países en desarrollo y, entre ellos, en particular a los menos adelantados, así como a los países con economías en transición”⁷⁹.

El apoyo en procedimientos de solución de diferencias se otorga indistintamente de que los países participen como demandantes, demandados o terceras partes. Los honorarios a cobrar dependerán del grado de desarrollo del país que lo solicite. Estos honorarios pueden oscilar entre 10.280 francos suizos para un país menos adelantado en una diferencia de baja complejidad, hasta 228.744 francos suizos para un país en desarrollo con ingreso elevado, en una diferencia de alta complejidad (Palma, 2004:348).

Es interesante resaltar un estudio elaborado por Chad Bown y Rachel McCulloch (2009) sobre el impacto de la creación del ACWL y su influencia en la participación de los PED en el SSD. Los autores concluyen que la disponibilidad de servicios de bajo costo del ACWL no ha sido suficiente para expandir el conjunto de los países en desarrollo que ya venían haciendo uso del SSD antes de la creación dicho centro, pero destacan varios logros importantes:

1) ***El ACWL ha permitido a los PED que ya habían usado el SSD anteriormente en casos liderados por países desarrollados participar en el sistema por primera vez como demandantes individuales.*** Los costos subsidiados del Centro permiten que los países puedan defender los intereses de sus exportadores con voz propia, sin necesidad de esperar por otros Miembros de la OMC que enfrenten los mismos inconvenientes y así compartir los costos de la disputa.

2) ***El ACWL permite llevar un proceso legal hasta sus últimas consecuencias.*** Antes de la creación del Centro, los altos costos legales podían provocar que los países en desarrollo abandonaran un caso o aceptaran zanjar la disputa con un arreglo desventajoso, en lugar de invertir recursos adicionales necesarios para obtener una resolución del OSD a su favor.

⁷⁸ Datos obtenidos de la página web del ACWL <http://www.acwl.ch/e/members/Introduction.html>, consultada el 2 de diciembre de 2011

⁷⁹ Art. 2.1 del Acuerdo por el que se establece el Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC.

3) ***El ACWL ha posibilitado que se presenten casos en los que la cifra monetaria envuelta es relativamente pequeña.*** Antes de la creación del Centro, las demandas eran motivadas por pérdidas millonarias de grandes sectores. Ahora, sin embargo, los pequeños exportadores también pueden defender sus intereses, cuya cuantía puede ser relativamente pequeña pero no por ello de menor importancia para un país en desarrollo.

La creación del ACWL representa un gran avance para los PED. Sin embargo, como bien señaló el Grupo Africano: "El Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC no debería considerarse una panacea para todas las limitaciones institucionales y de capacidad humana de los países en desarrollo"⁸⁰. La asesoría del Centro se produce principalmente durante el desarrollo de la disputa, éste no tiene ni recursos ni mandato para alertar a los exportadores que tienen un caso legalmente viable ante la OMC. Los únicos que pueden pedir asistencia al Centro son los gobiernos, por lo que el sector privado debe convencer previamente a sus autoridades gubernamentales de iniciar un caso y éstas posteriormente podrán solicitar la asesoría legal. Por ello, los mecanismos de monitoreo de medidas comerciales ilegales y la recolección de información previa al inicio de un caso siguen siendo un desafío por resolver.

Varios autores han manifestado su preocupación por la falta de expertos técnicos y económicos en el ACWL, señalan que el tecnicismo que caracteriza las complejas demandas en la OMC requiere no solamente de capacidades legales, sino también capacidades técnicas y económicas⁸¹. Recientemente este aspecto ha tratado de corregirse a través de un fondo especialmente dedicado a subsidiar costos de contratación de expertos no legales (Nottage, 2009:6).

IV.1.c. Pluralidad de actores vinculados a la asistencia técnica y necesidad de empoderamiento.

La Secretaría de la OMC tiende a impartir módulos de capacitación técnica predeterminados a sus receptores. Esta asistencia tiene sus limitaciones. Algún comentarista ha señalado que "los cursos de la OMC responden demasiado al statu quo y no hay en ellos una dimensión de desarrollo"... "es importante la pluralidad de opiniones" (Sauvé, 2004: 12)⁸²

⁸⁰ - Propuesta del Grupo Africano, TN/DS/W/15, de 25 de septiembre de 2002, párrafo 3.

⁸¹ Ver por ejemplo: Bown y Hoekman. 2005:876,

⁸² Citado en el *Examen Estratégico de las Actividades de Asistencia Técnica Relacionada con el Comercio (ATRC) realizadas por la OMC. Informe Final*. WT/COMTD/W/152 de 19 de septiembre de 2006, pág. 51

En un informe preparado por distintas organizaciones no-gubernamentales⁸³ por encargo del Comité de Comercio y Desarrollo se evidencia las quejas de algunos receptores de asistencia técnica. Éstos sostienen que la Secretaría de la OMC no ha sido capaz de dar una dimensión de desarrollo suficiente a la capacitación que imparte. Opinan que en la capacitación recibida no se analizaron de forma plena o suficiente el margen de actuación política o la flexibilidad, que en función del nivel de desarrollo, permiten los propios acuerdos de la Organización. Esos cursillistas habrían deseado que se hiciera un mayor esfuerzo para exponer el margen de trato especial y diferenciado existente en las normas vigentes y las consecuencias que entrañan determinadas propuestas de negociación para el desarrollo.

Entendemos que por su mandato de neutralidad, la OMC no es la institución ideal para ayudar a los países a crear la capacidad necesaria para incorporar el comercio a sus estrategias de desarrollo. Sin embargo, existen otras organizaciones internacionales que sí pueden cooperar en este sentido. La UNCTAD, el Banco Mundial, el BID- Intal y el PNUD, son organismos que se han destacado por su interés en la dimensión de desarrollo que tienen los temas comerciales. A través de diversas publicaciones, módulos de capacitación y conferencias han hecho importantes aportes a los PED.

También debe destacarse la labor de algunas ONGs. Por ejemplo, "Oxfam" colabora con el Centro Sur en algunos países para conjugar el apoyo técnico y la movilización política; en Senegal, "ENDA-Tiers Monde" se ha esforzado en reunir a las organizaciones de agricultores y el gobierno para potenciar su intervención en el asunto "*Estados Unidos-Algodón americano (Upland)*"; la ONG "Médicos sin Fronteras" ayudó a contrarrestar la fuerte presión de los EE.UU. contra Sudáfrica y Brasil por el tema de las patentes farmacéuticas.

Algún autor ha señalado que estas colaboraciones también podrían ser fortalecidas regionalmente con la creación de espacios que permitan compartir las experiencias acumuladas entre países de una misma región⁸⁴. Coincidimos plenamente con esta idea.

Esta multiplicidad de colaboradores es muy positiva; por un lado, los PED pueden aprovechar la asistencia de la Secretaría de la OMC para obtener conocimientos generales

⁸³ La Consumer Unity & Trust Society (CUTS) (India), la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO) (Argentina) y el North-South Institute (NSI) (Canadá). Ob. Cit.

