



PROGRAMA DE MAGISTER EN DERECHO CON MENCIONES

La Relación entre el Sistema de Solución de Diferencias de la Organización Mundial de Comercio y las Negociaciones en el Seno de este Organismo para Modificar el Entendimiento sobre Solución de Diferencias

MACARENA RODRÍGUEZ GÓMEZ DE LA TORRE

AFET PARA OPTAR AL GRADO DE MAGISTER EN DERECHO

Profesor Guía: Sergio Cortés Beltrán

SANTIAGO DE CHILE

AGOSTO DE 2021

GLOSARIO

ESD	Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio
IEC	Información estrictamente comercial
OA	Órgano de Apelación
OMC	Organización Mundial de Comercio
OSD	Órgano de Solución de Diferencias
PMA	Países Menos Adelantados

RESUMEN: En la Conferencia Ministerial de Marrakech de abril de 1994, por la que se estableció la Organización Mundial de Comercio (OMC), los Ministros asistentes acordaron que sus gobiernos llevarían a cabo una completa revisión del Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias (ESD), -dentro de los 4 años siguientes a la entrada en vigor del Acuerdo de Marrakech. El objetivo era determinar si continuar aplicando dicho mecanismo, modificarlo o ponerle término dentro del lapso de cuatro años, contados desde la entrada en vigor del Acuerdo que crea la OMC.

La presente actividad formativa equivalente busca exponer el vínculo entre las negociaciones mandatadas para mejorar el ESD, la jurisprudencia dictada por el sistema de solución de diferencias de la OMC y el actual bloqueo al funcionamiento del Órgano de Apelación.

El hecho de que dichas negociaciones se hayan desarrollado a lo largo de más de 22 años, en paralelo al funcionamiento del sistema de solución de diferencias, ha tenido un aspecto positivo y otro negativo. Por una parte, el tiempo transcurrido y el uso del sistema de solución de diferencias han permitido detectar varios problemas de implementación y los vacíos del ESD, inspirando nuevas propuestas de negociación que abordan y tratan de corregir estos problemas. Por otra parte, las posiciones negociadoras claras en un principio de la negociación, han ido variando a medida que se ha dictado jurisprudencia contraria a los intereses de algunos Estados por los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación. Dichos Estados, en respuesta al número de casos ganados o perdidos, han pasado desde una posición negociadora ofensiva a una defensiva, cambiando en consonancia el contenido de sus propuestas y buscando debilitar al ESD como resultado.

Esta división entre la presentación de propuestas que buscan mejorar el ESD y otras que buscan debilitarlo, se inserta a su vez en una problemática menos jurídica y más política. El relativo éxito del mecanismo de solución de diferencias en velar por la certeza de los Acuerdos de la OMC, contribuyó a poner de relieve la debilidad de los órganos políticos de la OMC. Obligados a alcanzar un consenso positivo para dictar nuevas normas, no son capaces de alcanzar acuerdos que aborden y regulen las nuevas problemáticas vinculadas con el comercio, cuya resolución, en subsidio, queda entregada a los órganos del sistema de solución de diferencias.

Este desbalance entre el buen funcionamiento del sistema de solución de diferencias y la incapacidad de alcanzar acuerdos por parte de los órganos políticos ha sido otro factor determinante en el contenido de las propuestas negociadoras para enmendar el ESD.

El hecho de que durante las negociaciones se hayan presentado varias decenas de propuestas, demuestra que hay mucho espacio para mejorar el sistema de solución de diferencias, conocido coloquialmente como “la joya de la corona de la OMC”. Sin embargo, el que la mayoría de los Estados -al menos al inicio de las negociaciones- haya coincidido en su buen funcionamiento, ha sido un obstáculo a la hora de acordar mejoras que no lo “echen a perder”.

La larga duración de las negociaciones para abordar las falencias del ESD y la incapacidad de los Miembros de la OMC para llegar a un acuerdo, ha culminado con el bloqueo del Órgano de Apelación por Estados Unidos, en protesta por el “activismo judicial” del que acusa a este Órgano. Estas acusaciones, son en parte, consecuencia de la necesidad del Órgano de Apelación de llenar los vacíos normativos que los negociadores son incapaces de regular, por falta de consenso, poniendo en entredicho la viabilidad del sistema de solución de diferencias



en su conjunto y la obligatoriedad de los compromisos negociados. El futuro y el éxito del ESD

será, en gran medida, el éxito y la viabilidad de la Organización Mundial de Comercio.

INTRODUCCIÓN

En 1995, tras el establecimiento de la Organización Mundial de Comercio (OMC) como sucesora del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), se produjo la natural expansión de su competencia hacia nuevas áreas relacionadas con el comercio, como los servicios y la propiedad intelectual.

En esa línea, pronto se estableció el ESD, cuyo objetivo central, según el párrafo 2 de su artículo 3, es "dar seguridad y previsibilidad al sistema comercial multilateral". De ese modo se buscaba resolver las controversias que pudieran surgir de las medidas adoptadas por cualquier Miembro, en contra de sus obligaciones contraídas en virtud de los Acuerdos de la OMC¹.

La creación de una regla de consenso inverso dio al sistema de solución de controversias una cuasi automaticidad. Esto, junto con la creación de un Órgano de Apelación (OA), el establecimiento de una jurisdicción obligatoria exclusiva, una obligación internacional de cumplir las decisiones de los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación y un mecanismo para hacerlas cumplir, fortaleció al Sistema de Solución de Diferencias.

Por otra parte, los órganos políticos de la OMC continuaron con la práctica de adoptar sus decisiones por consenso. Tal regla del consenso contribuyó a crear un estancamiento, al bloquear o impedir a esos órganos políticos de la OMC el ejercicio de funciones tales como la interpretación de las reglas de los Acuerdos de la OMC, o la adopción de nuevas reglas,

¹ Michael J. Trebilcock/Robert Howse, "The Regulation of International Trade", (London, 3rd edn. 1995), p. 115.

necesarias para tratar las crecientes complejidades del comercio, tales como la jerarquía y la relación entre éste y el medio ambiente, los derechos humanos y otras materias.²

Como resultado de este vacío de poder y sin reglas relevantes para la resolución de las nuevas materias tratadas en las controversias comerciales, el OA se ha visto obligado a referirse a estas materias.³ Al efecto, ha llenado las lagunas legales e interpretado reglas de contenido ambiguo. De ahí que, cuando los Grupos Especiales o el OA han emitido informes que no se ajustan a lo que se espera de ellos, se les ha acusado de violar su mandato. Específicamente, se les acusa de estar legislando en lugar de resolver una diferencia, violando la obligación del Órgano de Solución de Diferencias (OSD) cuyas recomendaciones y resoluciones “no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados”⁴.

Esta situación ha creado un problema grave ya, que son muchos los Estados que estiman que el ESD podría perder su legitimidad, si el OSD aparece que está excediendo su autoridad.

Existen dos escuelas principales de pensamiento acerca de cómo abordar y corregir este problema. Por una parte, algunos expertos estiman que es el mecanismo político el que debiera ser reforzado. La otra escuela de pensamiento sostiene que existe la necesidad de

² John H. Jackson, *Sovereignty, the WTO and Changing Fundamentals of International Law*, (2006), p. 145.

³ Artículo 17.12 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (Examen en Apelación.) ESD “El Órgano de Apelación examinará cada una de las cuestiones planteadas de conformidad con el párrafo 6 en el procedimiento de apelación”.

⁴ Artículo 3, párrafo 2 (Disposiciones Generales) del Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias: “El sistema de solución de diferencias de la OMC es un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio. Los Miembros reconocen que ese sistema sirve para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados y para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público. Las recomendaciones y resoluciones del OSD no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados”.

debilitar el rol del Órgano de Solución de Diferencias (OSD) mediante la reintroducción de la flexibilidad diplomática y la entrega de un mayor control del mecanismo a los Miembros.

Las negociaciones del ESD han provisto el entorno ideal para discutir los problemas causados por el desequilibrio político al interior de la OMC. Las propuestas muestran no solamente aquellas materias que los Miembros perciben como deficiencias técnicas del ESD, sino que también reflejan una preocupación subyacente acerca de la necesidad de definir su futura dirección.

La revisión completa del ESD para clarificar y perfeccionar sus reglas se está realizando desde hace veintidós años. Al ser un sistema en desarrollo, la posición negociadora de algunos países ha cambiado como resultado de su experiencia con el OSD en los casos en que les ha tocado participar.

La principal dificultad para alcanzar un acuerdo es la preocupación, compartida por la mayoría de los Miembros de la OMC, de que se encuentran enmendando un mecanismo que ha sido en general, pese a las críticas, muy exitoso. Ha entregado seguridad y certeza a todo el sistema de comercio multilateral, al hacer cumplir las reglas pactadas en los Acuerdos de la OMC. La mayor parte de las propuestas están inspiradas en la jurisprudencia del OSD que ha puesto de relieve los problemas que el ESD tiene en la fase de implementación.

Debido a algunos informes controvertidos y a la preocupación acerca de cuál debería ser el futuro rol del OSD, las propuestas de negociación han tenido por objeto reforzar el sistema, al corregir sus deficiencias o bien debilitarlo, al reintroducir la flexibilidad diplomática y traspasar el poder del OSD a los Miembros de la OMC que son Parte de una diferencia.

Asimismo, cinco décadas de un sistema de solución de diferencias regido por la diplomacia, parecen haber creado un malentendido entre los representantes de los gobiernos de la OMC, acerca de cuál es el papel del árbitro internacional en el marco de un sistema cuasi-judicial basado en reglas.

Los beneficios creados por la liberalización del comercio van de la mano con un mecanismo de solución de diferencias, independiente de los Miembros de la OMC, que provea igual acceso a la justicia a cualquiera de sus Miembros.

Si bien la revisión del ESD está en una etapa avanzada; el proceso se encuentra estancado y relegado a un segundo plano, en razón de la actual paralización del Órgano de Apelación. Desde el año 2003 se han presentado pocas propuestas nuevas y otras han sido modificadas como resultado de la jurisprudencia del OSD. Las propuestas más recientes datan de 2018, en adelante centrándose principalmente en modificaciones al funcionamiento del Órgano de Apelación. A falta de acuerdo en veintidós años de negociaciones, el OSD ha optado por corregir interinamente los defectos del sistema recurriendo a la práctica. Esta también ha servido como base para formular otras propuestas. Claramente, la jurisprudencia y las negociaciones se han ido retroalimentando.

Así, para evitar un largo e innecesario tratamiento de materias menos relevantes, el ámbito de los asuntos bajo consideración fue confinado a la relación entre las negociaciones del ESD y el Sistema de Solución de Diferencias de la OMC examinando en qué medida se afectan mutuamente. Asimismo, y en parte como resultado de la incapacidad de los Miembros de la OMC para alcanzar un acuerdo que modifique el ESD y aborde las principales críticas del

sistema, se analizan las causas del bloqueo del OA por Estados Unidos, y los intentos y propuestas de la mayoría de las Economías Miembros de la OMC para desbloquearlo.

En el primer capítulo, se trazan brevemente las principales características del sistema de solución de diferencias de la OMC, sus orígenes, las críticas a su funcionamiento y algunos de los defectos identificados por sus Miembros.

En el segundo capítulo, se reconstruye el proceso de negociación para revisar el ESD de la OMC durante las distintas fases de este proceso, se enuncian las principales propuestas de enmienda y se explica el contexto en que se desarrolla.

En el tercer capítulo, se exponen las razones entregadas por los expertos para explicar la incapacidad de los Miembros de la OMC para alcanzar un Acuerdo que modifique el ESD y se explica la relación simbiótica entre el funcionamiento del Sistema de Solución de Diferencias de la OMC y las negociaciones para modificar el ESD.

En el cuarto capítulo, en su primera parte, se analiza el origen de la crisis del Órgano de Apelación que culmina con la paralización de este órgano como consecuencia del bloqueo de Estados Unidos a los nombramientos de sus miembros. En la segunda parte, se detalla la función del Órgano de Apelación, su composición y funcionamiento. En la tercera parte, se exponen las razones políticas y técnicas de la molestia de EE.UU. con la OMC y con el OA en particular. En la cuarta parte, se enuncian las propuestas de solución planteadas por los miembros de la OMC para desbloquear el OA. En la quinta parte, se expone cuál es la situación

actual del Órgano de Apelación y en que consiste el mecanismo interino de apelación propuesto por la Unión Europea y otros Miembros de la OMC para resolver en segunda instancia las diferencias comerciales en tanto continúe el bloqueo.

Finalmente, en el quinto capítulo se presentan las conclusiones, sobre la base del análisis del funcionamiento del Sistema de Solución de Diferencias, de las prologadas e infructuosas negociaciones para su enmienda y de la incapacidad para llegar a acuerdos como resultado del bloqueo del Órgano de Apelación. Se plantea que las negociaciones debieran corregir el desequilibrio político creado por un Sistema de Solución de Diferencias fuerte, no nivelando hacia abajo el ESD, sino que manteniendo su integridad y corrigiendo sus deficiencias. Los órganos políticos deberían ser fortalecidos facilitando el consenso y desbloqueando el proceso de toma de decisiones. El éxito de la OMC como un todo depende de un ESD mejorado, de un OSD eficaz y de órganos políticos fortalecidos.

CAPÍTULO I. LOS ORÍGENES DEL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC

1.- La Solución de Diferencias bajo el GATT

El GATT de 1947 es un tratado internacional extinto, que, originalmente, debía formar parte de la Carta de la Habana,⁵ que nunca entró en vigor, para la creación de la Organización Internacional de Comercio. Por ello, el GATT de 1947 se aplicó provisionalmente mediante un Protocolo Adicional, dando origen a una organización internacional de facto, conocida informalmente como el GATT. Una vez extinguido, sus disposiciones pasaron a formar parte del GATT de 1994, el que, a su vez, es uno de los componentes del Acuerdo sobre la OMC⁶.

La creación de la OMC, el 1º de enero de 1995, significó la mayor reforma del comercio internacional desde el final de la Segunda Guerra Mundial, aunque su sistema de comercio ya tenía casi cinco décadas de existencia. En ese período, el GATT había establecido las reglas del sistema⁷. La OMC tiene su origen en el Acuerdo de Marrakech, suscrito por 125 países el año 1994, como culminación de la Ronda Uruguay, el más grande e importante proceso de negociaciones comerciales a escala mundial. Se inició en 1986, en el marco del GATT, en la ciudad de Punta del Este, y duró siete años y medio⁸.

⁵ La Carta de La Habana para una Organización Internacional de Comercio fue adoptada durante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo celebrada en Cuba del 21 de noviembre de 1947 al 24 de marzo de 1948. La Carta tenía por objeto el establecimiento de una organización multilateral de comercio.

⁶ El GATT y el Consejo del Comercio de Mercancías, Organización Mundial de Comercio

⁷ Entender la OMC: Información Básica ¿Qué es la Organización Mundial del Comercio? Disponible en: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact1_s.htm#:~:text=La%20OMC%20naci%C3%B3n%20el%201%C2%BA,establecido%20las%20reglas%20del%20sistema.

⁸ Entender la OMC: Información Básica ¿Qué es la Organización Mundial del Comercio? Disponible en: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact1_s.htm#:~:text=La%20OMC%20naci%C3%B3n%20el%201%C2%BA,establecido%20las%20reglas%20del%20sistema.

Aunque en 1995 al ESD se le consideraba como un logro excepcional, este Acuerdo de la OMC encargado de velar por el cumplimiento de los compromisos alcanzados por sus Miembros en la Ronda Uruguay, en realidad no constituía una completa novedad.⁹ De hecho, tenía como base el procedimiento de solución de diferencias del GATT y había codificado su práctica.

Pese a sus defectos, muchos estimaban que el procedimiento de solución de diferencias era “uno de los elementos más dignos de destacar del GATT”.¹⁰ Su relativo éxito en la resolución de diferencias en materia de comercio, junto con su eficiencia permitieron la expansión de su organismo sucesor en otras áreas tales como los servicios y la propiedad intelectual, al considerar las Partes Contratantes del GATT que era deseable someter sus intereses ampliados de política comercial a un sistema similar¹¹.

Durante las cinco décadas de su aplicación, el GATT resolvió 196 controversias¹². Las últimas tres décadas mostraron un aumento en el número de controversias y una evolución gradual, desde un mecanismo exclusivamente diplomático, hasta una progresiva judicialización de sus procesos.¹³ Sin embargo, a medida que crecía el número de controversias también crecía el descontento con el mecanismo.

Uno de los principales debates acerca de las prácticas del GATT en material de solución de diferencias fue planteado en términos de poder o diplomacia versus reglas. Mientras algunos

⁹ Claus-Dieter Ehlermann, “Six Years on the Bench of the World Trade Court” (2002), 36(4) *Journal of World Trade*, p. 605.

¹⁰ William J. Davey, “The WTO Dispute Settlement System”, (2000), 3 *Journal of International Economic Law*, p. 15.

¹¹ John H. Jackson, “Sovereignty”, (2006), *ob.cit.*, p. 144.

¹² Andrew L. Stoler “The WTO Dispute Settlement Process: Did the Negotiators Get what They Wanted?” (2004) 3 *World Trade Review* 99, p. 107.

¹³ Claus-Dieter Ehlermann, “Six Years on the Bench”, (2002), *ob.cit.*, p. 607.

países, como Estados Unidos, reivindicaban con fuerza un mayor legalismo, otros consideraban que el GATT constituía un acuerdo político y proclamaban las ventajas de la flexibilidad diplomática.¹⁴

Finalmente, durante la Ronda Uruguay se alcanzó un completo acuerdo en materia del mecanismo de solución de diferencias que abordaba y corregía las debilidades del procedimiento del GATT. Los objetivos de los negociadores surgieron sobre la base de sus experiencias insatisfactorias con dicho mecanismo.¹⁵

2.- El Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias (ESD)

La OMC fue fundada el 1 de enero de 1995, como sucesora del GATT, y expandió su ámbito de competencia, abarcando los servicios y los aspectos comerciales de los derechos de propiedad intelectual.

Durante la Ronda Uruguay, las Partes Contratantes, conscientes de las mayores complejidades que el nuevo sistema conllevaría, buscaron un mecanismo que proveyera “seguridad y predictibilidad al sistema de comercio multilateral”¹⁶. El ESD fue la respuesta a esa búsqueda y entró en vigor en la misma fecha que la OMC.

¹⁴ Michael J. Trebilcock/Robert Howse, (1995), ob.cit.; p. 115.

¹⁵ Andrew L. Stoler, “The WTO Dispute Settlement Process: Did the Negotiators Get what They Wanted?” (2004), 3 World Trade Review 99, p. 107.

¹⁶ Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias, Artículo 3 (Disposiciones Generales), párrafo 2: “El sistema de solución de diferencias de la OMC es un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio. Los Miembros reconocen que ese sistema sirve para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados y para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público. Las recomendaciones y resoluciones del OSD no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados”.

Aunque, no se resolvieron todos los problemas, el ESD abordó y corrigió la mayor parte de las deficiencias que denunciaban las Partes Contratantes del GATT, durante el funcionamiento del mecanismo de resolución de diferencias de esta entidad. Sus principales mejoras fueron:¹⁷

- Un sistema de solución de diferencias unificado, exclusivo y obligatorio.
- El derecho de un Miembro o parte reclamante a establecer un grupo especial.
- El establecimiento de la regla del consenso negativo¹⁸ en la adopción de los informes por el OSD, que dio automaticidad a la adopción de sus resoluciones y recomendaciones, resolviendo lo que, a ojos de la mayoría de sus Miembros, constituía el principal defecto del procedimiento de solución de diferencias del GATT. Esto es, en la práctica, que el país que perdía un caso podía oponerse a su adopción. De este modo, los resultados de los informes no se verían frustrados ante la falta de consenso de las Partes del Acuerdo de la OMC¹⁹.
- La incorporación de un Órgano de Apelación con carácter permanente para resolver las apelaciones planteadas contra las decisiones de un grupo especial,²⁰ previniendo así la dictación de “mala jurisprudencia” y proveyendo de uniformidad y certeza al sistema.

¹⁷ John H. Jackson, *Sovereignty*, ob.cit., (2006), p. 144.

¹⁸ La regla del consenso negativo implica que todas las partes, incluida la reclamante, deben ponerse de acuerdo para rechazar la resolución, haciendo casi imposible que su adopción se bloquee. En este sentido, Cossette D. Creamer señala: “La regla del consenso negativo hace que todos los informes de los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación sean automáticamente vinculantes para las partes de una diferencia, a menos que sean rechazados por la totalidad de los miembros”. Ver Cossette D. Creamer, *Can International Law Recover? From the WTO’s Crown Jewel to its Crown of Thorns*, *AJIL Unbound*, Volumen 113, 2019, p. 51. Disponible en: <https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/article/from-the-wtos-crown-jewel-to-its-crown-of-thorns/A694F7C8B6EA004ECDEEF8D3EA33883E>

¹⁹ Álvaro Espinoza, “Algunas Reflexiones sobre la solución de diferencias en la Organización Mundial del Comercio”, *Revista de Estudios Internacionales* 162, (2009), p.70.

²⁰ Álvaro Espinoza, ob.cit. (2009), p.70.

- Mayor rapidez en los procedimientos al establecer plazos más breves.

El objetivo del mecanismo de solución de diferencias establecido en el ESD es proporcionar soluciones positivas a las diferencias entre los Miembros de la OMC, debiéndose dar siempre preferencia a una solución mutuamente aceptable para las partes en la diferencia y que esté en conformidad con los acuerdos abarcados²¹.

El sistema de solución de diferencias busca principalmente que se eliminen los elementos o efectos de una medida dictada por algunos de sus Miembros que resulten incompatibles con las obligaciones contenidas en los Acuerdos de la OMC²². El ESD establece que no se deberá 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 ESD 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 medidas²³.

En opinión del experto Álvaro Espinoza, el ESD estableció un procedimiento cuasi-judicial que combina elementos de naturaleza política, tales como la obligación de celebrar consultas obligatorias como condición previa al establecimiento de un Grupo Especial y elementos

²¹ Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias, Artículo 3 (Disposiciones Generales), párrafo 7.

²² Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias, Artículo 3 (Disposiciones Generales), párrafo 7.

²³ Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias, Artículo 3 (Disposiciones Generales), párrafo 7.

jurídicos tales, como el recurso para la realización de un procedimiento jurídicamente vinculante mediante la adjudicación de una diferencia.²⁴

La jurisdicción, tal como la conocemos para efectos del sistema de solución de diferencias de la OMC, quedaría entregada a los Grupos Especiales y al Órgano de Apelación cuyos informes deben limitarse a señalar si una medida es compatible o no, con un Acuerdo y a plantear sugerencias respecto del cumplimiento. Tales recomendaciones no se plantean directamente al Miembro afectado, sino que al OSD para que éste último se la plantee al Miembro demandado²⁵.

Como se advierte, los informes sólo adquieren fuerza obligatoria cuando son adoptados por el OSD. No obstante, esto no impide afirmar que el ejercicio de la función de adjudicación está entregada a los Grupos Especiales y al Órgano de Apelación, ya que su adopción por el OSD gracias a la regla del consenso negativo es prácticamente automática²⁶.

