

EL MECANISMO DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS EN LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

*Valentín Bou Franch**

Sumario: I. Introducción. II. Características y principios comunes a las diferencias en el seno de la Organización Mundial del Comercio. III. La fase de solución de la diferencia por medios políticos. IV. La fase de la solución casi jurisdiccional de la diferencia. 1. La adopción de los informes del grupo especial. 2. El examen en apelación. V. El recurso alternativo al arbitraje. VI. Las garantías de la ejecución de la solución de la diferencia. VII. Consideraciones finales

I. INTRODUCCIÓN

El Acuerdo general sobre comercio y aranceles (Acuerdo del GATT) de 1947 estableció en tan sólo dos artículos (los arts. XXII y XXIII) un mecanismo de arreglo de diferencias entre las Partes Contratantes relativamente simple y poco eficaz. Era un sistema que consistía en un primer recurso a las consultas directas entre los Estados implicados en una diferencia y, posteriormente, el recurso a la Reunión de las Partes Contratantes, que era el único órgano, de carácter político, que se estableció para la gestión del Acuerdo del GATT de 1947.

Sin embargo, la propia evolución de la práctica interna del GATT fue desarrollando y perfilando un mecanismo de solu-

* Profesor Titular de Universidad de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universitat de València - Estudi General.

ción de diferencias más complejo, en el que a la fase de consultas le siguió la posibilidad de crear un grupo de expertos *ad hoc*, más conocido por el término inglés *panel*, con la misión de elaborar un informe sobre las cuestiones de hecho y de derecho que se suscitaban en una diferencia concreta, emitiendo una propuesta de solución jurídica de carácter no vinculante. Sólo si el informe en cuestión era aprobado mediante la regla del consenso positivo de las Partes Contratantes, entonces adquiriría la eficacia de ser vinculante jurídicamente¹. Por esta vía, hasta 1995 se tramitaron hasta 91 diferencias.

Tras las negociaciones de la Ronda Uruguay y la adopción del Acuerdo de Marrakech, constitutivo de la Organización Mundial del Comercio (OMC)², el Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD)³, ha mejorado notablemente el mecanismo de solución de diferencias⁴. El nuevo mecanismo constará de

¹ PESCATORE, P., "The GATT Dispute Settlement Mechanism, Its Present and Prospects", *Journal of World Trade Law*, núm. 27, 1993, pp. 5-20; PETERSMANN, E. U., "The Dispute Settlement System of the World Trade Organisation and the Evolution of the GATT Dispute Settlement System since 1948", *Common Market Law Review*, 1994, pp. 1157-1244.

² Vide CLERC, D.; DELORME, H., *Un nouveau GATT?: les échanges mondiaux après l'Uruguay Round*, Bruselas, 1994; MESSERLIN, P., *La nouvelle Organisation Mondiale du Commerce*, París, 1995; BERMEJO GARCÍA, R.; SAN MARTÍN SÁNCHEZ DE MUNIAIN, L., "Del GATT a la Organización Mundial del Comercio: análisis y perspectivas de futuro", *Anuario de Derecho Internacional*, núm. 12, 1996, pp. 147-200; REMIRO BROTONS, A., "Pelagattos y aristogattos de la Comunidad Europea ante el reino de la OMC", *Gaceta Jurídica de la Comunidad Europea*, D-26, 1996, p. 7 y ss.; BERMEJO GARCÍA, R., "La reestructuración del sistema comercial internacional tras la Ronda de Uruguay: la OMC", en *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, Madrid, 1997, pp. 89-126; MONTAÑA MORA, M., *La OMC y el reforzamiento del sistema GATT*, MacGraw-Hill, Madrid, 1997; SOCIETÀ ITALIANA DI DIRITTO INTERNAZIONALE, *Diritto e organizzazione del commercio internazionale dopo la creazione della organizzazione mondiale del commercio*, Nápoles, 1998.

³ Anexo 2 del Acuerdo de Marrakech.

⁴ Sobre el mecanismo de solución de diferencias en la OMC, véase, con carácter general: PESCATORE, P., *Handbook of the WTO/GATT Dispute*

dos fases, en principio sucesivas. La primera fase de solución de diferencias se basará en la utilización de medios políticos de arreglo, es decir, en medios no jurisdiccionales en el que predominan las consultas bilaterales, e incluso multilaterales, entre las partes en una diferencia. A este respecto, el ESD ha establecido una regulación más pormenorizada sobre la utilización de estos medios no jurisdiccionales, reduciendo notablemente los plazos de la misma.

En caso de no llegar a una solución “mutuamente satisfactoria”, se ha establecido una segunda fase de solución de la diferencia que goza de un marcado carácter casi jurisdiccional de carácter híbrido. Esta segunda fase casi jurisdiccional tiene un marcado carácter híbrido porque, en realidad, consta de dos instancias. La primera instancia, representada por la elaboración de los informes de los grupos especiales, se asemeja a un auténtico tribunal arbitral de inspiración internacional, en el que las partes en la diferencia eligen de una lista a las personas que compondrán cada grupo especial. Junto a ella, la segunda instancia es el examen en apelación,

Settlement, Transnational Publ., Ardsley-on-Hudson, NY, 1991; CANAL-FORGUES, E., “Le système de règlement des différends de l’Organisation mondiale du commerce”, *Revue generale du droit international public*, 1994, pp. 689-708; CASADO CERVIÑO, A.; CERRO PRADA, B., *GATT y propiedad industrial: la tutela de los derechos de propiedad industrial y el sistema de resolución de conflictos en el acuerdo GATT*, Madrid, 1994; KOHONA, P. T. B., “Dispute Resolution under the World Trade Organization. An Overview”, *Journal of World Trade Law*, núm. 28, 1994, pp. 23-47; LOWENFELD, A. F., “Remedies along with Rights: Institutional Reform in the New GATT”, *American Journal of International Law*, 1994, pp. 477-488; SWACKER, F. W., *World Trade without Barriers: The WTO and Dispute Resolution*, Butterworth, Charlottesville, VA, 1995; LIGUSTRO, *Le controversie tra Stati nel diritto del commercio internazionale: dall GATT all’OMC*, Padua, 1996; PETERSMANN, E. U., *The GATT/WTO Dispute Settlement System: International Law, International Organizations and Dispute Settlement*, Kluwer Law International, Londres, 1997, pp. 344; PIÉROLA CASTRO, F., *Solución de diferencias en la Organización Mundial del Comercio*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002.

que se realizará ante el Órgano de Apelación, otra de las novedades introducidas por el ESD, que en la medida en la que es un órgano preconstituido al nacimiento de la diferencia y funciona con carácter permanente, no para el caso concreto, se asimila a un auténtico tribunal de justicia internacional. Sin embargo, en ambos casos se trata de procedimientos casi jurisdiccionales, ya que tanto los informes de los grupos especiales como los del Órgano de Apelación carecen de fuerza vinculante hasta que sean aprobados por un órgano político de nueva creación: el Órgano de Solución de Diferencias (OSD)⁵. Sin embargo, este límite al carácter jurisdiccional de ambas instancias se ha atenuado notablemente, ya que probablemente una de las novedades más importantes introducidas por el ESD consiste en que los informes de los grupos especiales y los del Órgano de Apelación se adoptarán por el OSD, excepto si existe el consenso negativo de sus miembros.

Otras novedades introducidas por el ESD, tales como la fijación de las normas de procedimiento de los grupos especiales, la reducción de los plazos para la sustanciación del procedimiento, el fortalecimiento de las garantías del cumplimiento de las obligaciones aprobadas, etc., han contribuido a aumentar la confianza en el funcionamiento de este mecanismo de solución de diferencias⁶. Incluso para eliminar

⁵ El OSD se estableció en virtud del artículo 2.1 del ESD.

⁶ Tal aumento de la confianza de los Estados ha tenido un importantísimo reflejo en la práctica, ya que desde 1995 se han tramitado más de 300 diferencias por este procedimiento. Los documentos de la OMC se pueden consultar en <http://www.wto.org/indexsp.htm>. Vid. LEITNER, K.; LESTER, S., "WTO Dispute Settlement 1995-2002: A Statistical Analysis", *Journal of International Economic Law*, 2003, pp. 251-261. A ello ha contribuido igualmente la decisión de fomentar la participación de los países en vías de desarrollo, entre otros cauces mediante la creación del Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC. También el artículo 24 del ESD establece un procedimiento especial para casos en que intervengan países menos adelantados Miembros de la OMC. Vid. CHAYTOR, B., "Dispute Settlement under the GATT/WTO: The Experience of Developing Nations", en CAMERON, J.; CAMPBELL, K.,

el posible recelo que podría suscitar un procedimiento que “casi” es de carácter jurisdiccional, se ha establecido como alternativa al mismo el recurso al arbitraje internacional, es decir, a un auténtico medio jurisdiccional de solución de las diferencias.

II. CARACTERÍSTICAS Y PRINCIPIOS COMUNES A LAS DIFERENCIAS EN EL SENO DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

La jurisprudencia internacional ha consagrado reiteradamente la siguiente definición de diferencia internacional:

“Una diferencia es un desacuerdo sobre un punto de Derecho o de hecho, una oposición de tesis jurídicas o de intereses entre dos personas”⁷.

Añadiendo que para establecer la existencia de una diferencia “debe demostrarse que a la pretensión de una parte se opone positivamente la otra”⁸, así como que “la existencia de una diferencia internacional exige que sea establecida objetivamente. El simple hecho de que la existencia de una

(eds.), *Dispute Resolution in the WTO*, Cameron May, Londres, 1998, pp. 250-269.

⁷ Traducción privada. Vide, entre otros, el Fallo, de 30-VIII-1924, de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto de las concesiones Mavrommatis en Palestina (Grecia. c. Reino Unido), *C.P.J.I., serie A*, n.º 2, p. 11; Fallo, de 27-II-1998, de la Corte Internacional de Justicia en el asunto relativo a las cuestiones de interpretación y aplicación del Convenio de Montreal de 1971 que surgen del incidente aéreo de Lockerbie (Jamahiriya Árabe Libia c. Estados Unidos de América). Excepciones preliminares, *I.C.J. Reports 1998*, p. 21; etc.

⁸ Fallo, de 30-VI-1995, de la Corte Internacional de Justicia en el asunto relativo a Timor Oriental (Portugal c. Australia), *I.C.J. Reports 1995*, p. 100.

diferencia sea discutida no prueba que esta diferencia no exista”⁹.

Sin embargo, en el marco de la OMC, las diferencias que se susciten tienen un carácter peculiar o genuino. En primer lugar, porque necesariamente no se refieren a cualquier “desacuerdo” jurídico, sino que materialmente se limitan a las diferencias que afecten a los denominados “acuerdos abarcados”, es decir, a los acuerdos internacionales que se mencionan en el Apéndice 1 del ESD¹⁰, así como al Acuerdo por el que se establece la OMC o al propio ESD¹¹. En segundo lugar, el concepto que se maneja de “diferencia” es muy amplio, pues abarca todas “las situaciones en las cuales un

⁹ Opinión consultiva, de 30-III-1950, de la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la interpretación de los Tratados de Paz con Bulgaria, Hungría y Rumanía, *I.C.J., Reports 1950*, p. 74.

