

**DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO:  
EVALUACIÓN DEL FUNCIONAMIENTO  
EN SUS PRIMEROS AÑOS**

*Lic. Gustavo Rivera Sibaja<sup>(\*)</sup>*

---

(\*) Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Magíster en Derecho Público por la Pontificia Universidad Católica de Chile y actualmente doctorando del Programa de Derecho Internacional Público de la Universidad Complutense de Madrid. Profesor universitario y Asesor de la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica.



La Organización Mundial del Comercio (OMC) fue creada por el Acta Final que incorpora los resultados de la Ronda de Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales, denominada Acta de Marrakech, suscrita en esa ciudad el 15 de abril de 1994, y entró formalmente en vigor el 1° de enero de 1995.

Esta nueva Organización Internacional, la segunda en importancia en el mundo después de la de Naciones Unidas, por lo menos en lo que se refiere al número de signatarios, viene a sustituir, mejorar y ampliar las reglas que disciplinan el comercio internacional, tal como eran contenidas en el antiguo Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT de 1947) estableciendo reglas para la introducción gradual en la liberalización del comercio de sectores tradicionalmente excluidos (agricultura y textiles) pero también incorporando otros totalmente nuevos. (comercio de servicios y protección de la propiedad intelectual).

Pero junto con estas ampliaciones de su competencia a más sectores del comercio internacional, destaca en la OMC la creación de un nuevo mecanismo de solución de diferencias, que ha jugado un papel preponderante al constituirse en un instrumento jurisdiccional de probada eficacia que ha brindado “*seguridad y certeza*” a todo el sistema.

Este mecanismo, contenido como Anexo 2° a los Acuerdos de la Ronda de Uruguay, denominado *Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias* (ESD) ha venido a resultar fundamental en el éxito de la OMC, pues al jurisdiccionalizar sus procedimientos de solución de diferencias, ha insertado de pleno la normativa OMC en el derecho internacional público, trayéndola como en un verdadero giro copernicano, desde el campo de la diplomacia en donde la había mantenido en mayor o menor grado el antiguo GATT de 1947.

Tal es la importancia del ESD con respecto al éxito de la OMC que merece especial atención un análisis de sus primeros siete años de funcionamiento, propósito que nos hemos propuesto en este artículo, aunque sea solo al nivel de señalar en términos muy amplios y generales los principales rasgos y características de este desarrollo.

Lo primero que conviene destacar respecto al ESD en una valoración global y de conjunto, aún a riesgo de ser reiterativos, es el éxito y la eficacia de este nuevo instrumento de solución de disputas en el campo de las relaciones internacionales comerciales.

Su éxito probado, su aceptación creciente, y la confianza que ha generado como un instrumento idóneo para regir las diferencias surgidas en el sistema multilateral de comercio de la OMC queda de sobra demostrado con el uso intensivo del mismo, fenómeno que no ha disminuido desde su creación sino que se mantiene como una tendencia constante hasta la fecha.

Algunos datos son elocuentes: A marzo de 2002, su Órgano de Apelación, que resuelve en “alzada” bajo ciertas condiciones y límites lo resuelto por los Grupos Especiales, había emitido 43 Informes (sentencias) en 6 años, cerca de 58 Informes emitidos a su vez por los distintos Grupos Especiales y más de 40 casos habían sido resueltos en la etapa de Consultas, en total: poco menos de un centenar de casos en 7 años, lo cual es totalmente inusitado en comparación con otros órganos jurisdiccionales internacionales.

Creemos que es posible afirmar sin lugar a dudas que el éxito del ESD se debe a su transformación en un auténtico recurso jurisdiccional en el campo de las relaciones comerciales internacionales, superando así la etapa del GATT que se consideraba solo como “*jurisprudencia de diplomáticos*” utilizando la frase de Robert Hudec, un especialista en la materia, para aludir a la falta de rigor jurídico que imperaba en el anterior sistema, fundamentalmente negociado y con amplísima flexibilidad solo compatible con la diplomacia internacional pero no con el derecho.

Este es un cambio fundamental: Utilizando la terminología propia del derecho internacional público podemos decir que si el GATT era principalmente un medio pacífico de solución de controversias de naturaleza “política”, en cambio el ESD aunque mantiene y privilegia las soluciones negociadas ha establecido el recurso obligatorio a la jurisdicción.

Esta transformación que logra la plena integración de la normativa OMC en el derecho internacional público, ha adoptado consecuentemente sus principios generales de aplicación e interpretación de las normas jurídicas, sin perjuicio de mantener una específica exclusividad de los Acuerdos Abarcados como derecho sustantivo aplicable, fenómeno éste de la integración en el derecho internacional público que ha sido decisivo para aportar seguridad y previsibilidad a todo el sistema.