Durante los veintidós años que el ESD ha estado operativo (de acuerdo con las estadísticas disponibles y actualizadas de la OMC), se ha aplicado a 598 controversias. Esto es, más del doble de las que asumió el GATT en las cinco décadas que estuvo en funcionamiento²⁷. No todas estas controversias han requerido resoluciones formales para resolverlas. Una solución de mutuo acuerdo es siempre el resultado preferido, y las consultas entre los miembros

²⁴ Andrew L. Stoler, (2004), ob.cit., p. 118.

²⁵ Álvaro Espinoza, (2009), ob.cit. p.72.

²⁶ Álvaro Espinoza, (2009) ob.cit., p.73.

²⁷ World Trade Organization. Dispute Settlement: The Disputes. Dispute Settlement Activity: - some figures. Disponible en: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispustats_e.htm

contendientes, en el marco de la solución de diferencias de la OMC, pueden ser a menudo suficientes para resolver el asunto en cuestión.²⁸

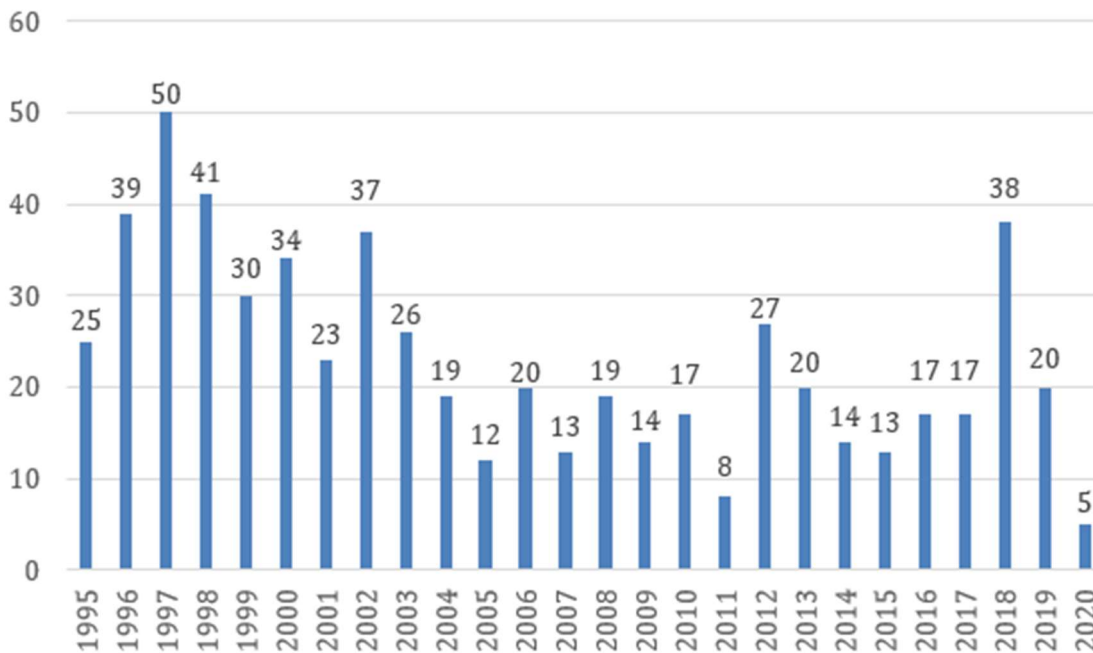
El mecanismo fue usado activamente, durante los primeros diez años, experimentando una baja abrupta en el número de casos desde el año 2005 al 2011.²⁹ En 2012, el número de casos repuntó nuevamente y volvió a disminuir hasta el año 2018 en que se presentan 38 controversias, lo que no sucedía desde el año 2002.³⁰

²⁸ World Trade Organization. Dispute Settlement: The Disputes. Dispute Settlement Activity: - some figures. Disponible en: https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispustats_e.htm

²⁹ Kara Leitner and Simon Lester, “WTO Dispute Settlement 1995–2009—A Statistical Analysis”, (2010), 13(1) *Journal of International Economic Law* 205, p.207.

³⁰ Ver Sitio Web de la OMC. Dispute settlement activity — some figures. Disponible en https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispustats_e.htm

Gráfico: Solicitudes de consultas en diferencias de la OMC (1995 – 2020)³¹



La gran mayoría de los expertos de la OMC y los abogados que ahí desarrollan su práctica han considerado que el ESD constituye un logro notable. Algunos, quizás con demasiado entusiasmo, se han referido a este mecanismo como “la joya en la corona” de la OMC³² y del sistema multilateral de comercio. Un mecanismo de solución de diferencias con carácter obligatorio y con capacidad para hacer cumplir sus resoluciones tenía, al momento de su creación, un carácter único en el derecho internacional.³³

³¹ Ver sitio web de la OMC. Dispute settlement activity — some figures. Disponible en https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/disputats_e.htm

³² Cossette D. Creamer, (2019), ob.cit., p. 51. Disponible en: <https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/article/from-the-wtos-crown-jewel-to-its-crown-of-thorns/A694F7C8B6EA004ECDEEF8D3EA33883E>
Sahajveer Baweja, WTO’s Crown Jewel under Existential Crisis: Problem Explained, Moderny Diplomacy, 29 mayo, 2020. Disponible en: <https://moderndiplomacy.eu/2020/05/29/wtos-crown-jewel-under-existential-crisis-problem-explained/>

³³ Arie Reich, The Effectiveness of the WTO Dispute Settlement System: A statistical analysis, EUI Working Paper LAW 2017/11, p.2. Disponible en: https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/47045/LAW_2017_11.pdf?sequence=1

De acuerdo con Ehlermann, ex Miembro del Órgano de Apelación de la OMC, el mecanismo de solución de diferencias funcionó bien, en un comienzo, mientras abordó casos que eran remanentes del antiguo sistema GATT emitiendo dictámenes en la línea que se esperaba de ellos. Además, el sistema de toma de decisiones político estaba funcionando bien, como lo ilustran las exitosas negociaciones en materia de telecomunicaciones y acuerdos de servicios financieros, materias que también habían quedado pendientes desde la Ronda Uruguay.³⁴

2.1. Críticas al Sistema de Solución de Disputas

Durante los primeros cinco años el ESD jugó un rol prominente en la OMC, proveyendo seguridad a los derechos y obligaciones negociados por los Miembros y haciendo cumplir las disposiciones de los acuerdos cubiertos.³⁵

Las mismas razones que hicieron de la ESD un éxito, concretamente, la jurisdicción obligatoria, un órgano de apelación permanente, resoluciones automáticas, vinculantes y ejecutables, también contribuyeron a crear un desequilibrio entre el sistema de solución de diferencias de la OMC y el mecanismo de adopción de decisiones políticas. Esto activó un debate entre los expertos en derecho internacional orientado a controlar o corregir esta situación. Entre estos, algunos con posiciones tan diversas como Ehlermann y Barfield – quizás el crítico más conocido del mecanismo de solución de diferencias de la OMC – coinciden en

³⁴ Claus-Dieter Ehlermann, “Tensions between the Dispute Settlement Process and the Treaty Making Activities of the WTO”, (2002), 1:3 World Trade Review 301, p.302.

³⁵ Peter van der Bossche, “The Law and Policy of the WTO”, (2005), p. 173.

los peligros que supone un mecanismo de solución de diferencias reforzado y un legislativo ineficiente³⁶.

Así, cinco años después de la entrada en vigor del ESD, nuevos informes emitidos por los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación, con resultados diferentes a aquellos anticipados por las Partes en la disputa, gatillaron críticas no solo al razonamiento jurídico de un informe en particular, sino que a la institución como un todo.³⁷ Ehlermann las atribuye a la tensión entre un sistema de solución de diferencias cuasi-judicial y las actividades diplomáticas y de negociación de Acuerdos. Se supone que los negociadores de la OMC, al reforzar el mecanismo de solución de diferencias y mantener la regla del consenso para el mecanismo de decisión política, inadvertidamente crearon un desequilibrio que debilitó a los órganos políticos haciéndolos parecer ineficientes en comparación.³⁸

De acuerdo con Ehlermann, dos grupos de casos que produjeron resoluciones controvertidas contribuyen a explicar parcialmente el origen de las primeras críticas al OSD y, de paso, pusieron de relieve la tensión entre el mecanismo de solución de diferencias y los órganos políticos/legislativos.³⁹

El primer grupo de casos se refiere a tres decisiones⁴⁰ del Órgano de Apelación en las que se estableció que dicho Órgano y los Grupos Especiales estaban facultados para aceptar y

³⁶ Claude E. Barfield, "Free Trade, Sovereignty, Democracy: The Future of the World Trade Organization", (2001), Chicago Journal of International Law: Vol 2: No.2, Article 12, p.408

Disponible en: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol2/iss2/13/>

Claus-Dieter Ehlermann, "Tensions between the Dispute Settlement Process and the Treaty Making Activities of the WTO", (2002), 1:3 World Trade Review 301, p. 302.

³⁸ Claus-Dieter Ehlermann, "Six Years on the Bench", (2002), ob.cit., p. 606.

³⁹ Claus-Dieter Ehlermann, "Tensions", (2002), ob.cit., p.301.

⁴⁰ "United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products", WT/DS58/AB/R, párrafos 39 y 42, adoptado el 6 de noviembre de 1998.

examinar informes de *amicus curiae* no solicitados, aunque ni los Procedimientos de Trabajo para el examen en apelación ni el ESD regulaban ni se referían a esta materia.⁴¹ En estos tres casos, la gran mayoría de los Miembros de la OMC estimaron que el Órgano de Apelación estaba vulnerando sus competencias y legislando por una puerta trasera.⁴²

Producto de dichas decisiones surgió preocupación entre algunos líderes nacionales. Estimaban que se le había entregado demasiado poder al sistema de solución de diferencias formulando dudas sobre de la relación este mecanismo y los demás órganos de la OMC.⁴³

El segundo grupo son las decisiones del Órgano de Apelación en los casos de balanza de pagos y acuerdos regionales de comercio. ⁴⁴ Estas decisiones parecen sugerir que un Grupo Especial o el Órgano de Apelación tienen competencia para abordar asuntos que ya han sido tratados por otras autoridades competentes de la OMC.⁴⁵

En el caso: “India – Restricciones Cuantitativas”, India alegó que el Grupo Especial no estaba facultado por los Acuerdos de la OMC para reexaminar la justificación total para la balanza de pagos. El Órgano de Apelación ratificó el Informe del Grupo Especial y estableció que un

“OA, United States – Imposition of Countervailing Duties on Certain Hot Rolled and Bismuth Carbon Steel Products Originating in the United Kingdom”, WT/DS1135/AB/R, adoptado el 5 de abril de 2001, párrafos 36-42. “OA, European Communities – Measures Affecting the Prohibition of Asbestos and Asbestos Products (European Communities – Asbestos)”, WT/DS1135/AB/R adoptado el 5 de abril de 2001, párrafos 50-57.

⁴¹ Claus-Dieter Ehlermann, “Tensions”, (2002), ob.cit., p.301.

⁴² Claude E. Barfield (2001), "Free Trade, Sovereignty, Democracy: The Future of the World Trade Organization," Chicago Journal of International Law: Vol. 2: No. 2, p.408. Disponible en: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol2/iss2/13>

⁴³ John H. Jackson, Sovereignty, ob.cit., (2006) p. 159.

⁴⁴ Claus-Dieter Ehlermann, “Tensions”, (2002), ob.cit., p. 301.

⁴⁵ South Centre, “The WTO Dispute Settlement System: Issues to Consider in the DSU Negotiations”, (2005), Disponible en <http://www.southcentre.org>

Grupo Especial puede reexaminar la balanza de pagos en su totalidad, aun cuando el Comité de Restricciones por Balanza de Pagos también tuviese competencia para realizar el examen.

En Turquía – Textiles el Grupo especial estableció que el Órgano de Apelación estaba facultado para examinar la compatibilidad de un Acuerdo Comercial Regional con el Artículo XXIV del GATT, a pesar del mandato del Comité de Acuerdos Comerciales Regionales.

Estos casos muestran una tendencia, por parte del Órgano de Solución de Diferencias, a arrogarse funciones que pertenecen a los comités políticos de la OMC. Estas resoluciones, en particular Turquía – Textiles, han infundido temor en muchos países que negocian tratados de libre comercio, que podrían ser sometidos al control cuasi – judicial de un Grupo Especial, con todas las implicancias que esto tendría para su soberanía.⁴⁶

Otra percepción interesante relativa al funcionamiento del ESD es la de Claude Barfield, con reputación de ser un tanto extremista en sus opiniones. Para este experto, parte del problema tuvo su origen en el éxito de la Ronda Uruguay, que expandió el mandato de la OMC a nuevas áreas como la energía y las telecomunicaciones.⁴⁷

Según Barfield, la complejidad de las nuevas áreas y la falta de un consenso real entre los Miembros de la OMC sobre estas nuevas materias y su relación con el comercio, sin mencionar la gran ineficiencia de los procedimientos legislativos de la OMC, “ha incrementado la presión en el sistema de solución de diferencias para fallar sobre estos

⁴⁶ Claus-Dieter Ehlermann “Tensions”, (2002), ob.cit., p. 303.

⁴⁷ Claude E. Barfield, (2001), ob.cit., p.406.

Disponible en: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol2/iss2/13>

tópicos, sin mencionar aquellos casos en los que se le llama a llenar los vacíos, ambigüedades y lenguaje contradictorio contenido en los Acuerdos de la OMC que tendrá que aplicar.⁴⁸

A su parecer, el desequilibrio entre el sistema de solución de diferencias y los órganos legislativos pondrá en entredicho la legitimidad democrática de las acciones del Órgano de Solución de Diferencias en la medida que exceda sus competencias⁴⁹.

Por su parte, Ehlermann considera que la creación del Órgano de Apelación es en parte el origen del desequilibrio político, ya que ha contribuido a reforzar el sistema de solución de diferencias. Aunque el ESD encomienda en su Artículo 3.9 al Consejo General y a la Conferencia Ministerial de la OMC la interpretación autorizada de sus normas, el poder para interpretar el ESD, en la práctica, se ha desplazado al Órgano de Apelación, el que actúa como una Corte Suprema.⁵⁰

Asimismo, el profesor Jackson coincide con Ehlermann y Barfield en que la creación de un sistema jurídico fuerte hizo que “algunos líderes nacionales se inquietaran, al estimar que demasiado poder radicaba en el sistema de solución de diferencias”.⁵¹ Como explica, parte del problema reside en que la OMC, a diferencia de los sistemas judiciales nacionales, limitados por los controles y equilibrios que pueden corregir errores, carece de un sistema análogo que supervigile el poder y funcionamiento del Órgano de Apelación. Los únicos

⁴⁸ Claude E. Barfield (2001), ob.cit., p.408.

Disponible en: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol2/iss2/13>

⁴⁹ Claude E. Barfield (2001), ob.cit. p.408.

Disponible en: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol2/iss2/13>

⁵⁰ Claude E. Barfield, (2001), ob.cit., p.406.

Disponible en: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol2/iss2/13>

⁵¹ John H. Jackson, “Sovereignty”, (2006), p. 159.

controles disponibles para limitar el poder del Órgano de Apelación se encuentran en los artículos IX⁵² y X del Acuerdo de Marrakech. Estos entregan al Consejo General y a la Conferencia Ministerial la autoridad exclusiva para proveer interpretaciones autorizadas de los acuerdos comerciales multilaterales de la OMC y establecen la posibilidad de que la Conferencia Ministerial modifique las reglas de los acuerdos comerciales multilaterales de la OMC.⁵³

Finalmente, las críticas planteadas al sistema por los Estados Unidos, el principal usuario del sistema de solución de diferencias, son centrales para comprender la dimensión del problema.

La manifestación más clara de la insatisfacción de Estados Unidos con el sistema de solución de diferencias es la propuesta que ha presentado en conjunto con Chile en el marco de las negociaciones para enmendar el ESD. Para prevenir lo que se considera como nuevas obligaciones, creadas a través del llenado de vacíos legales y la automaticidad en la adopción de los informes, factores ambos por los que Estados Unidos abogó durante años- propone entregarles a los Miembros mayor control sobre el trabajo del Grupo Especial para eliminar conclusiones de futuras decisiones que ambas Partes consideren no ayudarían a resolver la disputa.⁵⁴

⁵² Artículo IX, párrafos 1-5, Acuerdo de Marrakech. Disponible en https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/04-wto_s.htm

⁵³ Ver Artículo X, párrafos 1-10 Acuerdo de Marrakech. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/04-wto_s.htm

⁵⁴ Andrew L. Stoler, (2004), ob.cit., p.115.

La propuesta conjunta de EE.UU. y Chile busca maneras de poner freno a lo que consideran una forma de legislar contraproducente, de parte del Órgano de Apelación y los Grupos Especiales.⁵⁵ La propuesta está claramente ligada a los casos que ambos países han perdido.

Los Estados Unidos, en la época de la negociación de la Ronda Uruguay, abogaba por una mayor legalización del Sistema de Solución de Diferencias sin imaginar que perdería un caso ante la OMC. Por el contrario, consideraba que la automaticidad sería beneficiosa para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones por parte de la Unión Europea y de los países en vías de desarrollo.⁵⁶

A medida que se fue implementando el ESD, se han identificado problemas adicionales en la resolución de las reclamaciones, los que han inspirado algunas de las propuestas negociadoras presentadas por los Estados que se han visto afectados. A este respecto, cabe mencionar los siguientes:⁵⁷

- Problemas de implementación en casos de alto perfil, como los que se mencionan: Caso DS 27: Comunidades Europeas – Régimen de la Importación, Venta y Distribución de Bananos (Reclamante: Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Estados Unidos. Demandado: Comunidades Europeas); Caso DS 26: Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas) (Reclamante: Estados Unidos. Demandado: Comunidades Europeas); Caso DS 108: Estados Unidos -Trato

⁵⁵ Andrew L. Stoler, (2004), ob.cit., p.107.

⁵⁶ Andrew L. Stoler, (2004), ob.cit., p.107.

⁵⁷ Thomas A. Zimmerman, "The DSU Review (1998-2004): Negotiations, Problems and Perspectives" en Dencho Georgiev and Kim Van der Borgh (ed) Reform and Development of the WTO Dispute Settlement System, (2006),1, p.445.

fiscal aplicado a las “empresas de ventas en el extranjero” (Reclamante: Comunidades Europeas. Demandado: Estados Unidos).

- En otras oportunidades, la efectividad de la fase de retaliación (sanciones) ha sido cuestionada ya que eventualmente el gobierno reclamante al suspender concesiones puede afectar a su propia economía.
- Están los casos de ineficacia de la retaliación, cuando es aplicada por países con pequeñas economías de mercado. Fue el ejemplo de Ecuador cuando intentó retaliarse contra la Comunidad Europea en el caso Comunidades Europeas – Régimen para la Importación, Venta y Distribución de Bananos (DS 27).
- Bajo cumplimiento de los plazos establecidos por el ESD.
- La ausencia de un procedimiento de reenvío que habilite al Órgano de Apelación para devolver al Grupo Especial asuntos de hecho que necesiten ser clarificados.
- La relación entre la normativa de la OMC con el derecho internacional público en general.⁵⁸

2.2 Posibles Soluciones al Desequilibrio Político

Existe una percepción generalizada de que se ha agudizado el problema causado por el desequilibrio político durante la implementación del sistema de solución de diferencias.

La cuasi – automaticidad en la adopción de los informes por el OSD acompañada por la percepción de que los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación están legislando al llenar los vacíos normativos en áreas poco claras de los acuerdos cubiertos, ha llevado a que muchos

⁵⁸Claus-Dieter Ehlermann, “Tensions”, (2002), ob.cit., p.304.

Miembros consideren que el OSD está vulnerando el ESD, pues agregaría o eliminaría derechos y obligaciones contenidos en los Acuerdos de la OMC.⁵⁹ Sin importar si esta percepción es correcta o no, es necesario encararla como problema ya que existe un riesgo sustancial de que el apoyo al ESD, y por ende a la OMC, como un todo, desaparezca en el futuro.

Sin importar cuan exitoso sea el ESD en la práctica, lo rigurosos que sean los Grupos Especiales o el Órgano de Apelación en el contenido de sus decisiones, o lo conservadores que intenten ser en la interpretación de los Acuerdos de la OMC el peligro existe.⁶⁰ En efecto, si los Miembros continúan cuestionando la legitimidad democrática del OSD a raíz de las acciones que buscan llenar el vacío legal dejado por los órganos legislativos, pueden dejar de considerarlo, no cumplir con sus resoluciones o buscar foros alternativos para presentar sus reclamos en materia de comercio, vinculado con otras materias como el medio ambiente o los derechos humanos que no están adecuadamente regulados en los Acuerdos de la OMC.

El profesor Hudec, que estaba familiarizado con las prácticas y hábitos diplomáticos en el sistema de solución de diferencias del GATT, consideraba que, probablemente, los procedimientos estrictos por sí mismos no harían a un sistema legal efectivo a menos que estuviese “apuntalado” por el suficiente apoyo político⁶¹. Aparentemente, los viejos hábitos persisten hasta hoy y su opinión informada debería ser valiosa para aquellos que busquen corregir las deficiencias de la OMC.

⁵⁹ Claude E. Barfield, (2001), ob.cit., p. 408.

⁶⁰ Claus-Dieter Ehlermann, “Six Years on the Bench”, (2002), ob.cit., p. 616.

⁶¹ Thomas A. Zimmermann, “WTO Dispute Settlement at Ten: Evolution, Experiences and Evaluation”, (2005), 60 *Aussenwirtschaft* 27, p.36.

Entre los expertos de derecho comercial internacional existen dos corrientes principales para abordar los mecanismos para corregir el desequilibrio político al interior de la OMC. Unos postulan que es necesario reforzar los órganos políticos de la OMC y otros consideran imperativo introducir una mayor flexibilidad diplomática y control de los Miembros de la OMC al sistema de solución de diferencias.

Algunos como Ehlerman, aún consideran que el sistema de solución de controversias es un logro extraordinario y que sus reglas deberían mantenerse tal como estaban originalmente redactadas. En su opinión, el desequilibrio político no debería ser abordado debilitando el sistema cuasi-judicial, sino que reforzando el brazo político de la OMC.⁶²

Otros autores como Barfield proponen reintroducir en el ESD algunos de los elementos del enfoque diplomático contenido en el GATT, alejándose así del modelo judicial. Esto se materializaría al bloquear la adopción de los informes de los Grupos Especiales o del Órgano Permanente de Apelación que contengan errores jurídicos, cuando al menos un tercio de los Miembros, equivalentes a un cuarto del comercio total entre los Miembros de la OMC, se oponga a un informe del Grupo Especial o del Órgano de Apelación.⁶³

Su propuesta para establecer un sistema de votación ponderado parece inspirarse en los mecanismos de voto de otras instituciones de Bretton Woods conocidas y criticadas por su déficit democrático.

⁶² Claus-Dieter Ehlermann, "Tensions", ob.cit., p.307.

⁶³ Claude E. Barfield, (2001), ob.cit., p.408.

Disponible en: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol2/iss2/13/>

Los gobiernos nacionales de más de cuarenta de los Miembros de la OMC han presentado propuestas propias que abordan formas de corregir las críticas que se le realizan al ESD.