¹⁰ Los “acuerdos abarcados” son los acuerdos internacionales que se mencionan en el Apéndice 1 del ESD. Engloban fundamentalmente a los “acuerdos comerciales multilaterales” y a los “acuerdos comerciales plurilaterales”. Entre los “acuerdos comerciales multilaterales” destacan los incluidos en el Anexo 1 del Acuerdo por el que se establece la OMC, que incluyen los Acuerdos multilaterales sobre el comercio de mercancías (Anexo 1A), el Acuerdo general sobre el comercio de servicios (AGCS) (Anexo 1B) y el Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (Anexo 1C). Los “acuerdos comerciales plurilaterales” son los incluidos en el Anexo 4 del Acuerdo por el que se establece la OMC, que son los siguientes cuatro acuerdos: el Acuerdo sobre el comercio de aeronaves civiles, el Acuerdo sobre contratación pública, el Acuerdo internacional de los productos lácteos y el Acuerdo internacional de la carne de bovino. La aplicación del ESD a los “acuerdos comerciales plurilaterales” tiene rasgos peculiares, pues dependerá de que las partes en cada uno de esos acuerdos adopten una decisión en la que se establezcan las condiciones de aplicación del ESD a dicho acuerdo, con la posibilidad de incluir normas o procedimientos especiales o adicionales que deberán ser notificados al OSD.

¹¹ En realidad, tanto el Acuerdo por el que se establece la OMC como el propio ESD, tienen la consideración de “acuerdos abarcados”, ya que ambos se mencionan expresamente en el Apéndice 1 del ESD. La peculiaridad que presentan estos dos instrumentos consiste en que la “diferencia” podrá surgir en relación con cualquiera de ellos tomado aisladamente o en combinación con cualquiera otro de los acuerdos abarcados.

Miembro considere que cualesquiera ventajas resultantes para él directa o indirectamente de los acuerdos abarcados se hallan menoscabadas por medidas adoptadas por otro Miembro” (art. 3.3 del ESD). Lo determinante para la existencia de una diferencia no es la cuestión de la conformidad o no de la medida adoptada por un Estado miembro con los acuerdos abarcados, sino si tal medida causa o no un perjuicio, es decir, una “anulación” o un “menoscabo” en “cualquiera ventajas resultantes” de los acuerdos abarcados para otro Estado Miembro de la OMC¹².

Si la medida adoptada por un Estado Miembro representa una infracción de un acuerdo abarcado, entonces se introduce una presunción *iuris tantum* acerca de que esa medida sí causa una “anulación” o un “menoscabo” de ventajas o “efectos desfavorables”¹³, ya que:

“En los casos de incumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de un acuerdo abarcado, se presume que la medida constituye un caso de anulación o menoscabo. Esto significa que normalmente existe la presunción de que toda trasgresión 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” (art. 3.8).

Puede ocurrir, sin embargo, que la medida no sea contraria a ningún acuerdo abarcado y que, pese a ello, sí exista una

¹² Una cuestión distinta de las diferencias que se deberán tramitar conforme al ESD, es la solicitud de interpretaciones de las normas de los acuerdos abarcados. Conforme al artículo 3.9 del ESD: “Las disposiciones del presente Entendimiento no perjudicarán el derecho de los Miembros de recabar una interpretación autorizada de las disposiciones de un acuerdo abarcado mediante decisiones adoptadas de conformidad con el Acuerdo sobre la OMC o un acuerdo abarcado que sea un acuerdo comercial plurilateral”.

¹³ ROESSLER, F., “The concept of nullification and impairment in the legal system of the World Trade Organization”, en PETERSMANN, E. U. (ed.), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, Kluwer Law International, The Hague, 1997, pp. 125-142.

diferencia¹⁴. En estos supuestos de diferencias basadas en “no incumplimientos” de normas que, no obstante, sí causan menoscabo o anulación de ventajas, no se da la presunción jurídica anterior, produciéndose una inversión en la carga de la prueba, toda vez que corresponderá al Estado reclamante demostrar la existencia efectiva del menoscabo o anulación resultante de la medida adoptada por el Miembro contra el que se dirige la reclamación¹⁵.

Cuando un Estado Miembro de la OMC considere que las medidas adoptadas por otro Estado Miembro dentro de su territorio afectan al buen funcionamiento de un acuerdo abarcado, habrá surgido una “diferencia” (art. 4.2 del ESD) entre dos Estados Miembros de la OMC. En estos casos, el ESD ha restringido la libertad de los Estados Miembros de la OMC de solucionar las diferencias que entre ellos se planteen por cualquier medio pacífico de su elección¹⁶, estable-

¹⁴ Según el artículo 26.1 del ESD, también existirá una diferencia si “una de las partes de la diferencia considera que una ventaja resultante para ella directa o indirectamente en la diferencia del acuerdo abarcado pertinente se halla anulada o menoscabada o que el cumplimiento de uno de los objetivos de dicho acuerdo se halla comprometido a consecuencia de que otro Miembro aplica una medida, *contraria o no a las disposiciones de ese acuerdo*”. El subrayado es nuestro.

¹⁵ Las escasas reclamaciones tramitadas hasta la fecha por supuestos de “no incumplimiento” de los acuerdos abarcados todavía no permiten delimitar con claridad esta posibilidad. Véase CHUA, A. T. L., “Reasonable expectations and non-violation complaints in GATT/WTO jurisprudence”, *Journal of World Trade*, núm. 32, 1998, pp. 27-50; CHO, S. J., “GATT non-violation issues in the WTO framework: are they the Achilles’ Heel of the dispute settlement process?”, *Harvard International Law Journal*, núm. 39, 1998, pp. 311-355; COTTIER, T.; NADAKAUKAREN SCHEFER, K., “Non-violations complaints in WTO/GATT Dispute Settlement: Past, Present and Future”, en PETERSMANN, E. U. (ed.), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, Kluwer Law International. The Hague, 1997, pp. 145-183.

¹⁶ *Vid.* LIGUSTRO, “La soluzione delle controversie nel sistema dell’organizzazione mondiale del commercio: problemi interpretativi e prassi applicativa”, *Rivista di diritto internazionale*, 1997, pp. 1003-1085.

ciendo un mecanismo obligatorio de solución “que deberán acatar” (art. 23.1 del ESD)¹⁷. Este mecanismo de solución de diferencias tendrá un carácter supletorio respecto de “las normas o procedimientos especiales o adicionales que en materia de solución de diferencias contienen los acuerdos abarcados y (que) se identifican en el Apéndice 2 del presente Entendimiento” (art. 1.2 del ESD). En consecuencia, cuando exista una discrepancia entre las normas y procedimientos del ESD y las normas y procedimientos especiales o adicionales enunciados en su Apéndice 2, prevalecerán las normas y procedimientos especiales o adicionales enunciados en su Apéndice 2¹⁸.

Cualquiera que sea el medio previsto en el ESD que se utilice, los Estados Miembros de la OMC están de acuerdo en considerar que este sistema de solución de diferencias “es un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al

¹⁷ Los Estados Partes de la OMC no sólo han restringido su libertad de solucionar las diferencias por cualquier medio pacífico de su elección, sino que también han fijado un *iter* procedimental de obligado cumplimiento. Así, “durante las consultas celebradas de conformidad con las disposiciones de un acuerdo abarcado, los Miembros deberán tratar de llegar a una solución satisfactoria de la cuestión antes de recurrir a otras medidas previstas en el presente Entendimiento” (art. 4.5 del ESD).

¹⁸ Otra consecuencia interesante se da cuando la diferencia afecte a más de un acuerdo abarcado con normas o procedimientos especiales o adicionales no coincidentes entre sí. Para estos casos, se dispone que: “En las diferencias relativas a normas y procedimientos de más de un acuerdo abarcado, si existe conflicto entre las normas y procedimientos especiales o adicionales de los acuerdos en consideración, y si las partes en la diferencia no pueden ponerse de acuerdo sobre las normas y procedimientos dentro de los 20 días siguientes al establecimiento del grupo especial, el Presidente del OSD previsto en el párrafo 1 del artículo 2, en consulta con las partes en la diferencia, determinará las normas y procedimientos a seguir en un plazo de 10 días contados a partir de la presentación de una solicitud por uno u otro Miembro. El Presidente se guiará por el principio de que cuando sea posible se seguirán las normas y procedimientos especiales o adicionales, y de que se seguirán las normas y procedimientos establecidos en el presente Entendimiento en la medida necesaria para evitar que se produzca un conflicto de normas”.

sistema multilateral de comercio (art. 3.2 del ESD), al que fortalece (art. 23 del ESD), ya que preserva “los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados y (sirve) para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos”. El objetivo de este sistema está descrito de la siguiente manera en su artículo 3.7:

“Antes de presentar una reclamación, los Miembros reflexionarán sobre la utilidad de actuar al amparo de los presentes procedimientos. El objetivo del mecanismo de solución de diferencias es hallar una solución positiva a las diferencias. 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. 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. No se debe recurrir a la compensación sino en el caso de que no sea factible suprimir inmediatamente las medidas incompatibles con el acuerdo abarcado y como solución provisional hasta su supresión. 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 contra el 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”.

La “solución satisfactoria” de la diferencia que se alcance deberá ser compatible con el contenido de los acuerdos abarcados (art. 3.4 y 3.5 del ESD) “de conformidad con las normas usuales de interpretación del Derecho Internacional público”¹⁹, que en definitiva se configura como el Derecho aplicable a estas diferencias. Las soluciones deberán alcanzarse prontamente (art. 3.3 del ESD) y tendrán que ser

¹⁹ En el Documento WT/DS241/R (22 de abril de 2003): Informe del Grupo Especial en el asunto Argentina - Derechos *antidumping* definitivos sobre los pollos procedentes del Brasil, pár. 7.47 se identificaron estas normas como los artículos 31 y 32 de la Convención sobre el derecho de los tratados (Viena, 23 de mayo de 1969).

respetuosas de dos límites concretos. En primer lugar, no deberán anular ni menoscabar las ventajas resultantes de los acuerdos abarcados para ninguno de los Estados Miembros de la OMC, ni deberán poner obstáculos a la consecución de ninguno de los objetivos de dichos acuerdos (art. 3.5 del ESD). En segundo lugar, “no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados” (art. 3.2 del ESD).

III. LA FASE DE SOLUCIÓN DE LA DIFERENCIA POR MEDIOS POLÍTICOS

La primera de estas fases de solución, que puede llegar a alcanzar una solución definitiva, es la solución por medios pacíficos de carácter político. En concreto, el medio que se ha acordado es la negociación diplomática directa de carácter bilateral entre los Estados Partes en la diferencia, que se ha bautizado con el nombre de “consultas”. El Estado Miembro que considere que ha surgido una diferencia deberá comunicarlo por escrito al Estado Miembro de que se trate, solicitando la celebración de consultas. En este escrito deberán figurar las razones en que se base, con indicación de las medidas en litigio y de los fundamentos jurídicos de su reclamación. El escrito de solicitud de celebración de consultas deberá notificarlo igualmente al OSD y a los Consejos y Comités correspondientes (art. 4.4 del ESD).

El Estado Miembro que reciba una solicitud de celebración de consultas “se compromete a examinar con comprensión las representaciones” que le formule el Estado reclamante “y brindará oportunidades adecuadas para la celebración de consultas sobre dichas representaciones”. Además, a menos que se convenga de mutuo acuerdo otra cosa, deberá responder a dicha solicitud en un plazo de 10 días y entablar consultas de buena fe dentro de un plazo de no más de 30 días con miras a llegar a una solución mutuamente satisfactoria,

en ambos casos contados a partir de la fecha de la recepción de la solicitud. El incumplimiento de cualesquiera de estos dos plazos habilita al Estado Miembro solicitante a dar por concluida esta primera fase y pasar directamente a la fase de la solución casi jurisdiccional de tal diferencia (art. 4.3 del ESD).

