

El acceso al mecanismo de solución de controversias de la OMC: obstáculos de procedimiento¹

The Procedure for Controversy Solving in the WTO: An Approach from the Developing Countries

La procédure pour la décision de controverses au sein de l'OMC: une interprétation d'après les pays sous-développés

Germán Burgos Silva

Abogado y Doctor en Derecho
Profesor Universidad Nacional de Colombia y
Universidad Libre
jgburgoss@unal.edu.co

Recibido: 22 de agosto de 2012
Evaluado: 15 de mayo de 2013
Aprobado: 20 de mayo de 2013
Tipo de artículo: Reflexión resultado de investigación

Contenido

-
- Introducción
 - 1. El procedimiento SSD de la OMC
 - 2. La etapa de consultas
 - 3. La etapa del grupo especial
 - 4. La etapa de apelación
 - 5. La fase de cumplimiento
 - 6. Conclusiones
 - 7. Referencias
-

¹ El artículo es resultado del proyecto de investigación intitolado: "Desterritorialización de la Justicia. El Caso de la OMC".

Resumen

En este artículo se analizan distintas formas en que el procedimiento bajo el que funciona el Sistema de Solución de Diferencias (SSD) de la OMC crea dificultades para un mejor y mayor acceso por parte de los países en desarrollo. Se basa en el análisis tanto formal como de desempeño del procedimiento del SSD y plantea, entre otros, que la flexibilidad de la etapa de consultas donde se resuelven negociadamente la mayoría de conflictos al margen de las condiciones de desigualdad de los países; la inversión en determinados casos de la carga de la prueba que impacta en los costos del proceso; la libertad probatoria que facilita su aporte al final del procedimiento y por último la imposibilidad de obtener una compensación en dinero frente a los incumplimientos de las normas comerciales, han posibilitado a los países más ricos mantener normas contrarias a los acuerdos suscritos sin temor a verse obligados a resarcir por los daños causados a las economías de los países en desarrollo. Todo lo anterior afecta la calidad del acceso a la solución de controversias comerciales por los países en desarrollo.

Palabras clave

Acceso, OMC, Países en desarrollo, Solución de controversias

Abstract

This article analyzes the different manners in which the procedure of the Dispute Settlement System (DSS) of WTO creates difficulties for a better and greater access of developing countries. The article is based on the analysis of both formal and empirical information about the DSS procedure, and proposes that some factors have enabled rich countries to maintain standards that are contrary to the covered agreements without fear of being forced to compensate the damages caused to the economies of developing countries. Among these factors we have: the flexibility of the consultation phase in which negotiators resolve most of the disputes regardless of unequal conditions between countries; in certain cases, the reversion of the burden of proof which affects the cost of the process; the freedom of proof which makes its contribution at the end of the procedure; and the inability to obtain a cash payment for violations of trade rules. All of the above affects the quality of the access of developing countries to the settlement of commercial disputes.

Keywords

WTO, Access, Dispute Settlement, Developing countries

Résumé

Cet article analyse les différentes formes dans lequel la procédure sous lequel fonctionne le *Système de Décision de Différences* de l'OMC crée des difficultés pour un meilleur et plus grand accès des pays sous-développés. On a réalisé un analyse formel, comme une analyse de performance sur le procédure du système de décision de différences et on propose, entre autres, que la flexibilité de la phase de consultations où sont résolus par consensus la majorité de conflits en marge des conditions d'inégalité des pays; l'inversion dans quelques cas de la charge de le preuve, ce qui affecte les couts du procès; la liberté probatoire, que facilite son apport au final du procès, et finalement l'impossibilité d'obtenir une compensation en argent en face des inaccomplissements des règles commerciales, ont rendu possible aux pays les plus riches, de maintenir règles qui sont contraires aux accords recouverts sans crainte à être obligés à dédommager les dommages produits aux économies des pays sous-développés. Tout ca qu'on a mentionné affecte la qualité de l'accès à la décision de controverses commerciales pour les pays sous-développés.

Mots-clés

Organisation Mondiale du Commerce, accès, décision de controverses, pays sous-développés

Introducción

Buena parte de los países identificables como subdesarrollados y que son a su vez mayoría en la OMC no han presentado ni un solo caso ante el Órgano de Solución de Controversias de este organismo. Del continente africano, por ejemplo, solo Egipto ha promovido un caso para panel contra Turquía. Por su parte, solo Bangladesh en cuanto país considerado menos desarrollado o pobre, ha utilizado el sistema sin haber llegado hasta el final (Amaral, 2007), (Mosoti, 2006) (Shaffer et al, 2008). Colombia por su parte no ha llevado ningún caso a su fin en calidad de demandante, habiendo sido demandado en varias ocasiones. Visto de manera optimista, salvo los casos prototípicos de India y Brasil como usuarios reiterados del sistema, la participación de los países en desarrollo que logran acceder, termina en muchos casos en la etapa de consultas, previa a la constitución de un pánel o tiene lugar en calidad de tercera parte, pero no como demandante (Bolh, 2009).

Esta referencia al no acceso debe sin embargo matizarse. El mundo en desarrollo no está accediendo en calidad de demandante efectivo, esto quiere decir iniciando al menos el mecanismo de consultas. Sin embargo, su acceso en calidad de demandado sí ha aumentado. Según Shaffer, los países en desarrollo están siendo más demandados bajo la OMC que bajo el GATT (2008)². Esta afirmación, sin embargo, debe relativizarse si tenemos en cuenta que bajo este último sistema solo 10 países en desarrollo formaban parte del mismo y bajo la OMC son la mayoría. Con todo, a febrero de 2007, el 23% de las demandas había sido por países desarrollados contra países en desarrollo y el 15 % entre países en desarrollo (Trogolo, 2007). En suma, puede verse un incremento en calidad de demandados respecto de algunos países en desarrollo.

El acceso limitado o relativo de los países en desarrollo se puede valorar de formas diversas. De un lado, los problemas de acceso conllevan una deslegitimación del sistema comercial multilateral como un todo, en la medida misma en que la mayoría de estados no están pudiendo hacer valer sus diferencias en el mismo y por tanto de una u otra forma consideran parte de este ordenamiento como poco útil respecto de sus expectativas. Para Ragosta, por su parte, el virtual no acceso cuestiona a fondo un sistema que en buena parte se basa en pretender solucionar de manera cuasijudicial los conflictos y en tal sentido precisa de una participación real de todos los interesados (Ragosta, 2000)³.

El no acceso tiene igualmente impactos escalonados en al menos dos niveles. De un lado, impide a quienes no participan, influir en el desarrollo de un marco de regulación que dadas las dificultades para ser cambiado por las vía de las conferencias ministeriales, se viene ajustando a través de las decisiones de los pánels y del Órgano de Apelaciones.⁴ En segundo lugar, el no acceder dificulta influir en la generación de precedentes que pueden ser centrales frente a casos futuros. En otros términos, a pesar de que el Sistema de Solución de Diferencias (SSD) no cuenta con un reconocimiento jurídico vinculante del precedente, en la práctica si tienden a tenerse en cuenta las decisiones pasadas. Poder participar en el mecanismo de solución de controversias y aportar interpretaciones

² "Hoekman and Michel Kosteci confirm that, under the WTO, "the developing country share in terms of being a defendant rose to 37 percent" compared to "only 8 percent of all cases brought during the GATT years" (Shaffer, 2008).