En la Conferencia Ministerial de Marrakech de abril de 1994, los Ministros acordaron que sus gobiernos llevarían a cabo una completa revisión del ESD -dentro de los 4 años siguientes a la entrada en vigor del Acuerdo por el que se establece la OMC- con el objeto de determinar si continuar aplicando tal mecanismo, modificarlo o ponerle término dentro del lapso de cuatro años contados desde la entrada en vigor del Acuerdo que crea la OMC⁶⁴.

Es así que, la revisión y aclaración del contenido del ESD entregó a sus críticos un foro para expresar sus inquietudes con relación al funcionamiento del sistema y abordar posibles formas de corregirlo.

⁶⁴ WTO, Decision on the Application and Review of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (2005). Disponible en: http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/53-ddsu_e.htm

CAPÍTULO II. DE LA REVISIÓN DEL ESD A LAS NEGOCIACIONES DEL ESD

1. La Revisión del ESD (1997 – 1999)

Las negociaciones para revisar el ESD comenzaron en el año 1997 y debían concluir durante la Tercera Conferencia Ministerial en Seattle en diciembre de 1999.

Aunque, en la época que comenzó el proceso de revisión, el ESD solo llevaba cuatro años en funcionamiento, desde su entrada en vigor varios de sus miembros habían propuesto mejoras y aclaraciones. Sin embargo, no pudieron cumplir con el plazo límite para la revisión y no hubo acuerdo sobre las modificaciones propuestas⁶⁵.

Las negociaciones se caracterizaron en esa etapa por dos divisiones: una, entre los países desarrollados y los países en vías de desarrollo; la otra, entre los países industrializados, concretamente entre los Estados Unidos y la Unión Europea.⁶⁶

La controversia entre los países desarrollados y en vías de desarrollo se centraba, principalmente, en el tema de la transparencia y la aceptación de informes *amicus curiae* no solicitados. Los Estados Unidos hicieron *lobby* para que se aceptasen las dos propuestas mientras que los países en vías de desarrollo eran contrarios a ambas.

La disputa entre la Unión Europea y los Estados Unidos se basaba, principalmente, en los esfuerzos que realizaba este último para reforzar el mecanismo de cumplimiento del ESD, pues había ganado un gran número de casos de alto perfil y se le veía como un “demandante

⁶⁵ Organización Mundial de Comercio. Negociaciones para mejorar los procedimientos de solución de diferencias. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_negs_s.htm

⁶⁶ Thomas A. Zimmermann, “WTO Dispute Settlement at Ten”, (2005), ob.cit., p.41.

neto”.⁶⁷ Entonces, temiendo que la implementación de los informes favorables a sus pretensiones no cumpliría con sus expectativas, adoptó una postura firme en materia de medidas retaliatorias. Mientras que la Unión Europea y Canadá, como partes perdedoras, buscaban maneras de dilatar la implementación de dichos informes.⁶⁸

La posición de los Estados Unidos se materializó en distintas propuestas: una se refería al “problema de la secuencia”, inspirada en las dificultades encontradas en la fase de implementación del caso CE – Bananas.⁶⁹ En la misma línea, buscó acortar los plazos establecidos en etapas específicas de los procedimientos⁷⁰ y debatió acerca de una propuesta de retaliación carrusel para incrementar la presión sobre los gobiernos de la UE, en los casos CE – Bananas y CE – Hormonas. Pretendía que rotara periódicamente la lista de productos sujetos a retaliación, para maximizar los efectos de las sanciones en estos dos casos.⁷¹

Después de que expirara, en julio de 1999, la prórroga a la fecha límite para la revisión del ESD, las negociaciones se estancaron durante la mayor parte de los años 2000 y 2001. Fue cuando Estados Unidos perdió el caso Estados Unidos – Trato fiscal, aplicado a las “empresas de ventas en el extranjero” y mientras las medidas de implementación estaban siendo discutidas. Entonces, cambió su posición inicial favorable a mejorar la fase de implementación del proceso y debilitó su postura sobre la implementación inmediata y la retaliación carrusel.⁷²

⁶⁷ Thomas A. Zimmerman, “The DSU Review”, (2006), ob.cit., p.445.

⁶⁸ Thomas A. Zimmermann, “WTO Dispute Settlement at Ten”, (2005), ob.cit., p.41.

⁶⁹ Thomas A. Zimmermann, “WTO Dispute Settlement at Ten”, (2005), ob.cit., p.42.

⁷⁰ Thomas A. Zimmerman, “The DSU Review”, (2006), ob.cit., p.445.

⁷¹ Thomas A. Zimmermann, “WTO Dispute Settlement at Ten” (2005), ob.cit., p.41.

⁷² Thomas A. Zimmermann, “WTO Dispute Settlement at Ten” (2005), ob.cit., p.42.

A medida que un mayor número de casos relacionados con medidas de defensa comercial se interponían en contra de Estados Unidos y los iba perdiendo en su mayoría, su posición cambió desde una postura ofensiva a una defensiva. La nueva posición negociadora de Estados Unidos demostró la importancia de la regla del consenso, que impidió que el ESD se modificara a voluntad de Estados Unidos u otros Estados poderosos comercialmente hablando, dependiendo del número de casos ganados o perdidos. Esto también contribuyó a revelar la relación simbiótica entre el resultado de un caso y las posiciones negociadoras de los Miembros de la OMC.

1.1 Las Negociaciones para la Revisión del ESD Mandatadas por Doha (2001 – 2004)

La revisión del ESD se reanudó durante la Cuarta Conferencia Ministerial celebrada en Doha en noviembre de 2001. Los Miembros de la OMC acordaron proseguir el examen sobre sus mejoras y aclaraciones y pactaron que dicho examen no se enmarcaría en el “todo único” del Programa de Doha para el Desarrollo (PDD). Esto es, que no estaría vinculado a las otras cuestiones objeto de negociación, ni sujeto a la conclusión del PDD⁷³. En síntesis, la Declaración Ministerial de la Ronda Doha mandató la celebración de negociaciones sobre mejoras y aclaraciones del ESD, añadiendo que deberían basarse en el trabajo realizado y apuntar como objetivo finalizar con la celebración de un acuerdo el año 2003.⁷⁴

El plazo límite fijado no se cumplió, ni tampoco las subsecuentes prórrogas de mayo y agosto de 2004 fijadas por el Consejo General de la OMC. Han transcurrido más de dos décadas desde

⁷³ Organización Mundial de Comercio. Negociaciones para mejorar los procedimientos de solución de diferencias. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_negs_s.htm

⁷⁴ Declaración Ministerial de Doha, adoptada el 14 de noviembre de 2001 WT/MIN(01)/DEC/1. Disponible en: http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_e.htm#dispute

la fecha del mandato inicial para revisar el ESD y las negociaciones en el marco de Doha, prosiguen sin que se haya fijado un nuevo plazo para su término, tomando en consideración que las Partes parecen incapaces de alcanzar un acuerdo⁷⁵.

Debido al rol central que juega el ESD para la seguridad del sistema de comercio multilateral, se decidió que las negociaciones para su revisión no formarían parte del todo único, es decir, que podrían acordarse por separado y no estarían vinculadas al éxito o fracaso general de las demás negociaciones prescritas en la Declaración de Doha.⁷⁶

Aunque, la opinión mayoritaria de los Miembros de la OMC era que el ESD, en general funcionaba bien, en el año 2002 presentaron 42 propuestas de modificación demostrando así la vinculación entre la importancia de las negociaciones para modificarlo y el éxito de la OMC como un todo.⁷⁷

En comparación con la etapa inicial de revisión del ESD, las posiciones negociadoras de los Miembros de la OMC no eran muy claras. La principal división durante esta fase era entre aquellas propuestas que buscaban o bien realzar el imperio del derecho en el ESD o reintroducir una mayor flexibilidad diplomática en el ESD y un mayor control de los Miembros sobre las controversias.⁷⁸ En la mayoría de las propuestas presentadas se buscaba mejorar el mecanismo actualmente vigente, basado en reglas, mientras que una minoría pretendía

⁷⁵ Organización Mundial de Comercio. Negociaciones para mejorar los procedimientos de solución de diferencias. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_negs_s.htm

⁷⁶ Peter van der Bossche, "The Law and Policy of the WTO", (2005), Cambridge: Cambridge University Press, p. 290.

⁷⁷ Informe del Presidente del Órgano de Solución de Diferencias, Embajador Peter Balas, al Comité de Negociaciones Comerciales. Disponible en:

http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_e.htm#negotiations at 9 July 2010.

⁷⁸ Thomas A. Zimmermann, "WTO Dispute Settlement at Ten" (2005), ob.cit., p.42.

entregar un mayor poder de control a los Miembros de la OMC. Me referiré tan solo a algunas de las propuestas que en mi opinión reflejan las tensiones entre las posiciones negociadoras.

La principal sorpresa, en la segunda fase de las negociaciones, fue la nueva posición negociadora de Estados Unidos. En el año 2002, junto con Chile presentaron una propuesta conjunta para eliminar las partes de los informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación que les parecieran innecesarias para la resolución de la controversia o bien permitirles a los Miembros acordar por consenso la adopción parcial de dichos informes.⁷⁹

El propósito de dicha propuesta conjunta era “prevenir la creación de legislación contraproducente de parte de los Grupos Especiales y del Órgano de Apelación”⁸⁰. Con esto se pretendía evitar la automaticidad en la adopción de los informes, previniendo así la dictación de lo que ambas partes consideran derecho irregular y/o la creación de nuevas obligaciones por parte del Órgano de Solución de Diferencias (al llenar este órgano lagunas en las reglas de los Acuerdos de la OMC). En breves cuentas el objetivo central era transferir autoridad desde los órganos de adjudicación a los Miembros de la OMC⁸¹.

Esta nueva propuesta fue recibida con escepticismo por muchos de los restantes Miembros de la OMC, al percibir que su contenido entraba en conflicto con sus propuestas de mayor transparencia y por tanto con la mayor legitimidad del mecanismo. La propuesta conjunta de Estados Unidos y Chile, por el contrario, incrementaba de facto la opacidad del sistema⁸².

⁷⁹ Andrew L. Stoler, (2004), ob.cit.,, p.107.

⁸⁰ Andrew L. Stoler, (2004), ob.cit., p.107.

⁸¹ Andrew L. Stoler, “The WTO Dispute Settlement Process: Did the Negotiators Get what They Wanted?”, (2004), 3 World Trade Review 99, p.107.

⁸² Andrew L. Stoler, (2004), ob.cit., p.107.

Otros Miembros, como la UE, mantuvieron su posición negociadora inicial y presentaron una propuesta para crear un Grupo Especial de carácter permanente análogo al Órgano de Apelación. Su objetivo era mejorar la seguridad y predictibilidad del sistema de solución de diferencias, de manera que esto se tradujera en informes del Grupo Especial más uniformes.

Tal propuesta no recibió mucho apoyo, ya que algunos Miembros temían que un Grupo Especial de carácter permanente se volviera demasiado independiente en sus informes, haciendo más difícil para los Miembros de la OMC influir en aquellos expertos que ya no buscan ser redesignados.⁸³ Más aún, existía preocupación extendida de que un Grupo Especial permanente pudiera abocarse a tareas legislativas de la misma forma que el Grupo de Apelación permanente.⁸⁴

Los países en vías de desarrollo, aunque utilizan comparativamente poco el mecanismo de solución de diferencias han presentado varias propuestas con distintas orientaciones. Algunas buscan mejorar el imperio de la ley en el ESD, mientras otras son favorables a un mayor control del mecanismo por parte de los Miembros de la OMC. Algunos Miembros de estos países presentaron una propuesta de retaliación colectiva, para aumentar la efectividad de las medidas retaliatorias adoptadas por países con pequeños mercados. El nuevo mecanismo haría posible que éstos pudieran plantear amenazas de retaliación creíbles para los demandados, induciéndolos así a cumplir con sus compromisos contraídos.⁸⁵

⁸³ South Centre, *The WTO Dispute Settlement System: Issues to Consider in the DSU Negotiations* (2005). Disponible en: <http://www.southcentre.org>

⁸⁴ Thomas A. Zimmermann, "WTO Dispute Settlement at Ten", (2005), ob.cit., p.41.

⁸⁵ Thomas A. Zimmermann, "WTO Dispute Settlement at Ten", (2005), ob.cit., p.41.

Otras presentaciones interesantes, en la misma línea, incluyen la propuesta para calcular retroactivamente el nivel de anulación o menoscabo. Sobre la base de la práctica constante, los Miembros se han percatado de que, a menos que, el nivel de anulación o menoscabo sea calculado retroactivamente, el nivel de las sanciones no resulta suficiente para inducir al demandado a cumplir con sus obligaciones.⁸⁶

Sorprendentemente, el Grupo Africano presentó propuestas que buscan debilitar el sistema cuasi-judicial, al cuestionar la automaticidad del procedimiento y buscar reintroducir en el ESD elementos de flexibilidad diplomática. Al parecer, este Grupo estima que sería un sistema más adecuado a sus posibilidades económicas y necesidades.⁸⁷

De un total de 42 propuestas, sólo las menos controvertidas, que obtuvieron apoyo mayoritario, fueron incluidas en un texto de compromiso que sirvió como base de negociación⁸⁸ durante un largo tiempo.

1.2 Las Negociaciones para la Revisión del ESD Mandatadas por Doha (2001 – 2010)

En el año 2008 se preparó un borrador de texto legal consolidado, con el objeto de que sirviese como base legal para el trabajo futuro,⁸⁹ fundado en las mismas propuestas incluidas

⁸⁶ Thomas A. Zimmermann, "WTO Dispute Settlement at Ten", (2005), ob.cit., p.41.

⁸⁷ Informe del Presidente del Órgano de Solución de Diferencias, Embajador Peter Balas, al Comité de Negociaciones Comerciales (2003). Disponible en:

http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_e.htm#negotiations

⁸⁸ Informe del Presidente del Órgano de Solución de Diferencias, Embajador Peter Balas, al Comité de Negociaciones Comerciales (2003).

Disponible en: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_e.htm#negotiations

⁸⁹ Informe del Presidente, embajador Ronald Saborío Soto, al Comité de Negociaciones Comerciales (TN/DS/22 de 18 de julio de 2008).

Disponible en: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=S:/TN/DS/22.pdf&Open=True>
Ver el documento JOB (08) /81, de 18 de julio de 2008 que contiene el proyecto de texto legal consolidado, como

en el texto del Presidente de 2003. La principal diferencia entre ambos textos es que en el último se incluye una nueva propuesta de México, para mejorar la fase de cumplimiento de las resoluciones y una propuesta del Grupo Africano, acerca del Trato Especial y Diferenciado y modificaciones a las propuestas originales.

Las propuestas de 2008 abarcan una amplia gama y están agrupadas en el marco de las siguientes 12 categorías temáticas⁹⁰:

- Derechos de terceros más amplios: en los procedimientos de consultas, en los procedimientos ante los Grupos Especiales y en la instancia de apelación (inspirada en la práctica).
- Composición de los Grupos Especiales: propone la creación de una lista indicativa de árbitros y procedimientos mejorados para determinar la composición del Grupo Especial (basado en casos).
- Reenvío: el objeto sería permitir al Grupo Especial formular verificaciones adicionales, sobre cuestiones jurídicas que al Órgano de Apelación le haya resultado imposible completar en su análisis, por indeterminaciones de hechos relevantes (basados en la práctica actual).
- Soluciones mutuamente convenidas: las negociaciones giran en torno a la suspensión de los procedimientos del Grupo Especial y del Órgano de Apelación, por acuerdo de

resultado de las negociaciones de la sesión especial del Órgano de Solución de Diferencias, propuesto por el Presidente embajador Ronald Saborío Soto.

⁹⁰ Felix Maonera, "The Review, Improvement and Clarification of the WTO Dispute Settlement Understanding", Geneva: CUTS International, Geneva.
Disponible en: http://www.cuts-geneva.org/pdf/KP2018-Paper-TO_Dispute_Settlement_Understanding.pdf

las partes y, sí las partes presentan sus notificaciones de forma conjunta, a menos que una parte prefiera que las notificaciones se presenten por separado.

- Información estrictamente confidencial (“IEC”): busca mejorar la protección de la IEC que sea presentada por Miembros, personas o entidades en el curso de procedimientos de solución de diferencias de la OMC (se basa en la práctica actual de los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación). Asimismo, pretende crear mayor certidumbre para que cuando una parte solicite la adopción de procedimientos para la protección de esta IEC, el órgano resolutorio de la OMC esté obligado a adoptar dichos procedimientos. Adicionalmente, propone garantizar a las personas o entidades que presenten IEC que su información será utilizada únicamente por quienes estén autorizados a tener acceso a ella, únicamente a los efectos del procedimiento en que se haya presentado dicha IEC.
- Secuencia: busca aclarar una inconsistencia, relativa a la posibilidad de celebrar consultas de forma previa al establecimiento de un grupo especial sobre el cumplimiento. Esta propuesta también contiene *inter alia*, la posibilidad de apelar de las cuestiones de derecho y notificaciones mejoradas al OSD, respecto de medidas adoptadas para el cumplimiento (basado en la actual práctica).
- Post-retaliación: busca introducir un procedimiento, para determinar si se ha alcanzado el cumplimiento por parte del Miembro que debe cumplir con una resolución del Grupo Especial o del Órgano de Apelación.
- Transparencia e informes *amicus curiae*: busca mejorar la percepción de legitimidad del sistema de solución de diferencias de la OMC, abriendo las sesiones de los Grupos Especiales y el Grupo Permanente de Apelación al público y haciendo públicas sus

presentaciones. La propuesta *amicus curiae* busca introducir una prohibición de carácter general respecto a la presentación de informes no solicitados (la práctica reciente sirve de apoyo a esta propuesta).

- Períodos de tiempo: contiene plazos más breves, para ciertas etapas del procedimiento de solución de diferencias, a la vez que otorga plazo adicional a los demandados de países en vías de desarrollo, en distintas etapas del mismo.
- Intereses de los países en vías de desarrollo, incluido el trato especial y diferenciado: se refiere a otros asuntos, como el cumplimiento efectivo, derechos más amplios para terceros, plazos para la presentación de informes *amicus curiae*, acceso al sistema de solución de diferencias, propuesta para crear un fondo para costear los procedimientos de solución de diferencias de países en vías de desarrollo y la introducción de un sistema de costas procesales, en favor de los mismos, que hayan prevalecido en una controversia (esta propuesta se basa en problemas que se han encontrado en la práctica).
- Mayor flexibilidad y control de los Miembros: las presentaciones incluyen una propuesta para que la parte demandante y la demandada tengan, en conjunto, la capacidad de solicitar la eliminación de partes de los informes del grupo especial o del órgano de apelación, que consideren innecesarias para la resolución de la disputa; la introducción de una revisión provisional en la fase de apelación; suspensión de los procedimientos del grupo especial o del órgano de apelación a solicitud de las Partes en conjunto; posibilidad de proveer asesoría adicional a los árbitros acerca del uso del derecho internacional público, del enfoque interpretativo a seguir y de las medidas en revisión (la propuesta está basada en previas resoluciones adversas).

- Cumplimiento efectivo: la propuesta busca promover y garantizar el cumplimiento rápido y eficaz de las resoluciones de los Grupos Especiales y del Órgano de Apelación por el Miembro reclamado.

El 22 de marzo de 2010, el Presidente del OSD, embajador Ronaldo Saborio, en su informe al Comité de Negociaciones Comerciales comunicó que los Estados Miembros habían concluido una primera ronda de debates sobre todas las cuestiones contenidas en el proyecto de texto jurídico consolidado (publicado bajo su propia responsabilidad) en julio de 2008, el que había sido aprobado en noviembre de 2008 como base para el trabajo posterior ⁹¹.

Desde mayo de 2010, como se anticipó en el informe TN/DS/24, se inició un proceso más intensivo, siempre basado en trabajos anteriores.

⁹¹ Ver Informe del Presidente, embajador Ronald Saborío Soto, al Comité de Negociaciones Comerciales a los efectos del balance contenido el documento TN/DS/24 de 22 de marzo de 2010. Disponible en: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=S:/TN/DS/24.pdf&Open=True>.

1.3 Las Negociaciones para la Revisión del ESD Mandatadas por Doha (2011 – 2015)

Para la preparación del informe del presidente del OSD al Comité de Negociaciones Comerciales (TN/DS/25⁹² de 21 de abril 2011), el texto de julio de 2008 centró el debate y proporcionó una base unificada para la discusión. Las delegaciones de los Estados Miembros interesados se reunieron siete veces en este contexto, sobre la base de reuniones de geometría variable en función de la cuestión a debatir. En cada ocasión, el presidente del OSD, embajador Ronaldo Saborio, llevó a cabo consultas oficiosas de una semana, con las delegaciones, terminando con una reunión oficiosa de composición abierta del período extraordinario de sesiones, al final de la semana, para informar de la labor a todos los Miembros. En paralelo, las delegaciones continuaron trabajando individualmente y entre ellas, para seguir avanzando en los debates.

El 21 de abril de 2011, el presidente del OSD presentó el documento TN/DS/25 con el informe al Comité de Negociadores Comerciales y en su Anexo A se reprodujo el texto completo y sistematizado del ESD, el que a su vez es el documento de trabajo JOB(08)/81, de 18 de julio de 2008.

En el TN/DS/25 se grafica que las delegaciones llegaron a un entendimiento sobre el proyecto de texto jurídico relativo a la secuenciación, identificaron puntos clave de convergencia sobre las medidas de post-retaliación y llevaron a cabo una labor constructiva sobre los derechos de los terceros, el ahorro de tiempo y diversos aspectos del cumplimiento efectivo. También,

⁹² Ver Informe del presidente, embajador Ronald Saborío Soto al Comité de Negociaciones Comerciales contenido en el documento TN/DS/25, de 21 de abril de 2011. Disponible en: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=S:/TN/DS/25.pdf&Open=True>

se examinaron ciertos aspectos de la flexibilidad y el control por los Miembros y, en ese contexto, se hicieron progresos sustanciales en el proyecto de texto jurídico sobre la suspensión de las actuaciones de los grupos especiales.

No obstante, el TN/DS/25 reflejó que faltaba mucho para llegar a un acuerdo. Tal como se describe en el informe de julio de 2008, la negociación se realizó en el entendimiento de que todas las cuestiones debían avanzar en paralelo.

En la fase de las negociaciones, hasta abril de 2011, no se logró completar el debate sobre todas las cuestiones contenidas en el texto de 2008. Por lo anterior, se acordó que era necesario seguir trabajando para completar la labor sobre las cuestiones mencionadas, examinar, también, la composición de los grupos, el reenvío, las soluciones mutuamente convenidas, la información estrictamente confidencial, la transparencia, los informes *amicus curiae* y los intereses de los países en desarrollo, incluido el trato especial y diferenciado. Se consignó que la conclusión satisfactoria de las negociaciones también exigía una mayor flexibilidad en las posiciones de los Miembros.

En 2012, se completó un debate detallado, basado en textos, en el que se analizó, cada una de las doce cuestiones objeto de estudio en las negociaciones⁹³. Este proceso intensivo dio lugar a progresos significativos.

En algunas esferas, la labor técnica ya se había completado en esencia en esa etapa, incluida la estabilización del proyecto de texto jurídico. En otras esferas, este ejercicio detallado y

⁹³ Véase el documento TN/DS/25.

compreensivo había permitido una comprensión de las propuestas y las posturas respectivas de los participantes, pero sin lograr la convergencia⁹⁴.

