

Operatividad del sistema de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio con respecto a los países en desarrollo: Una primera aproximación a la luz del entendimiento de solución de diferencias

Marcela Rocío Santander Rengifo

Abogada por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

SUMARIO: I. Un breve acercamiento a la Organización Mundial del Comercio y su mecanismo de solución de diferencias. II. Construyendo algunos aportes y recomendaciones frente a medidas insuficientes e inadecuadas que se presentan en el ESD para con los países en desarrollo. 1. Falta de operatividad del principio de buena fe dentro del ESD. 2. Retorsión ineficaz dentro del ESD. 3. Altos costos del procedimiento de acceso al mecanismo de solución de diferencias.

I. Un breve acercamiento a la Organización Mundial del Comercio y su mecanismo de solución de diferencias

La Organización Mundial del Comercio (en adelante OMC) fue establecida como organización internacional el 1 de enero de 1995 producto de intensas negociaciones en el marco de la Ronda Uruguay (1986 - 1994), que concluyó con la suscripción del Acuerdo de Marrakech. Fue creada por voluntad de sus Estados Miembros, siendo su principal objetivo el servir de marco institucional común para el desarrollo de las relaciones comerciales en el ámbito global. Para el desarrollo de sus labores cuenta con un marco jurídico especial, denominado Entendimiento de Solución de Diferencias (en adelante ESD), que provee seguridad, previsibilidad y confianza a los Miembros que decidan someter sus conflictos comerciales al mecanismo de solución de diferencias a fin de lograr una pronta y efectiva conclusión de las disputas planteadas.

El ESD está constituido por todas aquellas normas y procedimientos aplicables a las diferencias que los Estados Miembros de la OMC sometan al Órgano de Solución de Diferencias (en adelante OSD), el cual actuará como “director de orquesta” que conduce la marcha y operatividad de todo el procedimiento, siendo su más importante responsabilidad la administración del ESD. En el cumplimiento de sus funciones, el OSD está facultado a establecer los denominados Grupos Especiales y el Órgano Permanente de Apelación, dedicados a una labor técnico-jurídica, proporcionando informes respecto de las diferencias puestas a su análisis, a fin de que éstos sean adoptados por el OSD.

Es posible identificar en el “espíritu” del ESD una marcada vocación de favorecer a los países en desarrollo debido a su particular condición económica. En tal sentido, se establecen dentro del procedimiento plazos más flexibles en la etapa de consultas a favor de los países en desarrollo, se presta una especial atención en los informes que emite el Grupo Especial y se fijan medidas especiales que adoptará el OSD una vez

finalizado el procedimiento, para que de este modo se logre compensar las desigualdades existentes entre los países en desarrollo y los países desarrollados.

De igual modo, es conveniente señalar que así como existe en el ESD una marcada intención de favorecer a los países en desarrollo a través de un trato especial y diferenciado en atención a su condición particular, también en la práctica estas medidas son insuficientes e inadecuadas, impidiendo alcanzar los objetivos que inicialmente se pretendían. Es a través de la identificación de estas deficiencias que intentaré brindar algunos aportes y sugerencias para una efectiva aplicación y utilidad de este trato especial en beneficio de los países en desarrollo durante el procedimiento de solución de diferencias propuesto por la OMC.

II. Construyendo algunos aportes y recomendaciones frente a medidas insuficientes e inadecuadas que se presentan en el ESD para con los países en desarrollo

Tal como señalé anteriormente, se han podido identificar medidas insuficientes e inadecuadas que no cumplen con el objetivo de ofrecer un trato especial a los países en desarrollo que enfrentan un procedimiento ante el OSD, por lo que finalmente terminan afectándolos. Por ello, procedo a detallar algunas de estas medidas ineficientes, localizando el problema y proponiendo ciertas soluciones.

1. Falta de operatividad del principio de buena fe dentro del ESD

Uno de los principios que informa todo el procedimiento de solución de diferencias de la OMC es el de la buena fe, debiendo entenderse como aquella “buena fe objetiva” que obliga a las partes a actuar durante el desarrollo del procedimiento y las negociaciones, de forma leal con respecto a su contraparte, sin ánimo de causar perjuicio y evitando actuar de manera oportunista. El tema de la buena fe se puede apreciar durante la etapa de consultas, cuyo

objetivo es llegar a una solución pronta y positiva tal como se desprende del ESD¹. Podemos observar que este principio de buena fe, tal y como está enunciado a lo largo del ESD, pretende informar e inspirar a todo el procedimiento, resultando sumamente acertada esta proclamación, pero también considero muy sensato identificar claramente el problema de operatividad que adolece actualmente este principio.