³ "If the WTO is to function effectively as a "world court" for trade, then it must provide an opportunity for the real party in interest to participate effectively" (Ragosta, 2000).

⁴ "Participation in the WTO dispute settlement system is essential for shaping WTO law's interpretation and application over time. Participation in WTO judicial processes is arguably more important than is participation in analogous judicial processes for shaping law in national systems for two reasons. First, the difficulty of amending or interpreting WTO law through the WTO political process enhances the impact of WTO jurisprudence. Unlike national or EC law, WTO law requires consensus to modify, so that the WTO political/legislative system remains extremely weak." (Shaffer, 2003).

sobre las normas de la OMC puede influir en la generación de jurisprudencia que influirá la decisión de casos futuros.⁵

Las causas del no acceso de los países en desarrollo son múltiples. Las mismas van desde los costos de la asistencia legal, las dificultades para determinar si ha habido el rompimiento de uno de los acuerdos administrados por la OMC, el temor a las reacciones de las potencias comerciales etc. Adicionalmente a estas, se pueden identificar constricciones procedimentales que pueden constituirse en dificultades para un mejor o mayor acceso.

Efectivamente, el presente texto, está dirigido a establecer de qué forma aspectos de la actual estructura procedimental del SSD de la OMC están generando dificultades para el acceso adecuado de los países en desarrollo. En tal sentido se trata de visualizar fundamentalmente como características del procedimiento si bien inicialmente no impiden el acceso, no garantizan que el mismo tenga plenas garantías para los países en desarrollo. Dada esta situación, las mismas pueden convertirse en generadoras de desconfianza frente al procedimiento, afectando potencialmente su acceso.

Las constricciones procedimentales objeto de este artículo no versarán por tanto sobre aquellas que hacen relación al tratamiento especial previsto para los países en desarrollo, aunque se hará una breve referencia a las mismas. El tratado creador del mecanismo de solución de controversias tiene varias normas que establecen, entre otros, la posibilidad de plazos más largos y otras consideraciones favorables a los países en desarrollo respecto de distintos ámbitos del procedimiento y las decisiones para la solución de una controversia. La mayoría de balances al respecto han establecido que estas no funcionan como se espera por su carácter vago y no siempre obligatorio, por su no invocación por los países en desarrollo y por el reconocimiento errático de las mismas por los paneles o el Órgano de apelación⁶.

La elaboración de este artículo se funda en la identificación, revisión y análisis crítico de la producción académica relevante para el tema. Si bien hay antecedentes importantes donde se estudia el acceso del mundo en desarrollo al SSD de la OMC, la mayoría de ellos no han analizado de manera expresa los componentes procedimentales del mismo. Por tanto este trabajo trató de vincular y analizar los antecedentes básicos sobre el objeto de análisis, centrándose en ver como determinados aspectos dificultan un acceso adecuado para los países en desarrollo. Finalmente, los datos que se recogen para ilustrar algunos hechos, trataron de ser lo más actualizados según la literatura existente. Con todo, en algunos casos esta llega hasta el 2007. Dado que el objeto de este artículo es analizar aspectos procedimentales que siguen vigentes, las fechas en mención no afectan el fondo de los planteamientos del texto. En cuanto parte de una investigación más amplia dedicada al tema del acceso a la justicia en el mecanismo de solución de controversias de la OMC, este artículo se identifica como de reflexión a partir de resultados de investigación.

Para desarrollar el anterior objeto de trabajo, este artículo se organiza en cuatro partes, cada una asociada a las etapas procesales del mecanismo en cuestión. Respecto de cada acápite, se ubica de manera formal y fáctica como están organizadas y como han funcionado las etapas básicas del procedimiento de solución de controversias, a saber consultas, grupo especial y cumplimiento final de la decisión. Simultáneamente con la descripción formal y de funcionamiento de cada etapa, se ubican los aspectos procedimentales objeto de preocupación e identificados por la literatura. Al final se incluye una sección de conclusiones.

⁵ "As a result of the increased importance of WTO jurisprudence and the rigidity of the WTO political process to modify it through treaty amendment or formal interpretation, those governments "that are able to participate most actively in the WTO dispute settlement system are best-positioned to effectively shape the law's interpretation and application over time to their advantage" (Shaffer, 2003).

⁶ En general este es un tema ya estudiado por la literatura especializada. Al respecto puede consultarse Ewart, 2007 y Amin, 2007.

1. El procedimiento del SSD

El desarrollo de un caso al interior del SSD está sometido a un marco procesal general que establece normalmente tres etapas. Estas son las de consultas, grupo especial y aplicación de la decisión tomada por parte del Organismo de Solución de Controversias (OSC) en pleno. A estas se puede agregar la de apelación que en principio depende de si las partes en litigio optan por desarrollarla o no. A continuación se hará una presentación de cada una de las fases en cuanto su organización procesal, su funcionamiento y la identificación de los obstáculos objeto de este artículo.

2. La etapa de consultas

Para iniciar esta, el estado correspondiente debe presentar solicitud por escrito, la cual debe ser notificada al SSD y a los consejos y comités correspondientes según acuerdos. En ésta, se deben explicar las medidas cuestionadas y las razones jurídicas, presentadas de manera escueta y según las cuales, aquellas violan parte de los acuerdos abarcados. Igualmente se recomienda identificar de qué manera la medida objeto de la consulta está afectando al estado reclamante.

Por su parte, el estado reclamado está en el deber de contestar en un plazo de 10 días posterior a la recepción. El proceso de consultas debe iniciar en no más de 30 días desde la contestación (Grane, 2008). El tratado relativo al funcionamiento del SSD admite la participación de terceros interesados en esta etapa, siempre y cuando no sean rechazados por el país demandado.

La etapa en mención busca en lo fundamental permitir una solución del conflicto de manera negociada y directa entre las partes, lo cual es expresión del compromiso general de los miembros de la OMC de buscar acuerdos amistosos para resolver sus diferencias. Por tanto, esta fase es obligatoria para poder pensar en la convocatoria de un grupo especial y de hecho si tiene éxito impedirá la existencia del mismo. Buena parte de las reglas que rigen la etapa de consultas son informales y establecidas entre las partes y el desarrollo de la misma es confidencial.

Técnicamente las consultas no tienen un plazo definido y su extensión puede darse de común acuerdo entre las partes, salvo en casos de urgencia. Sin embargo, la parte que inició las consultas puede darlas por terminadas si han transcurrido 60 días de desarrollo de las mismas sin llegar a ningún acuerdo. Este límite tiene dos excepciones cuando las partes acuerdan que no es viable llegar a una solución o cuando iniciadas las consultas no hubo respuesta alguna por la contraparte. Debe anotarse que cuando el reclamado es un país en desarrollo, el periodo de consultas puede alargarse de común acuerdo por 60 días adicionales a los inicialmente previstos según lo antes registrado. Cumplida esta etapa sin resultados, se puede convocar por el reclamante, la conformación de un grupo especial (Villamarín, 2004).