En 2013, se entregó el nuevo documento JOB/DS/14, que elaboró la Secretaría de la OMC a pedido del presidente de la Sesión Especial del Órgano de Solución de Diferencias. Su parte introductoria indica que tiene por propósito servir como documento de trabajo para los Miembros y que reproduce el texto que se ha considerado en las negociaciones sobre el ESD. No obstante, explica que su contenido refleja los nuevos desarrollos de las discusiones desde la compilación, que consta en el TN/DS/25.

Revisando el documento JOB/DS/14 se verifica que no hay coincidencia exacta con lo que se recopiló hasta 2008 y se reiteró en 2011. No obstante, no se observa ningún cambio realmente sustantivo.

El 30 de enero de 2015, el presidente del Órgano de Solución de Diferencias, embajador Ronaldo Saborío presenta el documento TN/DS/26⁹⁵ con el objetivo de proporcionar un panorama general de la labor realizada desde la publicación del último informe TN/DS/25 del año 2011.

En esta fase la labor negociadora se realizó con el objeto de fomentar la convergencia alrededor de enfoques que tuviesen la base de apoyo más amplia posible y se debatieron elementos conceptuales de una solución que abarcaba las doce cuestiones objeto de examen.

⁹⁴ En cuanto a los resúmenes de los trabajos realizados entre mayo de 2010 y abril de 2011, ver el documento TN/DS/25, apéndice B

⁹⁵ Ver Informe del presidente Ronaldo Saborio a los miembros del Órgano de Solución de Diferencias de 30 de enero de 2015 contenido en el documento TN/DS/26. Disponible en:
<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=s:/TN/DS/26.pdf&Open=True>

En las esferas en que existían propuestas divergentes, los participantes se centraron en buscar la convergencia en un enfoque único. Se señaló que no todas las cuestiones se encontraban en el mismo nivel de progreso y que la cantidad de trabajo que se necesitaba para alcanzar la convergencia variaba significativamente de una cuestión a otra⁹⁶.

El embajador Ronaldo Saborío, en su calidad de presidente del OSD presentó, el 6 de agosto de 2015, a los Miembros el informe TN/DS/27⁹⁷. Este informe contenía un panorama general de la labor del OSD, durante el primer semestre de ese año, la evaluación global de la situación del presidente del OSD y el camino a seguir para concluir la negociación.

En dicha presentación señaló tener la impresión de que la labor realizada constituía un fundamento sólido para concluir las negociaciones. Agregó, que desde la entrega del informe TN/DS/26 el enfoque de trabajo se centró en la búsqueda de soluciones a nivel conceptual, y flexibilidades para superar las diferencias que restaban.

Destacó que la labor en esta fase se organizó en torno a doce temas, sin embargo, las propuestas que se debatieron fueron más allá de ese número de esferas de trabajo, extendiéndose a todas las fases del procedimiento. Agregó que el objetivo de la negociación era alcanzar un equilibrio general del sistema de solución de diferencias de la OMC, que tuviese en cuenta cualquier interés sistémico y garantizara que el proceso en su conjunto pueda funcionar de la manera más eficaz posible. Asimismo, destacó que varias de las

⁹⁶ Ver Informe del presidente Ronaldo Saborio a los miembros del Órgano de Solución de Diferencias de 30 de enero de 2015 contenido en el documento TN/DS/26. Disponible en: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=s:/TN/DS/26.pdf&Open=True>

⁹⁷ Ver Informe del presidente Ronaldo Saborio a los miembros del Órgano de Solución de Diferencias de 6 de agosto de 2015 contenido en el documento TN/DS/27. Disponible en: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=s:/TN/DS/27.pdf&Open=True>

propuestas abordadas en esa fase buscaban tratar aquellas cuestiones de procedimiento que habían dado lugar previamente a controversias acerca de las decisiones adoptadas por un Grupo Especial o el Órgano de Apelación. Concluyó, señalando que los proyectos de texto jurídico debatidos en etapas anteriores de las negociaciones habían servido como base para traducir la convergencia conceptual alcanzada en un texto definitivo acordado.

En su último informe, de 4 de diciembre de 2015 (TN/DS/28),⁹⁸ el embajador Ronaldo Saborío comunicó su evaluación de la situación de las negociaciones y el camino a seguir. Destacó que, desde 2013, las negociaciones habían avanzado de manera significativa y que se había realizado un examen en profundidad a nivel conceptual de todas las esferas de la negociación, con el objetivo de generar la mayor convergencia posible. Este proceso se tradujo en la presentación de posibles soluciones respecto de todas las esferas de negociación.

Como resultado de esa labor, en combinación con los trabajos anteriores basados en textos, se logró una convergencia de principios en algunas esferas, lo que se reflejó en un texto jurídico. En otras esferas se determinó que sería necesario seguir trabajando a nivel conceptual. Si bien no se logró llegar a un acuerdo sobre resultados específicos a tiempo para la Conferencia Ministerial de Nairobi, las delegaciones participantes acordaron seguir trabajando para lograr un acuerdo sobre las mejoras y aclaraciones del ESD de conformidad con el mandato impartido por los ministros.

⁹⁸ Ver Informe del presidente Ronaldo Saborío a los miembros del Órgano de Solución de Diferencias de 4 de diciembre de 2015 contenido en el documento TN/DS/28. Disponible en: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=s:/TN/DS/28.pdf&Open=True>

1.4 Las Negociaciones para la Revisión del ESD Mandatadas por Doha (2016 – 2020)

1.4.1 Período mayo 2016 a mayo de 2017

Tras la entrega del último informe del embajador Saborio al OSD en diciembre de 2015, comunicando el grado de avance en el proceso negociador para revisar el ESD, el siguiente reporte al Comité de Negociaciones Comerciales se entregó casi un año y medio después en mayo de 2017⁹⁹.

Lo hizo el embajador Ndungu Karau quién reemplazó desde mayo de 2016 al embajador Saborío. Además de las doce cuestiones tratadas en los informes de 2015 y 2008¹⁰⁰ se incluyeron en las consultas otras cuestiones, como la carga de trabajo en los procedimientos de solución de diferencias y la renovación del mandato de los miembros del Órgano de Apelación.

Durante las consultas celebradas, entre mayo de 2016 y febrero de 2017, se analizó también en qué medida las doce cuestiones seguían siendo pertinentes, tras diez años de negociaciones. Algunos miembros manifestaron interés en seguir trabajando sobre la base de ellas, mientras otros consideraron que algunas podrían requerir una actualización, o ser suprimidas¹⁰¹. Por otra parte, varios miembros expresaron su disposición a considerar nuevas cuestiones.

⁹⁹ Ver Informe del embajador Stephen Ndungu Karau al Comité de Negociaciones Comerciales contenido en el documento TN/DS/29 de 2 de mayo de 2017. Disponible en: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=s:/TN/DS/29.pdf&Open=True>

¹⁰⁰ Ver los documentos TN/DS/27, de 6 de agosto de 2015, y TN/DS/25, apéndice A, de 21 de abril de 2011.

¹⁰¹ Ver Informe del embajador Stephen Ndungu Karau al Comité de Negociaciones Comerciales contenido en el documento TN/DS/29, de 2 de mayo de 2017, p.1. Disponible en:

<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=s:/TN/DS/29.pdf&Open=True>

Esta fase de la negociación se basó en la labor previa del OSD en Sesión Extraordinaria, en torno a las doce cuestiones al tiempo que se acordó probar un enfoque más novedoso. Esto es trabajar en ellas secuencialmente con un tiempo asignado, centrando el trabajo en las cuestiones en que había un alto grado de convergencia. Al final del período como Apéndice al TN/DS/28 se presentaron los textos del presidente (bajo su responsabilidad), basados en la labor realizada, desde mayo de 2016 hasta febrero de 2017, relativos a las soluciones mutuamente convenidas y a los elementos de derechos de terceros. Lo anterior, sin perjuicio de las posiciones definitivas de los Miembros¹⁰².

1.4.2 Período mayo 2017 a noviembre 2017

El 27 de noviembre de 2017 el embajador Coly Seck, nuevo presidente del OSD, presentó su informe¹⁰³ al Comité de Negociaciones Comerciales con la evolución de las negociaciones desde mayo, mes de su elección como presidente del OSD. En éste mantuvo el enfoque de su predecesor y continuó con la labor secuencial centrada en las doce cuestiones, cada una de las cuáles se abordaría en ciclos de reuniones específicas¹⁰⁴.

Durante este período, la primera cuestión abordada fue la relativa a la información estrictamente confidencial, la segunda fue la de la secuencia. Durante este segundo período de trabajo, se logró entre los miembros un amplio apoyo a la opinión de que no debería autorizarse la suspensión de concesiones u otras obligaciones, salvo que haya habido,

¹⁰² Ver TN/DS/29, Apéndice, de 2 de mayo de 2017.

¹⁰³ Ver Informe del embajador Coly Seck al Comité de Negociaciones Comerciales contenido en el documento TN/DS/30.

Disponible en: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=s:/TN/DS/30.pdf&Open=True>

¹⁰⁴ Ver TN/DS/30 de 27 de noviembre de 2017, p.1.

previamente, una determinación de incumplimiento en el marco de la OMC o exista otra situación que establezca que no hay desacuerdo entre las partes acerca del cumplimiento.

La labor realizada desde mayo a julio de 2017 sobre estas dos cuestiones se presentó como apéndice al TN/DS/30 con los textos del presidente. Al igual que en el período anterior el texto se acompañó bajo la responsabilidad del presidente y sin perjuicio de las posiciones definitivas de los Miembros.

1.4.3 Período diciembre 2017 a junio 2019

El 17 de junio de 2019, el embajador Coly Seck presentó un documento (TN/DS/31)¹⁰⁵ informando sobre las actividades del OSD en sesión especial, con los avances de las negociaciones entre mayo de 2017 y junio de 2019. El informe también incluyó los avances alcanzados por su predecesor, el embajador Stephen Karau. Durante su período se mantuvo el enfoque de negociar las doce cuestiones heredadas del embajador Ronaldo Saborio, pero siguiendo el enfoque de trabajar en base a la secuenciación establecida por el embajador Karau. Durante el período de este último, se alcanzaron a revisar dos de las doce cuestiones, mientras que el embajador Seck logró revisar las diez cuestiones restantes junto con las delegaciones participantes.

1.4.4 Desafíos en las negociaciones identificados durante este período

¹⁰⁵ Ver Informe del embajador Coly Seck al Comité de Negociaciones Comerciales contenido en el documento TN/DS/31 de 17 de junio de 2019. Disponible en: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=s:/TN/DS/31.pdf&Open=True>

El embajador Coly Seck en su último informe identifica los desafíos que las delegaciones negociadoras han tenido que enfrentar desde noviembre de 2001¹⁰⁶ y agrega que estos continúan sin disminuir y se presentan de las siguientes formas: a) bajas expectativas, b) voluntad limitada de los proponentes de llegar a un compromiso, c) falta de confianza en sí mismo del grupo negociador en entregar resultados debido a la prolongada duración de las negociaciones.

El embajador Seck sostiene en su informe que, en los últimos años, los participantes en el proceso de negociación tendieron a mantener bajas expectativas, en cuanto a las posibilidades de concluir con éxito las negociaciones del ESD y atribuye la falta de la voluntad política colectiva y el compromiso necesarios para llevar las negociaciones a un término exitoso, al hecho de que durante toda la negociación para la enmienda del ESD, éste ha sido ampliamente considerado por sus miembros como un mecanismo eficaz. Asimismo, relevó que, además de los desafíos de larga data identificados por los miembros, han surgido otros nuevos desde que el OSD, en sesión especial, se embarcó en esta fase del trabajo a fines de 2016.

¹⁰⁶ Ver TN/DS/31, de 17 de junio de 2019, p.3.

CAPÍTULO III. MOTIVOS QUE EXPLICAN LA INCAPACIDAD DE LOS MIEMBROS DE LA OMC

PARA ALCANZAR UN ACUERDO QUE MODIFIQUE EL ESD

1. ¿Por qué no son capaces las Partes de alcanzar un acuerdo?

Aunque las negociaciones para revisar el ESD comenzaron en 1997, sorprendentemente, los miembros de la OMC no han sido capaces de lograr avances en lo material y alcanzar un Acuerdo.

Zimmermann expone las cuatro razones que, en su opinión son las principales que podrían explicar la larga duración de las negociaciones. Señala que el primer obstáculo para alcanzar un acuerdo -entre miembros con intereses encontrados y distintos grados de desarrollo- ha sido la aplicación de la regla del consenso necesaria para modificar el ESD ¹⁰⁷. Esta regla contribuye a dificultar en extremo que los 164 miembros de la OMC puedan salvar sus diferencias para alcanzar un acuerdo. Por otra parte, su uso evita que las grandes potencias económicas utilicen sus influencias políticas para modificar el ESD, de acuerdo con los resultados de los casos que les hayan sido favorables o desfavorables¹⁰⁸.

En segundo lugar, la dictación de decisiones de alto perfil por parte de los Grupos Especiales y del Órgano de Apelación sobre materias controvertidas como fueron las decisiones sobre las presentaciones *amicus curiae*,¹⁰⁹ unida a la experiencia individual de los miembros con el

¹⁰⁷ Thomas A. Zimmermann, "WTO Dispute Settlement at Ten", (2005), ob.cit., p.49.

¹⁰⁸ Thomas A. Zimmermann, "WTO Dispute Settlement at Ten", (2005), ob.cit., p.49.

¹⁰⁹ La cuestión controvertida es la de si los grupos especiales y el Órgano de Apelación pueden aceptar y considerar comunicaciones no solicitadas de entidades que no son partes ni terceros en la diferencia. Ni el ESD ni los Procedimientos de trabajo para el examen en apelación se refieren específicamente a esta cuestión. Según el Órgano de Apelación, el derecho absoluto de los grupos especiales a recabar información de cualquier fuente pertinente y seguir los procedimientos de trabajo del Apéndice 3 del ESD, o apartarse de ellos hace que los

mecanismo de solución de diferencias, habrían dificultado alcanzar compromisos sobre materias que los Miembros consideran clave para sus políticas nacionales de comercio y, por tanto, para su soberanía.¹¹⁰

En tercer lugar, existiría una preocupación subyacente, la que habría permeado no solo las negociaciones sino también el actual funcionamiento del órgano de solución de diferencias. La pregunta sobre la dirección que debiera seguir el ESD sirvió de base a cada una de las propuestas. Hoy en día las propuestas no están tan claras como lo estaban en los primeros años del proceso de negociación. Un Estado que propone una orientación sobre la base de reglas puede en paralelo presentar una propuesta que tenga como base la negociación diplomática. Los Estados Unidos y algunos países en vías de desarrollo son buenos ejemplos acerca de las dificultades planteadas por la necesidad de tomar una decisión acerca de la dirección a seguir. Quizás debiéramos seguir la recomendación del profesor Hudec y comenzar por evaluar seriamente los beneficios relativos y los defectos dependiendo del enfoque a seguir.¹¹¹

En cuarto lugar, otro de los problemas para revisar el ESD radicaría en las dificultades inherentes que conlleva negociar la modificación a un sistema que está en uso todo el tiempo.¹¹² El notable cambio en el año 2002, en la posición negociadora de los Estados Unidos, pasando desde una postura ofensiva a una defensiva como resultado de encontrarse con varios fallos contrarios a sus pretensiones, pone en evidencia los problemas que un

grupos especiales puedan aceptar y considerar información y asesoramiento, o rechazarlos, aunque se les ofrezcan sin haber sido solicitados.

¹¹⁰ Thomas A. Zimmermann, "WTO Dispute Settlement at Ten", (2005), ob.cit., p.49.

¹¹¹ Thomas A. Zimmermann, ob.cit., p.49

¹¹² Thomas A. Zimmermann, ob.cit.,(2005),p.49

sistema cuasi-judicial en funcionamiento puede crear en la posición de un miembro, haciéndola oscilar de acuerdo con el número de casos favorables o desfavorables en que sea parte.

Por último, cabe señalar que no resulta fácil modificar un sistema de solución de diferencias que, pese a las críticas, en general funciona notablemente bien. Existe el afán tácito entre los negociadores de crear la menor cantidad de alteraciones posibles a los procedimientos existentes, para poder mantener su eficacia.¹¹³

2. El Vínculo entre los Casos de la OMC y las Negociaciones para Modificar el Entendimiento de Solución de Diferencias

El ESD no solo sirve como el documento base para las negociaciones. Es, además en sí mismo, el resultado de otro largo proceso negociador.

Si hacemos una semblanza histórica del mecanismo de solución de diferencias del GATT, es posible observar que, aun cuando dicho mecanismo fue bastante exitoso, en un determinado momento se volvió insuficiente y obsoleto ante las nuevas necesidades planteadas por un notable incremento en el comercio internacional.¹¹⁴

Los problemas planteados por la aplicación del mecanismo de solución de diferencias se vieron reflejados en su jurisprudencia. Pese a la progresiva legalización de los fallos emitidos

¹¹³ Thomas A. Zimmermann, ob. cit., (2005), p.49.

¹¹⁴ Michael J. Trebilcock/Robert Howse, (1995), ob.cit., p. 113.

por el GATT, la necesidad de un sistema basado en reglas que proveyeran mayor certeza marcó la necesidad de alcanzar un nuevo acuerdo.

Una vez más, la jurisprudencia, especialmente la que ha sido controversial ha servido para destacar los problemas en la aplicación del ESD y las reacciones por parte de los Miembros de la OMC al enfoque de los órganos adjudicatarios en el ejercicio de sus funciones. En ocasiones, se ha estimado que la jurisprudencia de la OMC se encontraba en un aparente conflicto con el entendimiento que algunos de los Miembros de la OMC tienen acerca del rol que un órgano cuasi-judicial debe tener.

Este aparente conflicto sobre el rol que el órgano de solución de diferencias en su calidad de entidad adjudicataria debe cumplir, también se ve reflejado en los objetivos del ESD. ¿Debiera la OMC aspirar a proveer una jurisprudencia que fortalezca la predictibilidad y seguridad del sistema¹¹⁵, o debe por el contrario limitarse a buscar una pronta, eficiente y componedora solución de los casos?¹¹⁶ Estos dos objetivos, en aparente conflicto, se ven a su vez reflejados en jurisprudencia contradictoria.

Los casos que han sido resueltos a la fecha han servido de base a las propuestas de tres maneras distintas, ya sea contribuyendo a resaltar en la práctica los problemas que el sistema

¹¹⁵ Artículo 3, párrafo 2 (Disposiciones Generales) del Entendimiento Relativo a las Normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias de la Organización Mundial de Comercio: 2. “El sistema de solución de diferencias de la OMC es un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio. Los Miembros reconocen que ese sistema sirve para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados y para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público. Las recomendaciones y resoluciones del OSD no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados.”

¹¹⁶ John H. Jackson, “Sovereignty”, (2006), ob.cit., p. 146.

plantea en su aplicación, siendo utilizados para dar apoyo a algunas propuestas negociadoras o facilitando soluciones prácticas a propuestas que están en discusión.¹¹⁷

Algunos de los casos más controvertidos, como han sido los informes del Órgano de Apelación acerca de la admisibilidad de informes *amicus curiae* no solicitados, han resaltado el problema creado por la ausencia de una norma que regule como tratar con ellos, a la vez que han puesto de manifiesto la controversia sobre el rol del órgano de solución de diferencias en su calidad de adjudicador. La propuesta resultante plantea el establecimiento de una prohibición a los Grupos Especiales y al Órgano de Apelación para aceptar informes *amicus curiae* no solicitados, con el fin de reforzar a los órganos políticos y debilitar el rol que cumple el órgano de solución de diferencias.

La falta de acceso al mecanismo de solución de diferencias de la OMC por parte de los países menos adelantados (PMA) y de algunos países en desarrollo ha inspirado otras propuestas, como la creación de un fondo para la solución de diferencias para países en desarrollo.

Otros casos sirven como apoyo y base de posiciones negociadoras. Un ejemplo, es el acuerdo entre la Unión Europea, los Estados Unidos de América y Canadá para hacer públicas las reuniones del Grupo Especial en el caso CE - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)¹¹⁸ en un intento por ganar apoyo para su propuesta de hacer públicas

¹¹⁷ South Centre, "The WTO Dispute Settlement System: Issues to Consider in the DSU Negotiations", (2005). Disponible en: <http://www.southcentre.org>

¹¹⁸ South Centre, "The WTO Dispute Settlement System: Issues to Consider in the DSU Negotiations", (2005). Disponible: <http://www.southcentre.org>

las audiencias del Grupo Especial y del Órgano de Apelación, cuando las Partes así lo acuerden.

Algunos casos han provisto soluciones de facto para problemas que están en vías de negociación. Los miembros, al acordar no solicitar compensación hasta que un Grupo Especial determine la consistencia de una medida de implementación, han logrado sortear las dificultades causadas por la redacción ambigua de los artículos 21.5 y 22.2 del ESD.¹¹⁹

Las reacciones a informes que han sido controversiales, en virtud de los que se ha acusado a los órganos del OSD de legislar al interpretar los Acuerdos de la OMC y/o llenar los vacíos normativos -creando derechos y obligaciones adicionales a las que existen bajo los Acuerdos de la OMC- se han visto reflejadas en un número de propuestas.

Las distintas propuestas en reacción a estos informes, que supuestamente crean nuevas normas, reflejan un enfoque normativo o bien una transferencia de poder a los Miembros en la aplicación del ESD.

La propuesta para entregar asesoría adicional a los miembros de los Grupos Especiales y del Órgano de Apelación en el uso del derecho público internacional, en el enfoque interpretativo a seguir y las medidas en revisión, es un ejemplo de las iniciativas para debilitar al órgano de solución de disputas. Proviene de miembros patrocinantes ante informes contrarios a sus intereses, en los que a falta de reglas o por disposiciones ambiguas, los Grupos Especiales o el Órgano de Apelación han tenido que recurrir a la interpretación.

¹¹⁹ South Centre, "The WTO Dispute Settlement System: Issues to Consider in the DSU Negotiations", (2005).
Disponible : <http://www.southcentre.org>

Claramente, será en la mesa de negociación donde se decidirá si el sistema cuasi-judicial puede ser mejorado en sus defectos, a la vez que se mantiene el enfoque normativo o si, por el contrario, se decidirá reintroducir las viejas prácticas diplomáticas del GATT.

Pese al tiempo transcurrido, aún falta mucho para que los miembros logren alcanzar un acuerdo. Sobre la base de los comentarios a las propuestas queda meridianamente claro que las medidas que buscan debilitar el sistema no han encontrado mayor apoyo.