⁸⁴ Ver participación del Sr. Felix Peña en la Mesa redonda: "Discusión sobre servicios de solución de controversias Proporcionados a gobiernos por varias organizaciones internacionales", en En Lacarte, Julio y Jaime Granados (ed.). Solución de Controversias Comerciales Intergubernamentales. Banco Interamericano de Desarrollo, pág 356.

en normas de comercio internacional y procedimientos de solución de diferencias y por otro lado, pueden asistirse de agencias de desarrollo y espacios regionales en cuestiones estratégicas y prácticas.

Pero se debe tener presente que la capacitación técnica no es un fin en sí mismo, ésta será efectiva si faculta al país de que se trate a diseñar e implementar sus propias estrategias. No se debe caer en la mala práctica de ser “rehenes de la cooperación”, la asistencia técnica no es suficiente, es aún más importante la integración y la transformación de esa asistencia en una estrategia nacional coherente y la posterior aplicación de esa estrategia. Como señalan Granados y Casanovas (2004:255) al referirse al Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC: *“éste representa una oportunidad invaluable para que los países más pequeños puedan defender sus intereses; no obstante, el Centro debe considerarse una suerte de respaldo temporario de la capacidad jurídica de un país, pero no como una solución permanente de las exigencias que imponen los litigios. La asistencia ad hoc y la creación de capacidad a través de la capacitación de funcionarios es fundamental; sin embargo, no existe mejor sustituto para fortalecer la capacidad nacional que negociar una solución o llevar adelante un caso en defensa de los derechos propios”*.

Por ello las medidas tendientes a mejorar las capacidades domésticas no pueden ser cortoplacistas. Se requiere tiempo para que se generen cambios institucionales e infraestructura pertinentes, además para que los funcionarios receptores de asistencia sean multiplicadores de esos conocimientos. En este sentido, los PED deberían otorgar incentivos para atraer y retener dentro del plantel permanente a asesores en comercio internacional, de manera de no correr el riesgo de perder profesionales en manos del sector privado. Por ejemplo, los países podrían considerar la posibilidad de aumentar los beneficios para retener a quienes ya han adquirido experiencia en negociaciones y controversias comerciales. También los PED deben buscar la manera de capitalizar la experiencia de los negociadores que han sido beneficiarios de asistencia técnica para no perder la ventaja que les ha proporcionado la creación de capacidad.

IV.2. Mecanismos para identificar barreras al comercio y alianzas con el sector privado.

En el Capítulo III vimos que una de las principales limitantes que condiciona la participación de los PED en el SSD es la ausencia o deficiencia en los mecanismos nacionales para identificar barreras al comercio. Como lo demuestran las experiencias de los grandes

participantes del sistema, la iniciación de demandas dependerá, en gran medida, de la existencia de mecanismos formales de denuncias y del apoyo del sector privado.

Los Estados Unidos y las Comunidades Europeas tienen mecanismos formales que fomentan la comunicación e interacción entre el sector industrial y el gobierno. Los primeros cuentan con la Sección 301 de la Ley de Comercio de 1974 bajo el cuidado del Representante Comercial de los Estados Unidos (USTR) y las segundas tienen el Procedimiento del Art. 133 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y el Reglamento de Obstáculos al Comercio, bajo la tutela de la Dirección General de Comercio de las CE. Estos canales son muy útiles, ya que el sector privado tiene la tarea de hacer las investigaciones legales y económicas pertinentes, a los fines de convencer a sus instituciones de que tienen un posible caso; a su vez, la institución competente se ve forzada a dar una respuesta ante el reclamo.

El USTR publica de forma sistemática todas las barreras al comercio internacional en un informe anual llamado "Super 301 Report" y usan esta publicación como medio táctico para forzar la eliminación de dichas barreras. Por su parte, las CE recopilan las barreras restrictivas en una base de datos manejada por la Unidad de Acceso a Mercado de las CE, pero esta información es de uso interno, más que nada con fines de investigación previa a las consultas con el gobierno que aplica la medida restrictiva (Shaffer, 2003b: 102-3).

Brasil es otro país elogiado por sus avances en estos mecanismos de identificación. Si bien aún se trabaja en el perfeccionamiento de los mismos, por ser uno de los pocos países en desarrollo con este tipo de estructura, nos parece oportuno analizar este modelo y ver posibles enseñanzas para otros países.

Brasil ha desarrollado (lo que los funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores llaman) una estructura de "tres pilares", que consiste en la Unidad de Solución de Diferencias ubicada en Brasilia (primer pilar), el personal de la misión de Brasil ante la OMC en Ginebra (segundo pilar), y la coordinación de ambas entidades con abogados y consultores del sector privado, think tanks, académicos y demás miembros de la sociedad civil (tercer pilar).

Brasil posee dos atributos claves que han facilitado su participación en el SSD. En primer lugar, Brasil tiene asociaciones comerciales relativamente bien organizadas y financiadas, así como grandes empresas individuales, lo cual facilita la comprensión y resolución de las dificultades sectoriales. En segundo lugar, la infraestructura gubernamental brasileña ha ido

adaptándose a los desafíos que conlleva ser miembro de la OMC. En este sentido, señalamos tres aspectos importantes: 1) Brasil tiene un Ministerio de Relaciones Exteriores reconocido por su profesionalismo, donde la selección y promoción de los funcionarios está, en gran medida, basada en el mérito; 2) En 1995, después de la creación de la OMC, el gobierno Brasileño creó un órgano inter-ministerial, llamado Cámara de Comercio Exterior (CAMEX), a los fines de formular, adoptar, coordinar e implementar una política de comercio exterior coherente; 3) En 2001, fruto de la disputa con Canadá (*Asunto Brasil - Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves, WT/DS46*), el Ministerio de Relaciones Internacionales creó una Unidad especializada en Solución de Diferencias, responsable de analizar los argumentos legales y fácticos de las demandas en la OMC, definir estrategias, supervisar el trabajo de los abogados externos, representar al país en las audiencias ante los grupos especiales y Órgano de Apelación⁸⁵.

A pesar de que Brasil aún trabaja en sistematizar e institucionalizar los procesos de identificación y evaluación de barreras comerciales, por lo general se agotan los siguientes pasos:

1) Los Ministerios poseen bases de datos interactivas que ayudan a los exportadores a identificar barreras comerciales. La Unidad de Solución de Diferencias es el punto focal para recibir denuncias de los exportadores afectados, pero trabajan conjuntamente con los distintos Ministerios para la recolección y evaluación de la información.

2) Si la Unidad determina que es posible iniciar un caso en la OMC, el expediente se submite a la CAMEX que será la responsable de autorizar o no la solicitud de consultas ante el OSD.

3) Después de obtener la autorización de la CAMEX, la Unidad toma responsabilidad del expediente, trabajando conjuntamente con abogados privados y personal del Ministerio que corresponda, atendiendo al tema en disputa. Shaffer et al. (2009, 45) explican que Brasil ha sido el primer y único país en desarrollo que ha llevado un caso adelante solamente con abogados locales, sin necesidad de contratar las grandes firmas estadounidenses o europeas especialistas en temas OMC.