El funcionamiento real de la etapa de consultas permite visualizar en un primer momento su alto alcance. Según diversas estimaciones, cerca de un 70 % de los casos iniciados terminan en la etapa de consultas, lo cual no siempre quiere decir que estos terminen efectivamente en negociación, pudiendo ocurrir como tal el abandono del caso por el país demandante (Saez, 2006), (Shaffer, 2005). De acuerdo con algunos estudios, los casos que tienden a terminar vía consultas son aquellos con un contenido flexible, por ejemplo aranceles, mientras aquellos relacionados con conflictos de suma cero, tienden a no resolverse por esta vía (Colares, 2009) Para observar el impacto de la etapa de consultas, téngase en cuenta que de cerca de 360 casos presentados hasta 2007, solo 109 pasaron a la etapa de grupo especial y en general completaron todo el procedimiento (Wilson, 2007).

El “éxito” de la etapa de consultas en cuanto en ella terminan buena parte de los casos iniciados, tiene que ver igualmente con el papel de los países desarrollados en esta parte del procedimiento. Muchos de ellos, que son en gran parte los usuarios reiterados del sistema, amparados en su poder comercial y la ausencia de transparencia del procedimiento, obtienen concesiones liberalizadoras sobre los países menos desarrollados que son demandados:

“En otros términos, los países más ricos tienden a resolver sus diferencias a través de negociaciones, mediante consultas, o en la etapa de grupo especial, antes del veredicto, en tanto que los reclamantes más pobres no logran que los demandados ofrezcan concesiones sustanciales en esos puntos del proceso. En las diferencias comerciales suscitadas entre Estados Unidos y la Unión Europea, por ejemplo, todos los casos en que se han logrado concesiones han finalizado antes de que el grupo especial se pronuncie. En resumen, los beneficios del pronunciamiento suceden, en proporción mucho mayor, antes de que haya finalizado un litigio formal, y en muchos casos antes de que siquiera comience. Por ello es especialmente importante, para los países en desarrollo, cerrar la brecha en materia de “arreglo temprano” (Busch et al, 2004)⁷

Dos casos, entre otros, parecen mostrar lo anterior. En 1996, los Estados Unidos iniciaron consultas contra Paquistán, Argentina e India por la ausencia de garantía en estos países de los derechos de propiedad intelectual previstos en el ADPIC. La pretensión era impertinente si tenemos en cuenta que estos países tenían un tiempo de gracia concedido en su condición de países en desarrollo. A pesar de que estos tenían buenas razones para prever un desenlace a su favor, Argentina y Paquistán optaron por negociar en consultas e introducir los correctivos solicitados por los Estados Unidos.

El papel adquirido por la etapa de consultas para los países más fuertes y los obstáculos que en general tiene el sistema, hacen de esta primera etapa un momento crítico para el trámite de un caso, visto desde un país en desarrollo. Esto en primer lugar pues la mayoría de concesiones liberalizadoras a favor del mundo desarrollado se hacen en este momento. En segundo lugar, por que gran parte de los casos terminan en esta etapa. En últimas, poder participar adecuadamente en esta fase del procedimiento es crítico para los países en desarrollo (Salles, 2006).

Por lo anterior, la etapa de consultas es un tema de debate para muchos países del tercer mundo que han cuestionado parte de su configuración actual. En tal sentido se ha valorado críticamente que las negociaciones deban hacerse en Ginebra lo cual hace costoso este proceso si se tiene en cuenta que varios países miembros de la OMC no cuentan con sedes permanentes en esta ciudad suiza. Igualmente se ha criticado la posibilidad antes indicada de dar por terminada unilateralmente la etapa de consultas lo cual ha facilitado que los países más fuertes comercialmente presionen a aquellos más débiles a llegar a un acuerdo a fin de evitar la iniciación de un grupo especial (Ewart, 2007), (Hoekman et al, 2000). De otra parte, el carácter confidencial y el hecho de que una buena parte de las negociaciones no se reporta al OSD, no permite monitorear el alcance de lo negociado entre países en situación de desigualdad⁸.

⁷ “There is evidence that developed countries continue to use their political and economic muscle to influence the process. This begins during the required consultation phase when, the evidence suggests, developed countries use this disparity to dissuade developing countries from even initiating consultation requests” (Ewart, 2007).

⁸ “Many argue that power politics have spilled into the supposedly ‘legalized’ and ‘rules based’ dispute settlement procedures. One must be suspicious for example of the informal and highly confidential consultation phase – the first stage of the dispute process where countries are encouraged to negotiate settlements to their disputes. Unfortunately, any documentation produced during this phase, including consultation outcomes, are not public record and thus any empirical review is not possible”. (Jones, 2005).

3. La etapa del grupo especial

En caso de que no se logre una solución negociada en la etapa de consultas, se dará lugar, previa solicitud del demandante dirigida al OSC (Órgano de Solución de Controversias)⁹, a la creación de un grupo especial. Para que este tenga lugar se debe solicitar por escrito su surgimiento haciendo referencia a las medidas que se considera violan los acuerdos abarcados estableciendo igualmente los fundamentos de derecho de tal valoración.

El mandato general y uniforme del grupo especial corresponde fundamentalmente a examinar los argumentos y pruebas presentados por las partes en relación con el incumplimiento o afectación de los intereses de alguna de ellas y emitir conclusiones que puedan eventualmente ser tomadas como recomendaciones por el de solución de controversias en pleno. Este mandato puede ser ajustado de común acuerdo entre las partes, contando con la intervención del presidente del OSC. (Art. 7, DSU). En este punto se debe anotar que cualquier estado en calidad de tercero podrá ser escuchado en el desarrollo de la actividad del grupo especial, tanto a nivel oral como escrito, debiéndose hacer referencia a su intervención en las conclusiones del OSC.

El desarrollo del anterior mandato se regirá por lo previsto en el apéndice tres del entendimiento, salvo voluntad diferente de los integrantes del grupo especial consultada con las partes. En tal sentido, estas pueden ajustar flexiblemente el desarrollo del mismo especialmente a nivel de tiempos, ampliándolos hasta un máximo de 9 meses y en el caso de países en desarrollo mucho más.¹⁰ Es igualmente posible por voluntad de las partes, suspender un grupo especial y en caso de que supere los 12 meses se entiende como abandono del caso.

Según el artículo 3,8 “en los casos de incumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de un acuerdo abarcado, se presume que la medida constituye un caso de anulación o menoscabo. Esto significa que normalmente existe la presunción de que toda transgresión de las normas tiene efectos desfavorables para otros Miembros que sean partes en el acuerdo abarcado, y en tal caso corresponderá al Miembro contra el que se haya presentado la reclamación refutar la acusación”.