CAPÍTULO IV. LA CRISIS DEL ÓRGANO DE APELACIÓN

1. La Crisis del Órgano de Apelación de la OMC

En paralelo al avance en las negociaciones para modificar al ESD, Estados Unidos en línea con su política proteccionista desde la asunción del mando del Presidente Donald Trump en enero de 2017, comenzó a bloquear el nombramiento de nuevos miembros del Órgano de Apelación. Como resultado, a medida que expiraban los períodos de los incumbentes, se bloqueaba la regla del consenso necesaria para nuevos nombramientos. Así, este órgano pasó de funcionar en forma permanente con siete miembros de acuerdo con lo dispuesto en el ESD y a medida que sus períodos expiraban pasó a tener tres en agosto de 2019, a sólo dos hasta la primera semana de diciembre de 2019. A partir del día 10 de ese mes, tras concluir los períodos de dos miembros, quedó sólo uno y el Órgano de Apelación al operar en grupos de tres árbitros perdió su capacidad de conocer nuevas apelaciones y dictaminar nuevos casos de controversias, dejando de funcionar. Este bloqueo, en la práctica, puso en jaque al sistema de solución de diferencias en su totalidad y relegó a un segundo plano la discusión de la reforma del ESD.

La delegación de Estados Unidos ante la OMC ha expresado, una y otra vez, la opinión de que sus acciones están guiadas simplemente por su deseo de asegurar que el Órgano de Apelación desempeñe el papel institucional que se le asignó en la Ronda Uruguay y a regirse en sus actuaciones de acuerdo con lo que fue su mandato original en 1995.

Entre las principales críticas que ha realizado Estados Unidos al Órgano de Apelación se incluye el tratamiento que se le otorga a las compañías chinas de propiedad estatal, la caracterización errónea de las cuestiones de hecho, el no cumplimiento de los plazos, la pregunta acerca de si las decisiones del Órgano de Apelación deben tener valor como precedente y la acusación de practicar activismo judicial. Claramente, Estados Unidos optó por hacer valer su opinión sobre el funcionamiento del Órgano de Apelación no en la mesa de negociación, para modificar el ESD, sino usando la regla del consenso necesaria para el nombramiento de los árbitros, bloqueándolo de facto.

Con el bloqueo al funcionamiento del Órgano de Apelación esta crisis afectará a todo el sistema de solución de controversias. De no resolverse en un plazo razonable, posiblemente perjudicará también al organismo en su totalidad, al convertirse en uno más de los órganos internacionales que no tienen como hacer efectivos de manera obligatoria sus compromisos, quedando entregado nuevamente a los juegos de poder de los Estados más poderosos. En la práctica, de extenderse esta situación se podría volver a un mecanismo de solución de diferencias que oscile entre la diplomacia y la política unilateral del más fuerte regresando a los tiempos del GATT.

2. Función del Órgano de Apelación

El ESD establece procedimientos para la solución de diferencias que deriven de la aplicación de las obligaciones contenidas en los acuerdos vigentes de la OMC. Si mediante la celebración de consultas -fase obligatoria y prerequisite para el inicio del procedimiento de diferencias posterior- entre los miembros de la OMC que intervienen, no es posible resolver un problema y llegar a un acuerdo, el miembro afectado podrá someter el caso en primera instancia a un grupo especial de expertos. Las decisiones de éstos son vinculantes una vez adoptadas por el OSD, a menos que se las recurra de apelación (párrafo 1 del artículo 17 del ESD).

La apelación a un informe del Grupo Especial se presenta ante el Órgano de Apelación de la OMC, un órgano permanente - (artículo 8 del ESD)- establecido por todos los miembros de la OMC, por conducto del Órgano de Solución de Diferencias (OSD). El Órgano de Apelación deberá abordar cada una de las cuestiones planteadas por las partes en la apelación. Si éstas entran dentro del mandato (párrafo 12 del artículo 17 del ESD), la apelación sólo tendrá, por objeto las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por éste (párrafo 6 del artículo 17 del ESD). No podrá añadir ni disminuir los derechos y obligaciones de los Miembros contenidos en los acuerdos de la OMC (párrafo 2 del artículo 19 del ESD).¹⁴ En términos sencillos, el Órgano de Apelación no debe crear legislación y no debe convertirse en un sustituto de las negociaciones multilaterales.

3. Composición y funcionamiento del Órgano de Apelación

El Órgano de Apelación está integrado por siete miembros, designados por consenso de los miembros de la OMC, por un período de cuatro años. Sus miembros no son funcionarios a tiempo completo, sino que se reúnen, únicamente, cuando es necesario para decidir un caso.

Un miembro puede ser reelegido por una sola vez, por otros cuatro años.

El ESD establece un alto grado de independencia e imparcialidad para el Órgano de Apelación.

Se requiere que sus miembros no estén afiliados a ningún gobierno y no pueden representar los intereses de ningún país concreto (párrafo 1 del artículo 17 del ESD).

Cualquier miembro de la OMC puede, en teoría, designar a un candidato para el Órgano de Apelación. Aunque, según una tradición no escrita, algunos puestos están reservados para las grandes potencias, incluidos los Estados Unidos y la Unión Europea.

Las apelaciones deben ser escuchadas por tres miembros, usualmente llamados "división" (DSU Artículo 17.1), por lo que el Órgano de Apelación sólo puede funcionar mientras esté integrado por al menos tres miembros.

Adicionalmente, están los Procedimientos de Trabajo para el Examen de Apelación (Procedimientos de Trabajo), que proporcionan normas de procedimiento más detalladas que las contenidas en el ESD. El propio Órgano de Apelación es el encargado de elaborar estos Procedimientos de Trabajo, en consulta con el presidente del OSD y el director general de la OMC, debiendo dar traslado de ellos a los Miembros para su información. Para modificar los Procedimientos de Trabajo se deben seguir los mismos pasos. Aunque no se ha exigido su aprobación por parte de los miembros de la OMC, estos igualmente pueden formular

observaciones sobre las nuevas normas y las propuestas de modificación de los Procedimientos de Trabajo, y el Órgano de Apelación debe tener en cuenta esas observaciones.

Esta práctica simple para elaborar los procedimientos de trabajo del Órgano de Apelación contrasta con el estricto requisito de consenso para la enmienda de las normas del ESD, que rigen el examen de las apelaciones (párrafo 8 del artículo X del Acuerdo de Marrakech). Las apelaciones ante la OMC, están en principio, sujetas a plazos estrictos. Se supone que los procedimientos deben completarse en un plazo de 60 días, y de 90 días en circunstancias excepcionales. Sin embargo, los plazos se suelen ignorar, extendiéndose por períodos más largos. Las decisiones del Órgano de Apelación son definitivas y vinculantes después de que el OSD las adopta.

A diferencia de la época del GATT, en la que una parte insatisfecha en una controversia podía vetar la adopción de un informe de un grupo especial, el ESD estableció una norma de consenso negativo. Por tanto, todos y cada uno de los informes del Órgano de Apelación se adoptan automáticamente, a menos que el OSD decida por consenso no adoptarlo. Entre 1996 y 2017, el Órgano de Apelación tramitó 176 apelaciones, de las cuales los Estados Unidos han sido parte en 85, siendo 55 veces el Estado que las inicia.

Las decisiones del Órgano de Apelación son definitivas y vinculantes, y en general son respetadas por las partes en la controversia. Desde su creación en 1995, el sistema de solución de diferencias de la OMC ha resuelto un elevado número de controversias comerciales.

4. Razones políticas de la molestia de Estados Unidos con la OMC y en particular con

el Órgano de Apelación

El presidente Trump, durante su mandato, en línea con su política proteccionista, contraria al multilateralismo, amenazó con retirar a Estados Unidos de la OMC, alegando que la organización trata injustamente a su país¹²⁰. Incluso llegó a afirmar, en julio del año 2018 -en una entrevista al canal de televisión Fox News- que la OMC se creó "para beneficiar a todos menos a nosotros", añadiendo: "perdemos las demandas, casi todas las demandas en la OMC".

Lo atribuyó a "que tenemos menos jueces que otros países" agregando que "los Grupos Especiales se establecen para que no tengamos mayorías¹²¹". Pese a sus dichos, en opinión de muchos, la OMC se estableció para beneficiar a los Estados Unidos.

Estados Unidos en la época de la negociación del ESD consideró que el sistema de solución de diferencias de la OMC era una mejora con respecto a las tácticas de bloqueo y dilación de los demandados, en las controversias comerciales en el marco del antiguo sistema del GATT (Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio). De hecho, en 1988 el Congreso

¹²⁰ Consultar: John Micklethwait, Margaret Talev y Jennifer Jacobs, "President Trump Threatens to Withdraw US from the World Trade Organization if they don't shape up", Time Magazine, 30 de agosto, 2018;

Disponible en: <https://time.com/5383420/trump-world-trade-organization/>

John Brinkley, "Trump Is Quietly Trying to Vandalize the WTO," Forbes, 27 de noviembre, 2017;

Disponible en: <https://www.forbes.com/sites/johnbrinkley/2017/11/27/trump-quietly-trying-to-vandalize-the-wto/>

Shawn Donnan y Benedict Mander, "Trump Attack on WTO Sparks Backlash from Members," Financial Times, 10 de diciembre, 2017;

Disponible en: <https://www.ft.com/content/3e05f236-dd72-11e7-a8a4-0a1e63a52f9c>

"As WTO members meet in Argentina, the organization is in trouble," The Economist, 7 de diciembre, 2017.

Disponible en: <https://www.economist.com/finance-and-economics/2017/12/07/as-wto-members-meet-in-argentina-the-organisation-is-in-trouble>

¹²¹ Fox Business Network Interview, julio, 2018. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=rBjtb4xv984>

insistió en que los Estados Unidos presionaran a favor de ese nuevo sistema durante la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales (1986-1994)¹²².

Como resultado de esas negociaciones se elaboró el ESD, aprobado por el Congreso de los Estados Unidos en 1994 y concebido para garantizar la seguridad y la previsibilidad, preservando al mismo tiempo los derechos y obligaciones de los países participantes (párrafo 2 del artículo 3 del ESD). Los funcionarios estadounidenses creían que Estados Unidos sería más el demandante que el demandado en las controversias.

Por otra parte, la mayoría de los representantes de los restantes Estados negociadores en la Ronda Uruguay consideraron al ESD como un escudo contra el "unilateralismo" de los Estados Unidos. Aludían, en especial al uso del artículo 301 de la ley comercial estadounidense de 1974, que autorizaba a Washington a imponer contramedidas respecto a lo que consideraba prácticas de comercio exterior desleales.

Sin embargo, una vez creada la OMC e implementado el funcionamiento del OSD, altos funcionarios estadounidenses cambiaron de opinión, alegando que las nuevas normas infringían la soberanía de su país. Por ejemplo, el representante comercial de los Estados Unidos, Robert Lighthizer, acusó al sistema de solución de diferencias de la OMC de interferir en su soberanía, en particular en los casos de antidumping¹²³.

Cuando los Estados Unidos han sido reclamantes (como lo han hecho en 114 de las 522 disputas de la OMC durante 22 años, más que cualquier otro miembro de la OMC) han ganado

¹²² The Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988, Pub. L. 100-418, August 23, 1988, Sec. 1101(b)(1).

¹²³ John Micklethwait, Margaret Talev y Jennifer Jacobs, (2018), ob.cit.

Disponible en: <https://time.com/5383420/trump-world-trade-organization/>

en el 91% de las cuestiones adjudicadas. Cuando son demandados (como lo han sido en 129 casos, más que cualquier otro miembro de la OMC), han perdido en el 89% de las cuestiones adjudicadas-¹²⁴

¹²⁴ Dan Ikenson, "US Trade Laws And The Sovereignty Canard", (9 de marzo, 2017), Forbes Magazine.

5. Causas técnicas del descontento de Estados Unidos con el Órgano de Apelación

Varios autores coinciden en que nadie sabe con certeza qué es lo que busca Estados Unidos en cuanto a cambios en la regulación del Órgano de Apelación¹²⁵. Si bien ha manifestado su descontento en varias oportunidades y ha bloqueado el funcionamiento del OA, no se ha manifestado con claridad ni ha participado en las instancias informales y formales creadas al interior de la OMC, para definir sus críticas y proponer soluciones, que permitan desbloquear al órgano. En este sentido, se ha pronunciado el señor Dennis Shea, Embajador de Estados Unidos ante la OMC señalando que su país simplemente desea que el Órgano de Apelación aplique las reglas como estaban escritas cuando se creó la OMC en 1995. No obstante, esta afirmación tan amplia como ambigua, ha arrojado algo de luz cuando ha señalado que las preocupaciones de Estados Unidos son las mismas que ya ha manifestado en las reuniones del OSD¹²⁶.

6. Preocupaciones de Estados Unidos en el ámbito de los remedios comerciales

En opinión de la profesora Jennifer Hilman, antiguo miembro del Órgano de Apelación, sería evidente que la mayor parte de las quejas de Estados Unidos derivan de decisiones del Órgano de Apelación relativas a remedios comerciales, esto es, desafíos a las medidas antidumping, anti subvenciones o a medidas de salvaguardia.¹²⁷ Agrega que si la molestia de Estados Unidos

¹²⁵ Ver Jennifer Hilman, "Three Approaches to Fixing the World Trade Organization's Appellate Body: The Good, the Bad and the Ugly?", (2018), Institute of International Economic Law, Georgetown University Law Center p.5. Disponible en:

<https://www.law.georgetown.edu/wp-content/uploads/2018/12/Hillman-Good-Bad-Ugly-Fix-to-WTO-AB.pdf>

¹²⁶ The U.S. Ambassador to the WTO, Dennis Shea, recently stated that there is nothing to negotiate or change with respect to the WTO Appellate Body, since all the US wants is for the Appellate Body to apply the rules as they were written when the WTO was created in 1995. Alternatively, Amb. Shea has said that the US concerns are those that have been articulated at recent meetings of the WTO's Dispute Settlement Body.

¹²⁷ Ver Jennifer Hilman, (2018), ob.cit., p.5. Disponible en:

se debe a las controversias en que el Órgano de Apelación proscribió la práctica, de "reducir a cero"¹²⁸ el cálculo de los márgenes antidumping, o a la decisión de leer en el Acuerdo de Salvaguardias de la OMC el requisito de que las salvaguardias sólo pueden imponerse si existen pruebas de que el aumento de las importaciones se produjo como resultado de "acontecimientos imprevistos", o bien a la decisión de determinar que las entidades que son capaces de proporcionar subsidios - "los gobiernos u organismos públicos" son únicamente las que se dedican a "funciones gubernamentales", estaría claro que las decisiones que están en el corazón de las preocupaciones sustantivas de los Estados Unidos serían aquellas en el ámbito de los remedios comerciales¹²⁹.

Otros autores sostienen que las principales preocupaciones de los Estados Unidos se basan en las alegaciones de que los Grupos Especiales de la OMC y el Órgano de Apelación se han extralimitado en sus informes, un asunto que requeriría voluntad política para encontrar una solución de compromiso¹³⁰.

<https://www.law.georgetown.edu/wp-content/uploads/2018/12/Hillman-Good-Bad-Ugly-Fix-to-WTO-AB.pdf>

¹²⁸ "Reducir a cero" se refiere a la práctica de no considerar los márgenes de dumping negativos al calcular el margen de dumping en una investigación antidumping. La jurisprudencia sobre este tema es incoherente, el Órgano de Apelación ha prohibido sistemáticamente la reducción a cero, mientras que los grupos especiales, desafiando la decisión del Órgano de Apelación expresada en México- Stainless Steel- de que deben observar las conclusiones pertinentes del Órgano de Apelación -otra característica del comportamiento del Órgano de Apelación a la que los Estados Unidos se oponen- han dictaminado en varias ocasiones lo contrario.

¹²⁹ Ver Jennifer Hilman, (2018), ob.cit., p.5. Disponible en_

<https://www.law.georgetown.edu/wp-content/uploads/2018/12/Hillman-Good-Bad-Ugly-Fix-to-WTO-AB.pdf>

¹³⁰ Tetyana Payosova, Gary Clyde Hufbauer y Jeffrey J. Schott, "The Dispute Settlement Crisis in the World Trade Organization: Causes and Cures", (marzo 2018), p.3.

7. Preocupaciones en el ámbito de los asuntos de procedimiento

Además de la probable molestia de Estados Unidos por las decisiones adoptadas en el ámbito de los remedios comerciales, también existen varias reclamaciones referidas a aspectos más bien de procedimiento, que no deberían haber sido difíciles de corregir -de haber existido la voluntad de los Miembros del OSD- sin necesidad de acudir a la enmienda del ESD por consenso.

a) Resolución de apelaciones por miembros del Órgano de Apelación una vez expirado su mandato

Estados Unidos ha solicitado a los demás miembros de la OMC que actúan a través del OSD, reivindiquen su autoridad cuando el Órgano de Apelación está fuera de línea¹³¹. Un ejemplo es el caso de los miembros del Órgano de Apelación que han resuelto apelaciones una vez expirado su mandato, sin consultar al OSD (que es el órgano que tiene la responsabilidad de decidir si una persona debe continuar sirviendo más allá de ese plazo).

La Regla 15¹³² de los Procedimientos de Trabajo para el Examen en Apelación permite que quién completó su período como Miembro del Órgano de Apelación pueda, con la autorización del mismo y tras la notificación al OSD, seguir conociendo de las apelaciones que le fueron asignadas. Estados Unidos reclama que la Regla 15 infringe el derecho del

¹³¹Statements by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body Geneva, 23 de Octubre , 2017 https://geneva.usmission.gov/wp-content/uploads/sites/290/Oct.23.DSB_.Stmt_.as-delivered.fin2_.pdf

¹³² Ver Procedimientos de Trabajo para el Examen en Apelación, Regla 15: Una persona que deje de ser Miembro del Órgano de Apelación podrá, con autorización del Órgano de Apelación y previa notificación al OSD, terminar la sustanciación de cualquier apelación a la que hubiera sido asignada cuando era Miembro y, a tal efecto únicamente, se considerará que sigue siendo Miembro del Órgano de Apelación.

OSD de decidir sobre el nombramiento o reelección del miembro del Órgano de Apelación en cuestión.

b) Renuncia de un miembro del Órgano de Apelación antes de expirar el período de su mandato sin cumplir con el procedimiento previsto

Estados Unidos manifestó su preocupación por la renuncia del antiguo miembro del Órgano de Apelación Hyung Chong Kim, en agosto de 2017, antes de la expiración de su período. El señor Chong Kim renunció sin dar el aviso de 90 días requerido por la Regla 14(2)¹³³ de los Procedimientos de Trabajo para el Examen en Apelación. En estos casos es competencia del OSD y no del Órgano de Apelación decidir las consecuencias.

Los representantes de Estados Unidos sostuvieron que Kim debió haber sido reemplazado por otro miembro del Órgano de Apelación para conocer de la controversia en que estaba trabajando. En lugar de ello, el Órgano de Apelación simplemente informó al OSD sobre la renuncia de Kim y su informe en la disputa de la *EU-Fatty Alcohol* fue adoptado, aunque se distribuyó a los miembros de la OMC sólo después de la renuncia.¹³⁴ Si bien se trató de un caso puntual, esta actuación del Órgano de Apelación es una manifestación más de una situación en la que el Órgano de Apelación actuó más allá de sus atribuciones.

¹³³ Ver Procedimientos de trabajo para el examen en apelación. Regla 14 Renuncia: (1) “Cualquier Miembro que tenga intención de renunciar a su cargo lo notificará por escrito al Presidente del Órgano de Apelación, quien informará inmediatamente de ello al Presidente del OS, D, al Director General y a los demás Miembros del Órgano de Apelación. (2) La renuncia surtirá efectos a los 90 días de haberse efectuado la notificación de conformidad con el párrafo 1, a no ser que el OSD, tras celebrar consultas con el Órgano de Apelación, decida otra cosa”.

¹³⁴ Tetyana Payosova, Gary Clyde Hufbauer y Jeffrey J. Schott, (2018), ob.cit., p.3

c) Reelección automática de los miembros del OA por un segundo período

Estados Unidos también ha cuestionado una práctica no escrita de larga data, cual es la reelección virtualmente automática de los miembros del Órgano de Apelación por un segundo período de cuatro años.

La ha desafiado varias veces, desde el año 2011, cuando bloqueó la reelección de su propia nominada, la señora Jennifer Hilman, sin explicar sus razones. Años más tarde, en mayo de 2016, anunció su decisión de bloquear la reelección de Seung Wha Chang de Corea del Sur, para un segundo período como miembro del Órgano de Apelación.¹³⁵ El representante de Estados Unidos ante la OMC señaló en su declaración que no consideraba que el servicio del señor Seung Wha Chang reflejara el papel asignado al Órgano de Apelación por los miembros de la OMC. Agregó que cualquier incumplimiento en seguir, escrupulosamente, el papel que los Miembros le han asignado al Órgano de Apelación socava la integridad y el apoyo al sistema de solución de diferencias de la OMC. Ello porque decisiones del Órgano de Apelación en las que participó como parte de la “división” fueron más allá del alcance de la apelación, contraviniendo lo dispuesto en las propias reglas de procedimiento de la OMC.¹³⁶

8. Preocupaciones de Estados Unidos en el ámbito sistémico

a) Interpretación de los Acuerdos de la OMC y obiter dicta

¹³⁵ United States Blocks Reappointment of WTO Appellate Body Member, (2016), *American Journal of International Law*, 110(3), 573-579. doi:10.1017/S0002930000054026

¹³⁶ Statement by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body, May 23 2016, Geneva, https://geneva.usmission.gov/wp-content/uploads/sites/290/May23.DSB_.pdf

Dos de las preocupaciones de Estados Unidos, ya no a nivel procedimental sino sistémico en relación a la actuación del Órgano de Apelación, se refieren a interpretaciones que van más allá de lo establecido en los Acuerdos de la OMC y *obiter dicta* en los informes del Órgano de Apelación. Al ser los informes del Órgano de Apelación finales y no existir recursos en su contra, la única manera de evitar su adopción por el OSD es mediante el consenso negativo, lo que debería incluir al Estado demandante, lo que nunca ha ocurrido.

Estados Unidos alega que si bien los informes de los Grupos Especiales tienen una instancia de control¹³⁷ en la revisión del derecho que hace el Órgano de Apelación, éste no tiene ningún mecanismo de fiscalización de sus actuaciones y emisión de informes. Esta carencia, unida a la práctica del *stare decisis* que ha surgido de la jurisprudencia de la OMC, se ha traducido en que los Grupos Especiales en sus informes se apartan en raras ocasiones de las decisiones anteriores del Órgano de Apelación sobre las mismas cuestiones jurídicas¹³⁸. A partir de esta práctica, se ha agudizado el problema de la interpretación que realiza el Órgano de Apelación cuando va más allá de sus facultades y que crea en la práctica derechos y obligaciones para los miembros de la OMC no previstos en los Acuerdos.

La crítica de Estados Unidos a la extralimitación judicial del Órgano de Apelación se remonta a casi dos décadas atrás, cuando dictaminó en la controversia US – FSC, en el año 2000, que el programa de subvenciones de las empresas estadounidenses de ventas al extranjero proporcionaba subvenciones ilegales a las empresas estadounidenses. El Órgano de

¹³⁷ El principio *stare decisis* dice que una vez que se resuelve una cuestión jurídica en un caso, se debe aplicar la misma interpretación en los casos posteriores que planteen la misma cuestión. Aunque *stare decisis* no es una regla contenida en el ESD, los grupos especiales y el órgano de apelación han llegado a aplicarla. Ver informe del órgano de Apelación, US-Stainless Steel, (México), WT/DS344/AB/R, párr. 156-162.

¹³⁸ Tetyana Payosova, Gary Clyde Hufbauer y Jeffrey J. Schott, “2018), ob.cit., p.3.