Durante las consultas, además de la obligación genérica de ambas partes de actuar de buena fe, se han establecido dos obligaciones concretas. En primer lugar, existe la obligación de prestar “especial atención” a los problemas e intereses particulares de los países en desarrollo que sean Miembros de la OMC (art. 4.10 del ESD). En segundo lugar, se ha acordado que las consultas serán confidenciales²⁰ y no prejuzgarán los derechos de ningún Estado Miembro en otras posibles diligencias (art. 4.6 del ESD), pese a que se haya previsto un procedimiento de intervención de terceros Estados en la celebración de tales consultas, que las puede transformar de bilaterales en multilaterales²¹. La cláusula de la

²⁰ Para una crítica sobre la confidencialidad de las consultas, véase DAVEY, W. J.; PORGES, A., “Performance of the System I: Consultation and Deterrence”, *The International Lawyer*, núm. 35, 1998, p. 705.

²¹ Según el artículo 4.11 del ESD: “Cuando un Miembro que no participe en las consultas que tengan lugar de conformidad con el párrafo 1 del artículo XXII del GATT de 1994, el párrafo 1 del artículo XXII del AGCS o las disposiciones correspondientes de los demás acuerdos abarcados, considere que tiene un interés comercial sustancial en las mismas, dicho Miembro podrá notificar a los Miembros participantes en las consultas y al OSD, dentro de los 10 días siguientes a la fecha de la distribución de la solicitud de celebración de consultas de conformidad con el mencionado párrafo, su deseo de que se le asocie a las mismas. Ese Miembro será asociado a las consultas siempre que el Miembro al que se haya dirigido la petición de celebración de consultas acepte que la reivindicación del interés sustancial está bien fundada. En ese caso, ambos Miembros informarán de ello al OSD. Si se rechaza la petición de asociación a las consultas, el Miembro peticionario podrá solicitar la celebración de consultas de conformidad con el párrafo 1 del artículo XXII o el párrafo 1 del artículo XXIII del GATT de 1994, el párrafo 1 del artículo XXII o el párrafo 1 del artículo XXIII del AGCS o las disposiciones correspondientes de otros acuerdos abarcados”.

confidencialidad está siendo relativizada en la práctica del ESD, ya que los órganos casi jurisdiccionales de la segunda fase acuden a las alegaciones formuladas ya en fase de consultas como medio auxiliar “porque las alegaciones que se formulan y los hechos que se establecen durante las consultas configuran en gran medida el fondo y el ámbito del posterior procedimiento del grupo especial”²².

Aunque no se ha señalado ningún plazo temporal concreto para alcanzar una solución “mutuamente satisfactoria”, sin embargo sí que se ha señalado el plazo en el que se puede dar por terminada la obligación de celebrar consultas: 60 días contados a partir de la fecha de recepción de la solicitud de celebración de consultas²³. A partir de ese momento, si no se ha solucionado la diferencia, la parte reclamante podrá pedir unilateralmente el establecimiento de un grupo especial²⁴.

El ESD también prevé la utilización de otros medios de solución de carácter político o no jurisdiccional que suponen la intervención de terceros en la diferencia con distinta intensidad²⁵, aunque de esta posibilidad todavía no se ha hecho uso en la práctica. Estos medios son los buenos oficios, la conciliación y la mediación. Conforme a la regulación que

²² Documento WT/DS50/AB/R (19 de diciembre de 1997): Informe del Órgano de Apelación en el asunto India - Protección mediante patentes de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura, pág. 94. Sobre este particular, véase LÓPEZ BARRERO, E., “El sistema de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio: funcionamiento y revisión en la Ronda del Milenio”, *Revista Jurídica del Perú*, núm. 49, 2003, pp. 95-117.

²³ Este plazo se reduce a 20 días “en casos de urgencia, incluidos los que afecten a productos perecederos” (art. 4.8 del ESD).

²⁴ El establecimiento de un grupo especial podrá pedirse antes de los 60 días si se solicita de común acuerdo por las partes en la diferencia. Artículo 4.7 del ESD.

²⁵ Incluso está prevista la posibilidad de que el Director General de la OMC, actuando de oficio, pueda ofrecer sus buenos oficios, conciliación o mediación para ayudar a los Estados Miembros a resolver la diferencia. Artículo 5.6 del ESD.

el ESD ha hecho de estos medios en su artículo 5, cualquier parte en una diferencia podrá solicitar los buenos oficios, la conciliación o la mediación “en cualquier momento. Éstos podrán iniciarse en cualquier momento, y en cualquier momento se les pondrá poner término”. En consecuencia, estos medios pueden solicitarse y llevarse a cabo en fase de consultas, concluidas las mismas e, incluso, mientras se desarrolla la fase casi jurisdiccional. Si el recurso a estos medios se plantea en fase de consultas o concluidas las mismas pero antes de iniciar la fase casi jurisdiccional, una vez terminado el procedimiento de buenos oficios, conciliación o mediación sin que se alcance una solución satisfactoria para ambas partes en la diferencia, el Estado reclamante podrá proceder a solicitar el establecimiento de un grupo especial. Sin embargo, si ya se ha iniciado el procedimiento ante un grupo especial, los buenos oficios, la conciliación y la mediación sólo podrán seguir desarrollándose o recurrir a ellos si existe el mutuo acuerdo a este respecto entre las partes en la diferencia. Para estos casos, no se ha previsto la suspensión automática del trabajo del grupo especial o del Órgano de Apelación²⁶.

IV. LA FASE DE LA SOLUCIÓN CASI JURISDICCIONAL DE LA DIFERENCIA

Puede ocurrir que las consultas resulten infructuosas por causas muy diversas. Por ejemplo, porque el Estado reclama-

²⁶ Según el artículo 12.12 del ESD, sólo a instancia de la parte reclamante, el grupo especial podrá suspender sus trabajos por un período que no exceda de 12 meses. Si los trabajos del grupo especial hubieran estado suspendidos durante más de 12 meses, quedará sin efecto la decisión de establecer el grupo especial. Para el Órgano de Apelación se establece una norma similar en la Regla 30 del documento WT/AB/WP/7: Procedimiento de trabajo para el examen de apelación.

do no conteste a la solicitud de celebrar consultas o no las inicie en el plazo señalado. También puede ocurrir que se agote el plazo de las consultas sin alcanzar ninguna solución o, incluso, que antes de agotarse este plazo, las partes en la diferencia de mutuo acuerdo las den por terminadas. En este momento, las partes recobran la libertad de elegir los medios de solución de tal diferencia, pues podrán optar por alguno de los medios políticos de solución previstos en el ESD que se acaban de mencionar, acudir al procedimiento casi jurisdiccional desarrollado en el ESD o al arbitraje internacional alternativo. Obviamente, la parte reclamante también podrá desistir de su reclamación, suspendiendo su solución o incluso dándola por terminada.

Lo habitual en la práctica del mecanismo de solución de diferencias de la OMC es que a la fase de consultas le siga la fase de la solución casi jurisdiccional de la misma. Ya se ha indicado que esta segunda fase consta de dos instancias, pues tras la adopción del informe del grupo especial, todavía es posible el examen de la diferencia en apelación ante el Órgano de Apelación.

1. La adopción de los informes de los grupos especiales

Concluida, por las razones que fuesen, la fase de consultas sin haber alcanzado una “solución satisfactoria”, la parte reclamante podrá pedir de manera unilateral, sin ser necesario el consentimiento de la parte contra la que se dirige la reclamación, el establecimiento de un grupo especial. Este derecho de petición en la práctica se convierte en un auténtico derecho al establecimiento de tal grupo, pues sólo se denegará si el OSD decide por consenso no establecer un

grupo especial para esta diferencia en concreto (art. 6.1 del ESD)²⁷, lo que hasta ahora nunca ha ocurrido.

La petición de establecimiento de un grupo especial deberá cumplir unos requisitos de forma y de fondo. Tendrá que formularse por escrito, indicando si se han celebrado consultas, identificando las medidas concretas en litigio y conteniendo una breve exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación, que sea suficiente para presentar el problema con claridad²⁸. La redacción de la petición de establecimiento de un grupo especial es importante que precise con gran claridad todos los aspectos y medidas que se someten al grupo especial²⁹, pues sobre este escrito el OSD elaborará el

²⁷ El OSD deberá aprobar la petición de establecimiento de un grupo especial ya sea en su reunión en la que se incluyó esta petición por primera vez, ya sea, en caso de oponerse algún Miembro, en su siguiente reunión por consenso negativo. La parte reclamante también puede pedir una reunión extraordinaria del OSD dentro de los 15 días siguientes a la petición, siempre que se dé aviso con 10 días como mínimo de antelación a la reunión.

²⁸ Artículo 6.2 del ESD. En el documento WT/DS98/AB/R (14 de diciembre de 1999): Informe del Órgano de Apelación en el asunto Corea - Medida de salvaguardia definitiva impuesta a las importaciones de productos lácteos, pár. 120, se especifica el contenido de la petición de establecimiento de un grupo especial de la siguiente forma: "Si analizamos sus elementos, podemos ver que el párrafo 2 del artículo 6 establece varios requisitos. Es necesario: i) que las peticiones se formulen por escrito; ii) que en ellas se indique si se han celebrado consultas; iii) que se identifiquen las medidas concretas en litigio; iv) que se haga una breve exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación, que sea suficiente para presentar el problema con claridad. En virtud de este cuarto requisito, el párrafo 2 del artículo 6 exige únicamente que se haga una exposición —que puede ser breve— de los fundamentos de derecho de la reclamación; pero, en todo caso, esa exposición ha de ser "suficiente para presentar el problema con claridad". Dicho de otro modo, no basta identificar brevemente "los fundamentos de derecho de la reclamación", sino que la exposición debe "presentar el problema con claridad".

²⁹ En el documento WT/DS27/AB/R (25 de septiembre de 1997): que contiene el Informe del Órgano de Apelación en el asunto Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos, pár.

texto del mandato del grupo especial, que delimita su ámbito de competencia, y sirve también para que los Estados terceros a la diferencia conozcan sus fundamentos jurídicos³⁰. El artículo 7 del ESD incluye un modelo tipo de mandato, que será el que cada grupo especial utilice, salvo que las partes en la diferencia acuerden otra cosa en un plazo máximo de 20 días. El mandato debe dar respuesta a todas las reclamaciones incluidas en la petición de establecimiento del grupo especial³¹, quien tendrá únicamente la competencia que le imponga el mandato y dará respuesta únicamente a las reclamaciones en él contenidas³².

142, el Órgano de Apelación afirmó que: "Dado que, normalmente las solicitudes de establecimiento de grupos especiales no son objeto de un análisis detallado por el OSD, incumbe al Grupo Especial examinar minuciosamente la solicitud para cerciorarse de que se ajusta a la letra y el espíritu del párrafo 2 del artículo 6 del ESD".

³⁰ En el documento WT/DS22/AB/R (21 de febrero de 1997): Informe del Órgano de Apelación en el asunto Brasil - Medidas que afectan al coco desecado, se señala que: "El mandato de un grupo especial es importante por dos motivos. En primer lugar, el mandato cumple un importante objetivo en cuanto al debido proceso, a saber, proporciona a las partes y a los terceros información suficiente con respecto a las reclamaciones que se formulan en la diferencia con miras a darles la oportunidad de responder a los argumentos del reclamante. En segundo lugar, establece la competencia del grupo especial al definir las reclamaciones concretas planteadas en la diferencia".

³¹ Véase el documento WT/DS18/AB/R (20 de octubre de 1988): Informe del Órgano de Apelación en el asunto Australia - Medidas que afectan a la importación de salmón, p. 110.