En otros términos, en caso de que haya un incumplimiento evidente de las normas objeto de la diferencia, existe un proceso de inversión de la carga de la prueba según el cual la parte que ha roto con alguna norma debe probar que no lo ha hecho o que no tiene efectos contrarios para la parte demandante. Sin embargo, en aquellos casos donde la diferencia sea asociada a un incumplimiento parcial o discutible o a actuaciones válidas jurídicamente pero generadoras de daño, la carga de la prueba descansa en buena parte en el demandante. Si no se aporta la prueba por el demandante, no se podrá fallar en contra del demandado.

A este respecto debe anotarse, que el procedimiento no establece de manera definida en quien descansa la carga de la prueba y por lo demás las posiciones de los paneles y el Órgano de apelación en relación con el tema, han sido variables según la situación que deba probarse (Grando, 2009).

⁹ Para los efectos de este artículo, la expresión SSD hará referencia al sistema general de solución de conflictos incluyendo sus diversas etapas y los varios organismos que intervienen en tal proceso. Por su parte, la denominación OSC versa sobre el organismo que dentro de la OMC toma formalmente las decisiones vinculantes de resolución de un conflicto, el cual está integrado por todos los países miembros de aquella.

¹⁰ “Las reglas de procedimientos especiales que podrían agregarse a las contempladas por el Apéndice 3 del ESD incluyen aquellas relativas a lo siguiente: protección de información confidencial, medidas o decisiones preliminares, traducción y transmisión de documentos, solicitud de documentos, publicidad de las audiencias, mecanismos para recibir información no solicitada, otorgamiento de derechos adicionales a terceras partes, etc.” (Grane, 2008).

Por su parte, la dinámica probatoria de este proceso está sujeta al principio de libertad probatoria. Esto significa que es admisible cualquier prueba, presentada en cualquier forma y en cualquier tiempo.¹¹ Dichas pruebas serán valoradas libremente por el grupo especial. En igual sentido, este puede determinar y contar con la información y conocimiento de cualquier experto teniendo en cuenta el creciente carácter técnico que tienen algunos temas y pruebas (Grane, 2008).

Esta configuración probatoria presenta varios problemas para los países en desarrollo. De un lado, la inversión de la carga de la prueba en violaciones *prima facie* planteadas por los demandantes, los coloca en una situación vulnerable y costosa pues deben demostrar que no le están causando daño a aquel. Esto resulta en determinados casos en una carga económica y complicada aún para un país desarrollado pero crítica para un país pobre. En igual sentido, las posiciones cambiantes y por tanto no sostenidas de los paneles y del Órgano de Apelaciones pueden afectar a los países en desarrollo pues en su calidad de demandantes o demandados no siempre tienen claro que deben probar o no respecto de sus respectivas pretensiones o defensas.

Por otra parte, la libertad probatoria, entre otros, ha conllevado un aumento de su carácter técnico y detallado. En tal sentido, los países en desarrollo deben hacer esfuerzos cada vez más costosos para aportar o controvertir pruebas aportadas por sus contrapartes mejor dotadas para plantear esta información.¹² Lo anterior se hace más crítico si tenemos en cuenta que las pruebas se pueden aportar en cualquier tiempo lo cual significa que dado su carácter técnico y su oportunidad variada, aquel país con mayores recursos puede presentar pruebas casi incontrovertibles al final del procedimiento. Finalmente, el sistema actual no garantiza que el grupo especial solicite de manera obligatoria la presentación de pruebas por parte de la contraparte demandada. Dada la carga de la prueba invertida que existe en algunos casos, es perfectamente posible que un país desarrollado demandado por uno en desarrollo, no aporte pruebas en su defensa y en tal sentido dificulte al máximo el desarrollo de un caso:

An even larger problem facing developing countries, though, appears when a counter party *refuses* to submit evidence. Perhaps the weakest link in the void of WTO rules of evidence is a panel's inability to compel a party to produce evidence within its exclusive control. This deficiency is particularly relevant for developing countries, which already face an uphill battle discussed herein to produce their own evidence. If a wealthier counterparty can further manipulate the disparity in resources by "failing" to provide evidence, it forces developing countries to do even more scrambling (Bolh, 2009).

En otro plano del análisis, el grupo especial está integrado por personas escogidas para el efecto de una lista de expertos organizada por la secretaria de la OMC e integrada por personas propuestas por los diversos gobiernos y que en líneas generales pueden provenir de la diplomacia, la abogacía profesional o la academia. El tratado por el que se creó el SSD es claro en establecer que los integrantes del mismo deben ser elegidos asegurando su independencia y en tal sentido no representan a los países de los cuales provienen. A fin de permitir una imparcialidad mayor, salvo acuerdo en contrario, no es posible designar un integrante de grupo especial perteneciente a alguno de los países parte en la controversia. En este sentido y previa petición de un país en desarrollo, se podrá nombrar un árbitro proveniente de otro país en desarrollo a fin de garantizar que sus expectativas e inquietudes en cuanto tal sean tenidas en cuenta. La designación de los integrantes del grupo es inicialmente de común acuerdo entre las partes, pero ante diferencia al respecto, el presidente del OSC puede

¹¹ "On the other hand, because the rules on the timing of evidentiary submissions are also lax, there is the opportunity for parties to continue introducing new evidence as the dispute moves forward. As Andersen notes, "it is not unusual in fact-intensive cases for more exhibits to be filed by the complaining party *after* it files its first submission than were included in its first submission." (Bolh, 2009).

¹² "The increasing importance of fact-finding at the WTO manifests in various ways. As the nature of WTO dispute settlement becomes more technical, panels may need to broaden their understanding of issues. Depending upon the type of case, parties may find the need to produce economic and/or scientific evidence" (Bolh, 2009).

establecerlo unilateralmente cumpliendo algunas consultas internas (Art. 8 DSU). El tiempo para integrar un grupo especial no debe superar los 30 días, pero en la práctica toma cerca de 70 (Grane, 2008).

La composición real de los paneles sin embargo, tiene dinámicas que contrastan con su orientación inicial. En primer lugar, estos tienden a ser conformados más por personas con antecedentes diplomáticos y de confianza por parte de los estados que por técnicos o personas venidas de la academia.¹³ Esto es una dificultad para los países en desarrollo si tenemos en cuenta que los panelistas de origen diplomático consideran elementos más políticos a la hora de decidir en casos que afectan a países desarrollados respecto de aquellos en desarrollo.¹⁴ Lo anterior es más claro si se tiene en cuenta que la procedencia geográfica de los panelistas es desigual. Para el caso africano y hasta 2005, solo 9 panelistas provenientes de este continente participaron en grupos especiales o en el Órgano de apelación. Por su parte, Nueva Zelanda había tenido para las mismas fechas 13 individuos de su nacionalidad como decisores en alguno de los ámbitos descritos.¹⁵

Un tema particularmente preocupante es el relacionado con algunas situaciones que ponen en cuestión la posibilidad de la independencia de los panelistas o del equipo de apoyo que facilita su trabajo. Es lamentablemente normal que personas que integren los paneles hayan sido en el pasado, asesores o consultores de alguno de los estados o empresas que indirectamente están vinculados a los casos en litigio.¹⁶ Por su parte, los equipos de apoyo en el desarrollo de los paneles, provienen de países que usan recurrentemente el sistema de solución de controversias y han tenido vinculaciones en el pasado con su gobierno, lo cual es especialmente claro para el caso de los Estados Unidos.¹⁷ La inexistencia de un régimen de incompatibilidades e inhabilidades dificulta denunciar o tramitar este tipo de conflictos.