En este orden de ideas, sería importante considerar que la buena fe debe estar orientada a que, una vez terminada la etapa de consultas, el Grupo Especial realice un análisis para verificar si efectivamente las partes respetaron la buena fe, a fin de que dentro del informe del Grupo Especial se analice su comportamiento, el cual deberá ser tomado en cuenta en las posteriores etapas del procedimiento. La importancia de la operatividad de este principio durante las consultas radica en que es en esta etapa cuando las partes negocian y podrían llegar a soluciones prontas sin tener que recurrir a las demás etapas del procedimiento.

2. Retorsión ineficaz dentro del ESD

Otro tema que merece particular atención es el relativo a aquellas medidas puestas en ejecución por la parte reclamante frente al incumplimiento de la parte demandada, las que en el argot jurídico comercial son conocidas como retorsiones. Es así que dentro del ESD se presta un especial interés a estas medidas señalándolas como aquellas impuestas por el Órgano de Solución de Diferencias ante el incumplimiento de las resoluciones y recomendaciones, abarcando principalmente la suspensión de concesiones u otras obligaciones². No hay que perder de vista que el ESD ofrece a los Estados Miembros la oportunidad de aplicar retorsiones de acuerdo a determinados requisitos establecidos a lo largo de la lectura del artículo 22^o del ESD. En ese sentido, las retorsiones tal y como están enunciadas pretenden ser una herramienta de solución frente al incumplimiento de las resoluciones y recomendaciones del OSD, por la parte demandada, que no quiere o no puede dar cumplimiento a sus obligaciones.

Del análisis realizado al ESD, así como de los precedentes jurisprudenciales, se ha podido constatar

que este mecanismo de retorsión no ofrece una solución efectiva ni real a los problemas de los países en desarrollo, a pesar que son invocados dentro del procedimiento de solución de diferencias, ya que no cuentan ni con la fuerza económica ni política para obligar a un país desarrollado a cumplir con su obligación y, por consiguiente, la medida no resulta ser efectiva en la defensa de sus intereses.

Una vez identificado el problema, es importante realizar una particular reflexión sobre la teoría de Robert Hudec, estudioso investigador y una de las voces más autorizadas en materia de comercio internacional y desarrollo, cuyo planteamiento dará mayores luces sobre la importancia y finalidad de las retorsiones.

La Teoría de Hudec se desarrolla en relación "*al derecho de mantener el balance de la reciprocidad en las obligaciones*". Dicha teoría se fundamentó principalmente en las obligaciones que eran asumidas por cada país y que involucraban un balance de beneficios, es decir, aquellos privilegios otorgados a otros países bajo la forma de las obligaciones propias, eran equilibrados a su vez por los beneficios que obtenían de las obligaciones asumidas por otros. Ante el incumplimiento de obligaciones se ven reducidos los beneficios ya recibidos por la parte demandante y, de no subsanarse este incumplimiento, la parte demandante estará facultada para restablecer el balance a través del retiro de sus concesiones o el incumplimiento de sus propias obligaciones. Es así que dicho balance requiere represalias equivalentes a la cantidad de beneficios perdidos. Hudec deja en claro que dichas represalias deben ser vistas como el derecho a mantener el balance de la reciprocidad en las obligaciones y no como sanciones punitivas³.

Por lo expuesto, considero que la teoría proclamada por Hudec podría ser de mucha utilidad en los casos que estén de por medio obligaciones asumidas por los países, las cuales importan un balance de beneficios y en donde las retorsiones impuestas buscan restablecer dicho balance equitativo. En este caso, los criterios a tener en consideración serán los de proporcionalidad y reciprocidad en las obligaciones asumidas por los países⁴.

Sin pretender apartarnos de este razonamiento, considero sustancial, dentro del contenido jurídico del

¹ Artículo 3.7 del ESD: "Antes de presentar una reclamación, los Miembros reflexionarán sobre la utilidad de actuar al amparo de los presentes procedimientos. El objetivo del mecanismo de solución de diferencias es hallar una solución positiva a las diferencias (...)"

Artículo 3.10 del ESD: "Quea entiendo que las solicitudes de conciliación y el recurso al procedimiento de solución de diferencias no deberán estar concebidos ni ser considerados como actos contenciosos y que, si surge una diferencia, todos los Miembros entablarán este procedimiento de buena fe y esforzándose por resolverla (...)"