³² Documento WT/DS50/AB/R (19 de diciembre de 1997): Informe del Órgano de Apelación en el asunto India - Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura, p. 92. Se ha abierto camino, sin embargo, la afirmación de que tanto los grupos especiales como el Órgano de Apelación pueden tener en cuenta no sólo las normas señaladas en el mandato, sino también aquéllas que, sin mencionarse, guardan una evidente relación con el mismo. Véase el documento WT/DS26/AB/R y WT/DS48/AB/R (16 de enero de 1998): Informe del Órgano de Apelación en el asunto Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas), p. 156.

Una vez tomada la decisión de establecer un grupo especial³³, debe tenerse en cuenta que su función no es la de solucionar la diferencia sobre la que verse su mandato, sino la de “ayudar al OSD a cumplir las funciones que le incumben en virtud del” ESD y de los acuerdos abarcados. En consecuencia, cada grupo especial deberá hacer “una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido, que incluya una evaluación objetiva de los hechos, de la aplicabilidad de los acuerdos abarcados pertinentes 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 del ESD). Para ello, los grupos especiales deberán consultar regularmente a las partes en la diferencia y darles la oportunidad adecuada de llegar a una solución mutuamente satisfactoria. Para desarrollar sus funciones, se reconoce a todos los grupos especia-

³³ Debe tenerse en cuenta que, si varios Estados Miembros solicitan el establecimiento de diversos grupos especiales en relación con un mismo asunto, se podrá establecer, siempre que sea posible, un único grupo especial para examinar las reclamaciones, tomando en consideración los derechos de todos los Estados Miembros interesados (art. 9.1 del ESD). Como acertadamente ha observado RIVERA, G., “Desarrollos jurisprudenciales sobre procedimientos de solución de diferencias en la OMC”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 6, 2003, pp. 6-7, disponible en la dirección de Internet <http://www.reei.org>, el carácter multilateral de las relaciones comerciales ha llevado a que en la práctica se haya superado notablemente la posibilidad de acumulación de acciones que, en el caso del ESD, sólo está prevista para el supuesto de pluralidad de reclamantes. De esta forma, en el asunto “Comunidades Europeas - Clasificación aduanera de determinado equipo informático” se acumularon en un único grupo especial las reclamaciones presentadas por los Estados Unidos contra una pluralidad de demandados (Comunidades Europeas, Reino Unido, Irlanda, en los asuntos WT/DS62, WT/DS67 y WT/DS68); en el asunto “Chile - Impuestos a las bebidas alcohólicas”, el OSD acumuló en un único grupo especial dos reclamaciones distintas, WT/DS87 y WT/DS110, presentadas separadamente por las Comunidades Europeas contra Chile; e incluso en el asunto “Estados Unidos - Ley *antidumping* de 1916”, WT/DS136/AB/R; WT/DS162/AB/R, pág. 7, la acumulación de acciones se produjo en la etapa de apelación.

les el derecho de recabar información y asesoramiento técnico de cualquier persona o entidad que estime conveniente³⁴, así como el derecho de crear un grupo consultivo de expertos “que emita un informe por escrito sobre un elemento de hecho concerniente a una cuestión de carácter científico o

³⁴ En el documento WT/DS26/AB/R y WT/DS48/AB/R (13 de febrero de 1998): Informe del Órgano de Apelación en el asunto Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas), pár. 147, el Órgano de Apelación declaró que el artículo 13 del ESD faculta “a los grupos especiales a recabar información y asesoramiento cuando lo estimen pertinente en un determinado caso”. En el documento WT/DS58/AB/R (6 de noviembre de 1998): Informe del Órgano de Apelación en el asunto Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón, pár. 104.224, consideró que “los grupos especiales también tienen la facultad de aceptar o rechazar cualquier información o asesoramiento que hayan recabado y recibido o de disponer de ellos de algún otro modo apropiado. La competencia y autoridad de un grupo especial comprenden particularmente la facultad de determinar la necesidad de información y asesoramiento en un caso concreto”. En el documento WT/DS231/AB/R (26 de septiembre de 2002): Informe del Órgano de Apelación en el asunto Comunidades Europeas - Denominación comercial de sardinas, tras afirmar en su pár. 298 que: “En conformidad con el artículo 13 del ESD, es facultad del Grupo Especial recabar o negarse a recabar informaciones”, el Órgano de Apelación añadió en el pár. 302 de su Informe que: “Esta disposición (art. 13.2 del ESD) está formulada en términos claros, en forma que otorga discrecionalidad a los grupos especiales, y de ese modo la hemos interpretado. Nuestras declaraciones en los asuntos CE-Hormonas; Argentina - Medidas que afectan a las importaciones de calzado, textiles, prendas de vestir y otros artículos; y Estados Unidos - Camarón apoyan, todas, la conclusión de que conforme al párrafo 2 del artículo 13 del ESD los grupos especiales gozan de discrecionalidad en cuanto a recabar o no información de fuentes externas. En el presente asunto, el Grupo Especial llegó evidentemente a la conclusión de que no necesitaba recabar información de la Comisión de Codex, y actuó en consecuencia. Consideramos que, al proceder de ese modo, el Grupo Especial actuó dentro de los límites que establece el párrafo 2 del artículo 13 del ESD. Una infracción del deber impuesto por el artículo 11 del ESD, de efectuar una evaluación objetiva de los hechos, no puede ser consecuencia del debido ejercicio de la discrecionalidad que autoriza otra disposición del ESD, en este caso el párrafo 2 de su artículo 13”.

técnico planteada por una parte en la diferencia” (art. 13 del ESD)³⁵.

Al realizar cada grupo especial “una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido, que incluya una evaluación objetiva de los hechos” (art. 11 del ESD), se han planteado en la práctica problemas acerca de cómo debe un grupo especial valorar las pruebas que se le presenten. A estos efectos, la doctrina sentada por el Órgano de Apelación ha sido determinante, insistiendo tanto en que cada grupo especial goza de discrecionalidad para apreciar el valor de las pruebas y el peso que se ha de asignar a las mismas³⁶, como

³⁵ El establecimiento de estos grupos consultivos de expertos y su procedimiento de actuación se describe en el Apéndice 4 del ESD. En el documento WT/DS26/AB/R y WT/DS48/AB/R (16 de enero de 1998): Informe del Órgano de Apelación en el asunto Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas), pár. 148, se afirma lo siguiente: “Tanto el párrafo 2 del artículo 11 del Acuerdo MSF como el párrafo 2 del artículo 13 del ESD exigen que los grupos especiales consulten a las partes en la diferencia durante la selección de expertos. Sin embargo, ninguno de los participantes en esta apelación pretende que el Grupo Especial no los consultó en el momento de designar a los expertos. Además, no se discute que los expertos fueron seleccionados de conformidad con procedimientos a los que todos los participantes habían dado su acuerdo previo. También es indiscutible que entre los expertos consultados por el Grupo Especial hay nacionales de cada una de las partes en la diferencia. Las normas y procedimientos que figuran en el Apéndice 4 del ESD rigen en situaciones en que se han establecido grupos consultivos de expertos. Sin embargo, esta situación no se da en el caso presente. En consecuencia, una vez que el grupo especial ha decidido recabar la opinión de distintos expertos y científicos, no existe obstáculo jurídico alguno para que el grupo especial formule, en consulta con las partes en la diferencia, normas *ad hoc* para esos procedimientos en particular”.

³⁶ El Órgano de Apelación ha señalado reiteradamente que los grupos especiales tienen facultades discrecionales en la verificación de los hechos. En el documento WT/DS135/AB/R (12 de marzo de 2001): Informe del Órgano de Apelación en el asunto Comunidades Europeas - Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto, pár. 161, afirmó que gozan de “un margen de discrecionalidad para apreciar el valor de las pruebas y el peso que se ha de asignar a las mismas”. En el documento WT/DS166/AB/R (19 de enero de 2001): Informe del Órgano

que su juicio debe formarse teniendo en cuenta la totalidad de las pruebas a su alcance³⁷.

Ahora bien, donde más evidente se hace el carácter arbitral de los grupos especiales es en las normas que regulan su composición y en la concreción de las normas del procedimiento que seguirán.

de Apelación en el asunto Estados Unidos - Medidas de salvaguardia definitivas impuestas a las importaciones de gluten de trigo procedentes de las Comunidades Europeas, pár. 151, el Órgano de Apelación sostuvo que “no interferiremos sin motivos bien fundados con la apreciación de las pruebas por el Grupo Especial: no intervendremos simplemente porque pudiéramos haber llegado a una constatación fáctica diferente de aquélla a la que llegó el Grupo Especial; para intervenir debemos asegurarnos de que el Grupo Especial se ha excedido de los límites de sus facultades discrecionales, en cuanto a decidir sobre los hechos, en su apreciación de las pruebas”. En el documento WT/DS26/AB/R y WT/DS48/AB/R (16 de enero de 1998): Informe del Órgano de Apelación en el asunto Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas), pár. 132, afirmó que: “La determinación de la credibilidad y del peso que, por ejemplo, se debe atribuir propiamente a la apreciación de una determinada prueba, forma parte esencial del proceso de investigación y, en principio, se deja a la discreción del grupo especial que decide sobre los hechos”. Además, en el documento WT/DS18/AB/R (6 de noviembre de 1998): Informe del Grupo de Apelación en el asunto Australia - Medidas que afectan a la importación del salmón, pár. 267, el Órgano de Apelación indicó que: “Los grupos especiales no están obligados a atribuir a las pruebas fácticas presentadas por las partes el mismo sentido y peso que éstas”.

³⁷ En el documento WT/DS98/AB/R (12 de enero de 2002): Informe del Órgano de Apelación en el asunto Corea - Medida de salvaguardia definitiva impuesta a las importaciones de determinados productos lácteos, pár. 137, el Órgano de Apelación consideró que: “en virtud del artículo 11 del ESD, los grupos especiales tienen el mandato de determinar los hechos del asunto y formular constataciones fácticas. En el cumplimiento de su mandato, los grupos especiales están obligados a examinar y tomar en consideración, no sólo las pruebas presentadas por una u otra de las partes, sino todas las pruebas a su alcance, y de evaluar la pertinencia y el valor probatorio de cada elemento de prueba... La determinación de la importancia y el peso que tienen las pruebas presentadas por una parte forman parte de la apreciación por el grupo especial del valor probatorio de todos los elementos presentados por ambas partes considerados en su conjunto”.

Según el artículo 8 del ESD, cada grupo especial se compondrá de 3 personas, salvo que las partes en la diferencia de mutuo acuerdo, convengan en que sean 5 personas. Estas personas serán “muy competentes” en comercio internacional, “con formación suficientemente variada y experiencia en campos muy diversos” y “actuarán a título personal y no en calidad de representantes de un gobierno o de una organización internacional”. Ninguno de ellos tendrá la nacionalidad de una de las partes en la diferencia, ni la de un tercero interviniente, “salvo que las partes en la diferencia acuerden lo contrario”³⁸. La Secretaría propondrá a las partes en la diferencia los candidatos a integrantes del grupo especial. Estos candidatos los seleccionará la Secretaría de una lista indicativa de “expertos” que ella misma deberá mantener al día³⁹. Sobre esta propuesta, la designación de los miembros de cada grupo especial es competencia de las partes en la diferencia de mutuo acuerdo, que deberán alcanzarlo en el plazo de los 20 días siguientes a la fecha del establecimiento del grupo especial. Aunque se ha establecido que “las partes en la diferencia no se opondrán a ellos sino por razones imperiosas”, la práctica demuestra que los Estados partes en una diferencia suelen, en la mayoría de los casos, oponerse a los candidatos propuestos por la Secretaría⁴⁰. Ello obliga a que sea el Director General de la OMC el que termine

³⁸ Existe una regla especial conforme a la cual: “Cuando se plantee una diferencia entre un país en desarrollo Miembro y un país desarrollado Miembro, en el grupo especial participará, si el país en desarrollo Miembro así lo solicita, por lo menos un integrante que sea nacional de un país en desarrollo Miembro” (art. 8.10 del ESD).