Su plena transformación en un auténtico recurso jurisdiccional autónomo e independiente, conforme corresponde a la definición de un

procedimiento jurídico sometido solo a la regla del derecho, ha sido posible gracias a notables mejoras técnicas con respecto al anterior sistema del GATT/47.

Esencial y particularmente importante ha sido la introducción de la curiosa técnica del llamado *consenso negativo* (El órgano político de la Organización, compuesto por los representantes de todos los Miembros aprueba las propuestas que hacen los órganos burocráticos y jurisdiccionales del sistema automáticamente, salvo que exista consenso unánime en rechazar dicha propuesta).

Esta técnica que rige *las principales etapas del procedimiento*: desde el establecimiento del Grupo Especial, pasando por la adopción de los Informes, hasta la aprobación de la solicitud para suspender concesiones en caso de incumplimiento, mantiene como una “ficción jurídica” el control de los órganos políticos o deliberativos del sistema, pero en realidad entrega en su totalidad los procedimientos a los órganos jurisdiccionales y burocráticos del mecanismo, que se convierte así en un auténtico recurso jurisdiccional totalmente autónomo.

Esta regla fundamental del *consenso negativo* ha sido rodeada a su vez de toda una serie de garantías de procedimiento y de orden sustantivo que garantizan la eficacia de un procedimiento esencialmente declarativo, entre las que destacan el establecimiento de plazos fijos para las distintas etapas del procedimiento (con lo que se evita la posibilidad de posponer indefinidamente el proceso) y el deber de todos los Miembros de ser parte de todos los Acuerdos Abarcados salvo calificadas excepciones, lo que garantiza superar el problema de la fragmentación y falta de uniformidad que caracteriza el derecho internacional público convencional.

Notable es también la innovación técnica de la creación de un *Órgano de Apelación* que garantiza la correcta y uniforme interpretación y aplicación del derecho sustantivo de los Acuerdos OMC, y permite contar por primera vez en el campo de las relaciones comerciales internacionales con una jurisprudencia sólida y uniforme que ha ido desarrollando la reglamentación de los procedimientos y un mejor entendimiento de las distintas normas de los Acuerdos Abarcados.

Asistimos en este aspecto a un verdadero fenómeno de cristalización y consolidación del *derecho internacional económico*, más allá del valor concreto y particular que se haya asignado por ahora a esta

jurisprudencia, pues es claro que al igual de lo que ha sucedido con otras ramas jurídicas, el mayor y más dinámico desarrollo del derecho como sistema, responde a estos procedimientos de aplicación y concreción de las normas jurídicas.

Por otro lado, a la par de estas notables mejoras técnicas que han configurado el ESD como un auténtico recurso jurisdiccional autónomo, se merece una especial atención la naturaleza esencialmente declarativa de estos procedimientos, lo que no ha sido óbice en ningún momento para una verdadera y probada eficacia práctica.

Esto es algo que conviene no perder de vista en todo momento, pues es indispensable para la correcta comprensión del sistema y de sus posibilidades.

En efecto, el ESD es un procedimiento esencialmente declarativo, donde solo se declara el mejor o peor derecho de las Partes en la diferencia, pero no cuenta con ningún medio de coerción ni de sanción para la aplicación de sus recomendaciones y resoluciones como no sea la única y sola voluntad de las Partes de cumplir por su propia decisión.

Pese a lo anterior, y eso es lo notable, su nivel de eficacia medida en términos de aceptación voluntaria de cumplimiento es realmente sorprendente, comparable incluso con los procesos judiciales comunes del derecho interno de los Estados, lo que vendría a ser la más viva demostración de que la definición del fenómeno jurídico no es en última instancia reconducible a la sola posibilidad de aplicar coercitivamente sus normas, sino que esencialmente es algo distinto, más cercano al plano axiológico y sociológico de las sociedades o comunidades que lo crean y son a su vez sus destinatarios.

Puede afirmarse en términos generales que el ESD ha funcionado bien técnicamente, y que salvo dos cuestiones de menor entidad, que detallamos a continuación, sus principales problemas no residen en sus contenidos actuales, sino en los que se han excluido o en los que algunos insisten en incluir.

Dos cuestiones de índole técnica han presentado problemas en el ESD y requieren necesariamente atención, sea por vía de reforma, o por pronunciamiento expreso del Consejo General, órgano competente a esos efectos.

Nos referimos en primer lugar a la falta de poder de reenvío del Órgano de Apelación, que junto con su limitación para conocer de apelaciones solo relativas a cuestiones jurídicas, (artículo 17.6 ESD) se ha enfrentado a una verdadera laguna legal respecto de los casos en que no ha existido pronunciamiento en derecho por parte del Grupo Especial en virtud de la aplicación del principio de economía procesal.