Artículo 4.3 del ESD "Cuando se formule una solicitud de celebración de consultas de conformidad con un acuerdo abarcado, el Miembro al que se haya dirigido dicha solicitud responderá a ésta, a menos que se convenga de mutuo acuerdo lo contrario, en un plazo de 10 días contados a partir de la fecha en que la haya recibido, y entablará consultas de buena fe dentro de un plazo de no más de 30 días contados a partir de la fecha de recepción de la solicitud, con miras a llegar a una solución mutuamente satisfactoria (...)"

² Sobre el tema relativo a suspensión de concesiones u otras obligaciones, recomendamos revisar para una mayor detalle la Website: www.wto.org/spanish/thewto_s/minist-s/min03_s/brief_13_s.htm

³ Traducción libre de HUDEC, R.E.: The adequacy of WTO dispute settlement remedies: a developing country perspective. Development, trade and the WTO : a handbook / ed. by B. Hoekman, A. Mattoo and P. English. Washington, D.C.: Worldbank, 2002, p. 86.

http://publications.worldbank.org/catalog/content-download?revision_ic=1526166

En: SANTANDER RENGIFO, Marcela Rocio. "Consideraciones Jurídicas del Sistema de Solución de Diferencias de la OMC y la participación de los países en desarrollo". (Tesis) PUCP. 2006. p. 138.

⁴ SANTANDER RENGIFO, Marcela Rocio. Op.Cit. p 138-139.

procedimiento, una especial atención al cumplimiento de las resoluciones y recomendaciones por los Estados miembros de la OMC. Por ello, resulta necesario el estudio de lo que se denomina el "efecto vinculante" de las resoluciones y recomendaciones del OSD, el cual he querido calificar como aquel efecto jurídico donde los Estados miembros reconocen válidamente las recomendaciones y resoluciones del OSD, sujetándose a todas las medidas en consonancia y a los efectos de éstas. En líneas generales, este es el sentido que se le debe dar al "efecto vinculante" en el marco del OSD, para lo cual me permito presentar los fundamentos sobre los cuales baso tal afirmación.

En primer término, todos los Estados Miembros que conforman la OMC, han suscrito un compromiso obligacional de someterse válidamente a todas las disposiciones del acuerdo por el que se establece la OMC (en adelante acuerdo OMC). En este sentido no cabe duda de la voluntad por parte de los Estados miembros de querer hacer vinculantes compromisos como el acuerdo, en el cual se van a materializar los objetivos, funciones, organización y otros lineamientos que inspiran y orientan a esta organización internacional.

Por otro lado, podemos apreciar que el párrafo 7 del artículo 3º del ESD señala claramente "*que el objetivo del mecanismo de solución de diferencias es hallar una solución mutuamente aceptable de conformidad con los Acuerdos abarcados y para ello contar con un plazo prudencial - párrafo 2 artículo 21*". En tanto, el párrafo 1 del artículo 21º del ESD señalan claramente, que "*para asegurar una eficaz solución de las diferencias en beneficio de todos sus miembros será esencial el pronto cumplimiento de las recomendaciones o resoluciones del OSD*". Haciendo una interpretación sistemática del articulado del respectivo ESD podemos apreciar que claramente se exhorta a las partes al cumplimiento de sus obligaciones. En tal sentido, se puede observar la existencia del "efecto vinculante" que sujeta a las partes al fallo del OSD.

También podemos notar la presencia de este efecto vinculante en la práctica diaria a través de los casos que se someten ante el OSD y particularmente cuando al final del procedimiento se adoptan los informes de estado de las controversias resueltas, también se puede apreciar la voluntad por parte de los estados miembros de poner sus medidas en conformidad a lo establecido y ofrecer informes mensuales al OSD. Esta práctica generalizada y continua por parte de los miembros genera vinculatoriedad por costumbre internacional.

Debe recordarse que el párrafo 7 del artículo 3º del ESD prevé con respecto a las medidas de retorsión que, ante

la imposibilidad de llegar a una solución en consulta, estas medidas servirían para el restablecimiento del balance de reciprocidad en las obligaciones asumidas por los miembros, las cuales se han reconocido válidamente en virtud del efecto vinculante.

Por todo lo expuesto podemos concluir este apartado en relación al tema de la retorsiones y su relación con el "efecto jurídico vinculante" diciendo que el OSD, al emitir una resolución lo hará en función de aquellas facultades que los miembros le han otorgado y permitirá que respondan a través de un efectivo cumplimiento de las resoluciones. En este sentido, las resoluciones emanadas por el OSD serán plenamente válidas y los efectos jurídicos totalmente legítimos.