Apelación rechazó el argumento de Estados Unidos de que el entendimiento de 1981 del Consejo del GATT -un entendimiento que preparó el terreno para el impuesto sobre el FSC- constituía una interpretación autorizada de las obligaciones en materia de subvenciones en virtud del Artículo XVI:4 del GATT. Para los Estados Unidos esto fue una afrenta, ya que anteriormente, había sustituido su controvertido impuesto a las empresas de ventas nacionales por el impuesto FCS para cumplir con los términos acordados en el entendimiento de 1981. Desde entonces, los Estados Unidos han alegado repetidamente que el Órgano de Apelación estaba creando sus propias reglas¹³⁹.

El sistema de solución de diferencias de la OMC y, por consiguiente, los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación, funcionan para preservar los derechos y las obligaciones de los Miembros bajo los acuerdos abarcados, así como para aclarar sus disposiciones, por lo que las interpretaciones que vayan más allá de lo ahí dispuesto serían violatorios de los mismos¹⁴⁰.

Los Estados Unidos acusan al Órgano de Apelación de contravenir en sus interpretaciones e informes lo prescrito en los Artículos 3.2 y 19.2 del ESD, en los que explícitamente se advierte a los Grupos Especiales contra el “activismo judicial y les prohíbe “agregar o disminuir los derechos y las obligaciones dispuestas en los acuerdos abarcados”¹⁴¹.

b) Pronunciamiento del Órgano de Apelación sobre cuestiones no planteadas por las partes

¹³⁹ Tetyana Payosova, Gary Clyde Hufbauer y Jeffrey J. Schott, “2018), ob.cit., p.3.

¹⁴⁰ Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo, Solución de Diferencias, Organización del Comercio, 3.2 Grupos Especiales, 2003, p.20.

¹⁴¹ Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo, Solución de Diferencias, Organización del Comercio, 3.2 Grupos Especiales, 2003, p.20.

Otra preocupación sistémica de Estados Unidos con el actuar del Órgano de Apelación se refiere a las ocasiones en que ha abordado en sus informes cuestiones que no fueron planteadas por las partes o en que emitió opiniones innecesarias para la resolución de la controversia (similares a lo que en términos jurídicos se denomina *obiter dicta*). Los representantes de Estados Unidos ante el OSD se han quejado de esta práctica alegando que el pronunciamiento del Órgano de Apelación sobre estos asuntos impide el objetivo de la pronta solución de las controversias e influye erróneamente en las futuras controversias cuando son tratadas como precedentes por los grupos especiales de la OMC¹⁴².

c) Tratamiento de las cuestiones de hecho como si fueran de derecho

Adicionalmente, Estados Unidos sostiene que en ocasiones el Órgano de Apelación ha tratado, las cuestiones de hecho como cuestiones de derecho, desconociendo que su competencia se limita a revisar los supuestos errores en las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por éste.

El trato que el Órgano de Apelación le ha dado, en ocasiones, a la ley nacional de los Estados Miembros en una controversia, a la que caracteriza como derecho, siendo claro que constituye un hecho, es una ilustración paradigmática a este efecto. Asimismo, Estados Unidos añade que el Órgano de Apelación ha caracterizado erróneamente los hechos como

¹⁴² Ver Jennifer Hilman, (2018), p.5. Disponible en:
<https://www.law.georgetown.edu/wp-content/uploads/2018/12/Hillman-Good-Bad-Ugly-Fix-to-WTO-AB.pdf>

cuestiones jurídicas y como resultado ha ampliado su alcance jurisdiccional en contra de la letra y el espíritu del ESD¹⁴³.

9. Posibles soluciones al bloqueo del Órgano de Apelación

9.1 Soluciones propuestas por expertos para desbloquear el Órgano de Apelación

Para desbloquear el funcionamiento del Órgano de Apelación y hacerlo operativo, garantizando el buen funcionamiento del sistema de solución de diferencias y por ende de la OMC, hay diversos caminos a seguir. Son varios los autores que creen que hay que adoptar un Plan B con soluciones que permitan revivir el Órgano de Apelación y le introduzcan importantes cambios respecto de su funcionamiento antes del bloqueo.

En opinión de otros expertos en la OMC y en el funcionamiento del ESD, como Bernard Hoekman y Petros Mavroidis, ninguna de las propuestas presentadas hasta la fecha aborda el verdadero problema planteado por Estados Unidos, esto es, su llamamiento a la adopción de medidas para garantizar que el Órgano de Apelación funcione según lo previsto en el ESD cuando la OMC entró en vigor en 1995¹⁴⁴. A pesar de la especulación de que algunos en Estados Unidos preferirían volver al sistema del GATT de solución de controversias, el que permitía que tanto el establecimiento de un grupo especial como la adopción de informes pudieran bloquearse, Estados Unidos -al menos en público- ha dejado claro que no cuestiona la premisa del mecanismo de solución de controversias vinculante y cuasiautomático.

¹⁴³ Bernard M. Hoekman/Petros C. Mavroidis, "Burning Down the House? The Appellate Body in the Centre of the WTO Crisis", European University Institute, Robert Schuman Centre for Advanced Studies, Global Governance Programme Working Paper No. RSCAS 2019/56 (2019), p.13.

¹⁴⁴ Bernard M. Hoekman/Petros C. Mavroidis, "Burning Down the House?" (2019), ob.cit., p.2.

El profesor Petros C. Mavroidis junto con Bernard Hoekman sostienen que en un inicio no estaba claro si Estados Unidos estaba criticando el funcionamiento del Órgano de Apelación o si se había desencantado con el principio de la adjudicación en dos instancias. Es decir, con el hecho mismo de tener un órgano de revisión permanente. Sin embargo, en varias declaraciones, representantes de Estados Unidos han dejado claro que no cuestionan lo acordado en la Ronda Uruguay (un sistema cuasi-judicial de dos instancias), sino que aspiran a que el Órgano de Apelación deje de exceder su mandato y se atenga a lo acordado en 1995, cuando el Acuerdo de Marrakech entró en vigor.¹⁴⁵

Para Mavroidis y Hoekman, volver al origen del ESD y al mandato del Órgano de Apelación de 1995, sólo requeriría de la voluntad política de los demás miembros de la OMC de tomar seriamente los reclamos de Estados Unidos -en lugar de alegar que dicho órgano ha hecho un buen trabajo- e invertir mayores esfuerzos para lograr que el Órgano de Apelación vuelva a operar. En su opinión, el mero hecho de ponerse de acuerdo en la necesidad de volver al mandato original de 1995, del Órgano de Apelación, debe complementarse con medidas que garanticen que no se extralimite en su mandato. Esto requeriría la negociación de una forma de fiscalización o seguimiento colectivo de sus decisiones, sin politizar el proceso cuasi-judicial en sí mismo¹⁴⁶. Este mecanismo de fiscalización haría creíble que el Órgano de Apelación no vuelva a extralimitarse en su mandato. El estudio para determinar este mecanismo serviría

¹⁴⁵ ¹⁴⁵ The U.S. ambassador to the WTO, Dennis Shea, recently stated that there is nothing to negotiate or change with respect to the WTO Appellate Body, since all the US wants is for the Appellate Body to apply the rules as they were written when the WTO was created in 1995. Alternatively, Amb. Shea has said that the US concerns are those that have been articulated at recent meetings of the WTO's Dispute Settlement Body

¹⁴⁶ Bernard Hoekman, Petros Mavroidis, "Party like it's 1995: Necessary but not sufficient to resolve WTO Appellate Body crisis", 26 de agosto de 2019, p.2. Disponible en: <https://voxeu.org/article/party-it-s-1995-resolving-wto-appellate-body-crisis>

para identificar las áreas en las que los miembros de la OMC necesitan negociar o renegociar las reglas sustantivas o acordar que ciertos asuntos no deben ser abordados por el Órgano de Apelación¹⁴⁷.

Mavroidis y Hoekman también sostienen que no basta con volver al mandato de 1995, sino que se debe aprovechar la oportunidad para incluir mejoras al proceso de apelación, por ejemplo, abordando el tratamiento que le da el Órgano de Apelación a las reglas ambiguas de la OMC. Sugieren adoptar prácticas de trabajo que se han utilizado, en el día a día, sin que estén codificadas en el ESD. Limitarse a adoptar medidas que aseguren que el Órgano de Apelación no exceda el mandato otorgado en 1995, parece insuficiente considerando que han transcurrido 26 años desde su vigencia sin que se hayan realizado los cambios al ESD y al Órgano de Apelación que ayuden a abordar los vacíos normativos y algunos de los problemas que facilitan el activismo judicial del Órgano de Apelación, como la falta de contrapesos. En opinión de ambos autores sería necesario mejorar el mecanismo del Órgano de Apelación en varios frentes.

Mavroidis y Hoekman proponen reformas en las siguientes cuatro áreas prioritarias:

- **Mejora de la calidad de los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación poniendo mayor énfasis en el uso de la economía para su resolución**

Afirman que, al conocer el Órgano de Apelación las apelaciones basadas en cuestiones de derecho, a menudo intrincadas y los Grupos Especiales hechos complejos debido a las materias tratadas, se requiere que los miembros de ambas instancias tengan

¹⁴⁷ Bernard Hoekman, Petros Mavroidis, "Party like it's 1995" (2019), ob.cit., p.2.

sólidos conocimientos técnicos. Añaden que la tarea de los Grupos Especiales y del Órgano de Apelación requiere cierta discrecionalidad para interpretar términos como el de tratamiento menos favorable. Sería necesario un conocimiento acabado de la materia y una mayor calidad del razonamiento mediante el cual se llega a las decisiones de los informes, los que se beneficiarían de un mayor conocimiento de economía por parte de los miembros que integran estos órganos¹⁴⁸. Afirman que asuntos complejos como la determinación de la causalidad y su efecto en el cálculo de los daños efectivamente causados se tratan ahora de una manera aleatoria, dependiendo del Grupo Especial encargado de conocer el asunto.¹⁴⁹ Institucionalizar el suministro de conocimientos económicos, en el proceso de solución de controversias mejoraría la calidad de los informes de los Grupos Especiales y por consiguiente facilitaría la labor del Órgano de Apelación, contribuyendo a su mejor eficacia y legitimidad.¹⁵⁰

- **Perfeccionar la calidad y competencia de los panelistas y de los miembros del Órgano de Apelación**

Hoekman y Mavroidis señalan que un requisito para mejorar la calidad de los informes es tener un equipo de primer nivel con probada competencia en temas de derecho comercial, economía, derecho internacional público y derecho de la OMC. Sostienen que en su mayoría las personas seleccionadas para integrar los Grupos Especiales no tienen mayores conocimientos y que, al igual que se critica en otros organismos, como

¹⁴⁸ Bernard Hoekman, Petros Mavroidis, “Party like it’s 1995” (2019), ob.cit., p.2.

¹⁴⁹ Bernard Hoekman, Petros Mavroidis, “Party like it’s 1995” (2019), ob.cit., p.2.

¹⁵⁰ Bernard Hoekman, Petros Mavroidis, “Party like it’s 1995” (2019), ob.cit., p.2.

el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en Materias Relativas a Inversiones, su selección obedece más a criterios subjetivos, simpatías políticas o de amistad con los que designan que a su verdadera competencia en los temas a abordar. Añaden, que pocos de los miembros de las divisiones del Órgano de Apelación tienen además conocimientos de economía. Los autores proponen que una manera efectiva de mejorar la calidad del procedimiento de los Grupos Especiales es dejar de lado la selección ad hoc de panelistas y acordar una lista permanente. Agregan que, tomando en consideración el alto número de expertos en derecho de la OMC con conocimientos en economía, no debería ser difícil fijar una lista con 20 a 25 integrantes de manera permanente por un período fijo. Además, de mejorar la calidad de los panelistas, del procedimiento de los grupos especiales, así como del razonamiento jurídico y calidad de los informes, la creación de una lista permanente contribuiría a dar mayor certeza y predictibilidad a los informes.

- **Reducir la politización de los nombramientos**

Otra mejora propuesta es reducir el ámbito de negociaciones e intercambio de favores entre partes interesadas en los procesos de nombramientos de árbitros por parte de los Miembros de la OMC. Mavroidis y Hoekman sostienen que el que exista un mecanismo de nombramiento para los miembros del Órgano de Apelación pero que, en la práctica, existan cupos reservados para los principales poderes económicos designados por los Estados, hace aconsejable que los Estados opten por abandonar su rol como guardianes de los equilibrios de poder en la OMC, en aras de mejorar la competencia y calidad en los nombramientos, tanto de los integrantes de los Grupos Especiales como los del Órgano de Apelación.

- **Modificar el funcionamiento de la división de asuntos jurídicos de la OMC**

Para una mejora en la calidad del mecanismo de solución de controversias en su totalidad, Hoekman y Mavroidis proponen traer un equipo de alto nivel en la materia, con la misión de repensar el diseño y funciones de la división de asuntos jurídicos de la OMC. En su opinión, esta división no debería limitarse a asesorar y a apoyar a los miembros de los Grupos Especiales ad-hoc y al Órgano de Apelación en sus tareas. Proponen que incluya en sus funciones la asesoraría a los miembros en todos los asuntos cubiertos por la OMC. Asimismo, proponen que los nuevos miembros que integren el listado permanente para la constitución de los Grupos Especiales, así como los futuros miembros del Órgano de Apelación, tengan presupuestos para financiar contratos de plazo fijo para traer a sus propios asistentes. Así, esta área del derecho atraería a un mayor número de estudiantes y ampliaría la expertise en derecho y política comercial, reduciendo la preocupación entre los Miembros de la OMC respecto a que la Secretaría tiene un peso demasiado importante en el funcionamiento del sistema de solución de diferencias.

9.2 Otras propuestas de posibles soluciones para los asuntos de procedimiento y sistémicos que forman parte de las críticas al Órgano de Apelación elaboradas por expertos en comercio

a) Asuntos de procedimiento

- **Posible solución a la renuncia de algún Miembro del Órgano de Apelación que no cumpla con la obligación de notificarla con 90 días de anticipación.**

Anticipándose, a que en el futuro se repita la situación descrita en el encabezado, los autores proponen que el Presidente del OSD abra a los miembros de la OMC la

oportunidad de discutir posibles soluciones a casos similares durante las reuniones del OSD.

- **Posible solución a la situación de los Miembros del Órgano de Apelación que presten servicio más allá del plazo de cuatro años sin reelección.**

Para abordar esta situación, algunos autores sugieren modificar la Regla 15 de los Procedimientos de trabajo para el examen en apelación, incorporando un nuevo párrafo 2 que señale: “Ningún miembro del Órgano de Apelación será asignado a una nueva apelación después de 60 días, antes de la fecha final de su nombramiento”.

b) Asuntos sistémicos

- **Interpretación de normas ambiguas**

Para abordar las ocasiones en las que el Órgano de Apelación deba interpretar una norma que esté redactada de una manera ambigua, y evitar que en este proceso se aumenten o reduzcan los derechos y obligaciones existentes, se propone que se compela al Órgano de Apelación a inhibirse voluntariamente de resolver la ambigüedad constructiva.

- **Remisión de las normas ambiguas a órganos de la OMC**

Otra propuesta de solución para evitar una interpretación de una norma ambigua que haga al Órgano de Apelación excederse de su mandato, es aplicar el Artículo IX:2 del Acuerdo de Marrakech, remitiendo a la Conferencia Ministerial o al Consejo General de la OMC, la norma ambigua, para que produzca una interpretación auténtica de su sentido y alcance por una mayoría de tres cuartos. Teniendo en cuenta que la práctica de alcanzar acuerdos por consenso ha hecho

impracticable la dictación de nuevas normas o su interpretación, lo más aconsejable parece ser acudir a la mayoría de tres cuartos.

- **Reenvío de cuestiones jurídicas que produzcan incertidumbre**

Algunos autores proponen sustraer de la interpretación del Órgano de Apelación las cuestiones que produzcan incertidumbre jurídica en las apelaciones y hacer un reenvío legislativo de estas cuestiones a los respectivos comités de la OMC, para su examen y negociación entre los miembros. De esta manera, se deja el control en manos de la OMC impidiendo el activismo judicial, del que ha sido acusado el Órgano de Apelación no sólo por Estados Unidos sino por varios otros miembros.

- **Solución a las ocasiones en que el Órgano de Apelación incluya *obiter dicta* en sus decisiones**

Para evitar que el Órgano de Apelación se pronuncie sobre materias que no sean necesarias para la resolución de la controversia, sería necesario modificar los Procedimientos de Trabajo para el Examen en Apelación a la luz de los requisitos de los Artículos 17.6, 17.12, 3.4 y 3.7 del ESD. El Órgano de Apelación, una vez que tenga suficientes miembros, nuevamente, puede modificar los procedimientos de trabajo en consulta con el Presidente del OSD y el Director General de la OMC de acuerdo con la Regla 32(2) Procedimientos de Trabajo para el examen en apelación y de conformidad a lo previsto en el Artículo 17.9 del ESD¹⁵¹.

- **Reelección de miembros del Órgano de Apelación:**

¹⁵¹ “Artículo 17, párrafo 9 (Examen en Apelación) del Entendimiento Relativo a las Normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias de la Organización Mundial de Comercio: “El Órgano de Apelación en consulta con el Presidente del OSD y con el Director General, establecerá los procedimientos de trabajo y dará traslado de ellos a los Miembros para su información”.

Si bien Jennifer Hilman plantea que la solución no es jurídica sino diplomática, el cumplimiento del mandato de 1995, por los miembros del Órgano de Apelación debería contribuir a que la oposición a la reelección de uno de sus miembros tenga más que ver con su desempeño general y no con lo resuelto en un caso o casos en particular.

9.3 Propuestas planteadas por los Miembros de la OMC para solucionar la Crisis del Órgano de Apelación

En enero de 2019, se inició un proceso informal -en el que no participó Estados Unidos- para atender las preocupaciones planteadas por las delegaciones en relación con el funcionamiento del Órgano de Apelación y el respeto a las disposiciones del ESD. La finalidad de este proceso es la búsqueda de posibles soluciones principalmente a las preocupaciones planteadas por Estados Unidos de modo de poder retomar el nombramiento de nuevos miembros del Órgano de Apelación y reiniciar su funcionamiento.

El Presidente del Consejo General Junichi Ihara de la OMC, el 18 de enero de 2019, nombró al Embajador David Walker (Nueva Zelanda) para que le ayude a trabajar con los Miembros de la OMC a fin de resolver las diferencias con suma urgencia respecto al bloqueo del funcionamiento del Órgano de Apelación de la Organización¹⁵².

El Embajador David Walker (Nueva Zelanda) presentó, el 15 de octubre de 2019, un proyecto de Decisión del Consejo General de la OMC sobre el funcionamiento del Órgano de

¹⁵²Organización Mundial del Comercio. El Consejo General designa a un facilitador para abordar el desacuerdo con respecto al Órgano de Apelación, 18 de enero de 2019. Disponible en: https://www.wto.org/spanish/news_s/news19_s/gc_18jan19_s.htm

Apelación¹⁵³ (“el Proyecto de Decisión”) como Facilitador en los debates encaminados a encontrar una solución al bloqueo, con la participación activa de todos los Miembros, excepto Estados Unidos. El texto de su proyecto se basaba en las propuestas presentadas por los Miembros y en los amplios debates mantenidos en el proceso informal, así como en las observaciones recibidas desde julio de 2019.¹⁵⁴ En esa línea, recoge las cuestiones relativas al funcionamiento del Órgano de Apelación en las que el Embajador Walker detectó como elementos de convergencia de parte de los Estados Miembros de la OMC y que plasmó, previamente, en el documento JOB/GC/220 al que realizó algunos ajustes en el documento del Proyecto de Decisión. Las propuestas presentadas para abordar las principales críticas al Órgano de Apelación y poder proceder al nombramiento de sus miembros son las siguientes:

¹⁵³ Ver Proceso Informal sobre Cuestiones Relativas del Órgano de Apelación- Informe del Facilitador Sr. David Walker, 15 de octubre de 2019 (JOB/GC/222)

¹⁵⁴ “Los Miembros reiteran su llamamiento conjunto para iniciar el proceso de selección de los Miembros del Órgano de Apelación”, División de Información y Relaciones Exteriores de la Secretaría de la OMC, 22 de noviembre de 2019. Disponible en:
https://www.wto.org/spanish/news_s/news19_s/dsb_22nov19_s.htm

a) Normas de transición para los miembros del Órgano de Apelación salientes¹⁵⁵:

- Se establece que sólo los miembros de la OMC podrán nombrar miembros del Órgano de Apelación. El OSD es responsable de la composición del Órgano de Apelación y está obligado a cubrir las vacantes a medida que se produzcan.
- El proceso de selección para reemplazar a los miembros salientes se iniciará automáticamente 180 días antes de la expiración de sus mandatos.
- En caso de que se produzca una vacante antes de la expiración normal del mandato de un Miembro del Órgano de Apelación, será el Presidente del OSD el encargado de poner en marcha inmediatamente el proceso de selección para cubrir la vacante lo antes posible.
- Los Miembros del Órgano de Apelación cuyo mandato esté pronto a finalizar podrán ser asignados a una nueva División hasta 60 días antes de la expiración de su mandato y podrán terminar la sustanciación de un proceso de apelación cuya audiencia oral se haya celebrado antes de la fecha normal de expiración normal de su mandato.

b) Cumplimiento de los plazos para emisión de los informes del Órgano de Apelación¹⁵⁶

- En el Proyecto de Decisión se hace hincapié en que, de conformidad con el Artículo 17.5 del ESD, el Órgano de Apelación está obligado a emitir su informe a más tardar 90 días después de la fecha en que una parte en la diferencia notifique su intención de apelar. No obstante, se permite que en casos de extrema complejidad o en períodos en que las apelaciones sean numerosas, las partes puedan acordar con el

¹⁵⁵ Ver Proyecto de Decisión Funcionamiento del Órgano de Apelación, Consejo General 9-11 de diciembre de 2019 (WT/GC/W/791)

¹⁵⁶ Ver Proyecto de Decisión Funcionamiento del Órgano de Apelación, Consejo General 9-11 de diciembre de 2019 (WT/GC/W/791).

Órgano de Apelación ampliar el plazo de emisión del informe del Órgano de Apelación más allá de los 90 días. Cualquier acuerdo de este tipo deberá ser notificado al OSD por las partes y el Presidente del Órgano de Apelación.

c) Ámbito de la apelación¹⁵⁷

- En el Proyecto de Decisión como una manera de hacer énfasis en el ámbito de la apelación y de las cuestiones que puede conocer y resolver el Órgano de Apelación, se remite al Artículo 17.6, que dispone que sólo pueden apelarse las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por éste.
- En el Proyecto de Decisión, para mayor certeza, se deja en claro que “el sentido del derecho interno” debe ser tratado como una cuestión de hecho y por lo tanto no debe ser objeto de apelación.
- Se clarifica y reitera que el ESD no autoriza al Órgano de Apelación a llevar a cabo un examen "de novo" ni a "completar el análisis" de los hechos de una diferencia. Asimismo, velando por el cumplimiento de los plazos previstos para los procedimientos de apelación, se reitera que de conformidad con el artículo 17.6 del ESD, los Miembros que participan en procedimientos de apelación deben abstenerse de presentar argumentos extensos e innecesarios con la intención de revocar las constataciones fácticas en apelación, con arreglo al artículo 11 del ESD, sobre la base de un "examen de facto de novo".