Complementando toda esta infraestructura gubernamental, desde la creación de la OMC, las iniciativas del sector privado por profundizar sus conocimientos en comercio internacional

⁸⁵ Para ver en detalle el proceso de reorganización del gobierno brasileño en materia de solución de diferencias: Shaffer, Gregory, Michelle Rattón y Barbara Rosenserb. "Winning at the WTO: the development of a trade policy community within Brazil" en Shaffer, Gregory y Ricardo Meléndez-Ortiz, "Dispute Settlement at the WTO, The Developing Country Experience". 2011. Cambridge.

han ido en aumento. Las firmas de abogados, el sector académico, los think tanks, las asociaciones comerciales y las organizaciones no gubernamentales han demostrado gran interés en los temas comerciales, lo cual ha beneficiado tanto al sector público como privado. Por ejemplo, como parte de este "tercer pilar", la misión en Ginebra inició un programa de pasantías para jóvenes abogados de oficinas privadas y asociaciones empresariales y especialistas en comercio de los organismos gubernamentales (Shaffer et al. 2009: 38).

Aunque Brasil es una de las grandes economías del mundo en desarrollo y además posee un fuerte sector industrial, creemos que hay aspectos de este modelo que otros países en desarrollo pueden imitar. Por un lado, el compromiso del sector público en los temas vinculados al comercio exterior es un factor vital para la creación de mecanismos de identificación de barreras comerciales. Si bien gran parte de los PED no tienen recursos para crear un organismo exclusivo para estos fines, se puede crear una división especial dentro de una Secretaría o Ministerio existente. Es importante que los países cuenten con una especie de "punto focal" en materia de solución de diferencias que tome las riendas de los procesos de inicio de demandas, de la participación como terceros en un proceso, de coordinar con los diversos actores involucrados, etc.

También parece útil la colaboración y coordinación inter-ministerial para la identificación de posibles casos, permitiendo que el exportador afectado acuda al Ministerio o Secretaría que corresponda según la barrera que enfrenta (por Ej. Ministerio de Agricultura si se detecta una barrera que afecta un producto agrícola). En este sentido, la creación de un cuerpo inter-ministerial, como la CAMEX en Brasil, podría ser de gran utilidad a los fines de desarrollar una política de comercio exterior coherente y unificada.

El profesionalismo y el grado de compromiso del sector público facilitarán la creación de alianzas con el sector privado, las cuales son muy importantes para los procesos de solución de diferencias. La importancia de estas alianzas es inherente a la naturaleza de la OMC. Si bien son los gobiernos los que establecen las barreras comerciales, es el sector privado que sufre sus impactos y se beneficia de su remoción tras la solución de una disputa. El sector privado puede colaborar financieramente con la contratación de expertos y también aportando los argumentos fácticos del caso.

De la experiencia de Brasil también se observa cómo otros actores están jugando un rol importante. Las firmas de abogados, consultores económicos, académicos y miembros de la sociedad civil pueden servir ayudar en la difusión de las reglas y procedimientos de la OMC

que, en definitiva, repercutirán en la capacidad general de un país de participar en el SSD. Por lo tanto, los PED deben considerar en sus programas de capacitación no sólo a los funcionarios públicos, sino también a estos actores.

IV.3 Compromiso con las negociaciones sobre las reformas del ESD.

Independientemente de las estrategias nacionales que pueden emplear los PED para mejorar su participación en el SSD, debemos enfatizar la necesidad de mejorar ciertas cuestiones del mecanismo que no toman en cuenta las asimetrías entre los miembros de la OMC, especialmente la naturaleza de los remedios disponibles. Las medidas correctivas en el área de la solución de controversias necesitan ser reevaluadas a fin de que sean una mejor respuesta a las necesidades de los países en desarrollo.

Algún autor considera que se ha exagerado la importancia del tema debido a la existencia de varios casos resonantes, pero la realidad es que el índice de cumplimiento es bastante elevado (Hughes, 2004:83). No coincidimos del todo con esta afirmación. A pesar de que el índice de cumplimiento es aceptable, la incapacidad que experimentó Ecuador en el asunto *CE-Bananos III* para hacer valer sus derechos, puede volver a repetirse, ya que el tema de los remedios no es asunto circunstancial, es un problema estructural del SSD.

Como ya hemos expresado en el Cap. III, la forma en la que están diseñados estos instrumentos favorece a los países cuyo poder económico les permite hacer amenazas de retaliación creíbles. Los PED necesitan otro tipo de recursos para hacer valer sus derechos, no sólo por la eventualidad de que un país infractor se rehúse al cumplimiento de un informe del OSD en detrimento de un PED, sino también para mejorar la percepción que sus exportadores tienen del mecanismo. Si el sector exportador siente que su país no tiene la capacidad de exigir el cese de medidas ilegales en la OMC hasta las últimas consecuencias, no estará motivado a presentar demandas.

En este sentido, la imposición de un pago indemnizatorio que sirva para aliviar las pérdidas económicas ocasionadas por una medida ilegal puede ser un camino por explorar, en concordancia con las normas del Derecho internacional general.

Las negociaciones para la reforma del Entendimiento aún no han terminado, los países no han logrado ponerse de acuerdo en los principales puntos de reforma, teniendo sobre la mesa más de 40 propuestas y un borrador de acuerdo del Presidente del Comité que no parece resolver las principales inquietudes de los PED. Como ha planteado algún autor:

“este tipo de *brainstorming* (refiriéndose a las negociaciones del ESD) es esencial para llegar a puntos de equilibrio que favorezcan al sistema” (Granados y Casanovas, 2004: 266). Sin embargo para que estas negociaciones avancen se precisa la coherencia y compromiso de todos los miembros de la OMC.

Es necesario que los PED aúnen posiciones y den prioridad a propuestas que apunten a superar aquellas incapacidades que no pueden ser encausadas a nivel doméstico ni con la ayuda de otras organizaciones e instrumentos ya existentes. También es necesario que concentren esfuerzos en reformas con un contenido sustancial y operativo, y no en reforzar privilegios que han demostrado no ser de gran utilidad práctica.

Por parte de los países desarrollados se necesita un verdadero compromiso, ir más allá de la retórica. Las mejoras del SSD además de estar destinadas a la defensa de los derechos comerciales forman parte de la Agenda Doha para el Desarrollo. La reforma del Entendimiento constituye una herramienta importante para implementar estrategias de desarrollo en un mundo donde la desigualdad económica y la participación desigual en el sistema internacional son parte de una política pública global (Shaffer 2003:60). Los países desarrollados han reducido su ayuda al desarrollo, en parte con el argumento de que el comercio es más importante que la ayuda para el desarrollo y el crecimiento sostenible de las economías de los PED. Sin embargo, esto no se condice con sus numerosas barreras al comercio y su negación por incorporar cambios sustanciales al SSD a favor de los PED, como por ejemplo el deber de reparación. Como sostiene Stiglitz⁸⁶: *“La justicia internacional económica internacional exige que los países desarrollados tomen medidas para abrirse a unas relaciones comerciales justas y equitativas con los países en desarrollo sin intentar extraer concesiones a cambio”*.