Esta situación ha producido el absurdo de que el Órgano de Apelación se ha declarado incompetente para pronunciarse sobre cuestiones reclamadas por las Partes, aún cuando el Grupo Especial haya aplicado incorrectamente el principio de economía procesal, con la consecuencia de que ciertas reclamaciones quedan sin resolver después de terminado todo el procedimiento.

Este asunto ha sido resuelto en alguna manera de una forma casuística por la propia jurisprudencia, pero bien se puede superar con algunas reformas menores, tales como exigir pronunciamiento expreso sobre todas las cuestiones a los Grupos Especiales, o bien no exigir agotamiento de la etapa de consultas a la Parte que ha quedado con una reclamación sin resolver y que desea iniciar un nuevo procedimiento por ese motivo.

El otro problema técnico de importancia, que también está pendiente de urgente solución, es la correcta determinación de la relación que debe existir entre el artículo 21.5 del ESD que establece el procedimiento de arbitraje para determinar el grado de cumplimiento de un Miembro respecto a las resoluciones o recomendaciones que lo afectan, y el artículo 22 del mismo Acuerdo, que establece el derecho a la Parte reclamante para suspender concesiones en caso de incumplimiento por parte del Miembro afectado.

Aquí el asunto es que no existe unanimidad en considerar si previo a suspender concesiones tal como lo autoriza el artículo 22, debe previa y necesariamente haberse agotado el procedimiento del artículo 21.5 que establece el arbitraje cuando no hay acuerdo sobre si se ha cumplido o no.

Sin una solución definitiva y como lo ha reconocido la propia jurisprudencia, esto es algo que debe ser resuelto al nivel de los órganos deliberativos del sistema multilateral de comercio, dígase la propia Conferencia Ministerial o el Consejo General en su lugar.

Fuera de estos dos aspectos que podríamos calificar de naturaleza meramente técnica, la mayor polémica y presión de reformas que recibe el ESD va en la línea de introducción de cuestiones pendientes que han quedado fuera de los Acuerdos Abarcados, si bien esto es algo relacionado directamente con la OMC, más que con el propio ESD.

Dentro de esta línea de cuestiones pendientes, sin poder determinar su grado de importancia debe destacarse el deseo de introducir por parte de algunos todos los contenidos relacionados con el derecho de la competencia, lo cual permitiría actuar al ESD en un importantísimo campo como lo es el de las conductas de sujetos privados que afectan y distorsionan gravemente la liberalización del comercio.

Hasta ahora el ESD, más que permitir reclamaciones contra conductas de sujetos privados lo que admite es reclamar contra la tolerancia o pasividad del Miembro por omisión en reprimir esas conductas, y solo en ciertos sectores específicos y definitivamente no en comercio de bienes.

El otro tema fundamental que presiona insistentemente en ser admitido o tomando en cuenta en un grado mayor al que hasta ahora le ha sido otorgado en la OMC es el relacionado con comercio y protección del medio ambiente.

Quizás aquí se produzca la paradoja de que quienes observan la relativa eficacia del ESD en el campo de las relaciones comerciales, consideren que esa eficacia del sistema debe ser aprovechada a favor o en defensa de las cuestiones ambientales, más allá de lo idóneo, conveniente, justo o adecuado que pueda resultar tal cosa.

En menor grado, y con menos perspectivas de éxito de ser aceptado en el seno de los Acuerdos OMC, se debate la cuestión relativa al llamado “dumping social y laboral” que en nuestra opinión responde todavía más a fines proteccionistas contrarios a la liberalización que preconiza la ideología que informa la OMC.

Conviene referirse también, aunque sea brevemente, a los procedimientos especiales y adicionales del ESD, los cuales proviniendo muchos de la filosofía del antiguo GATT, y mantenidos por inercia, no han gozado de la aceptación y éxito del procedimiento general.

El ESD contempla 4 tipos de procedimientos especiales o adicionales: a) un procedimiento de arbitraje alternativo a todo el procedimiento general (artículo 25) que nunca se ha utilizado en estos 7 años;

b) reclamaciones aún cuando no hay infracción (artículo 26) con un uso también muy limitado, y sin haberse aceptado en ningún caso hasta la fecha; c) procedimientos contenidos en Acuerdos Especiales (Apéndice 2); y d) reglas de procedimientos especiales para países en desarrollo y para países menos adelantados. (artículos 24 y 3.12)

En algún sentido, dada la eficacia y las ventajas de la uniformidad que trae consigo la integración de los procedimientos de solución de diferencias en un solo mecanismo como el ESD, el mantenimiento de procedimientos especiales, más allá de su correcta justificación, resultan poco atractivos y tienden a caer en el desuso.