Volviendo a las etapas del procedimiento, durante el desarrollo del grupo especial y en general durante todo el procedimiento, es posible llegar a soluciones negociadas vía procesos de mediación, conciliación y buenos oficios. Según Busch, 2004, el 13 % de los casos terminaron negociadamente a esta altura. Si esta no fructifica en este momento:

El grupo especial presentará sus conclusiones en un informe escrito al OSD. En tales casos, el grupo especial expondrá en su informe las constataciones de hecho, la aplicabilidad de las disposiciones pertinentes y las razones en que se basen sus conclusiones y recomendaciones. Cuando se haya llegado a un arreglo de la cuestión entre las partes en la diferencia, el informe del grupo especial se limitará a una breve relación del caso, con indicación de que se ha llegado a una solución. (Art. 12, DSU)

Las deliberaciones del grupo especial para llegar al informe son confidenciales y por tanto secretas aún para las partes. Por su parte, las opiniones vertidas en el informe final por los integrantes del panel son anónimas, no habiendo oportunidad para presentar votos o conceptos de salvamento.

¹³ "Hence, the fact that panel compositions tend to reflect diplomatic considerations, is probably largely responsible for the fact that panels have almost never gone further than to recommendations." (Horn y Mavroidis, 1999).

¹⁴ Maton registra algunos autores que sostienen esta apreciación: "Garrett & McCall-Smith (1999), focusing on the Appellate Body, claim that "in the short term ... decision making will be strategic and often political"¹³, and provide qualitative evidence to support this. Steinberg (2004) argues that judicial decision-making in the WTO faces "a hard political constraint" in the form of the interests of powerful Members, particularly the US and EU¹⁴. It is theories of this nature which this study aims to assess" (Maton, 2007).

¹⁵ "The issue of participation was raised by African countries in the negotiations for the reform of the DSU. In its proposal, the African Group expressed concern in 'the still unbalanced representation of Africa on the panels and the Appellate Body. A balanced geographical representation will assist in promoting a balanced DS that reflects the various backgrounds and inherent concerns of the entire WTO membership" (Mosoti, 2006).

¹⁶ "Similarly, experience suggests that the question of potential conflict, e.g. involving affiliations (and former affiliations) of panel members, Secretariat staff and counsel and other aspects of the process, needs to be addressed" (Ragosta, 2000).

¹⁷ Secretariat staff supporting panels are often from a country involved in the process. (While some might say that the dearth of experienced legal staff at the WTO makes this a necessity, it still should be noted as an issue to consider.) Several instances of potential problems in this regard have been reported to the U.S. government but, as far as is publicly known, nothing has been done to clarify procedures. (Ragosta, 2000).

La decisión inicial del grupo especial generalmente determina si ha habido rompimiento de los tratados y hace recomendaciones para hacer las correcciones correspondientes. Según Grané, en cerca del 90% de los casos se encuentra que si hay mérito respecto de la violación directa o indirecta de los tratados.

Esta propuesta de decisión se enviará a las partes dentro de un tiempo establecido por el grupo especial según reglamento. Los mismos pueden solicitar por escrito y/o verbalmente el reexamen de algunas de las consideraciones tenidas en cuenta en el informe. Cumplida esta fase, el informe se distribuirá a todos los países integrantes de la OMC, pertenecientes a su vez al OSC.

El organismo de solución de controversias conocerá durante al menos 20 días el informe del grupo especial siendo posible el aportar y conocer, por cualquier país, objeciones al contenido del mismo. Mediando una discusión colectiva, garantizando el derecho de intervención de las partes en litigio y salvo que se decida apelar por alguna de ellas o exista un consenso negativo en contra de la decisión, el OSC en pleno dará por adoptada la misma. Según estimados de Busch, 2004, el 73% de los casos son apelados. La decisión final del grupo especial, cuando no hay apelación, no tiene el carácter de precedente pero en la práctica es usada por futuros grupos especiales para resolver casos sobrevinientes.

En suma, el grupo especial tiene por tarea establecer los términos jurídicos y fácticos de una diferencia a fin de aportar conclusiones y recomendaciones para el Órgano de Solución de diferencias quien tiene la tarea de tomar una decisión final y vinculante al respecto. Para el desarrollo de lo anterior, el mencionado grupo está regido por criterios de flexibilidad para el desarrollo del caso, lo cual incluye la libertad probatoria. En igual sentido la confidencialidad es un tema transversal a lo largo de todo el procedimiento, al igual que la delimitación temporal de las etapas. Al respecto, si bien el sistema establece un plazo máximo de 6 meses para el funcionamiento del grupo especial, Grane ha establecido que en la práctica este toma más de un año en desarrollar su labor (2008). Saez por su parte sostiene que no son excepcionales los casos donde el tiempo es cercano a los 15 meses desde la solicitud de consultas (2006).

4. La etapa de apelación

Cualquiera de las partes en litigio podrá ejercer el recurso de alzada ante el Órgano de Apelaciones del SSD¹⁸. Este es uno de los pocos casos donde un Órgano de justicia internacional tiene prevista la segunda instancia. La misma está dirigida a discutir solamente cuestiones de derecho y de interpretación del mismo respecto del pronunciamiento del grupo especial. En tal sentido, no admite en principio el conocimiento de situaciones de hecho salvo que se pueda determinar que el grupo especial no hizo una valoración objetiva de las pruebas (Ej. no tuvo en cuenta la prueba o la valoró erradamente). El Órgano de apelación podrá confirmar, modificar o revocar lo decidido previamente. En tal sentido la decisión final del litigio queda en manos del Órgano de Apelaciones y no se devuelve al grupo especial, como ocurre normalmente con la jurisdicción interna. Estas decisiones son por lo demás obligatorias y tomadas sin admitir salvamento de voto.¹⁹ Las mismas sin embargo, son formalmente

¹⁸ Los terceros no podrán ejercer la apelación pero si pueden presentar comunicaciones orales o escritas.

¹⁹ Al respecto ha existido una discusión técnica en el sentido de limitar tal salvamento "There is no provision for dissenting judgments in the DSU. This needs some re-thinking given the inadequacies highlighted in the DS jurisprudence. Often, and as demonstrated by judicial practice at the International Court of Justice, and in certain national court systems, dissenting judgments may bring to the fore usually unheard concerns which may in the long run shape the evolution of the system. Dissenting judgments should be allowed in the DS system through a rule that the Members of the panel or Appellate Body should each deliver a judgment and the final decision be taken on the basis of a majority. LDCs understand that this may mean additional resources and work for the Secretariat". (Mosoti, 2006)

adoptadas por el órgano de solución en pleno. El proceso de apelación tiene un periodo previsto entre 60 o 90 días como máximo el cual no se ha respetado en la mayoría de los casos²⁰.