⁸⁶ Citado por López Cerviño 2007: 313.

CONCLUSIONES

A lo largo de esta tesis hemos analizado la evolución histórica del SSD, las fases del procedimiento, algunas cuestiones conceptuales y estadísticas a los fines de facilitar la comprensión del núcleo de nuestro trabajo: las dificultades que enfrentan los PED en el mecanismo y los instrumentos de política doméstica e internacional que pueden ayudar a mitigarlas. A continuación exponemos las principales conclusiones a las que hemos arribado:

1) *El Entendimiento en Solución de Diferencias introdujo reformas sustanciales al antiguo mecanismo del GATT. Se dio paso de un sistema marcadamente diplomático a uno híbrido con marcados rasgos jurisdiccionales, pero que conserva espacios para negociación.*

La inversión de la regla del consenso así como la introducción del Órgano de Apelación han sido cambios fundamentales para hacer del SSD un mecanismo más seguro y previsible. A través de la gran cantidad de casos sometidos al Órgano de Solución de Diferencias, se confirma que los Miembros de la OMC ven el SSD como un instrumento eficaz para hacer valer sus derechos.

El carácter híbrido del SSD también trajo desafíos para los PED. Por un lado, se ven en desventajas en los espacios de negociación del procedimiento porque no tienen el mismo poder de regateo que los países desarrollados. Por otro lado, no tienen los recursos económicos, humanos e institucionales para participar efectivamente en las etapas jurisdiccionales del mismo.

2) *Evaluar correctamente la participación de los países en desarrollo en el sistema de solución de diferencias requiere más que un análisis cuantitativo, uno cualitativo.*

Se percibe un balance entre el origen y el destino de las demandas iniciadas en la OMC. Si bien los EE.UU. y las CE son los principales reclamantes también son el principal blanco al que apuntan el mayor número de demandas.

Se debe prestar atención cuando se afirma a través de cifras estadísticas que los PED participan con frecuencia del sistema y que su participación va en aumento. Esta aseveración no es del todo correcta ya que la participación de los PED como demandantes ha estado compuesta especialmente por algunas de las principales economías del mundo en

desarrollo, entre ellas Brasil, México, India, Argentina y Tailandia. Hay un gran número de PED y la gran mayoría de los PMA que tienen una escasa o nula participación.

Además, la forma en que se contabilizan el número de solicitudes de consultas tiende a abultar los datos, por ejemplo se sostiene que Honduras tiene tres demandas iniciadas por el Asunto *CE- Bananos*, sin embargo es una misma disputa revisada y modificada a lo largo del tiempo. También, la participación de los PED puede ser exagerada por referencias poco precisas, ya que un país en desarrollo puede estar adhiriéndose a una queja de un país desarrollado, que es el que realmente lidera el caso.

Más allá del análisis cuantitativo en torno a la participación de los PED en el SSD, es importante realizar un análisis cualitativo. Más allá de ver el número de demandas iniciadas por los PED, se precisa analizar si éstos han sido capaces de utilizar el mecanismo siempre que lo han necesitado, de no ser así se debe profundizar en qué factores han dificultado su utilización.

3) La participación en el SSD no sólo es importante porque es un instrumento para la defensa de los intereses comerciales de los países en desarrollo, sino también porque los Miembros de la OMC han delegado un significativo poder de facto en el mecanismo para interpretar y hacer efectiva las reglas de la Organización.

La Secretaría de la OMC no tiene facultad en sí misma de iniciar casos contra Miembros infractores, las normas sólo se aplican como resultado de denuncias formales de un miembro a otro, por ello es necesario que los PED sean participantes activos denunciando las medidas restrictivas que afectan sus intereses comerciales.

Una demanda exitosa tendrá consecuencias a nivel doméstico y multilateral. A nivel doméstico, puede producir importantes beneficios para una industria o sector. También ayuda a equilibrar los "terms of trade" o términos de intercambio entre países, eliminando barreras comerciales que afectan negativamente el bienestar social general de un país.

Además, debido al complejo proceso de negociación en la OMC, las normas se suelen redactar de una manera vaga, como parte de un compromiso político que requiere una labor de interpretación. De tal modo, los Miembros han delegado un significativo *poder de facto* en el sistema de solución de diferencias para interpretar y hacer efectiva las reglas de la organización. En este sentido, es importante participar en el SSD porque se crea una

especie de “*jurisprudencia*” (más bien *de facto* que *de jure*) y es ésta la que moldea la interpretación, aplicación y percepción de las normas contenidas en acuerdos de la OMC.

No hay *stare decisis* en el SSD, las decisiones de los Grupos Especiales y Órgano de Apelación son sólo vinculantes para las partes en la diferencia en cuestión. Sin embargo, las partes habitualmente citan y fundamentan sus argumentos en informes del Órgano de Apelación, y éste habitualmente cita sus decisiones anteriores en sus constataciones y conclusiones. Por lo tanto, como resultado de la importancia cada vez mayor de la jurisprudencia y de la rigidez del proceso político de la OMC para modificar e interpretar las normas, aquellos países que son capaces de participar más activamente en el SSD, están mejor posicionados para influir en la interpretación y aplicación de las reglas de la Organización.

4) La iniciación de demandas está estrechamente vinculada al volumen de comercio internacional y la diversificación de socios comerciales de un país, pero también hay otros factores que deben tomarse en cuenta.

Muchos autores coinciden en que el interés económico-comercial es el principal motor de iniciación de demandas, mientras mayor sea el volumen de comercio internacional y la diversificación de socios comerciales de un país, mayor probabilidad habrá de que éste inicie demandas en la OMC.

Otro factor es la existencia de mecanismos nacionales para identificar barreras al comercio. No existe a nivel internacional una fuente especializada en detectar políticas gubernamentales incompatibles con las normas de la OMC, por ello le corresponde a cada país identificar las violaciones a las que incurren sus socios comerciales. La práctica demuestra que los principales usuarios del SSD son países que tienen mecanismos formales de identificación de barreras y alianzas sector público- sector privado.

Las razones que han motivado la participación de los PED en el SSD son diversas. Se observa que algunas demandas han respondido a intereses de una industria en particular, otras se han iniciado a través de la asistencia de Miembros más poderosos que buscan proteger sus propios intereses y otras se inician como parte de los objetivos más amplios de política y estrategia comercial.

5) Los PED enfrentan limitantes para usar efectivamente el mecanismo de solución de diferencias. Algunas están vinculadas a las características de los PED y otras a la estructura del SSD.

Independientemente de que muchos países en desarrollo representan un porcentaje pequeño del comercio internacional, esto no significa que no sea importante para ellos, de hecho el comercio representa una proporción elevada del PIB en muchos PED y PMA que no recurren al mecanismo. Se evidencia que la ausencia de éstos en el SSD no se debe a una falta de interés sino a varias limitantes que enfrentan.

Entre las limitantes vinculadas a la naturaleza de los PED se encuentran: 1) las deficiencias en los mecanismos nacionales para identificar barreras al comercio; 2) los altos costos financieros de participar en un procedimiento y la falta de personal capacitado y; 3) los miedos de perder privilegios obtenidos principalmente a través de acuerdos preferenciales.