De este modo, tanto el arbitraje alternativo a todo el procedimiento ESD, las reclamaciones sin infracción como las normas de trato especial y diferenciado para países en desarrollo Miembros y menos adelantados son prácticamente inoperantes, porque en realidad no representan ninguna ventaja respecto del procedimiento en general.

Con respecto a las normas de procedimiento referidas a los países Miembros en desarrollo y menos adelantados habría que agregar además que aparte de que no establecen ninguna obligación sustantiva de consideración, pues son en su mayoría de carácter exhortatorio, no apuntan en la dirección adecuada de intentar resolver los verdaderos problemas de estos países que van en la línea de costos elevados del procedimiento e imposibilidad de mantener delegaciones permanentes ante la propia OMC.

De todos los procedimientos especiales en razón de la materia, el que está teniendo más auge en los últimos tiempos, al igual que sucedía en el GATT/47, es el del denominado Acuerdo *Antidumping*, que por otro lado es la materia más cuestionable dentro de las denominadas medidas de defensa comercial, lo que denotaría una regresión en los objetivos de liberalización del sistema.

Respecto a este punto, hay que destacar sin embargo que la jurisprudencia rígida y estricta desarrollada por el OSD hasta la fecha, ha mantenido estas situaciones como de excepción, no permitiendo que se conviertan en la regla como en el pasado.

Finalmente habría que mencionar que pese al uso intensivo del ESD en estos primeros años, la mayoría de cuestiones se refiere todavía a comercio de bienes en la línea del tradicional GATT/47, y que las

cuestiones nuevas de comercio de servicios y de protección de la propiedad intelectual han sido tratadas en tan pocas ocasiones, que todavía no es posible a la fecha emitir ningún juicio sobre el funcionamiento del sistema respecto a las mismas.

## **BIBLIOGRAFÍA**

JACKSON, John H. *The World Trade Organization. Constitution and Jurisprudence*. The Royal Institute of International Affairs. London, 1998.

MONTAÑA MORA, Miquel. *La OMC y el reforzamiento del sistema GATT*. McGraw Hill, Madrid 1997.

PALMETER, David. MAVROIDIS, Petros. *Dispute Settlement in the World Trade Organization*. Practice and Procedure. Kluwer Law International, 1999

PETERSMANN, Ernst-Ulrich. *The GATT/WTO Dispute Settlement System: International Law, International Organizations and Dispute Settlement*. Kluwer Law International, 1997.

## **REVISTAS**

HUDEC, Robert. *The GATT Legal System: A Diplomat's Jurisprudence*. En: Essays on the nature of international trade law. Cameron May, London. 1999

KOHONA, Palitha. *Dispute Resolution under the World Trade Organization: An Overview*. En: Journal of World Trade, 1994 (2) p. 23-47.

KOMURO, Norio. *The WTO Dispute Settlement Mechanism – Coverage and Procedures of the WTO Understanding*. En: Journal of World Trade, 1995 (4) p. 5-97.

PALMETER, David. *The WTO Appellate Body Needs Remand Authority*. En: Journal of World Trade, 1998 (1) p. 41-44.

PEREZ GABILONDO, José Luis. *Developing Countries in the WTO Dispute Settlement Procedures: Improving their Participation*. En: Journal of World Trade, 2001 (4) p. 483-488.

RUIZ FABRI, Hélène. *L'Appel dans le Règlement des Différends de L'O.M.C.: Trois ans après, quinze rapports plus tard*. En: Revue Generale du Droit International Public. 1999 (1) p. 47-122.

VALLES, Cherise. McGIVERN, Brenda. *The Right to Retaliate under the WTO Agreement. The "Sequencing" Problem*. En: Journal of World Trade, 2000 (2) p. 63-84.

VAN HAMEL, Hugo. *Selected Bibliography on the World Trade Organization*. Hague Academy of International Law 1997. En: Paolo Mengozzi (Ed.) *International Trade Law on the 50th Anniversary of the Multilateral Trade System*. Dott. A. Giuffrè Editore. Milano 1999.

### **RECURSOS ELECTRÓNICOS:**

El texto del Acuerdo por el que se establece la OMC, el del propio ESD, y en general de cualquier otro de los Acuerdos Abarcados, así también como el de todos los casos resueltos a la fecha, se pueden obtener en línea en la página web de la Organización Mundial del Comercio, en la siguiente dirección: [www.wto.org](http://www.wto.org)

Situación de las Diferencias en la OMC. Actualización al 16 de octubre de 2001. Informe de la Secretaría General de la OMC. 18 de octubre de 2001. Signatura documento: WT/DS/OV/1.