El Órgano de Apelaciones es un organismo permanente integrado por 7 personas seleccionadas por los países pertenecientes al mecanismo de solución de controversias y por un periodo de 4 años prorrogables por una ocasión. Los mismos son escogidos teniendo en cuenta su origen regional y su formación o versación en los temas del comercio internacional. Tres de los miembros siempre han sido nacionales de Estados Unidos, Japón, y uno de los Estados Miembros de las Comunidades Europeas. Además, siempre ha habido un representante de América Latina, África, y Oceanía. El accionar para cada caso sometido a este es por tripletas.

El funcionamiento del Órgano de Apelaciones está sujeto a un procedimiento propio establecido de manera general. El mismo prevé, entre otros, que un integrante del órgano no podrá conocer de algún caso donde pueda tener conflicto directo o indirecto de intereses y en tal sentido se asume que aquel no representa a ningún gobierno. Adicionalmente se establece la confidencialidad de lo actuado y el carácter anónimo de los planteamientos de la tripleta que decide el caso.

Las decisiones del Órgano de Apelaciones como de los grupos especiales, mediando la comprobación de alguna medida contraria a los acuerdos, recomendarán que se hagan los ajustes para ponerla según lo previsto en los tratados. Igualmente, según el caso, podrá sugerir formas en que se pueden cumplir las recomendaciones, lo cual es por lo general poco usual. Técnicamente una recomendación normal no siempre incluye referencia a que se suprima o retire la medida sino que se ponga en conformidad²¹. Esta regulación se ha convertido en un serio problema para la eficacia de las decisiones pues al no existir una resolución concreta sobre que hacer como consecuencia de un incumplimiento, los países, especialmente los más fuertes, lo interpretan con excesiva libertad, lo cual obviamente termina por afectar a los países en desarrollo que luego de haber ganado un caso, por la amplitud de las recomendaciones deben iniciar procedimientos complementarios para obtener su cumplimiento según sus expectativas:

First, WTO panels word their rulings as general “recommendations,” without dictating or providing much guidance as to how to comply with the ruling. To the extent that rulings are relatively ambiguous, they more likely benefit those members with greater bargaining leverage in the negotiations that always follow a legal decision (Shaffer, 2003).

De todas formas, en las decisiones del Órgano de Apelaciones, no se podrán aumentar o reducir los derechos y obligaciones provenientes de los acuerdos abarcados. Finalmente la existencia del mecanismo de apelaciones ha facilitado la generación de precedentes fácticos que garantizan cierta seguridad jurídica en la interpretación a pesar de que formalmente no son vinculantes²². Adicionalmente, su accionar ha sido valorado por algunos estados

²⁰ “En la práctica, el plazo promedio entre que una parte presenta un anuncio de apelación y que el Órgano de Apelación circula su informe es de 89 días.65 Sin embargo, el Órgano de Apelación no ha respetado el límite de 90 días en 30 de los 87 casos que ha conocido hasta agosto de 2008. En total, el plazo promedio entre el establecimiento del grupo especial y la adopción del informe, en casos en los que ha habido apelación, es de 552 días” (Grane, 2008).

²¹ La recomendación de “poner en conformidad” equivale a la obligación bajo derecho internacional público de cesación, según la cual “El Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito está obligado: (a) a ponerle fin, si ese hecho continúa”. Las recomendaciones que pueden formular los grupos especiales y el Órgano de Apelación, sin embargo, no imponen la obligación de reparación íntegra del perjuicio causado, ya sea a través de restitución (*restitutio in integrum*), indemnización, o satisfacción. En ese sentido, las consecuencias de las violaciones de un acuerdo abarcado por parte de un Miembro de la OMC es diferente a las consecuencias de un hecho “internacionalmente ilícito” bajo el derecho internacional público” (Grane, 2008).

²² “In practice, however, precedents are actually given great weight, and panel and Appellate Body reports refer frequently and deferentially in many footnotes to the reasoning contained in other reports. The Appellate Body plays a particularly important oversight role in disciplining judgments and ensuring their consistency. Thus, de facto, the DSU has established something approaching a common law system”. (Lawrence, 2007).

como excesivamente activista al haber interpretado los acuerdos abarcados de maneras no previstas en sus textos tales como las relativas a la introducción de la figura del *amicus curie*.

5. La fase de cumplimiento

El tratado presta especial atención a monitorear y establecer mecanismos de diverso tipo dirigidos a propiciar el cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones proferidas por el Órgano de Solución de Controversias. El marco de posibilidades para garantizar el cumplimiento se puede desplegar de la siguiente forma:

Dentro de los treinta días posteriores a la decisión vinculante, la parte demandada deberá informar al órgano de solución como piensa cumplir con la decisión que lo afecta. En caso de que el cumplimiento no sea inmediato, se dará un tiempo prudencial para ello.

Este último se puede entender de tres formas. El tiempo propuesto para el demandado y aprobado por el OSC. El acordado entre las partes en el litigio y dentro de los 45 días siguientes a la fecha de adopción de las recomendaciones y resoluciones. Si este último no es posible, en plazo determinado por un árbitro, generalmente escogido del Órgano de Apelaciones que conoció el caso, el cual debe establecer un tiempo en principio no superior a los 15 meses desde la fecha de adopción de la solución del caso. Con todo, este plazo podrá, no obstante, ser más corto o más largo, según las circunstancias del caso. Hasta 2008 se habían producido 21 arbitrajes en este sentido, lo cual muestra que es un tema relativamente recurrente que alarga aún más el desarrollo del procedimiento²³.

A la hora del cumplimiento puede haber desacuerdo en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones o a la compatibilidad de dichas medidas con un acuerdo abarcado. Esta diferencia se resolverá, en cuanto sea posible, por el grupo especial que haya entendido inicialmente del asunto.

El OSC prevé que en sus sesiones la parte que ha obtenido una decisión a su favor, podrá dar a conocer complicaciones o información relacionada con el cumplimiento. El conocimiento de esta situación se hará de manera recurrente hasta que se logre su cumplimiento.

En varias secciones de esta parte del articulado se hacen al menos tres referencias a que se tendrán en cuenta las situaciones particulares de los países en desarrollo respecto del cumplimiento cuando han sido demandantes o demandados. A este nivel, Álvarez Jiménez ha analizado la forma como los árbitros han tenido en cuenta el tiempo razonable según las expectativas de los países en desarrollo. La conclusión es que las posiciones son variantes y erráticas al respecto lo cual no hace posible predecir un criterio claro para aplicar un tiempo prudencial de cumplimiento a favor de los países en desarrollo (Álvarez, 2007).