- 1) Los mecanismos nacionales para identificar barreras al comercio internacional juegan un papel central, es ahí donde la información se recopila, analiza y se lleva ante la autoridad gubernamental, que decide iniciar o no el caso. Algunos países, como Estados Unidos, las Comunidades Europeas y Brasil, cuentan con mecanismos efectivos a tales fines, sin embargo para los PED esto no es un asunto sencillo ya que no cuentan con la infraestructura gubernamental necesaria ni con un sector exportador organizado ni educado en comercio internacional.
- 2) El mayor grado de judicialización que trajo la Ronda Uruguay al sistema de solución de diferencias produjo un incremento en los costos de litigio. Cada vez más, se necesita personal capaz de llevar adelante las distintas etapas del proceso. Sin embargo, no todos los PED tienen personal con experiencia suficiente en asuntos de la OMC o dedicados exclusivamente a llevar estos temas. Esta carencia puede ocasionar problemas importantes, por ejemplo el incumplimiento de plazos, escritos redactados de forma inadecuada o argumentos no bien fundamentados. Los PED también enfrentan dificultades relacionadas a su capacidad para retener al personal capacitado y la falta de institucionalidad.
- 3) Muchos PED y PMA reciben ayuda y concesiones especiales a través de acuerdos preferenciales, los cuales son esenciales para sus economías y esquemas de exportación. Estos beneficios son concesiones unilaterales y voluntariamente

asumidas por los países desarrollados. El miedo a perder estos privilegios también influye a la hora de decidir si se inicia una demanda.

Los PED también enfrentan limitantes inherentes a la estructura del SSD. Entre ellas: 1) el escaso poder de regateo cuando se enfrentan a países desarrollados en la etapa de consultas; 2) la extensa duración del proceso litigioso; 3) la escasa aplicación del trato especial y diferenciado; 4) la no especificidad de las recomendaciones de los grupos especiales y 5) la naturaleza de los “remedios” que dispone el mecanismo⁸⁷.

- 1) Los PED y PMA tienen menores probabilidades de lograr una solución favorable en la etapa de consultas. Debido a las asimetrías con los países desarrollados no logran que éstos ofrezcan concesiones sustanciales en esta etapa del proceso.
- 2) Los plazos del Entendimiento no se cumplen. La diferencia entre los plazos *de jure* y *de facto* provocan que los países inviertan una mayor cantidad de recursos de lo que estipulaban. Sin embargo, para los países desarrollados esto no es un problema mayor, debido a la infraestructura legal que ya poseen, estos costos son fijos.
- 3) Las disposiciones del Entendimiento sobre trato especial y diferenciado son más declarativas que operativas. En la práctica, los PED no suelen invocar dichas ventajas procesales. Actualmente se debaten varias propuestas sobre este tema, pero la mayoría sugieren el mismo tipo de ventajas que hasta el momento no han demostrado ser de utilidad.
- 4) Las recomendaciones del GE no suelen ser específicas en lo que respecta a la acción a ser tomada para ponerla en práctica, por lo que el Miembro afectado tiene libertad de adoptar cualquier medida que considere oportuna dentro del amplio universo de dicha recomendación. Esto trae como consecuencia que, en algunos casos, la medida de aplicación sólo afecte a uno o algunos aspectos de la medida en disputa, o que la aplicación sea simplemente de naturaleza estética y en el peor de los casos, llega de forma tardía, prolongada y parcial.

6) En los años de existencia del SSD se percibe un índice elevado de cumplimiento de los informes del OSD, sin embargo una de las mayores preocupaciones de los PED se relaciona a los instrumentos que dispone el mecanismo para inducir el cumplimiento (“remedios”).

⁸⁷ Este aspecto se desarrollará en punto #6.

El ESD se limita a imponer al Miembro responsable el respeto de sus obligaciones de cara al futuro y prescinde del resarcimiento de los daños que haya sufrido el Miembro lesionado. El objetivo fundamental del sistema es la cesación del ilícito por el Estado infractor, sin exigirle la íntegra reparación *ex tunc* que prescribe el Derecho Internacional General.

El Entendimiento no regula el cumplimiento y los remedios para el tiempo que transcurre entre el día que el Miembro infractor adoptó la medida incompatible hasta el momento en que se requiere la aplicación de las recomendaciones y resoluciones. Para los PED, esto tiene un efecto devastador debido al largo tiempo que suele tomar una disputa en la OMC. Este tiempo es demasiado prolongado para países dependientes de exportaciones de un número limitado de productos a una cantidad restringida de mercados de consumo.

Además, los remedios no han demostrado ser eficientes para los Miembros más pobres. Como se evidenció en el asunto *CE-Bananos III*, la eficacia de la “suspensión de concesiones u otras obligaciones” dependerá de la importancia económica que represente el Miembro que la adopta para la “parte perdedora”. Si el Miembro reclamante no tiene poder de mercado suficiente para afectar las exportaciones provenientes del Miembro demandando, el remedio carece de efecto. Esto ocurre con algunos PED y los PMA, cuya participación en el comercio internacional es ínfima y cuyo poder económico para forzar a una potencia a cumplir con la decisión del OSD puede ser muy débil. A esto se suma otra desventaja: el incremento de los costos internos del país que aplica las contramedidas.

En definitiva, los miembros de la OMC que pueden costear las contramedidas están mejor posicionados: cuando actúan como demandantes usarán la amenaza o imposición de contramedidas para inducir el cumplimiento de su contraparte; cuando actúan como demandados tendrán “el lujo” de evaluar los pros y contras entre cambiar las políticas domésticas para evitar las contramedidas o simplemente mantener esas políticas intactas y acarrear la sanción que le será impuesta. Como ya aclaramos oportunamente, el Entendimiento no ofrece la opción jurídica de elegir entre cumplir con las obligaciones o seguir infringiéndolas, esto más bien es una opción de política comercial.

7) La asistencia técnica y el Capacity- building son piezas importantes para mitigar las dificultades que enfrentan los PED en el SSD.

Actualmente existe una multiplicidad de actores vinculados con la asistencia técnica en materia de solución de diferencias. Por un lado, la Secretaría de la OMC brinda asistencia en

aspectos conceptuales y de procedimiento; también, varias instituciones como la UNCTAD, Banco Mundial, BID- INTAL y organizaciones no gubernamentales brindan soporte a los PED en cuestiones estratégicas vinculadas a sus políticas de desarrollo.

Pero se debe tener presente que la capacitación técnica no es un fin en sí mismo, ésta será efectiva si faculta a los PED a integrar y transformar esa asistencia en una estrategia nacional coherente y a aplicar posteriormente dicha estrategia.

8) La creación del Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC (ACWL) representa un gran avance, pero no encausa todas las limitantes que enfrentan los PED en el SSD.