³⁹ Aunque los Estados Miembros de la OMC pueden proponer a la Secretaría periódicamente “nombres de personas, funcionarios gubernamentales o no, para su inclusión en la lista indicativa”, la decisión de incluirlos o no en tal lista depende exclusivamente de la Secretaría.

⁴⁰ DAVEY, W. J., “The case for a WTO permanent panel body”, *Journal of International Economic Law*, núm. 6, 2003, p. 178; SHOYER, A. W. “Panel selection in WTO dispute settlement proceedings”, *Journal of International Economic Law*, núm. 6, 2003, pp. 203-209; etc.

designando las más de las veces a los integrantes de un grupo especial. Su designación la realizará dependiendo de quienes “considere más idóneos” para integrar ese grupo especial concreto. Hecha la designación de los integrantes de un grupo especial, será el OSD quien apruebe su nombramiento formal.

En cuanto al procedimiento de los grupos especiales, debe tenerse en cuenta que “deberá haber flexibilidad suficiente para garantizar la calidad de los informes sin retrasar indebidamente los trabajos de los grupos especiales” (art. 12.2 del ESD). Para lograr esta flexibilidad, se parte de que se seguirá el procedimiento y el calendario de trabajo previstos a título indicativo en el Apéndice 3 del ESD, “a menos que el grupo especial acuerde otra cosa tras consultar a las partes en la diferencia” (art. 12.1 del ESD).

Según el procedimiento tipo, tanto la parte reclamante como la parte demandada deberán remitir al grupo especial antes de su primera reunión sustantiva comunicaciones escritas en las que expongan los hechos del caso y sus argumentos jurídicos. En la primera reunión sustantiva, presentarán sus alegaciones oralmente la parte reclamante, la parte demandada y todos los terceros Estados que hayan notificado al OSD su interés en la diferencia. Los escritos de réplicas formales se remitirán al grupo especial antes de la segunda sesión sustantiva, donde los expondrán oralmente la parte demandada y luego la parte reclamante, sin que intervengan ya los terceros Estados⁴¹.

⁴¹ Sobre el alcance de la intervención de los terceros Estados a la diferencia, véase: COVELLI, N., “Public International Law and third party participation in WTO panel proceedings”, *Journal of World Trade*, núm. 33, 1999, pp. 125-139; FOOTER, M. E., “Some aspects of the Third Party Intervention in GATT/WTO dispute settlement proceedings”, en PETERSMANN, E. U. (ed.), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, Kluwer Law International, The Hague, pp. 213-244.

Por lo que respecta al calendario de trabajo, cualquiera que éste sea, debe tenerse en cuenta el mandato de que, para “que el procedimiento sea más eficaz”, el tiempo que medie entre el establecimiento del grupo especial y la emisión de su informe definitivo “no excederá, por regla general, de seis meses”, que se reducen a tres meses en los casos de urgencia, incluidos los relativos a los productos perecederos (art. 12.8 del ESD)⁴².

Dentro de este plazo, y tras la celebración de la segunda reunión sustantiva, tendrá lugar la etapa intermedia de reexamen (art. 15 del ESD). Tras considerar los escritos de réplica y las alegaciones orales, el grupo especial distribuirá, normalmente en un plazo de 2 a 4 semanas, los capítulos expositivos (hechos y argumentaciones de las partes y de los terceros) de su proyecto de informe a las partes en la diferencia, no a los terceros. Dentro del plazo señalado por el grupo especial, que suele ser de dos semanas, las partes presentarán sus observaciones y comentarios por escrito. Transcurrido este plazo, el grupo especial tiene a su vez un plazo que oscila de 2 a 4 semanas para elaborar y distribuir a las partes en la diferencia su informe provisional que abarcará, además de los capítulos expositivos, sus constataciones y conclusiones.

A partir de este momento, las partes tienen un plazo, que normalmente es de una semana, para presentar por escrito una petición de que el grupo especial reexamine algunos aspectos concretos del informe provisional⁴³, antes de que se

⁴² Si no se pudieran cumplir estos plazos, el grupo especial puede solicitar al OSD una ampliación de los plazos, que en ningún caso excedería de los nueve meses.

⁴³ En el documento WT/DS231/AB/R (26 de septiembre de 2002): Informe del Órgano de Apelación en el asunto Comunidades Europeas - Denominación comercial de las sardinas, párr. 301, se señala lo siguiente: “También rechazamos la afirmación de las Comunidades Europeas referente a las cartas que presentó en la etapa de reexamen intermedio. Esta etapa no es el momento oportuno para presentar nuevas pruebas.

convierta en informe definitivo y se distribuya a los Estados Miembros de la OMC. Si no se presenta ninguna petición en el plazo señalado, el informe provisional automáticamente se convierte en definitivo. Si se presentara alguna petición en tiempo, podría incluso llegar a solicitarse una nueva reunión del grupo especial con las partes en la diferencia para comentar las cuestiones identificadas en las observaciones escritas. En caso de celebrarse la etapa intermedia de reexamen, el informe definitivo del grupo especial deberá contener un “examen” de los argumentos esgrimidos en esta etapa⁴⁴.

El grupo especial distribuirá su informe definitivo a las partes en la diferencia dos semanas después de finalizada la etapa intermedia de reexamen, y tres semanas después lo distribuirá a todos los Estados Miembros de la OMC. Los Estados Miembros podrán examinar los informes definitivos

Recordamos que el reexamen intermedio se rige por el artículo 15 del ESD. El artículo 15 permite que las partes, durante esta etapa del procedimiento, presenten observaciones sobre el proyecto de informe del que les ha dado traslado el Grupo Especial, y pidan “que el Grupo Especial reexamine aspectos concretos del informe provisional”. A esa altura, el procedimiento del Grupo Especial está prácticamente completo; lo que debe verificarse durante el reexamen intermedio no son más que —para decirlo con los términos del artículo 15— “aspectos concretos” del informe. Y tal cosa, a nuestro juicio, no puede incluir propiamente una evaluación de nuevas pruebas a las que la otra parte no ha respondido. Por lo tanto, consideramos que el Grupo Especial obró correctamente al negarse a tomar en consideración las nuevas pruebas durante el reexamen intermedio, y con ello no actuó en forma contraria al artículo 11 del ESD”.

⁴⁴ Vid. RENEUF, “Garantir les “droits de la défense”. Quelques remarques préliminaires sur la nécessité de développer les règles de procédure dans le règlement des différends de l’OMC”, en SOCIÉTÉ FRANÇAISE DE DROIT INTERNATIONAL, *Colloque de Nice. La réorganisation mondiale des échanges*, Paris, 1996, pp. 297-307. Este autor es muy crítico con la etapa intermedia de reexamen, a la que considera inútil dada la posible existencia de una apelación posterior. Considera además que favorece a la parte demandada, que puede reservarse hasta este momento la exposición de sus argumentos a la luz de las orientaciones del grupo especial, mientras que la parte reclamante habrá tenido que exponer claramente sus argumentos ya en el “mandato” del grupo especial.

de los grupos especiales y, en caso de tener objeciones a los mismos, presentar por escrito sus razones, para discutirlos en la reunión del OSD en la que se deba adoptar o no el informe definitivo en cuestión. El informe se adoptará en una reunión del OSD a celebrar entre 20 y 60 días después de la distribución del informe.

El informe será adoptado por el OSD salvo que una parte en la diferencia le notifique formalmente su decisión de apelar, en cuyo caso su adopción queda en suspenso hasta que se tramite la apelación, o que el OSD decida por consenso no adoptar el informe. En el caso de que ninguna parte en la diferencia notifique formalmente su decisión de apelar, entonces entra en juego una de las novedades más importantes establecidas en el mecanismo de arreglo de diferencias del OMC frente al sistema previo del GATT de 1947, pues el OSD adoptará el informe definitivo, que se convertirá en jurídicamente obligatorio⁴⁵, a menos que el OSD, por consenso, decida su no adopción. El OSD es un órgano plenario, de carácter político ya que está formado por representantes gubernamentales de todos los Estados Miembros de la OMC. Es un rasgo distintivo de la OMC el que sus Estados Miembros se reservan la última palabra para conceder o no obligatoriedad jurídica a los informes definitivos de los grupos especiales. Precisamente este hecho, es el determinante de que el mecanismo de solución de diferencias en la OMC no goce de un carácter exclusivamente jurisdiccional, sino casi jurisdiccional. Ahora bien, para evitar las situaciones de bloqueo de las mayorías políticas que caracterizaron a la fase final del sistema de arreglo de diferencias del GATT de 1947, en el mecanismo de la OMC se ha invertido el sentido del consenso. Ya no es necesario que todos los Estados Miembros, incluida la parte perjudicada por el informe definitivo,

⁴⁵ JACKSON, J. H., "The WTO Dispute Settlement Understanding: misunderstanding on the nature of legal obligations", en *The jurisprudence of the GATT and the WTO*, Cambridge, 2000, p. 163.

lo aprueben, sino que se considerará adoptado salvo que todos los Estados Miembros de la OMC, incluida la parte en la diferencia favorecida por el informe definitivo, por consenso acuerden que la solución contenida en el informe definitivo no es la solución más satisfactoria de la diferencia. Esta inversión del sentido del consenso al adoptar las decisiones del OSD significa que, aunque formalmente los Estados Miembros de la OMC retienen la capacidad última de decidir sobre la fuerza jurídica vinculante de los informes definitivos, en la práctica será muy difícil que las mayorías políticas del OSD puedan llegar a bloquear la adopción de un informe definitivo.

Como correctamente señala Esther López Barrero, debe tenerse también en cuenta que los informes definitivos de los grupos especiales no tienen porqué dar respuesta a todas las alegaciones que les presenten las partes, sino únicamente a aquéllas que sean necesarias para llegar a una “solución satisfactoria” de la diferencia. Incluso alegando expresamente el principio de economía procesal, diversos grupos especiales han dejado de resolver algunas alegaciones formuladas por las partes, por no considerarlas relevantes para la solución de la diferencia⁴⁶. Ante el riesgo que pueden originar

⁴⁶ LÓPEZ BARRERO, E., “El sistema de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio: funcionamiento y revisión en la Ronda del Milenio, *cit.* Esta autora se basa sobre todo en el documento WT/DS33/AB/R (25 de abril de 1997): Informe del Órgano de Apelación en el asunto Estados Unidos - Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India, p. 19, donde se señala que: “Nada en esta disposición (art. 11 del ESD) ni en la práctica previa del GATT exige que un grupo especial examine todas las alegaciones jurídicas formuladas por la parte reclamante. Los grupos especiales anteriores del GATT de 1947 y de la OMC han abordado con frecuencia sólo las cuestiones que consideraban necesarias para la solución del asunto planteado entre las partes, y han rehusado decidir sobre otras cuestiones. Por consiguiente, si un grupo especial consideraba que una medida era incompatible con una determinada disposición del GATT de 1947, por lo general no pasaba a examinar si esa medida era también

estos comportamientos, el propio Órgano de Apelación ha recomendado prudencia al actuar de esta forma, pues los grupos especiales no pueden refugiarse en el principio de la economía procesal para dar una resolución parcial al caso, que deje sin resolver reclamaciones que sí sean necesarias para la eficaz conclusión de la diferencia⁴⁷.