En caso de que el país demandado no haya cumplido con lo previsto por la decisión vinculante para el caso, el demandante podrá obtener una compensación por parte del primero. La misma es ante todo de orden comercial (otorgamiento de ventajas comerciales adicionales tales como reducir aranceles, aumentar cuotas etc.) y no monetaria o indemnizatoria y su existencia debe ser el producto del acuerdo común entre las partes.

²³ En este proceso de arbitraje, las partes pueden presentar argumentos relacionados con un tiempo mayor para cumplir lo establecido por el OSD. En tal sentido los argumentos más reiterados al respecto son: "They are as follows: (1) legislative procedures; (2) political sensitivity; (3) general economic matters; (4) congressional schedule; (5) developing country's special attention claim; (6) particular political events; (7) other international obligations; (8) fiscal difficulty; (9) scientific studies; and (10) punitive deadlines" (Peng, 2008).

Esta regulación es criticable desde el punto de vista de los países en desarrollo pues la compensación no incluye los daños causados durante el periodo de no cumplimiento de alguno de los acuerdos abarcados. En tal sentido, está generando incentivos para comportamientos perversos por los países más fuertes. En concreto, promueve que se alargue al máximo el proceso y en segundo lugar incentiva hasta cierto punto el rompimiento de los acuerdos pues quien lo hace sabe que al final del proceso solo tendrá que ajustar la medida, pero no pagar por los daños generados como tal.

Adicionalmente la compensación, en caso de otorgarse de común acuerdo, está regida por el principio de nación más favorecida. Esto quiere decir que cualquier otro país integrante de la OMC podrá verse beneficiado de esa misma situación aun cuando no haya participado en el litigio (Grane, 2008) (Eleso, 2006). Por estas últimas razones es que este mecanismo para presionar el cumplimiento ha sido utilizado solo en muy contados casos.²⁴

En caso de que lo anterior no se logre dentro de los 20 días posteriores a la expiración del plazo prudencial, la(s) parte (s) afectadas podrán solicitar al OSD la autorización para suspender concesiones, lo que también se conoce como retaliación.²⁵ Estas tienen un marco de referencia que plantea que las mismas podrán hacerse respecto del mismo sector objeto del litigio de manera prioritaria; si esto no es posible o eficaz, respecto del mismo acuerdo o tratado se podrá hacer en última instancia en relación con cualquier otro acuerdo de los administrados por la OMC siempre y cuando las partes formen parte del mismo. En los literales f y g del art 22 del tratado del OSC, se establece que se entiende bajo las expresiones sectores y acuerdos arriba indicados. La retaliación es la última ratio para poder obtener el cumplimiento de lo previsto por el OSD.

La configuración vigente para las retaliaciones ha sido cuestionada, pues sus efectos pueden tocar a empresas pertenecientes a sectores que no estuvieron involucrados en la diferencia y además en líneas generales restringen el comercio libre, el cual en principio, es el objetivo central de la OMC. Por lo demás, el uso de las contramedidas o retaliaciones ha sido muy bajo de forma tal que hasta 2006 solo se habían autorizado 8 solicitudes de retaliación y solo en 5 casos fue utilizada.²⁶

Desde el punto de vista de los países en desarrollo, el retiro de concesiones o retaliaciones no es muy útil pues dadas las diferencias comerciales entre países, para los más fuertes, el cierre parcial del mercado de un país en desarrollo puede ser irrelevante. Por su parte, el país débil que se atreve a retaliar, se ve sujeto a presiones por parte del país más fuerte en temas como el alcance de la cooperación internacional el cual está por fuera del ámbito de acción de la OMC y no está sujeto a su control.

En los casos donde la compensación o retiro de concesiones sea respecto de un país de los denominados menos adelantados, “las partes reclamantes ejercerán la debida moderación al pedir compensación o recabar autorización para suspender la aplicación de concesiones o del cumplimiento de otras obligaciones de conformidad con estos procedimientos”. Estas previsiones no han sido tenidas en cuenta a nivel práctico.

²⁴ Entre los contados casos se registran los de Japón, Estados Unidos y Canadá: “As compensation for the delay in implementing the recommendation of the DSB, Japan agreed with the United States to apply reduced tariff rates and in some cases zero tariffs on specific items. Subsequently, similar agreements were reached with the European Communities and Canada to receive at least comparable tariff concessions as that granted to the United States” (Eleso, 2006).

²⁵ “Según la jurisprudencia, la solicitud de autorización de suspensión de concesiones debe indicar al menos (1) el nivel de suspensión, y (2) el sector que será afectado por la suspensión de concesiones u otras obligaciones. La jurisprudencia también indica que la solicitud debe también incluir la lista de productos con respecto a los cuales se van a suspender concesiones u otras obligaciones. Este “requisito”, sin embargo, es más controversial, ya que no está expresamente previsto en el ESD” (Grane, 2008).

²⁶ Respecto de las retaliaciones cruzadas, estas funcionaron en los siguientes casos: “This possibility was first requested, and obtained, by Ecuador in *EC – Bananas III (Ecuador)* and has continued to gain momentum with similar requests by Antigua in *US – Gambling* and Brazil in *US – Upland Cotton*. Suspending obligations under the TRIPS Agreement has been argued to be of particular interest to developing countries in disputes against developed countries” (Nottage, 2009).

Finalmente existen algunas reglas que deben enmarcar tanto la compensación como la suspensión de concesiones. Para los dos casos, el tratado deja claro que estas no se pueden entender como remplazos legítimos al cumplimiento de una recomendación de poner en conformidad según los acuerdos abarcados. En otros términos, un país obligado a ajustar parte de su legislación no puede plantear que puede mantenerla asumiendo que compensa o acepta la suspensión de concesiones. En otros términos, aún en casos en los que el Miembro demandado otorgue compensación, su obligación es cumplir con la recomendación del OSD (Grane, 2008).

De otra parte, la suspensión de concesiones debe ser equivalente al menoscabo; compatible con los acuerdos abarcados y temporal hasta que se cumpla lo previsto en las decisiones del OSD, se ofrezca una solución al menoscabo de ventajas o se llegue a un acuerdo.

En suma, la fase de cumplimiento presenta dos dificultades procesales para los países en desarrollo. De un lado, no permite una compensación monetaria por los daños causados al incumplir alguna norma de las administradas por la OMC, lo cual facilita que los países más fuertes mantengan medidas contrarias a los acuerdos abarcados en cuanto saben que no deben pagar pecuniariamente por ello. Por su parte, el mecanismo de las retaliaciones no ha sido usado por los países en desarrollo, dada la irrelevancia práctica que significa cerrar sus mercados a las grandes potencias y por temor a las represalias que esto puede significar.

Visto en sentido general, el agotamiento del procedimiento, siguiendo sus términos formales, está previsto para desarrollarse entre 26 y 32 meses. En la práctica, los casos están teniendo un promedio de desarrollo de 34 meses, presentándose situaciones que han durado más de cuatro años, muchos de ellos afectando a países del tercer mundo como Antigua contra Estados Unidos o Ecuador y otros contra la Unión Europea (Ewart, 2007). Las demoras se han presentado fundamentalmente en las etapas de grupo especial y de cumplimiento.