El ACWL permite tener acceso a una asesoría a bajo costo, posibilitando que los PED inicien demandas por sí solos sin necesidad de unirse a litigios liderados por países desarrollados y lleven el proceso legal hasta sus últimas consecuencias sin necesidad de aceptar un arreglo desventajoso. También ha permitido que pequeños exportadores puedan defender sus intereses, cuya cuantía es relativamente pequeña pero no por ello de menor importancia para la economía del país en desarrollo al que pertenecen.

Sin embargo, la asesoría del ACWL se produce durante el desarrollo de la disputa, por ello, los mecanismos de monitoreo de medidas comerciales ilegales y la recolección de información previa al inicio de un caso es un desafío que se debe resolver a nivel doméstico.

9) Para superar las asimetrías que enfrentan los PED en el SSD es fundamental el compromiso de las entidades gubernamentales, así como las alianzas entre el sector y público y el sector privado.

La experiencia de importantes usuarios del SSD, tales como EE. UU., las CE y Brasil, demuestran que es importante contar con mecanismos formales de identificación de barreras comerciales, así como una entidad o dependencia gubernamental que sirva de “punto focal” en materia de solución de diferencias. A su vez, la colaboración entre los distintos Ministerios facilitará la identificación y monitoreo de las medidas restrictivas.

El profesionalismo y el grado de compromiso del sector público serán fundamentales para incentivar la creación de las alianzas con el sector privado, a las que hemos hecho alusión a lo largo de esta tesis. Si bien son los gobiernos los que establecen las barreras comerciales, es el sector privado que sufre sus impactos y se beneficia de su remoción tras la solución de

una disputa. El sector privado puede colaborar financieramente con la contratación de expertos y también aportando los argumentos fácticos del caso.

El nivel de conocimiento en temas de comercio exterior de las firmas de abogados, consultores económicos, sector académico, organizaciones no gubernamentales y miembros de la sociedad civil repercutirán en la capacidad de un país de participar en el SSD. Por lo tanto, los PED deben considerar en sus programas de capacitación no sólo a los funcionarios públicos, sino también a estos actores.

10) Finalmente, el compromiso con las negociaciones multilaterales es una condición sine qua non para la mejora del Entendimiento.

Si bien varias de las limitantes analizadas en este trabajo pueden ser mitigadas con políticas nacionales e instrumentos y organizaciones ya existentes, no menos cierto es que el ESD necesita ser mejorado a los fines de dar una mejor respuesta a las necesidades de los PED, especialmente las deficiencias relacionadas con los incentivos para el cumplimiento de los informes del OSD.

A pesar de que el índice de cumplimiento de los informes es elevado, algunos países desarrollados se han mostrado reticentes a cumplir en varios casos, por ello apoyamos las propuestas relacionadas con la imposición de un pago indemnizatorio cuando los países lesionados sean países en desarrollo.

Para poder avanzar en las negociaciones sobre la mejora del Entendimiento, se necesita que los PED privilegien propuestas que tengan un contenido sustancial y operativo, y no que refuercen presuntos privilegios que han demostrado no ser de gran utilidad práctica. También se necesita que los países desarrollados sean coherentes con su discurso de contribuir con el desarrollo de los países más pobres, asumiendo sus compromisos de liberalización de mercados y estableciendo negociaciones justas con los demás Miembros de la OMC.

BIBLIOGRAFÍA

Abbott; Roderick. 2007. *Are Developing Countries Deterred from Using the WTO Dispute Settlement System?* ECIPE Working Paper No.01/2007

Ablin, Eduardo. 2006. *Del GATT a la OMC: la evolución del sistema multilateral de comercio y su comprensión*. Guía Práctica de Comercio Exterior, No. 40

Alavi, Amin. 2007. *African Countries and the WTO's Dispute Settlement Mechanism*. Development Policy Review, 25 (1): 25-42.

Almeida, Juliana Salles. 2006. *Resultados de los diez años de funcionamiento del Sistema de Solución de Diferencias de la OMC para América Latina y el Caribe*. Boletín FAL No.237, CEPAL.

Bagwell, Kyle and Robert Staiger. 2004. *Multilateral Trade Negotiations, Bilateral Opportunism and the Rules of GATT/WTO*. Journal of International Economics, 63 (1): 1-29.

Balsadúa, Ricardo Xavier. 2007. *La Organización Mundial del Comercio y la Regulación del Comercio Internacional*. 1ª ed. Buenos Aires. Lexis Nexis Argentina.

Besson, Fabien y Racem Mehdi. 2004. *"Is the WTO Dispute Settlement System Biased Against Developing Countries? An Empirical Analysis."* Presentado en Second International Conference on European and International Political & Economic Affairs, Athens, Greece, May 27–29, 2004.

Bhala, Raj. 1999. *The precedent Setters: De Facto Stare Decisis in WTO Adjudication*. 9J Transnational L. and Pol. 1.

Bicalho Cozendey, Carlos Márcio. *O Sistema de Solução de Controvérsias da OMC: para além dos contenciosos, a política externa*. Consultado el 03/08/2011 en <http://www.itamaraty.gov.br/o-ministerio/conheca-o-ministerio/tecnologicos/cgc/solucao-de-controversias/mas-informacoes/o-sistema-de-solucao-de-controversias-da-omc-para>

Blonigen, Bruce y Chad Bown. 2003. *Antidumping and Retaliation Threats*, Journal of International Economics, 60 (2): 249-273.

Bown, Chad. (2003a). *On the Economic Success of GATT/WTO Dispute Settlement*. The Review of Economics and Statistics.

Bown, Chad (2003b). *Participation in WTO Dispute Settlement: Complainants, Interested Parties and Free Riders*. Working paper.

Bown, Chad. 2004. *Trade Disputes and the Implementation of Protection under the GATT: An Empirical Assessment*, Journal of International Economics.62 (2): 263-294.

Bown, Chad y Meredith Crowley. 2004. *Trade Deflection and trade depression*. Federal Reserve Bank of Chicago Working Paper 2003-26, December (revised).

Bown, Chad y Bernard Hoekman. 2005. *WTO Dispute Settlement and the Missing Developing Country Cases: Engaging the Private Sector*. JEL No.F13.

Bown, Chad y Rachel McCulloch. 2009. *Developing Countries, Dispute Settlement, and the Advisory Centre on WTO Law*. Brookings Global Economy & Development Working Paper 37.

Breuss, F. 2001. *WTO Dispute Settlement from an Economic Perspective: More Failure than Success?* IEF Working Papers/ Research Institute for European Affairs, Vienna University of Economics and Business Administration, No. 39.

Busch, Marc y Eric Reinhardt. 2000. *Bargaining in the Shadow of the Law: Early Settlement in GATT/WTO Disputes*. Fordham International Law Journal, Volume 24, Issue 1, Article 9.

Busch, Marc y Eric Reinhardt. 2003. *Developing Countries and General Agreement on Tariffs and Trade/ World Trade Organization Dispute Settlement*. Journal of World Trade 37(4).

Busch, Marc y Eric Reinhardt. 2007. *With a little help from our friends? Developing Country Complaints and Third Party Participation*. Presentación en la conferencia "Developing Countries in the WTO Legal System", Universidad de Minnesota, 24 Mayo 2007.