¹⁵⁷ Ver Proyecto de Decisión Funcionamiento del Órgano de Apelación, Consejo General 9-11 de diciembre de 2019 (WT/GC/W/791).

d) Opiniones consultivas¹⁵⁸

- En relación con los problemas planteados por los “*obiter dicta*” del Órgano de Apelación, se establece que éste no puede resolver o decidir sobre cuestiones que ninguna de las partes ha planteado.
- Se reafirma que de conformidad con el Artículo 3.4 del ESD, el Órgano de Apelación abordará las cuestiones planteadas por las partes en virtud del artículo 17.6 del ESD¹⁵⁹, sólo en la medida necesaria para ayudar al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en los acuerdos abarcados a fin de resolver la diferencia.

e) Informes del Órgano de Apelación transformados en la práctica en precedentes

- En el Proyecto de Decisión se aborda la preocupación de Estados Unidos por el hecho de que, en la práctica, los informes del Órgano de Apelación se han transformado en precedentes y se deja establecido que no se crean precedentes vinculantes a través del sistema de solución de diferencias de la OMC.
- Sin perjuicio de lo señalado en el punto anterior, se añade en esta materia que los Miembros atribuyen un valor importante a la coherencia y previsibilidad en la interpretación de los derechos y obligaciones en el marco de los acuerdos abarcados.

¹⁵⁸ Ver Proyecto de Decisión Funcionamiento del Órgano de Apelación, Consejo General 9-11 de diciembre de 2019 (WT/GC/W/791).

¹⁵⁹ Artículo 17, párrafo 6 del Entendimiento Relativo a las Normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias de la Organización Mundial de Comercio: “La apelación tendrá únicamente por objeto las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por éste”.

- Por último, se establece que los grupos especiales y el Órgano de Apelación deberán tener en cuenta los informes anteriores emitidos por éstos, en la medida que los estimen pertinentes para la resolver diferencia que se les haya sometido.

f) Extralimitación¹⁶⁰

- En el Proyecto de Decisión se releva, que conforme a los Artículos 3.2¹⁶¹ y 19.2¹⁶² del ESD, las constataciones y recomendaciones de los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación así como las recomendaciones y resoluciones del OSD, no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados.
- Se reitera que los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación interpretarán las disposiciones del Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 de conformidad con el Artículo 17.6 de dicho Acuerdo.

g) Diálogo periódico entre el OSD y el Órgano de Apelación¹⁶³

¹⁶⁰ Ver Proyecto de Decisión Funcionamiento del Órgano de Apelación, Consejo General 9-11 de diciembre de 2019 (WT/GC/W/791) Disponible en:

file:///C:/Users/maric/Downloads/W791.pdf

¹⁶¹ Artículo 3, párrafo 2 (Disposiciones Generales) del Entendimiento Relativo a las Normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias de la Organización Mundial de Comercio: 2. El sistema de solución de diferencias de la OMC es un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio. Los Miembros reconocen que ese sistema sirve para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados y para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público. Las recomendaciones y resoluciones del OSD no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados.

¹⁶² Artículo 19, párrafo 2 (Recomendaciones de los Grupos Especiales y de Órgano de Apelación) del Entendimiento Relativo a las Normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias de la Organización Mundial de Comercio: 2. De conformidad con el párrafo 2 del artículo 3, las constataciones y recomendaciones del grupo especial y del Órgano de Apelación no podrán entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados.

¹⁶³ Ver Proyecto de Decisión Funcionamiento del Órgano de Apelación, Consejo General 9-11 de diciembre de 2019 (WT/GC/W/791).

- Con el fin de mantener una instancia permanente que permita a los Miembros de la OMC intercambiar opiniones con los integrantes del Órgano de Apelación sin afectar su imparcialidad e independencia, en el proyecto de Decisión se propone que el OSD, en consulta con el Órgano de Apelación, establezca un mecanismo de diálogo periódico entre los Miembros de la OMC y el Órgano de Apelación en cuyo marco los Miembros podrán exponer sus opiniones sobre cuestiones, referentes incluso a la aplicación de la presente Decisión, que no estén relacionadas con la adopción de informes concretos.

9.4 Avances de las propuestas de solución planteadas por los Miembros para solucionar la crisis del Órgano de Apelación

Tras la presentación, por el Embajador David Walker el 15 de octubre de 2019, del Proyecto de Decisión del Consejo General sobre el funcionamiento del Órgano de Apelación, tras un año intentando encontrar una solución al bloqueo del Órgano de Apelación, el 22 de noviembre de 2019 se celebró una reunión del Órgano de Solución de Diferencias. En esta reunión un grupo de 117 Miembros de la OMC volvió a hacer un llamamiento para iniciar el proceso para cubrir las vacantes en el Órgano de Apelación, dos años después de que los proponentes hicieran su primer llamamiento conjunto.

México, en nombre del Grupo, señaló que el considerable número de Miembros que presentaba la propuesta reflejaba la preocupación común por la situación que atravesaba el Órgano de Apelación, la que afectaba gravemente su funcionamiento y al conjunto del sistema de solución de diferencias, en detrimento de los intereses de los Miembros de la OMC. Agregó que los Miembros tenían la responsabilidad de salvaguardar y defender el

Órgano de Apelación, el sistema de solución de diferencias y el sistema multilateral de comercio. Por su parte, Estados Unidos pese a haberse restado del proyecto y no participar en ninguno de los debates, repitió que no podía acceder a la propuesta contenida en el Proyecto de Decisión, ya que seguían sin abordarse sus preocupaciones sistémicas con respecto al Órgano de Apelación¹⁶⁴. Reiteró que el problema fundamental era que el Órgano de Apelación no respetaba el texto actual del ESD de la OMC, y que los Miembros no podían aportar soluciones satisfactorias a dicho problema sin entender cómo habían llegado a ese punto. Añadió que, sin un diagnóstico exacto, los Miembros no podían evaluar la eficacia probable de cualquier posible solución¹⁶⁵. En dicha sesión intervinieron más de 20 Miembros y señalaron que gran número de Miembros (más del 70%) apoyaban la propuesta conjunta de decisión presentada por el Embajador Walker.

10. Situación actual del bloqueo del Órgano de Apelación y efectos

Pese a todos los intentos de la mayoría de los Miembros de la OMC por desbloquear el Órgano de Apelación mediante la negociación de nuevas normas que aborden las preocupaciones de Estados Unidos y limiten las atribuciones del Órgano de Apelación, este sigue paralizado desde diciembre de 2019 por la negativa de Estados Unidos a designar nuevos Miembros. El bloqueo al Órgano de Apelación ha sumido a la OMC en una crisis sin precedentes en sus 25 años de historia, al impedir el funcionamiento de uno de sus principales mecanismos y una

¹⁶⁴ “Los Miembros reiteran su llamamiento conjunto para iniciar el proceso de selección de los Miembros del Órgano de Apelación”, División de Información y Relaciones Exteriores de la Secretaría de la OMC, 22 de noviembre de 2019.

¹⁶⁵ Los Miembros reiteran su llamamiento conjunto para iniciar el proceso de selección de los Miembros del Órgano de Apelación”, División de Información y Relaciones Exteriores de la Secretaría de la OMC, 22 de noviembre de 2019.

de las pocas instancias internacionales cuyas decisiones tienen carácter vinculante principalmente entre Estados.¹⁶⁶

Tras el bloqueo del funcionamiento del Órgano de Apelación el 10 de diciembre de 2019, no es sólo este órgano el que está en crisis. Es la totalidad del mecanismo de solución de controversias el que se encuentra en un limbo jurídico a la espera de una solución pronta.

Si bien, el bloqueo del Órgano de Apelación no significaría el fin de la OMC, muchos de sus Miembros han dejado claro que consideran que la desaparición del Órgano de Apelación sería un problema grave, debido a los efectos que ya se producen en el funcionamiento del sistema de solución de diferencias como un todo. Una consecuencia del bloqueo, dependiendo de la interpretación que se haga del artículo 17 del ESD, podría ser que los informes de los Grupos Especiales ya no se adopten automáticamente. Así ocurrirá, si las partes perdedoras apelan sin que exista un Órgano de Apelación, dejando de esta manera el caso sin resolver, impidiendo la adopción por el OSD del informe del Grupo Especial. Los países agraviados perderían entonces sus derechos legales en virtud de las normas de la OMC. El principal temor es que, sin el Órgano de Apelación, el sistema de solución de diferencias de la OMC perderá gran parte de su previsibilidad y, con el tiempo, podría derrumbarse. Esto a su vez tiene consecuencias potencialmente importantes para los futuros esfuerzos de elaboración de

¹⁶⁶ Dimite el director general de la Organización Mundial de Comercio, en medio de nuevas tensiones entre EE UU y China, Diario El País, 14 de mayo de 2020. Disponible en: <https://elpais.com/economia/2020-05-14/dimite-el-director-general-de-la-organizacion-mundial-de-comercio-en-medio-de-nuevas-tensiones-entre-ee-uu-y-china.html>

normas en la OMC, ya que el valor de los resultados negociados depende de la capacidad de los signatarios para hacerlos cumplir¹⁶⁷.

Si no se resuelve esta crisis, se corre el riesgo de que el sistema de comercio mundial vuelva a ser un sistema basado en el poder, permitiendo que los grandes actores actúen unilateralmente y utilicen represalias en apoyo de sus pretensiones. En ese entorno, los actores menos poderosos perderían interés en negociar nuevas normas comerciales. Se volvería a un sistema de negociación diplomático y a utilizar los mecanismos de solución de controversia del GATT.

11. Mecanismo interino de apelación de la OMC

Para evitar la parálisis del proceso de apelación, pero también la consiguiente parálisis de los procedimientos efectivos de Los Grupos Especiales y, de hecho, de todo el sistema de solución de diferencias, la Unión Europea anunció en junio de 2019 el lanzamiento de una solución provisional para hacer frente a la ausencia del Órgano de Apelación.

La propuesta sugiere que las partes de una diferencia acuerden de antemano, sobre una base bilateral o plurilateral recíproca, un arbitraje de apelación alternativo en virtud del artículo 25 del ESD al que se recurrirá mientras el Órgano de Apelación siga inoperante. Canadá se unió primero a la propuesta de la Unión Europea y Noruega se sumó a continuación.

¹⁶⁷ Matteo Fiorini, Bernard Hoekman, Petros Mavroidis, Maarja Saluste y Robert Wolfe, "WTO Dispute Settlement and the Appellate Body Crisis: Insider Perceptions and Members' Revealed Preferences", European University Institute Working Papers, RSCAS 2019/95 Robert Schuman Centre for Advanced Studies Global Governance Programme-379, noviembre 2019, p.1.

La iniciativa de la Unión Europea continuó ganando impulso y en enero de 2020, poco después de transcurrido un año, desde la paralización del Órgano de Apelación de la OMC durante el Foro de Davos, anunció que había llegado a un acuerdo con otros 15 miembros, entre ellos China, Brasil, Corea del Sur y México, para crear un mecanismo temporal que resuelva en última instancia sus disputas pendientes en la OMC, tras el bloqueo del Órgano de Apelación y recurrir al arbitraje alternativo provisional.

El 27 de marzo de 2020 se formalizó el compromiso político acordado a nivel ministerial en Davos, en enero de 2020, mediante la notificación a la OMC realizada por la UE y los otros 15 países. Con esto quedó acordado el mecanismo interino entre los países firmantes para presentar recursos de apelación y resolver conflictos comerciales tras el bloqueo del Órgano de Apelación. Este mecanismo operará sólo de forma interina hasta que se resuelva el bloqueo.

Tres miembros nuevos de la OMC se unieron a la iniciativa de la Unión Europea para contrarrestar el bloqueo, (entre ellos Brasil, Australia, México, Chile, Canadá, Uruguay y Colombia) -sin la participación de Estados Unidos- y anunciaron, el 30 de abril de 2020, la puesta en marcha de manera temporal de un órgano alternativo de arbitraje en la resolución de disputas comerciales y señalaron que el resto de los Miembros de la OMC están llamados a unirse si lo desean. Estos países anunciaron que las diferencias comerciales serán tratadas en última instancia por tres jueces “de autoridad reconocida” y no afiliados a ningún gobierno, de manera de garantizar su imparcialidad. Los miembros de la OMC enfatizaron que, pese a alcanzar esta solución temporal, seguirán trabajando para que el Órgano de Apelación pueda reanudar su funcionamiento. En este sentido, el Comisario Europeo de Comercio, Phil Hogan,

aseguró que continuarán sus esfuerzos para restaurarlo, e invitó a otros países de la organización a unirse al acuerdo interino. Hogan consideró el pacto "crucial para el respeto y cumplimiento de las normas internacionales del comercio".

Este mecanismo interino, adoptado en virtud de lo dispuesto en el Artículo 25 del ESD, refleja las normas habituales de apelación de la OMC y podrá utilizarse por cualquier miembro de la Organización que desee unirse, mientras el Órgano de Apelación no funcione plenamente¹⁶⁸.

Ese sistema garantizará que las disputas comerciales puedan resolverse a través de un proceso imparcial e independiente, lo que la Comisión Europea cree que es "esencial para el sistema multilateral de comercio basado en normas"¹⁶⁹.

12. Funcionamiento del mecanismo interino de apelación propuesto por la Unión Europea y otros Miembros de la OMC y críticas

Este mecanismo busca replicar en la medida de lo posible, el actual mecanismo de apelación contenido en el ESD de la OMC. Bajo este mecanismo interino las apelaciones se llevarían a cabo de conformidad con el Artículo 25 del ESD, mientras el Órgano de Apelación no esté operativo.

El artículo 25 prevé un arbitraje expedito como un medio alternativo a la vía jurisdiccional de los procedimientos habituales de los Grupos Especiales y del órgano de apelación, siempre

¹⁶⁸ Ver declaración ministerial de 27 de marzo de 2020 de la Comisión Europea en https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/march/tradoc_158684.pdf

¹⁶⁹ Ver <https://www.lavanguardia.com/politica/20200327/48113819065/la-ue-y-otros-15-paises-de-omc-establecen-alternativa-para-resolver-disputas.html>

que ambas partes en la controversia estén de acuerdo en utilizarlo y en el procedimiento que debe seguirse¹⁷⁰. El acuerdo alcanzado por la Unión Europea con varios países consiste en recurrir al Artículo 25 como un procedimiento interino de apelación para cualesquiera futuras disputas entre dos miembros, en el caso que el Órgano de Apelación continuara sin tener miembros suficientes para actuar.

El mecanismo alternativo de arbitraje ha sido utilizado sólo una vez desde la creación de la OMC en 1995¹⁷¹. En el caso *DS160: United States — Section 110(5) of US Copyright Act*, los Estados Unidos y la Unión Europea utilizaron el Artículo 25 en una fase tardía de la controversia, para la determinación del nivel de anulación o menoscabo a la Unión Europea causado por la legislación de los Estados Unidos incompatible con sus obligaciones con la OMC¹⁷². Autores como Valerie Hugues especulan sobre las causas del uso casi inexistente del Artículo 25 y señalan que puede deberse a la incapacidad de las partes para ponerse de acuerdo en recurrir al uso de un procedimiento mayormente no probado, así como la preocupación que un laudo dictado bajo el mecanismo del Artículo 25 no tendría el mismo valor legal al no ser adoptado por el OSD¹⁷³.

Algunos miembros de la OMC y autores expertos postulan que la solución interina de aplicar el Artículo 25 pactada por algunos de sus Miembros, puede ir en detrimento de buscar una

¹⁷⁰ Valerie Hughes, “Approaches to Modernizing the Dispute Settlement Understanding”, Center for International Governance Innovation, p.2. Disponible en:

<https://www.cigionline.org/articles/approaches-modernizing-dispute-settlement-understanding>

¹⁷¹ DS160: United States — Section 110(5) of US Copyright Act.

¹⁷² Valerie Hughes, (2020), ob.cit., p2. Disponible en:

<https://www.cigionline.org/articles/approaches-modernizing-dispute-settlement-understanding>

¹⁷³ Valerie Hughes, (2020), ob.cit., p2. 2020. Disponible en:

<https://www.cigionline.org/articles/approaches-modernizing-dispute-settlement-understanding>

solución al bloqueo del Órgano de Apelación pudiendo transformarse en una solución permanente, a falta de incentivos para resolverla¹⁷⁴.

Por otra parte, algunos autores cuestionan la conveniencia de tener dos mecanismos en paralelo: uno obligatorio, y otro que, en caso de apelación, imposibilita la adopción del informe del Grupo Especial, impidiendo en la práctica la eliminación de la medida cuando se encuentre contraria a las obligaciones de la OMC. La coexistencia de estos mecanismos se pone en entredicho, además, porque si bien la Unión Europea, Australia y algunos otros países que han firmado el compromiso para aplicar el Artículo 25 son usuarios frecuentes del mecanismo de solución de diferencias de la OMC, existen varios otros usuarios frecuentes del mecanismo como Argentina, India Japón, Rusia y Estados Unidos que no participan del Acuerdo¹⁷⁵.

13. Situación actual del sistema de solución de diferencias

No obstante, la situación, los Miembros de la OMC han presentado 20 solicitudes para iniciar procedimientos de controversias sólo en 2020, tras el bloqueo del Órgano de Apelación, demostrando confianza en el mecanismo y en que la situación se resuelva relativamente

¹⁷⁴ Jennifer Hillman, "Three Approaches to Fixing the World Trade Organization's Appellate Body: The Good, the Bad and the Ugly?", 2018, (Washington D.C: Georgetown University Law Center,), p. 6-7.

¹⁷⁵ Valerie Hugues, (2020), ob.cit., p2. Disponible en:

<https://www.cigionline.org/articles/approaches-modernizing-dispute-settlement-understanding>).

Giorgio Sacerdoti, "The Challenge of Re-establishing a Functioning WTO Dispute Settlement System", (2020), Centre for International Governance Innovation, p.1. Disponible en:

<https://www.cigionline.org/articles/challenge-re-establishing-functioning-wto-dispute-settlement-system>

pronto. A marzo de 2021, Corea¹⁷⁶, Pakistán¹⁷⁷, y sorprendentemente, Estados Unidos¹⁷⁸ notificaron su apelación a los respectivos Informes de los Grupos Especiales. Estados Unidos en los dos casos en que ha notificado su apelación, en los años 2020 y 2021, señala expresamente ¹⁷⁹que: “En este momento, no puede establecerse ninguna división del Órgano de Apelación para conocer esta apelación de acuerdo con el artículo 17.1 del ESD. Estados Unidos consultará con China para que las partes puedan determinar el camino a seguir en esta disputa”. En el caso de la Notificación de apelación, en el Caso con Corea, señala que consultará con este país dejando entrever que su intención es resolver unilateralmente, utilizando su influencia -al menos en el futuro cercano- en sus controversias comerciales.

¹⁷⁶ Ver Notificación de Apelación presentada por Corea en Caso [DS553](#): Korea — Sunset Review of Anti-Dumping Duties on Stainless Steel Bars ([WT/DS553/6](#)), de 22 de enero de 2021

¹⁷⁷ Ver Notificación de Apelación presentada por Pakistán en Caso [DS538](#): Pakistan — Anti-Dumping Measures on Biaxially Oriented Polypropylene Film from the United Arab Emirates ([WT/DS538/5](#)), de 22 de febrero de 2021.

¹⁷⁸ Ver Notificación de Apelación presentada por Estados Unidos en Caso DS539: United States — Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products and the Use of Facts Available (WT/DS539/9), de 9 de marzo de 2021.

¹⁷⁹ Notificación de Apelación presentada por Estados Unidos en Caso [DS543](#): United States — Tariff Measures on Certain Goods from China ([WT/DS543/10](#)), de 26 de octubre de 2020.

Notificación de Apelación presentada por Estados Unidos en Caso DS539: United States — Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products and the Use of Facts Available (WT/DS539/9), de 9 de marzo de 2021.

CONCLUSIONES

a) El sistema de solución de diferencias de la OMC continúa siendo exitoso. Aunque, existe bastante por mejorar, el ESD a través de sus órganos durante los últimos veinticinco años ha hecho cumplir los Acuerdos de la OMC proveyendo seguridad y predictibilidad al sistema de comercio multilateral tal como fue originalmente concebido.¹⁸⁰

b) El desequilibrio creado por el fortalecimiento del ESD debido a la debilidad de los órganos políticos de la OMC plantea un problema grave en la percepción de la legitimidad del órgano de solución de diferencias, lo que se ha traducido en acusaciones a los miembros de los Grupos Especiales y del Órgano de Apelación de practicar “activismo judicial” cuando se considera que sus integrantes van más allá de las atribuciones otorgadas por los Estados negociadores en los Acuerdos de la OMC.

c) Durante cinco décadas en el marco del GATT se utilizó un mecanismo de solución de controversias gobernado por las prácticas diplomáticas. Esto habría contribuido a que los Miembros de la OMC deseen mantener el control del sistema cuasi-judicial del OSD, produciéndose roces entre los representantes gubernamentales y los integrantes de los Grupos Especiales y del Órgano de Apelación, sobre la extensión de la función cuasi-judicial y las limitaciones del derecho, en virtud de lo dispuesto en los Acuerdos de la OMC.

d) A menos, que los negociadores utilicen la oportunidad creada por la Ronda de Doha para regular nuevas materias vinculadas con el comercio, como la propiedad intelectual y los servicios esenciales, el órgano de solución de diferencias deberá continuar llenando los vacíos

¹⁸⁰ Kara Leitner and Simon Lester, “WTO Dispute Settlement 1995–2009—A Statistical Analysis”, (2010), 13(1) *Journal of International Economic Law* 205, p.218.

normativos creados por un ineficiente mecanismo político de toma de decisiones, debiendo asumir funciones que no le corresponden en estricto rigor.¹⁸¹

e) Actualmente, existe un nuevo orden mundial y el ejercicio del poder está mucho más repartido entre las distintas potencias miembros de la OMC, lo que dificulta negociar en bloques y llegar a Acuerdos similares a los que fue posible alcanzar en 1995 para la creación de la OMC. Para avanzar y preservar a la OMC, tanto los órganos políticos como los integrantes del órgano de solución de diferencias deberán dejar de lado sus diferencias y contribuir para alcanzar puntos de convergencia, tanto en la reforma al ESD como en las negociaciones de la Ronda de Doha.

f) Los integrantes de los grupos Especiales y del Órgano de Apelación, con independencia de la debilidad política de la OMC, y como manera de contribuir a su propia legitimidad -en la medida de lo posible- deberían atenerse al mandato otorgado por los Miembros de la OMC en el ESD, mientras que los órganos políticos de la OMC deberían buscar formas de facilitar el consenso, ejercitando su rol legislativo.