3. Altos costos del procedimiento de acceso al mecanismo de solución de diferencias

Otro problema que merece nuestra atención es el tema de los altos costos para afrontar el procedimiento de diferencias en el seno de la OMC. Los países en desarrollo tienen que enfrentar los costos de acceso al sistema así como también a lo largo del procedimiento. Muestra de ello son los elevados gastos en honorarios de estudios de abogados especializados en temas de la OMC y los gastos administrativos que devienen de la marcha del procedimiento.

Podemos notar que, si bien es cierto el tema de costos es un problema que enfrentan todos los Estados miembros una vez iniciado el procedimiento ante el OSD, no podemos dejar de ponderar la capacidad económica con la que cuentan y la diferencia asimétrica de recursos que existe entre los países en desarrollo y los países desarrollados.

Con respecto al tema, no solo hay que preocuparnos por el análisis cuantificable de llevar un caso ante el OSD, sino dar un paso más adelante y observar las implicancias políticas y económicas de cada país. No perder de vista las estrategias y ventajas que maneja cada país, para posteriormente evaluar el tiempo invertido y gastos administrativos en el procedimiento y tener una real ponderación para el país que afronta dicho procedimiento. En este orden de ideas podemos afirmar que este problema de costos tendría una particular implicancia dentro del mecanismo de solución de diferencias de la OMC y por ende se dejaría afectar.

Asimismo, es importante mencionar algunos aportes y sugerencias que servirán a los países en desarrollo al momento de participar en un procedimiento ante el OSD. En primer lugar, como parte de una estrategia es

¹⁸Entiéndase por costas procesales aquellos gastos en los que se hubiera incurrido por cada etapa del procedimiento, que comprenderá las consultas, las actuaciones del grupo especial y del Órgano de Apelación. Asimismo también incluirán los honorarios de los abogados, cargas, preparación de documentos en los que se haya tenido que incurrir en asesoramientos orales o por escrito, antes, durante y después de las consultas, las actuaciones del grupo especial o del Órgano de Apelación para un número conveniente de funcionarios. En el mismo sentido la delegación de la India menciona la importancia de tal propuesta en: Documento preparado por la Secretaría de la OMC a petición del Presidente sobre la base de las contribuciones de los Miembros, hasta el 14 de marzo de 2003. En: SANTANDER RENGIFO, Marcela Rocio. Op. Cit. p. 144.

recomendable realizar un análisis costo-beneficio por parte del país en desarrollo. Debe tenerse en claro qué se quiere lograr una vez iniciado el procedimiento, así como discernir bien sobre la magnitud del problema y los intereses en juego, para luego ponderar si se cuentan con los recursos necesarios para asumir un procedimiento largo y costoso ante la OMC. Citando un ejemplo, en el caso SARDINAS, diferencia en la que participó el Perú como demandante y la Comunidad Europea como demandada, el Estado peruano tuvo que librar un procedimiento largo y costoso, en el cual contó con el apoyo durante todo el procedimiento del Centro de Asesoría en Asuntos Jurídicos de la OMC, así como del Ministerio de Relaciones Exteriores y PROMPEX, entre otras instituciones. Finalmente se obtuvo un resultado positivo después de más de un año de costoso procedimiento. Este caso es una muestra de la importancia en la ponderación de los intereses en juego y el grado de coordinación en el apoyo jurídico especializado que tuvo el Perú por parte del Centro de Asesoría en Asuntos Jurídicos de la OMC, y la estrecha coordinación que existió entre el sector público y privado en defensa de los intereses del Estado.

En este orden de ideas, y en mérito de prestar una especial atención a los países en desarrollo, considero importante señalar que cuando un país en desarrollo tenga que enfrentar un procedimiento como reclamante ante la OMC y de resultar vencedor, este podrá solicitar el reembolso de las costas procesales en las cuales incurrió durante todo el procedimiento, las cuales deben ser reconocidas a través de una Resolución con "efecto vinculante" emitida por el OSD, para que, de esta manera, se pueda reparar de alguna manera la afectación generada por el demandado al país en desarrollo reclamante.

Para concluir, tan solo quiero dejar sobre la mesa una reflexión que debería servir para animarnos a continuar en el análisis y comprensión de los temas relativos a la OMC. Estamos ante la presencia de una organización internacional joven, que irá dando muestras de innumerables aciertos así como también de falencias que se irán corrigiendo con el tiempo y la voluntad política de los estados Miembros que la conforman, teniendo siempre como horizonte el bien común y cooperación internacional entre los estados y procurando en todo momento hacer una referencia