Bush, Marc, Eric Reinhardt y Gregory Shaffer. 2009. *Does legal capacity matter? A survey of WTO members*. World Trade Review Vol. 8, No. 4.

Chang, P. 2002. *The Evolution and Utilization of the GATT/WTO Dispute Settlement Mechanism*. Singapore Management University Working Papers Series, No. 13.

Davey, William J. 2005. *The WTO Dispute Settlement System: How Have developing Countries Fared*. Illinois Public Law and Legal Theory Research Papers Series. Research Paper No. 05-17

Delich, Valentina. 2000. *Latinoamérica y el sistema de solución de diferencias de la OMC*. FLACSO Argentina y LATN.

Delich, Valentina y Ann Weston. 2000. *Settling trade disputes after the Uruguay Round, Options for the Western Hemisphere*. FLACSO.

Delich, Valentina. 2002. *Developing Countries and the Dispute Settlement System*" en Hoekman, Bernard, Aaditya Mattoo y Philip English (ed.). *Development, Trade and the WTO. A Handbook*. The World Bank. Washington DC.

Fernández Pons, Xavier. 2006. *La OMC y el Derecho Internacional: un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias de derecho internacional general*". Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.

Granados, Jaime y Ann Casanova. 2004. *Tratamiento de las asimetrías en tamaño y desarrollo en los acuerdos comerciales internacionales: Algunas sugerencias para la solución de controversias en los Acuerdos Norte-Sur*. En Lacarte, Julio y Jaime Granados (ed.). *Solución de Controversias Comerciales Intergubernamentales*. Banco Interamericano de Desarrollo

Hoekman, Bernard y Kostecki, M.M. 2001. *The Political Economy of the World Trading System*. Oxford University Press US.

Horlick, Gary y Nikolay Mizulin. 2005. *Los países en desarrollo y el mecanismo de solución de diferencias de la OMC*. Revista Integración y Comercio No.23. BID-INTAL.

- Horn, Henrik; Petros Mavroidis y Hakan Nordstrom. 1999. *“Is the use of the use of WTO Dispute Settlement System Biased?”* CEPR Discussion Paper No. 2340.
- Hudec, Robert. 1993. *Enforcing International Trade Law – The Evolution of the Modern GATT Legal System*. Salem, N.H.: Butterworth Legal Publishers.
- Hudec, Robert. 1999. *The New WTO Dispute Settlement Procedure: An Overview of the First Three Years*. Minnesota Journal of Global Trade 8 (2): 1–53.
- Hudec, Robert. 2000. *Broadening the Scope of Remedies in WTO Dispute Settlement*. En Friedl Weiss & Jochem Wiers, eds., *Improving WTO Dispute Settlement Procedures*.
- Hughes, Valerie. 2004. *El Sistema de Solución de Diferencias de la OMC: Una experiencia exitosa*. En Lacarte, Julio y Jaime Granados (ed.). *Solución de Controversias Comerciales Intergubernamentales*. Banco Interamericano de Desarrollo.
- Jackson, John. 1990. *Restructuring the GATT system*, Chatham House Papers.
- Jackson, John. 1997. *The World Trading System, Law and Policy of International Economic Relations*. Second Edition, The MIT Press.
- Jackson, John. 1996. *The WTO Dispute Settlement Procedures: A Preliminary Appraisal*. En Schott, Jeffrey (ed.) *The World trading System: challenges ahead*. Institute for International Economics, Washington DC.
- Lacarte-Muro, J. y Petina Gappah. 2000. *Developing Countries and the WTO Legal and Dispute Settlement System: A View from the Bench*. Journal of International Economic Law, Vol. 3, Issue 3.
- López Cerviño, José Luis. 2007. *El Sistema de Solución de Diferencias de la OMC y algunas dificultades que aún enfrentan los países en desarrollo y los menos adelantados en BARRAL, W.; CORREA, C. (Coords.): Derecho, desarrollo y sistema multilateral del comercio, Universidad Federal de Santa Catarina y Facultad de Derecho de la UBA.*
- Mavroidis, Petros. 2000. *Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place*. EJIL, Vol. 11 No.4.
- McCall Smith, J. 2003. *WTO Dispute Settlement: The Politics of Procedure in Appellate Body rulings*. World Trade Review 2: 65-100.
- Mosoti, Victor. 2003. *Does Africa Need the WTO Dispute Settlement System?* ICTSD Resource Paper No. 5.
- Nordstrom, Hakan y Gregory Shaffer. 2007 *Access to Justice in the World Trade Organization: The case for a small claims procedure. A preliminary Analysis*. ICTSD Dispute Settlement and Legal Aspects of International Trade. Issue paper No.2
- Nottage, Hunter. 2009. *Developing Countries in the WTO Dispute Settlement System*. Global Economic Governance Programme, Working paper 2009/47.
- OMC. 2004. *A handbook on the WTO Dispute Settlement System*. Cambridge University Press.
- OMC. 2005. *Entender la OMC*. División de Información y Relaciones con los Medios de Comunicación, OMC.

OMC. 2011. *Informe anual*. Disponible en http://www.wto.org/spanish/res_s/booksp_s/anrep_s/anrep11_s.pdf

Oyejide, Ademola. 2002. Special and Differential Treatment, en B. Hoekman, A. Mattoo and P. English (eds.), *Development, Trade and the WTO: A Handbook*, World Bank, Washington, D.C.

Palma, Leo. 2004. *El Centro de Asesoría Legal asuntos de la OMC*. En Lacarte, Julio y Jaime Granados (ed.). *Solución de Controversias Comerciales Intergubernamentales*. Banco Interamericano de Desarrollo

Petersman, E. 1997. *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System 1948-1996: An introduction*, en Petersman, E. Ed. (1997), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, Kluwer Law International, London, The Hague, Boston.

Plasai, Virachai. 2007. *Compliance and Remedies against Non- Compliance under the WTO System*. ICTSD Dispute Settlement and Legal Aspects of International Trade. Issue paper No.3

Powell, R. 2002. *Bargaining theory and international conflict*. Annual Review of Political Science 5: 1-30.

Qureshi, Asif. *Participation of Developing Countries in the WTO Dispute Settlement System*. Journal of African Law Vol. 47, No. 2.

Roessler, Frieder. 2004. *Special and Differential Treatment of Developing countries under the WTO DSU* en Federico Ortino y Ernst-Ulrich Petersmann (eds.), *The WTO Dispute Settlement System 1995-2003*, Kluwer Law International. La Haya.

Sáez, Sebastián. 2006. *Las Controversias en el Marco de la OMC: de dónde vienen, en dónde están, a dónde van?* CEPAL, Chile.

Sevilla, Christina R. 1997. *A political Economy Model of GATT/WTO Trade Complaints* Department of Government, Harvard University.

Shaffer, Gregory. 2003. *How to make the WTO Dispute Settlement System Work for Developing Countries: some proactive developing country strategies*. ICTSD Resource paper No.5.

Shaffer, Gregory. 2003b. *Defending Interests. Public- Private Partnerships in WTO Litigation*. Brookings Institution Press. Washington, D.C..