2. *El examen en apelación*

Una de las novedades más importantes introducidas en el mecanismo de solución de diferencias de la OMC respecto del sistema del GATT de 1947 está representada por el establecimiento de un órgano permanente de apelación, denominado Órgano de Apelación (art. 17 del ESD)⁴⁸. El Órgano de

incompatible con otras disposiciones del GATT, cuya infracción hubiese sido alegada por una parte reclamante. En la práctica reciente de la OMC, los grupos especiales también se han abstenido de examinar todas y cada una de las alegaciones formuladas por la parte reclamante y han formulado conclusiones sólo sobre aquéllas alegaciones que, según los grupos especiales, eran necesarias para resolver el asunto de que se trataba. Si bien unos pocos grupos especiales del GATT de 1947 y de la OMC adoptaron efectivamente resoluciones más amplias, examinando y decidiendo cuestiones que no eran absolutamente necesarias para resolver la diferencia en cuestión, no existe en el ESD ninguna disposición que exija a los grupos especiales hacerlo así”.

⁴⁷ Documento WT/DS18/AB/R (6 de noviembre de 1998): Informe del Órgano de Apelación en el asunto Australia - Medidas que afectan a la importación de salmón, párs. 223-224.

⁴⁸ SACERDOTI, G. “Appeal and judicial review in international arbitration and adjudication: the case of the WTO *Apellate* Review”, en PETERSMANN, E. U. (ed.), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, Kluwer International Law, The Hague, 1997, p. 275; PALMETER, “The WTO Appellate Body Needs Remand Authority”, *Journal of World Trade Law*, núm. 32, 1998, pp. 41-44; FELICIANO, F. P.; VAN DEN BOSSCHE, P. L. H., “The dispute settlement system of the World Trade Organization: institutions, process and practice”, en BLOKKER, N. M.; SCHERMERS, H. G. (eds.), *Proliferation of International Organizations*, Kluwer International Law, The Hague, 2001, p. 321; STEGER, D. P., “The *apellate* body and its contribution to WTO dispute

Apelación entenderá en los recursos de apelación interpuestos contra las decisiones de los grupos especiales. La apelación “tendrá únicamente por objeto las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por éste” (art. 17.6 del ESD)⁴⁹, lo que refuerza el carácter jurisdiccional del mecanismo de solución de diferencias previsto en el ESD⁵⁰. Al desarrollar esta misión, “el Órgano de Apelación podrá confirmar, modificar o revocar las constataciones y conclusiones jurídicas del grupo especial” (art. 17.13 del ESD).

El Órgano de Apelación estará integrado por siete personas “de prestigio reconocido, con competencia técnica acreditada en derecho, en comercio internacional y en la temática de los acuerdos abarcados en general. No estarán vinculadas a ningún gobierno. Los integrantes del Órgano de Apelación serán representativos en términos generales de la composición de la OMC⁵¹” (art. 17.3 del ESD). De las siete personas integrantes del Órgano de Apelación, sólo tres actuarán en cada caso, aunque las siete estarán disponibles en todo momento y en breve plazo, y se mantendrán al corriente de las actividades de solución de diferencias y demás actividades pertinentes de la OMC.

settlement”, en *The political economy of international law: essays in honour of Robert E. Hudec*, Cambridge, 2002, p. 491.

⁴⁹ Vid. PALMETER; MAVROIDIS, “The WTO Legal System: Sources of Law”, *American Journal of International Law*, núm. 92, 1998, pp. 398-413.

⁵⁰ Como se señala en el documento WT/DS58/AB/R (6 de noviembre de 1998): Informe del Órgano de Apelación en el asunto Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón, pár. 97, el Órgano de Apelación deberá “conferir al derecho de apelación todo su significado y efecto y brindar a la parte que se considera perjudicada por alguna constatación o interpretación jurídica contenida en el informe de un grupo especial una oportunidad real y efectiva de demostrar el error contenido en tal constatación o interpretación”.

⁵¹ En la práctica, se sigue el criterio de que cuatro personas serán nacionales de Estados desarrollados y tres personas serán nacionales de Estados en desarrollo.

Conforme al procedimiento de trabajo del Órgano de Apelación⁵², éste es un órgano colegiado que trabaja a través de secciones compuestas por tres de sus miembros, elegidos por rotación, aunque las siete personas que lo componen se mantienen al corriente de todos los asuntos pendientes en apelación. Para ello, aunque se mantiene la obligación de la confidencialidad de los trabajos de las diversas secciones, todas ellas tienen la obligación de comunicar todos sus documentos a las partes en la diferencia, así como al resto de miembros del Órgano de Apelación.

La legitimidad activa para recurrir en apelación se limita exclusivamente a las partes en la diferencia. Sólo ellas podrán recurrir contra el informe definitivo del grupo especial antes de que sea adoptado por el OSD (arts. 16.4 y 17.4 del ESD). A los Estados terceros en la diferencia se les excluye explícitamente de esta posibilidad. Además, sólo los Estados terceros que ya intervinieron ante el grupo especial “podrán presentar comunicaciones por escrito ante el Órgano de Apelación, que podrá darles la oportunidad de ser oídos”. Sin embargo, la práctica del Órgano de Apelación ha desarrollado espectacularmente una posibilidad que no está expresamente prevista en el ESD, como es la participación de terceros en condición de *amicus curiae*. El Órgano de Apelación ha reconocido que, a través de esta vía, tanto los particulares como algunas organizaciones internacionales que, en principio, no podrían intervenir en condición de terceros en la controversia, por no ser “Miembros de la OMC”, pueden llegar a participar en la condición de *amici*⁵³. Tras justificar

⁵² Documento WT/AB/WP/7: Normas del procedimiento del Órgano de Apelación, regla 4.3.

⁵³ Como recientemente ha señalado el Órgano de Apelación en el documento WT/DS231/AB/R (26 de septiembre de 2002): Informe del Órgano de Apelación en el asunto Comunidades Europeas - Denominación comercial de las sardinias, párr. 156: “Recordamos que en el asunto Estados Unidos - Camarones aceptamos tres escritos *amicus curiae* que se habían adjuntado como pruebas documentales a la comunicación del apelante en

esta “competencia implícita” del Órgano de Apelación de aceptar escritos *amicus curiae*⁵⁴, ha establecido una distinción entre, por un lado, las partes en la diferencia y los terceros intervinientes en la diferencia, que tienen un derecho reconocido legalmente a participar en las actuaciones de los grupos especiales y el Órgano de Apelación y, por otro lado, los particulares y las organizaciones, que no son Miem-

aquella apelación. Llegamos a la conclusión de que esos escritos formaban parte de la comunicación del apelante y observamos que corresponde al participante en la apelación decidir por sí mismo qué es lo que va a incluir en la comunicación. Seguimos este criterio en el asunto Tailandia - Derechos *antidumping* sobre los perfiles de hierro y acero sin alea y vigas doble T procedentes de Polonia (“Tailandia - Vigas doble T”) y en el asunto Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón - Recurso de Malasia al párrafo 5 del artículo 21 del ESD (“Estados Unidos - Camarones (Párrafo 5 del artículo 21 - Malasia)”). En diferencias posteriores, tanto particulares como organizaciones presentaron escritos *amicus curiae* independientemente de las comunicaciones de los participantes. También aceptamos esos escritos”.

⁵⁴ Esta “competencia implícita” del Órgano de Apelación fue enunciada por primera vez en el documento WT/DS138/AB/R (7 de junio de 2000): Informe del Órgano de Apelación en el asunto Estados Unidos - Establecimiento de derechos compensatorios sobre determinados productos de acero al carbono aleado con plomo y bismuto y laminado en caliente originarios del Reino Unido (“Estados Unidos - Plomo y bismuto II”), pár. 39, de la siguiente manera: “Al examinar esta cuestión, observamos en primer lugar que no hay en el ESD ni en los Procedimientos de trabajo ninguna disposición que establezca expresamente que el Órgano de Apelación podrá aceptar y tener en cuenta comunicaciones procedentes de fuentes distintas de los participantes y terceros participantes en la apelación. Por otra parte, ni el ESD ni los Procedimientos de trabajo prohíben expresamente admitir o tener en cuenta esas comunicaciones, [del párrafo 9 del artículo 1759] se desprende claramente que el Órgano de Apelación tiene amplias facultades para adoptar reglas de procedimiento que no estén en conflicto con las normas y procedimientos del ESD o de los acuerdos abarcados. Por consiguiente, opinamos que, en la medida en que actuemos de forma compatible con las disposiciones del ESD y de los acuerdos abarcados estamos legalmente facultados para adoptar una decisión acerca de si aceptamos y examinamos o no cualquier información que consideremos pertinente y útil en una apelación”.

bros de la OMC y que, por consiguiente, no tienen un derecho reconocido legalmente a participar en los procedimientos de solución de diferencias. De esta forma, el Órgano de Apelación opina que:

“Deseamos destacar que en el sistema de solución de diferencias de la OMC, el ESD prevé la participación en las actuaciones de los grupos especiales o del Órgano de Apelación, como un derecho, únicamente en el caso de las partes y los terceros en una diferencia; y, de conformidad con el ESD, sólo los Miembros de la OMC pueden legalmente ser partes o terceros en una diferencia determinada.

Las personas y organizaciones que no son miembros de la OMC no tienen derecho a presentar comunicaciones o ser oídos por el Órgano de Apelación. El Órgano de Apelación no está legalmente obligado a aceptar o tener en cuenta comunicaciones *amicus curiae* no solicitadas presentadas por personas o por organizaciones que no son miembros de la OMC. El Órgano de Apelación sólo está legalmente obligado a examinar las comunicaciones presentadas por Miembros de la OMC que sean partes o terceros en una diferencia determinada”⁵⁵.

Añadiendo además que el Órgano de Apelación está facultado legalmente para aceptar y examinar comunicaciones *amicus curiae* en una apelación sólo si el propio Órgano de Apelación lo considera “pertinente y útil”.

Ahora bien, esta distinción entre partes en una diferencia, terceros intervinientes y participantes en condición de *amicus curiae*, ha cobrado recientemente una nueva dimensión. Por primera vez se ha dado el caso de que un Estado Miembro de la OMC no ejerciera su derecho a intervenir como tercero en una diferencia y, sin embargo, remitiera un escrito *amicus curiae* al Órgano de Apelación⁵⁶. Admitida esta posibilidad,

⁵⁵ Documento WT/DS138/AB/R (7 de junio de 2000): Informe del Órgano de Apelación en el asunto Estados Unidos - Establecimiento de derechos compensatorios sobre determinados productos de acero al carbono aleado con plomo y bismuto y laminado en caliente originarios del Reino Unido (“Estados Unidos - Plomo y bismuto II”), párs. 40 y 41.

⁵⁶ “Es cierto que, a diferencia de los particulares y las organizaciones, a los Miembros de la OMC se les da un derecho explícito, en virtud del párrafo

se da la paradoja de que los Estados Miembros de la OMC podrán optar entre participar como terceros en una diferencia o participar en condición de *amicus curiae*. Persisten, sin embargo, diferencias cualitativas entre ambas posibilidades, pues como señaló el Órgano de Apelación:

“No obstante, queremos recalcar que, al aceptar el escrito *amicus curiae* presentado por Marruecos en la presente apelación, no estamos sugiriendo que cada vez que un Miembro presente un escrito de esa índole estemos obligados a aceptarlo y examinarlo. Al contrario, la aceptación de cualquier escrito *amicus curiae* es una cuestión de facultades discrecionales, que debemos ejercer según las circunstancias de cada caso. Recordamos nuestra declaración de que “las normas de procedimiento del sistema de solución de diferencias de la OMC tienen por objeto promover la solución equitativa, rápida y eficaz de las diferencias comerciales”. Por consiguiente, podríamos ejercer nuestra facultad discrecional para rechazar un escrito *amicus curiae* si, al aceptarlo, se podría obstaculizar la “solución equitativa, rápida y eficaz de las diferencias comerciales”. Esto podría suceder, por ejemplo, si un Miembro de la OMC intentara presentar un escrito *amicus curiae* una vez que estuviera muy avanzado el procedimiento de apelación, y que como consecuencia de la aceptación del escrito se impusiera una carga indebida a otros participantes”⁵⁷.