Incluso si los órganos políticos de la OMC logran adoptar en un futuro cercano aquellas disposiciones sustantivas que sean necesarias para la resolución de controversias complejas, el sistema siempre tendrá vacíos, por cuanto el derecho no es una ciencia exacta y no es capaz de anticiparse a todos los escenarios futuros.

g) Para prevenir una mayor escalada de la actual crisis, en aquellos casos en que la mayoría de los Miembros de la OMC no concuerden con la interpretación de una norma efectuada por

¹⁸¹ Claus-Dieter Ehlermann, "Six Years on the Bench", (2002) ob.cit., p. 618.

el órgano de solución de diferencias, deberán utilizar el mecanismo que ya les entrega el Acuerdo de la OMC (Artículo IX) y dar una interpretación autorizada que evite que una norma deficiente forme parte de la jurisprudencia.

h) Las negociaciones para revisar el ESD proveen el marco ideal para corregir el desbalance entre los órganos políticos y los cuasi-judiciales de la OMC. Así lo demuestran las numerosas propuestas negociadoras que buscan revisar todas las etapas del proceso. Si bien el sistema de solución de diferencias, pese a todo, funciona notablemente bien, existe mucho que mejorar, como lo evidencian los problemas que han surgido en la implementación de los informes adoptados por el órgano de solución de disputas.

i) La mayoría de las propuestas busca maneras de mejorar el sistema, corrigiendo los problemas evidenciados por la implementación de varios casos. Otras buscan darle al mecanismo mayor legitimidad, al hacer el proceso más transparente y entregándoles a los Estados en desarrollo mayor acceso al sistema de solución de diferencias. Las que buscan debilitar el sistema de solución de diferencias entregándole mayor control a los Miembros no han encontrado mayor apoyo, dado que el sistema es considerado como esencial para salvaguardar los intereses comerciales de la mayoría de sus Miembros.¹⁸²

j) La única manera de que un Estado en vías de desarrollo pueda escudarse en un conflicto comercial de las presiones políticas provenientes de los países desarrollados, es teniendo reglas claras que le otorguen un acceso igualitario a la justicia. Como los países en vías de

¹⁸² Ver JOB(08)/81

desarrollo conforman la mayoría de la membresía de la organización, la preservación de un sistema reglado y eficiente debe ser del mayor interés para ellos.

k) Las propuestas para reintroducir en el sistema elementos propios de la flexibilidad diplomática no han tenido mucho respaldo. Expertos en el OSD como Ehlermann apoyan fuertemente la necesidad de mantener la integridad de las reglas al tiempo que se oponen a cualquier reforzamiento adicional del ESD, ya que podría incrementar el actual desequilibrio con resultados impredecibles en la legitimidad del sistema de la OMC y en el grado de desfavor de los Miembros de la OMC con el sistema ¹⁸³ Ya en los años 60, los miembros del GATT descontentos con el paso a la adjudicación a terceros, dejaron de utilizar el sistema de solución de controversias. Esto solo contribuiría a profundizar la ya grave crisis que atraviesa actualmente el Sistema de Solución de Diferencias de la OMC.

Al igual que Ehlermann considero importante facilitar el consenso y desbloquear el proceso de toma de decisiones políticas. Tal como sostuvo el profesor Hudec, se necesita un brazo legislativo viable que pueda revertir las decisiones del Órgano de Solución de Diferencias que sean manifiestamente incorrectas, que infrinjan su competencia o que excedan sus atribuciones.¹⁸⁴ Esto no incluye los casos en los que los acusados simplemente no están contentos con los resultados. El procedimiento para que los órganos políticos limiten las interpretaciones del OSD ya está establecido en el Artículo IX de la Carta y debería utilizarse más a menudo. En caso que los Miembros acuerden durante las negociaciones controles adicionales, estos no deberían debilitar al OSD.

¹⁸³ Michael J. Trebilcock/Robert Howse, (1995), ob.cit., p. 113.

¹⁸⁴ Thomas A. Zimmermann, 'WTO Dispute Settlement at Ten' (2005, ob.cit., p. 36.

La independencia del OSD es importante, pero también lo es el funcionamiento efectivo de la legislación que proporciona controles y equilibrios.

l) La posibilidad de dar al Órgano de Apelación la nueva función de emitir opiniones consultivas no vinculantes podría ayudar a evitar fallos controvertidos. Si un Miembro no está de acuerdo con la opinión consultiva, sabrá que redundará en beneficio de su Estado recurrir a otros medios diplomáticos para la solución de controversias, como las consultas y las negociaciones, que están a disposición de los Miembros que son partidarios de un enfoque más flexible y económico de la solución de controversias. También pueden utilizarse los buenos oficios, la conciliación y la mediación¹⁸⁵.

m) En mi opinión, reintroducir la flexibilidad diplomática no es la solución. El actual ESD de la OMC es el resultado de décadas de práctica. La respuesta a las deficiencias y problemas que aquejan al Sistema de Solución de Diferencias no se puede encontrar retrocediendo.

Aunque el ESD es un sistema cuasi judicial, conserva algunos de los antiguos elementos diplomáticos y los miembros de la OMC siguen manteniendo sus viejos hábitos diplomáticos por lo que cualquier cambio en el ESD debe necesariamente ir acompañado de apoyo político para así apuntalar su legitimidad entre sus usuarios.

Por otra parte, y en paralelo a las dificultades propias de la negociación para la reforma del ESD y del desequilibrio con los órganos políticos de la OMC, el bloqueo de Estados Unidos al consenso para nombrar nuevos miembros del Órgano de Apelación no solo ha puesto en peligro al Órgano de Apelación sino también al Sistema de Solución de Diferencias como un

¹⁸⁵ Ver Artículo 5 (Buenos oficios, conciliación y mediación) del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (Examen en Apelación.)

todo eliminando el carácter vinculante y cuasi-judicial del mecanismo, llevándolo en la práctica a retroceder a las prácticas diplomáticas propias de los tiempos del GATT.

n) Ante el bloqueo del Órgano de Apelación, actualmente la única manera en que un Estado tenga seguridad de que podrá ejecutar lo resuelto en un informe del Grupo Especial es mediante la celebración de un acuerdo bilateral, en el que se comprometa con su contraparte a que no presentarán una apelación. Otra opción es sumarse al acuerdo impulsado por la Unión Europea, mediante el cual los Estados firmantes acuerdan que en caso que deseen apelar lo harán recurriendo al Artículo 25 del ESD. En el intertanto son varios los Estados con alta participación en este mecanismo que no han adherido a ninguna de las alternativas interinas creadas para abordar el bloqueo. Con las actuales alternativas a la apelación del ESD, en la práctica se ha pasado de un mecanismo vinculante que emparejaba la cancha a dos o tres mecanismos en los que unos son vinculantes y otros, no con las consecuencias negativas que ello conlleva.

o) Si se comparan las críticas de Estados Unidos al Órgano de Apelación, a las que adhieren varios Estados, se advierte que estas mayormente son procedimentales, a diferencia de las críticas que reciben otros organismos como el CIADI que cuestionan la legitimidad del Sistema de Solución de Diferencias por asuntos bastante más graves y sustantivos. Por ello, así como el CIADI está en un proceso de revisión de sus Reglas buscando en parte responder a las críticas, la OMC debería con mayor razón poder resolver críticas más bien procedimentales con mayor facilidad.

Es insólito que a lo largo de las más de dos décadas que lleva la negociación para la revisión del ESD no se haya logrado un consenso para mejorar la llamada joya de la corona y se prefiera quemar la sede de la OMC en lugar de arreglar los cimientos.

p) Se entiende la preocupación de los Miembros de la OMC en ser extremadamente cuidadosos en sus negociaciones para enmendar el ESD, para no malograr un mecanismo que funciona y al que recurren con frecuencia la mayoría de sus miembros. No obstante, la incapacidad de los negociadores de alcanzar un acuerdo es en gran medida responsable del bloqueo del Órgano de Apelación y del peligro que corre la propia OMC de no seguir jugando en un futuro cercano un rol relevante tanto en las negociaciones comerciales como en la resolución de las controversias que deriven de las obligaciones contenidas en los Acuerdos de la OMC.

Es de esperar que ante esta crisis del Sistema de Solución de Controversias gatillada por las dilatadas negociaciones para revisar el ESD y por el bloqueo de Estados Unidos al Órgano de Apelación, los restantes Estados reflexionen sobre la necesidad imperiosa de modificar el ESD abordando sus principales problemas a la brevedad. Actualmente esa negociación está supeditada a los intentos por lograr el desbloqueo del Órgano de Apelación, pasando la primera a un segundo plano.

q) Una solución definitiva debe aprobar a la brevedad los puntos de convergencia alcanzados por los Miembros en las 12 cuestiones temáticas para reformar el ESD y además considerar seriamente la implementación del Proyecto de Decisión del Embajador Walker. El éxito de su implementación y del desbloqueo del Órgano de Apelación debe contar necesariamente con



la participación de Estados Unidos, cuya postura real se verá recién durante el ejercicio del gobierno de Joe Biden en Estados Unidos.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

1. John H. Jackson, *Sovereignty, the WTO and Changing Fundamentals of International Law* (2006), Georgetown University, Washington D.C.
2. Michael J. Trebilcock/Robert Howse, *The Regulation of International Trade* (London, 3rd edn. 1995).

ARTÍCULOS

1. Claude E. Barfield, (2001) "Free Trade, Sovereignty, Democracy: The Future of the World Trade Organization," *Chicago Journal of International Law*: Vol. 2: No. 2, Article 13. Disponible en: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol2/iss2/13>
2. Claus-Dieter Ehlermann, "Tensions between the dispute settlement process and the diplomatic and treaty-making activities of the WTO," *World Trade Review*, Cambridge University Press, vol. 1(3), pages 301-308, Noviembre.
3. Cossette D. Creamer (2019), *Can International Law Recover? From the WTO's Crown Jewel to its Crown of Thorns*. *AJIL Unbound*, 113, 51-55. doi:10.1017/aju.2019.1
4. William J. Davey "The WTO Dispute Settlement System" (2000) Marzo 2000, *Journal of International Economic Law*, Volume 3, Issue 1, p. 15-18. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/jiel/3.1.15>
5. Claus-Dieter Ehlermann, "Six Years on the Bench of the "World Trade Court", (2002) 36(4) *J. World Trade* 605-639 (2002).

6. Claus-Dieter Ehlermann, 2002. "Tensions between the dispute settlement process and the diplomatic and treaty-making activities of the WTO," *World Trade Review*, Cambridge University Press, vol. 1(3), pages 301-308, noviembre.
7. Álvaro, Espinoza, *Algunas Reflexiones sobre la solución de diferencias en la Organización Mundial del Comercio*, *Revista de Estudios Internacionales* 162 (2009).
8. Jennifer Hillman, *Three Approaches to Fixing the World Trade Organization's Appellate Body: The Good, the Bad and the Ugly?* (Washington, DC: Georgetown University Law Center, 2018) en 6–7; Joost Pauwelyn, "WTO Dispute Settlement Post 2019: What to Expect?" (2019) 22:3 *J Intl Econ L* at 312–15
Disponible en: <https://www.law.georgetown.edu/wp-content/uploads/2018/12/Hillman-Good-Bad-Ugly-Fix-to-WTO-AB.pdf>
9. Bernard M. Hoekman y Petros C. Mavroidis, "Burning Down the House? The Appellate Body in the Centre of the WTO Crisis", *EUI Working Paper RSCAS 2019/56*.
10. Bernard Hoekman, Petros Mavroidis, Matteo Fiorini, Maarja Saluste y Robert Wolfe, *WTO Dispute Settlement and the Appellate Body Crisis: Insider Perceptions and Members' Revealed Preferences*, *European University Institute Working Papers*, RSCAS 2019/95 Robert Schuman Centre for Advanced Studies Global Governance Programme-379, noviembre, 2019.
11. Valerie Hugues, "Approaches to modernizing the Dispute Settlement Understanding, Center for International Governance Innovation", (abril, 2020). Disponible en: <https://www.cigionline.org/articles/approaches-modernizing-dispute-settlement-understanding>

12. South Centre, *The WTO Dispute Settlement System: Issues to Consider in the DSU Negotiations* (2005), Trade Related Agenda, Development and Equity Analysis Series.
Disponibile en <http://www.southcentre.org>
13. Kara Leitner/Simon Lester, “WTO Dispute Settlement 1995–2009—A Statistical Analysis” (2010) 13(1) *Journal of International Economic Law* 16(1) 257-267.
14. Felix Maonera, 2018, “The Review, Improvement and Clarification of the WTO Dispute Settlement Understanding”, Geneva: CUTS International, Geneva.
15. Tetyana Payosova, Gary Clyde Hufbauer y Jeffrey J. Schott, “The Dispute Settlement Crisis in the World Trade Organization: Causes and Cures”, Policy Brief 18-5 (marzo 2018), Peterson Institute for International Economics.
16. Arie Reich, “The Effectiveness of WTO Dispute Settlement System: A statistical analysis” (2017) EUI Working Paper LAW 2017/11.
17. Giorgio Sacerdoti, “The Challenge of Re-establishing a Functioning WTO Dispute Settlement System”, Center for International Governance Innovation”, (abril, 2020).
Disponibile en:
<https://www.cigionline.org/articles/challenge-re-establishing-functioning-wto-dispute-settlement-system>
18. Andrew L. Stoler (2004). “The WTO dispute settlement process: Did the negotiators get what they wanted?” *World Trade Review*, 3(1), 99-118.
19. Peter van der Bossche (2005), *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials*. Cambridge: Cambridge University Press.
20. Thomas A. Zimmerman (2006): *The DSU Review (1998-2004): Negotiations, Problems and Perspectives*. Publicado en: Kim van der Borgh and Dencho Georgiev (eds.):

Reform and Development of the WTO Dispute Settlement System; London: Cameron mayo, 2006 (2006): pp. 443-472.

21. Thomas A. Zimmermann, "WTO Dispute Settlement at Ten: Evolution, Experiences and Evaluation", publicado en *Aussenwirtschaft – The Swiss Review of International Economic Relations*, Vol. 60 (2005), No. I, pp. 27-61.

ARTÍCULOS DE PRENSA

22. Sahajveer Baweja, *WTO's Crown Jewel under Existential Crisis: Problem Explained*, *Moderny Diplomacy*, 29 mayo, 2020. Disponible en:
<https://moderndiplomacy.eu/2020/05/29/wtos-crown-jewel-under-existential-crisis-problem-explained/>
23. John Brinkley, "Trump Is Quietly Trying to Vandalize the WTO," *Forbes*, 27 noviembre, 2017
24. Shawn Donnan y Benedict Mander, "Trump Attack on WTO Sparks Backlash from Members," *Financial Times*, 10 de diciembre, 2017.
25. Dan Ikenson, *US Trade Laws And The Sovereignty Canard*, *Forbes Magazine*, 9 de marzo, 2017.
26. John Micklethwait, Margaret Talev y Jennifer Jacobs, "Politics White House President Trump Threatens to Withdraw US from the World Trade Organization ' if they don't shape up'", *Time Magazine*, 30 de agosto, 2018.
27. The World Trade Organization. *As WTO members meet in Argentina, the organization is in trouble*, *The Economist*, 7 de diciembre, 2017.

28. La Unión Europea y Otros 15 Países de la OMC establecen alternativa para resolver disputas, Diario La Vanguardia, 27 de marzo de 2020. Disponible en:
<https://www.lavanguardia.com/politica/20200327/48113819065/la-ue-y-otros-15-paises-de-omc-establecen-alternativa-para-resolver-disputas.html>
29. Dimite el director general de la Organización Mundial de Comercio, en medio de nuevas tensiones entre EE UU y China, Diario El País, 14 de mayo de 2020. Disponible en:
<https://elpais.com/economia/2020-05-14/dimite-el-director-general-de-la-organizacion-mundial-de-comercio-en-medio-de-nuevas-tensiones-entre-ee-uu-y-china.html>

ACUERDOS DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO

Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias, de la Organización Mundial de Comercio

PÁGINAS WEB

1. Entender la OMC: Información Básica ¿Qué es la Organización Mundial del Comercio?:
https://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/fact1_s.htm#:~:text=La%20OMC%20naci%C3%B3n%20el%201%C2%BA,establecido%20las%20reglas%20del%20sistema.

2. Declaración Ministerial de Doha, adoptada el 14 de noviembre de 2001

WT/MIN(01)/DEC/1. Disponible en:

http://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_e.htm#dispute

3. World Trade Organization. Dispute Settlement: The Disputes. Dispute Settlement

Activity: - some figures:

https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/disputats_e.htm

4. Ver Dispute Settlement: The Disputes. Dispute settlement activity — some figures:

https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/disputats_e.htm

5. WTO, Decision on the Application and Review of the Understanding on Rules and

Procedures Governing the Settlement of Disputes (2005). Disponible en:

http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/53-ddsu_e.htm

6. Informe del Presidente del Órgano de Solución de Diferencias, Embajador Peter

Balas, al Comité de Negociaciones Comerciales (2003). Disponible en:

http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_e.htm#negotiations

7. Informe del Presidente del Órgano de Solución de Diferencias, Embajador Peter

Balas, al Comité de Negociaciones Comerciales. Disponible en:

http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_e.htm#negotiations

8. Informe del Presidente, Embajador Ronald Saborío Soto, al Comité de

Negociaciones Comerciales (TN/DS/22 de 18 de julio de 2008). Disponible en:

<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=S:/TN/DS/22.pdf&Open=True> el documento. 2

9. Informe del Presidente, Embajador Ronald Saborío Soto, al Comité de Negociaciones Comerciales a los efectos del balance contenido el documento

TN/DS/24 de 22 de marzo de 2010. Disponible en:

<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=S:/TN/DS/24.pdf&Open=True>

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

<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=S:/TN/DS/25.pdf&Open=True>

11. Informe del Presidente Ronaldo Saborio a los miembros del Órgano de Solución de Diferencias de 30 de enero de 2015 contenido en el documento TN/DS/26.

Disponible en:

<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=s:/TN/DS/26.pdf&Open=True>

12. Informe del Presidente Ronaldo Saborio a los miembros del Órgano de Solución de Diferencias de 4 de diciembre de 2015 contenido en el documento TN/DS/28.

Disponible en:

<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=s:/TN/DS/28.pdf&Open=True>

13. Informe del Embajador Stephen Ndungu Karau al Comité de Negociaciones Comerciales (TN/DS/29) de 2 de mayo de 2017:

<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=s:/TN/DS/29.pdf&Open=True>

14. Informe del Embajador Coly Seck al Comité de Negociaciones Comerciales contenido en el documento TN/DS/30. Disponible en:

<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=s:/TN/DS/30.pdf&Open=True>

15. Proyecto de Decisión Funcionamiento del Órgano de Apelación , Consejo General 9-11 de diciembre de 2019 (WT/GC/W/791) Disponible en:

<file:///C:/Users/maric/Downloads/W791.pdf>

15. Informe del Embajador Coly Seck al Comité de Negociaciones Comerciales contenido en el documento TN/DS/31 de 17 de junio de 2019:

<https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=s:/TN/DS/31.pdf&Open=True>

16. Organización Mundial de Comercio. Negociaciones para mejorar los procedimientos de solución de diferencias. Disponible en:

https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_negs_s.htm

17. Statements by the United States at the Meeting of the WTO Dispute Settlement Body Geneva, October 23, 2017. Disponible en: https://geneva.usmission.gov/wp-content/uploads/sites/290/Oct.23.DSB_Stmt_.as-delivered.fin2_.pdf

18. Declaración ministerial de 27 de marzo de 2020 de la Comisión Europea.

Disponible en:

https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/march/tradoc_158684.pdf

TABLA DE CONTENIDOS

Páginas

1. Título.
2. Glosario.
3. Resumen.
6. Introducción.
12. Capítulo I. los Orígenes del Sistema de Diferencias de la OMC.
 1. La solución de Diferencias bajo el GATT.
 2. El Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias (ESD).
 - 2.1. Críticas al Sistema de Solución de Disputas.
 - 2.2 Posibles soluciones al Desequilibrio Político.
31. Capítulo II. de la Revisión del ESD a las negociaciones ESD.
 1. La Revisión del ESD (1997 – 1999).
 - 1.1. Las negociaciones para la Revisión del ESD Mandatadas por Doha (2001-2004).
 - 1.2. Las negociaciones para la Revisión del ESD Mandatadas por Doha (2001-2010).
 - 1.3. Las negociaciones para la Revisión del ESD Mandatadas por Doha (2011-2015).
 - 1.4. Las negociaciones para la Revisión del ESD Mandatadas por Doha (2016-2020).
 - 1.4.1. Período mayo 2016 a mayo de 2017.
 - 1.4.2. Período mayo 2017 a noviembre de 2017.
 - 1.4.3. Período diciembre 2017 a junio de 2019.
 - 1.4.4. Desafíos en las negociaciones identificados durante este Período.
51. Capítulo III. Motivos que explican la incapacidad de los miembros de la OMC para alcanzar un Acuerdo que modifique el ESD.
 1. ¿Por qué no son capaces las Partes de alcanzar un Acuerdo?
 2. El vínculo entre los casos de la OMC y las negociaciones para modificar el Entendimiento de Solución de Diferencias.
57. Capítulo IV. La crisis del Órgano de Apelación.
 1. La crisis del Órgano de Apelación de la OMC.
 2. Función del Órgano de Apelación.

3. Composición y funcionamiento del órgano de Apelación.
4. Razones políticas de la molestia de Estados Unidos con la OMC y en particular con el órgano de Apelación.
5. Causas técnicas del descontento de Estados Unidos con el órgano de Apelación.
6. Preocupaciones de Estados Unidos en el Ámbito de los remedios comerciales.
7. Preocupaciones en el ámbito de los Asuntos de Procedimiento.
 - a) Resolución de Apelaciones por miembros del órgano de Apelación una vez expirado su mandato
 - b) Renuncia de un miembro del órgano de Apelación antes de expirar el período de su mandato sin cumplir con el procedimiento previsto.
 - c) Reelección automática de los miembros de OA por un segundo período.
8. Preocupaciones de Estados Unidos en el ámbito sistémico.
 - a) Interpretación de los Acuerdos de la OMC y *obiter dicta*.
 - b) Pronunciamiento del órgano de Apelación sobre cuestiones no planteadas por las Partes.
 - c) Tratamiento de las cuestiones de hecho como si fueran de derecho.
9. Posibles soluciones al bloqueo del órgano de Apelación.
 - 9.1 Soluciones propuestas por expertos para desbloquear el órgano de Apelación.
 - 9.2 Otras propuestas de posibles soluciones para los Asuntos de Procedimientos y sistemas que forman parte de las críticas al órgano de Apelación elaboradas por expertos en Comercio.
 - a) Asuntos de Procedimiento.
 - b) Asuntos sistémicos.
 - 9.3 Propuestas planteadas por los Miembros de la OMC para solucionar la Crisis del Órgano de Apelación.
 - a) Normas de transición para los miembros del órgano de Apelación saliente.
 - b) Cumplimiento de los plazos para Emisión de los Informes del órgano de Apelación.
 - c) Ámbito de la Apelación.
 - d) Opiniones consultivas.
 - e) Informes del órgano de Apelación transformados en la práctica en precedentes.
 - f) Extralimitación.
 - g) Diálogo periódico entre el OSD y el órgano de Apelación.
 - 9.4 Avances de las propuestas de solución planteadas por los Miembros para solucionar la crisis del órgano de Apelación.
10. Situación actual del bloqueo del órgano de Apelación y efectos.
11. Mecanismo interino de Apelación de la OMC.
12. Funcionamiento del mecanismo interino de apelación propuesto por la Unión Europea y otros Miembros de a OMC y críticas.
13. Situación actual del sistema de solución de diferencias.



96. Conclusiones.

104. Bibliografía.