Shaffer, Gregory. 2005. *Can WTO Technical Assistance and Capacity- Building Serve Developing Countries?* Wisconsin International Law Journal. Vol. 23. No.4.

Shaffer, Gregory. 2006. *What's New in EU Trade Dispute Settlement? Judicialisation, Public-Private Networks and the WTO Legal Order*. Journal of European Public Policy, Vol. 13, No. 6.

Shaffer, Gregory, Michelle Ratton Sanchez y Barbara Rosenberg. 2007. *Brazil's Response to the Judicialized WTO Regime: Strengthening the State through Diffusing Expertise*. ICTSD South America Dialogue on WTO Dispute Settlement and Sustainable Development.

Shaffer, Gregory, Michelle Ratton Sanchez, and Barbara Rosenberg. 2009. *The Trials of Winning at the WTO: What Lies Behind Brazil's Success?* Cornell International Law Journal, Volume 41:2.

Shaffer, Gregory y Ricardo Meléndez- Ortiz. 2011. *Dispute Settlement at the WTO. The Developing Country Experience.* Cambridge University Press.

Stewart, Terense. 1993. *The GATT Uruguay Round. A Negotiating History 1986-1992.* Volume II. Deventer and Boston: Kluwer Law and taxation Publishers.

Tovar Díaz, Carlos. 2006. *"Medidas de Defensa Comercial: un informe sobre Honduras y Nicaragua"*. Serie de Estudios Económicos y Sectoriales. BID.

UNCTAD. 2003. *Curso sobre Solución de Diferencias en el Comercio Internacional, Inversión y Propiedad Intelectual.* Modulo 3.1

Vásquez Arango, Carolina. 2010. *Tesis doctoral: Colombia y el Sistema de Solución de Diferencias de la OMC.* Universidad de Barcelona.

Informes del Grupo Especial

Informe del Grupo Especial, Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos, Reclamación de los Estados Unidos, WT/DS27/R/USA, adoptado el 25 de septiembre de 1997, modificado por el informe del Órgano de Apelación WT/DS27/AB/R.

Informe del Grupo Especial, Australia - Subvenciones concedidas a los productores y exportadores de cuero para automóviles - Recurso de los Estados Unidos al párrafo 5 del artículo 21 del ESD, WT/DS126/RW y Corr.1, adoptado el 11 de febrero de 2000.

Informe del Grupo Especial, Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos - Recurso al párrafo 5 del artículo 21 del ESD por el Ecuador, WT/DS27/RW/ECU, adoptado el 6 de mayo de 1999.

Informes del Órgano de Apelación

Informe del Órgano de Apelación, Asunto India - Protección de Patentes para Productos Farmacéuticos y Químicos Agrícolas, WT/DS50/AB/R, adoptado el 16 de enero, 1998.

Informe del Órgano de Apelación, Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas), WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adoptado el 13 de febrero de 1998.

Decisión de los árbitros

Decisión de los Árbitros, Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos - Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, WT/DS27/ARB/ECU, 24 de marzo de 2000.

Decisión de los Árbitros, Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos - Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, WT/DS27/ARB, 9 de abril de 1999.

Decisión de los Árbitros, Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas), Reclamación inicial del Canadá - Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, WT/DS48/ARB, 12 de julio de 1999.

Decisión de los Árbitros, Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas), Reclamación inicial de los Estados Unidos - Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, WT/DS26/ARB, 12 de julio de 1999

Decisión de los Árbitros, Estados Unidos - Ley Antidumping de 1916, Reclamación inicial de las Comunidades Europeas - Recurso de los Estados Unidos al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, WT/DS136/ARB, 24 de febrero de 2004

Documentos del Órgano de Solución de Diferencias

Acta de la Reunión OSD, celebrada el 11 de febrero de 2000, Doc. WT/DSB/M75.

Informe del Presidente, Embajador Ronald Saborío Soto al Comité de Negociaciones Comerciales, TN/DS/25, de 21 de abril de 2011.

Informe Anual (2010)- Addendum: "Panorama General de la situación de las diferencias en la OMC". Doc. WT/DSB/51/Add.1, de 3 de diciembre de 2010.

Órgano de Solución de Diferencias - Sesión Extraordinaria - Contribución del Ecuador a la mejora del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC. , TN/DS/W/9, de 8 de julio de 2002.

Órgano de Solución de Diferencias - Sesión Extraordinaria - Propuesta de Costa Rica - Derechos de los Terceros - Comunicación de Costa Rica- Derechos de los terceros, TN/DS/W/12/Rev.1, de 6 de marzo de 2003.

Órgano de Solución de Diferencias - Sesión Extraordinaria - Negociaciones relativas al Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD) - Propuesta del Grupo Africano, TN/DS/W/15, de 25 de septiembre de 2002

Órgano de Solución de Diferencias - Sesión Extraordinaria - Negociaciones relativas al Entendimiento sobre solución de diferencias - Propuesta del Grupo de los PMA, TN/DS/W/17, 9 de octubre de 2002;

Órgano de Solución de Diferencias - Sesión Extraordinaria - Negociaciones acerca del Entendimiento sobre solución de diferencias – Propuestas sobre el ESD presentadas por Cuba, Honduras, la India, Malasia, el Pakistán, Sri Lanka, Tanzania y Zimbabwe. TN/DS/W/18, de 7 de octubre de 2002.

Órgano de Solución de Diferencias - Sesión Extraordinaria - Negociaciones sobre mejoras y aclaraciones del Entendimiento sobre solución de diferencias - Propuesta de México, TN/DS/W/23, de 4 de noviembre de 2002.

Órgano de Solución de Diferencias - Sesión Extraordinaria - Texto de la Propuesta de los PMA en el ámbito de las negociaciones relativas al Entendimiento. Comunicación de Haití en nombre del Grupo de los PMA, TN/DS/W/37, de 9 de octubre de 2002.

Órgano de Solución de Diferencias - Sesión Extraordinaria - Contribución de las Comunidades Europeas y sus Estados Miembros a la mejora y a aclaración del ESD, TN/DS/W/38, de 23 enero 2003

Órgano de Solución de Diferencias - Sesión Extraordinaria - Contribución del Canadá a la Mejora del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC - Comunicación del Canadá, TN/DS/W/41, de 24 enero 2003.

Órgano de Solución de Diferencias - Sesión Extraordinaria - Texto para las propuestas del Grupo Africano sobre las Negociaciones relativas al Entendimiento. Comunicación de Kenia en nombre del Grupo Africano, TN/DS/W/42, 24 de enero de 2003;

Órgano de Solución de Diferencias - Sesión Extraordinaria - Diagnóstico de los problemas que afectan al mecanismo de solución de diferencias - Algunas ideas de México. TN/DS/W/90 de fecha 16 de julio de 2007.

Documentos del Comité de Comercio y Desarrollo.

Comité de Comercio y Desarrollo. Examen Estratégico de las Actividades de Asistencia Técnica Relacionada con el Comercio (ATRC) realizadas por la OMC. Informe Final. WT/COMTD/W/152 de 19 de septiembre de 2006.