2 del artículo 10 y el párrafo 4 del artículo 17 del ESD, a participar en el procedimiento de solución de diferencias como terceros. Por consiguiente, se plantea la duda de si la existencia de este derecho explícito, que no se concede a los que no son Miembros, justifica tratar a los Miembros de la OMC de manera distinta que a los que no son Miembros de la OMC en el ejercicio de nuestras facultades de recibir escritos *amicus curiae*”. Documento WT/DS231/AB/R (22 de septiembre de 2002): Informe del Órgano de Apelación en el asunto Comunidades Europeas - Denominación comercial de las sardinas, pár. 163. Considerando que no se debe tratar a los Estados Miembros de la OMC “de manera menos favorable” que a los que no son Miembros, el Órgano de Apelación concluyó que: “Simplemente porque esas disposiciones estipulen cuándo puede participar un Miembro como tercero o tercero participante en un procedimiento de solución de diferencias, a nuestro juicio no conduce inevitablemente a la conclusión de que la participación de un Miembro como un *amicus curiae* esté prohibida”. *Ibid.*, pár. 165.

⁵⁷

Ibid., pár. 167.

La demanda de apelación deberá expresar claramente los errores jurídicos y las interpretaciones de Derecho del informe definitivo del grupo especial que se apela⁵⁸. Tras presentar la demanda de apelación, el Órgano de Apelación designará una sección que establecerá su plan de trabajo y las fechas para el depósito de los documentos escritos y la celebración de consultas.

Como regla general, la duración del procedimiento de apelación será de 60 días desde la fecha en que una parte en la diferencia notifique formalmente su decisión de apelar. Excepcionalmente, el informe del Órgano de Apelación podrá distribuirse entre los Estados Miembros de la OMC hasta 90 días después de la notificación formal de apelar (art. 17.5 del ESD). El apelante dispondrá de 10 días para presentar su comunicación en la Secretaría⁵⁹, en la que se deberán incluir los motivos de la apelación, las normas de los acuerdos abarcados que considera infringidas y el *petitum* de la apelación. Las normas de procedimiento conceden al apelado un plazo de 25 días contados desde el depósito de la comunicación para responder por escrito. Permiten igualmente que, dentro de los 15 días siguientes al depósito de la comunicación, cualquier parte en la diferencia se convierta igualmente en apelante, estableciéndose el mismo plazo para responder a esta nueva apelación.

La sección deberá examinar cada una de las cuestiones jurídicas que se le planteen, aunque puede no contestar a alguna de ellas si considera que carece de competencia para ello. Redactado su informe, y con independencia de que confirme, modifique o revoque las constataciones y conclusio-

⁵⁸ Véase el Documento WT/DS217/AB/R y WT/DS234/AB/R (16 de enero de 2003): Informe del Órgano de Apelación en el asunto Estados Unidos - Ley de compensación por continuación del *dumping* o el mantenimiento de las subvenciones de 2000, párs. 193 y 194.

⁵⁹ La Secretaría del Órgano de Apelación deberá distribuirla al resto de las partes en la diferencia, incluidos los Estados terceros que intervengan.

nes jurídicas del grupo especial, dará traslado del mismo a las partes en la diferencia y a la Secretaría de la OMC, para que lo distribuya entre todos los Estados Miembros de la OMC y se presente al OSD, quien es el encargado de decidir sobre su adopción o no.

En un plazo máximo de 30 días, el OSD, que como ya se ha indicado es un órgano político de carácter plenario, deberá decidir si adopta o no el informe del Órgano de Apelación. Al igual que con los informes definitivos de los grupos especiales, los informes del Órgano de Apelación “serán adoptados por el OSD y aceptados sin condiciones por las partes en la diferencia salvo que el OSD decida por consenso” no adoptarlo (art. 17.14 del ESD).

V. EL RECURSO ALTERNATIVO AL ARBITRAJE

Una vez concluida la fase de la solución de la diferencia por medios políticos, es decir, una vez celebradas las consultas y, en su caso, tras haber intentado o no alcanzar una solución a través de los buenos oficios, la conciliación y la mediación, las partes en la diferencia no están obligadas a seguir el mecanismo casi jurisdiccional de solución previsto en el ESD. Como alternativa al mismo, se ha establecido la posibilidad de recurrir al arbitraje internacional. Ahora bien, el recurso al arbitraje como alternativa a la creación de un grupo especial con posibilidad de examen en apelación, está sometido a dos requisitos en el artículo 25 del ESD. En primer lugar, debe tratarse de una diferencia “que tenga por objeto cuestiones claramente definidas por ambas partes”. En segundo lugar, el recurso al arbitraje es una alternativa voluntaria, pues “estará sujeto al acuerdo mutuo de las partes” en la diferencia.

Si ambos requisitos se cumplen, el ESD establece las condiciones mínimas que deberán inspirar la solución arbitral.

El punto de partida es que deben ser las partes en la diferencia quienes convengan el procedimiento a seguir, respecto del cual se establecen las siguientes condiciones. Primera, en todo caso, debe ser “un procedimiento rápido de arbitraje” (art. 25.1 del ESD), pues una de las ideas inspiradoras de todo el ESD es que la “pronta solución” de las diferencias “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 del ESD). Segunda, es un medio de solución de las diferencias que se incardina en el sistema institucionalizado de la OMC. Así, se imponen las obligaciones de notificar tanto el acuerdo de recurrir al arbitraje a todos los Estados Miembros de la OMC con suficiente antelación a la iniciación efectiva del proceso arbitral (art. 25.2 del ESD), como los laudos arbitrales al OSD y al Consejo o Comités de los acuerdos pertinentes, en los que cualquier Estado Miembro podrá plantear cualquier cuestión con ellos relacionada. Tercera, aunque el artículo 25 del ESD no especifique nada ni sobre el órgano o tribunal arbitral, ni sobre el Derecho aplicable, debe entenderse que el establecimiento y la composición del órgano o tribunal arbitral quedan sujetos a la autonomía de la voluntad de las partes pero, sin embargo, las partes en la diferencia carecen de competencia para determinar el Derecho aplicable. El Derecho aplicable siempre serán los acuerdos abarcados, ya que los laudos arbitrales también “habrán de ser compatibles con dichos acuerdos y no deberán anular ni menoscabar las ventajas resultantes de los mismos para ninguno de sus Miembros, ni deberán poner obstáculos a la consecución de ninguno de los objetivos de dichos acuerdos” (art. 3.5 del ESD). Cuarta, es el único medio de solución de diferencias previsto en el ESD en el que se prima la bilateralidad sobre la multilateralidad, reduciendo notablemente, sin llegar a eliminar del todo, las posibilidades de intervención de terceros Estados. Así se ha dispuesto que “sólo podrán constituirse en parte en el procedimiento arbitral otros Miembros si las partes que han convenido en recurrir al arbitraje están de

acuerdo en ello” (art. 25.3 del ESD). Quinta, se trata de un auténtico medio de solución jurisdiccional de la diferencia, en el que “las partes en el procedimiento convendrán en acatar el laudo arbitral”, sin que medie su adopción política por el OSD.

Pese a estas características, en especial la última, la práctica seguida por los Estados Miembros de la OMC demuestra una preferencia evidente por el mecanismo casi jurisdiccional de solución de la diferencia previsto en el ESD. Hasta tal extremo es así, que todavía no se ha producido ningún caso en el que las partes en la diferencia hayan convenido en recurrir, como alternativa, al arbitraje como medio de solución. Dos circunstancias pueden contribuir a explicar esta situación fáctica. En primer lugar, que el recurso al mecanismo casi jurisdiccional de solución depende exclusivamente de la voluntad unilateral de la parte reclamante, sin necesidad de contar con el consentimiento previo de la parte demandada. En segundo lugar, aunque el arbitraje pueda parecer *prima facie* como mejor alternativa, al no depender del control o filtro político del OSD, la inversión del sentido del consenso como método de adopción de decisiones en este órgano político, prácticamente ha eliminado cualquier intento de bloquear políticamente la adopción de los informes de los grupos especiales o del Órgano de Apelación, que siempre necesitaría el consentimiento expreso del Estado favorecido por el informe en cuestión.

Frente a esta no utilización en la práctica del recurso alternativo al arbitraje para la solución del fondo de una diferencia, el ESD también ha previsto la posibilidad de recurrir al arbitraje, y en la práctica sí que se ha utilizado este medio de solución, en relación con diversas cuestiones incidentales relativas a la ejecución de las soluciones contenidas en los informes o laudos. Estas cuestiones incidentales se dan en tres supuestos: 1) para fijar el plazo del cumplimiento de las obligaciones contenidas en los informes o laudos, cuando las partes en la diferencia no se hayan puesto de acuerdo (art.

21.3.c) del ESD); 2) para concretar el nivel de la suspensión al Miembro afectado de concesiones u otras obligaciones resultantes de los acuerdos abarcados, siempre que las partes no lleguen a un acuerdo (art. 22.6 del ESD); y 3) cuando la parte afectada reclame que no se han seguido los principios y procedimientos previstos para la elección de las medidas objeto de suspensión (art. 22.6 y 7 del ESD).

VI. LAS GARANTÍAS DE LA EJECUCIÓN DE LA SOLUCIÓN DE LA DIFERENCIA

Un aspecto tremendamente original del mecanismo de solución de diferencias de la OMC consiste en que, además de prever los medios de arreglo de la diferencia, establece diversas garantías para asegurar el correcto cumplimiento de las obligaciones que se contengan en los informes definitivos de los grupos especiales, en los informes del Órgano de Apelación o en los laudos arbitrales⁶⁰.

El OSD asume la función de “vigilar” el cumplimiento de las obligaciones contenidas en la solución de la diferencia. Para ello, el Miembro afectado por la adopción de un informe de un grupo especial o del Órgano de Apelación, o por un laudo arbitral, informará al OSD en un plazo máximo de 30

⁶⁰ A los laudos arbitrales también se les aplica *mutatis mutandis* lo dispuesto en los artículos 21 y 22 del ESD (art. 25.4 del ESD). Sobre estas garantías de su ejecución, véase RUIZ FABRI, H., “Le contentieux de l’exécution dans le règlement des différends de l’Organisation mondiale du commerce”, *Journal du Droit International*, núm. 27, 2000, p. 633; MONNIER, P., “The time to comply with an adverse WTO ruling”, *Journal of World Trade*, núm. 35, 2001, p. 835; PALMETER, D., “The WTO Dispute Settlement Mechanism. Compliance with WTO ruling and other procedural problems”, *Journal of World Intellectual Property*, núm. 4, 2001, p. 294; KEARNS, J. E.; CHARNOVITZ, S., “Adjudicating compliance in the WTO: a review of DSU article 21.5”, *Journal of International Economic Law*, núm. 5, 2002, p. 341; etc.

días de cómo y cuándo cumplirá las obligaciones que emanan de la solución de la diferencia. Si no fuera posible cumplirlas “inmediatamente”, entonces el Miembro afectado dispondrá de un “plazo prudencial” para cumplir el informe o laudo (art. 21.3 del ESD)⁶¹. Este plazo prudencial será el propuesto por el Miembro afectado si así lo aprueba el OSD. En caso contrario, deberán fijarlo de común acuerdo las partes en la diferencia y, a falta de acuerdo, se fijará mediante el recurso al arbitraje vinculante en los 90 días siguientes a la aprobación del informe o laudo.

Si una vez transcurrido el “plazo prudencial”, el Estado miembro afectado no ha cumplido las obligaciones del informe o laudo, o en caso de incumplimiento parcial, la parte perjudicada en la diferencia tiene dos vías para lograr el debido cumplimiento: el procedimiento abreviado del artículo 21.5 del ESD o la solicitud de compensaciones o suspensión de concesiones regulada en el artículo 22. Uno de los aspectos más criticados del ESD es que no ha establecido ninguna secuenciación temporal obligatoria entre ambas opciones, no estando claro si se tiene que utilizar o no el recurso al procedimiento abreviado antes de solicitar compensaciones o la suspensión de concesiones, ni si, en caso de utilizarlo, se suspende o no tal solicitud. Problemas que se tienden a evitar mediante acuerdos entre las partes en la diferencia, en los que se suele convenir el compromiso de no invocar el plazo de 30 días del artículo 22.6 del ESD hasta que termine el procedimiento abreviado del artículo 21.5 del ESD⁶².

⁶¹ En el documento WT/DS26/AB/R y WT/DS48/AB/R (16 de enero de 1998): Informe del Órgano de Apelación en el asunto Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas), pár. 26, se definió al plazo prudencial como “el plazo más breve posible, en el marco del ordenamiento jurídico del Miembro, para aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD. En un caso normal, no debe ser superior a 15 meses, aunque puede ser inferior”.

⁶² *Vid.* el documento WT/DS108/12: Entendimiento entre las Comunidades Europeas y los Estados Unidos con respecto a los procedimientos previs-

Al procedimiento abreviado del artículo 21.5 del ESD pueden recurrir cualquiera de las partes en la diferencia “en caso de desacuerdo en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir” los informes o laudos, “o a la compatibilidad de dichas medidas con un acuerdo abarcado”. De este desacuerdo entenderá el denominado “grupo especial sobre el cumplimiento” que, siempre que sea posible, estará integrado por las mismas tres personas que compusieron el grupo especial que resolvió la diferencia. Es un procedimiento “abreviado” porque, al recurrir al mismo, el “grupo especial sobre el cumplimiento” deberá emitir su informe en un plazo máximo de 90 días, lo que es un plazo temporal mucho más breve que si se decidiera solicitar un nuevo grupo especial para entender de la nueva controversia surgida sobre el cumplimiento del informe o laudo.

La segunda opción que garantiza el correcto cumplimiento del informe o laudo arbitral consiste en la posibilidad de negociar compensaciones o solicitar la suspensión de concesiones u otras obligaciones. Debe tenerse en cuenta que ésta es una medida temporal, que no se prefiere al pleno cumplimiento del informe o laudo arbitral y sólo se aplicará hasta que el Estado Miembro afectado adapte su legislación interna plenamente al informe o laudo arbitral (art. 22.1 y 8 del ESD).

Si el Estado Miembro afectado no cumple plenamente las obligaciones que le imponen los informes o laudos dentro del “plazo prudencial”, cualquier Estado que haya sido parte en la diferencia le puede solicitar la celebración de negociaciones bilaterales antes de que termine el plazo prudencial para convenir una compensación mutuamente aceptable. Si 20

tos en los artículos 21 y 22 del ESD y el artículo 4 del Acuerdo SMC (asunto Estados Unidos - Empresas de ventas en el extranjero) o el documento WT/DS141/11: Entendimiento de la India y las Comunidades Europeas con respecto a los procedimientos previstos en los artículos 21 y 22 del ESD asunto India - Ropa de cama).

días después de terminado el plazo prudencial no se ha logrado convenir “una compensación satisfactoria”, cualquier parte en la diferencia podrá solicitar unilateralmente la autorización del OSD para suspender la aplicación al Estado Miembro afectado de concesiones u otras obligaciones resultantes de los acuerdos abarcados (art. 22.2 del ESD). El OSD autorizará tal suspensión dentro de los 30 días siguientes a la expiración del plazo prudencial, a menos que decida por consenso desestimar la petición (art. 22.6 del ESD)⁶³. En la práctica, esta posibilidad supone que se concede al Estado Miembro lesionado un auténtico derecho de adoptar unilateralmente medidas de retorsión en el marco institucionalizado y con la sanción del OSD.

También el ESD fija los principios y procedimientos que debe aplicar la parte reclamante para determinar la intensidad de las concesiones u otras obligaciones que va a suspender. El principio general es que la parte reclamante deberá en primer lugar tratar de suspender concesiones u otras obligaciones en el mismo sector o sectores en el que el informe o laudo arbitral haya constatado una infracción u otra anulación o menoscabo. Si esta medida es impracticable o insuficiente, la parte reclamante podrá extender la suspensión a otros sectores en el marco del mismo acuerdo abarcado. Si ello resulta a su vez impracticable o insuficiente, y siempre que las circunstancias sean suficientemente graves, la parte reclamante podrá ampliar estas suspensiones a otros acuerdos abarcados (art. 22.3 del ESD). Ahora bien, este unilateralismo que en la práctica se le reconoce al Estado Miembro afectado tiene un límite que responde a que la parte afectada no puede obtener por esta vía mayores ventajas que las que se derivarían del pleno cumplimiento del informe o

⁶³ En todo caso, debe tenerse en cuenta que el nivel de la suspensión de concesiones u otras obligaciones autorizado por el OSD será equivalente al nivel de la anulación o menoscabo (art. 22.4 del ESD) y que el OSD no autorizará la suspensión de concesiones u otras obligaciones si un acuerdo abarcado prohíbe tal suspensión (art. 22.5 del ESD).

laudo arbitral. Por ello, se reconoce al Estado Miembro afectado el derecho a impugnar tanto el nivel de la suspensión propuesta, como el incumplimiento de los principios y procedimientos que debe aplicar la parte reclamante para determinar la intensidad de las concesiones u otras obligaciones que va a suspender. En ambos casos, la cuestión se someterá a arbitraje que, siempre que sea posible, estará a cargo del grupo especial que haya entendido inicialmente de la diferencia y, si ello no es posible, de un árbitro o grupo de árbitros designados por el Director General. El órgano arbitral deberá emitir su decisión dentro de los 60 días siguientes a la fecha de expiración del plazo prudencial (art. 22.6 del ESD).

VII. CONSIDERACIONES FINALES

El paso del Acuerdo del GATT de 1947 a la OMC dio a luz a uno de los mecanismos de solución de diferencias más complejos e interesantes que existen en el Derecho Internacional contemporáneo. Es un mecanismo de solución de diferencias que combina distintos medios de solución, tanto de carácter político como casi jurisdiccional (grupos especiales, similares al arbitraje internacional, y Órgano de Apelación, similar al arreglo judicial), estableciendo como alternativa a estos últimos un auténtico recurso jurisdiccional como es el arbitraje internacional.

Una característica definitoria e identificativa de este mecanismo de solución de controversias es que la mayor parte de las mismas se encauzan a través de los medios casi jurisdiccionales de solución. Reflejando el gran poder que en el seno de la OMC conservan los Estados Miembros, todavía es necesario que un órgano político como es el OSD adopte los informes que elaboren los grupos especiales y el Órgano de Apelación. Sin embargo, una de las novedades más importantes del ESD respecto del sistema anterior ha consistido en la

inversión del sentido del consenso en la adopción de decisiones del OSD. Los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación serán adoptados por el OSD, salvo que por consenso se decida lo contrario. Ello ha determinado que, aunque perviva en teoría este control o filtro político de los informes, la posibilidad de que se formen mayorías políticas que bloqueen el mecanismo de solución de controversias en la OMC, tal y como ocurrió en los últimos años de vida del sistema del GATT de 1947, ha desaparecido en la práctica. Por lo tanto, aunque en la redacción del ESD se sigan configurando como medios de solución de carácter “casi jurisdiccional”, en la práctica actúan como auténticos medios jurisdiccionales de solución de diferencias. Este cambio ha determinado un aumento muy considerable de la confianza de los Estados Miembros de la OMC en su mecanismo de solución de diferencias, que se ha traducido en un muy espectacular incremento en la práctica de la utilización de los mismos.

Además, otro rasgo original y peculiar de este mecanismo de solución de diferencias, que también lo singulariza frente a otros sistemas de solución de diferencias existentes en el Derecho Internacional contemporáneo, consiste en que es un sistema tremendamente eficaz en la práctica. A ello contribuye fundamentalmente el que el propio ESD haya previsto diversas garantías para lograr la plena ejecución de la solución alcanzada en una diferencia. Junto a la introducción de un procedimiento abreviado, sin duda uno de los rasgos más originales del ESD es la posibilidad de retorsión individual, institucionalizada y temporal que permite la suspensión de concesiones u otras obligaciones dimanantes de los acuerdos abarcados.

El mecanismo de solución de diferencias de la OMC, sin llegar a eliminar absolutamente el principio de la libertad de las partes en la controversia de elegir el medio de solución que estimen más adecuado, ha logrado combinarlo con un sistema obligatorio de solución que, además, se caracteriza por permitir alcanzar una “pronta” solución de la diferencia

y un “pronto” cumplimiento de la solución alcanzada. Ello evidencia que las normas que regulan el comercio internacional, que representan un sector importantísimo del Derecho Internacional contemporáneo, han logrado alcanzar un grado de desarrollo y de importancia práctica tan grande que el propio Derecho Internacional, tan proclive en muchas ocasiones a no establecer sistemas obligatorios de solución de controversias, se ha visto en la necesidad de establecerlo en este caso.

Además, no se trata de un sistema de solución de diferencias anquilosado en el momento temporal de su adopción. A lo largo del presente trabajo se ha puesto de manifiesto cómo la propia práctica de los grupos especiales, del Órgano de Apelación e, incluso, los acuerdos de las partes en las diferencias, han permitido salvar las lagunas y complementar, con gran dinamismo, las zonas oscuras del mismo. En un ámbito más institucional, en la actual Ronda del Milenio, la Declaración Ministerial de Doha adoptada el 14 de noviembre de 2001, ha incluido entre sus mandatos la necesidad de “celebrar negociaciones sobre mejoras y aclaraciones del ESD”⁶⁴. Las propuestas de reforma que se están negociando en las reuniones extraordinarias del OSD se centran sobre todo en la mejora de los medios casi jurisdiccionales de solución y en el fortalecimiento de la fase final del cumplimiento o ejecución de las obligaciones previstas en la solución⁶⁵. Aunque

⁶⁴ Documento WT/MIN(01)/DEC/1, párr. 30.

⁶⁵ Aunque las negociaciones de reforma debían concluirse a más tardar en mayo de 2003, el 24 de julio de 2003, reconociendo el hecho de que el OSD en Sesión Extraordinaria necesitaba más tiempo para concluir su labor, el Consejo General acordó prorrogar por un año, hasta mayo de 2004, el plazo para finalizar estas negociaciones. Sobre las propuestas de reforma, véase LÓPEZ BARRERO, E., “El sistema de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio: funcionamiento y revisión en la Ronda del Milenio, *cit.*”; COTTIER, T., “The WTO permanent panel body: a bridge too far?”, *Journal of International Economic Law*, núm. 6, 2003, pp. 187-202; ROBERTS, L. D., “Beyond notions of diplomacy and legalism: building a just mechanism for WTO dispute resolution”, *American Business Law Journal*, núm. 40, 2003, pp. 511 y ss.

todavía es pronto para vislumbrar el final de este proceso de reforma, sí que se puede afirmar que el mecanismo de solución de diferencias de la OMC, que es uno de los más eficaces que existen en el Derecho Internacional, los Estados Miembros de la OMC lo quieren reforzar todavía más.