La duración formal y real del procedimiento resulta larga en términos del acceso de determinados países (Arenas, 2008). En concreto, entre más demorado un proceso, más costoso se hace para países con limitaciones de recursos conllevando no solo costos económicos sino políticos y sociales. Lo anterior es claro respecto de algunas particulares diferencias. Estas serían la de los asuntos en materia de antidumping. Entre más dure su conocimiento y solución más afectado puede estar el país que es objeto de este tipo de medidas, dado que las mismas siguen vigentes hasta la decisión final del caso, lo cual es crítico para países en desarrollo.²⁷

6. Conclusiones

El proceso para tramitar un caso dentro del SSD tiene cuatro claras etapas. La de consulta, que da inicio al proceso en cuanto tal y donde hoy se están resolviendo buena parte de las causas formalmente iniciadas. La de conocimiento de grupo especial que conlleva conocer el fondo del caso por parte un pánel creado para el efecto el cual propone una decisión al OSD. La de apelación, que generalmente se ejerce frente a la mayoría de casos y que conlleva el análisis jurídico de la decisión del grupo de apelaciones y excepcionalmente de sus dimensiones fácticas. Finalmente, la fase cumplimiento que según como se desarrolle puede contar con un periodo para su aplicación o con mecanismos diversos dirigidos a obtener la aplicación de la medida producida formalmente por el OSD.

²⁷ “A medida cuestionada permanece em vigor durante a resolução de todas as etapas mencionadas acima, prejudicando as exportações do país em desenvolvimento por períodos longos, mesmo que ao cabo dos procedimentos se decida pela condenação da medida. Como não há solução para esse problema – nem com retroatividade dos efeitos da condenação, nem com valores reparatórios impostos à parte derrotada nos contenciosos (sucumbência) –, geram-se desincentivos de várias ordens ao recurso ao OSC pelos países menos desenvueltos” (Amaral, 2007).

Este procedimiento ofrece dificultades varias para los países en desarrollo que se pueden sintetizar de la siguiente manera:

1. Respecto de la etapa de consultas, se ha valorado críticamente que las negociaciones deban hacerse en Ginebra lo cual hace costoso este proceso si se tiene en cuenta que varios países no cuentan con sedes permanentes en esta ciudad suiza. Igualmente se ha criticado el procedimiento mediante el cual se puede dar por terminada unilateralmente la etapa de consultas pues se ha convertido en una forma de presión de los países más fuertes al resto, a fin de obtener las concesiones esperadas a propósito de una diferencia. De otra parte, el carácter confidencial y el hecho de que una buena parte de las negociaciones no se reporta al OSD no permite monitorear el alcance de lo negociado entre países en situación de desigualdad. Finalmente, dada la centralidad de esta fase para la resolución de un conflicto, las desigualdades comerciales de origen terminan siendo determinantes a la hora de tramitación del mismo.
2. En relación con el funcionamiento de la fase de grupo especial, la inversión de la carga de la prueba presenta varios problemas para los países en desarrollo. De un lado, en caso de violaciones *prima facie* planteadas por los demandantes, se coloca a los países pobres demandados en una situación vulnerable y costosa pues deben demostrar que no le están causando daño a aquel. Esto resulta en determinados casos en una carga económica y complicada aún para un país desarrollado pero crítica para un país pobre. Por otra parte, la libertad probatoria, entre otros, ha conllevado un aumento de su carácter técnico y detallado. En tal sentido, los países en desarrollo deben hacer esfuerzos cada vez más costosos para aportar o controvertir pruebas aportadas por sus contrapartes mejor dotadas para plantear esta información. Lo anterior se hace más crítico si tenemos en cuenta que las pruebas se pueden aportar en cualquier tiempo lo cual significa que dado su carácter técnico y su oportunidad variada, aquel país con mayores recursos puede presentar pruebas casi incontrovertibles al final del procedimiento. Finalmente, el sistema actual no garantiza que el grupo especial solicite de manera obligatoria la presentación de pruebas por parte de la contraparte demandada. Dada la carga de la prueba invertida que existe en algunos casos, es perfectamente posible que un país desarrollado demandado por uno en desarrollo no aporte pruebas en su defensa y en tal sentido dificulte al máximo el desarrollo de un caso.
3. Un problema adicional de esta etapa, que puede afectar a los países en desarrollo pero que no ha sido analizado en profundidad, es la potencial parcialidad y falta de independencia de los árbitros dados los vínculos políticos que tienen con los países más desarrollados.
4. En lo relativo a la fase de cumplimiento se ha cuestionado que las vías de compensación no incluyen los daños causados durante el periodo de no cumplimiento de alguno de los acuerdos abarcados. En tal sentido, está generando incentivos para comportamientos perversos por los países más fuertes. En concreto promueve que se alargue al máximo el proceso y en segundo lugar incentiva hasta cierto punto el rompimiento de los acuerdos pues quien lo hace sabe que al final del proceso solo tendrá que ajustar la medida pero no pagar por los daños generados como tal.

7. Referencias

- Álvarez Jiménez, A. (noviembre, 2007). A reasonable period of time for dispute settlement implementation: an operative interpretation for developing country complainants 6, *World Trade Review*, (3), 451-476.
- Amaral Arbix, D. (marzo, 2007). Pacificação do comércio internacional? A participação dos países em desenvolvimento nos contenciosos da OMC. *Rev. Jur., Brasília*, Vol. 8, (83), 149-167.
- Amin, A. (junio, 2007). On the Non Effectiveness of The World trade Organization Special and differential treatments in the Dispute Settlement Process 41, *Journal of World Trade*, (No 2), 319-349.
- Arenas Quijano, M. P. (2008). *Los obstáculos de los Países en Desarrollo para acceder al Sistema de Solución de Controversias de la OMC*. Tesis de maestría. Facultad de Derecho Universidad de los Andes. Bogotá, Colombia.
- Bolh, K. (agosto, 2009). Problems of developing country access to WTO dispute settlement *Chicago-Kent Journal of International & Comparative Law*, (130), 131-197.
- Busch, M. L. (2004). *Solución de diferencias en la OMC*. Trade Brief, SIDA.
- Colares, J. F. (marzo, 2009). Theory of WTO Adjudication: From Empirical Analysis to Biased Rule Development. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 42, (No. 2). 383-439.
- Eleso, A. (2006). WTO Dispute Settlement Remedies: Monetary Compensation as an Alternative for Developing Countries. *Bepress Legal Series*. Working Paper 1378. Recuperado de <http://law.bepress.com/expresso/eps/1378>
- Ewart, A. (agosto, 2007). Small developing state in the WTO: A procedural approach to special and differential treatment through reforms to dispute settlement. *Syracuse Journal of international law and Commerce*. Vol. 35. No 27.
- Grando, M. (septiembre, 2006). Allocating the burden of proof in wto disputes: a critical analysis, 9 *Journal of International Economic Law*. No 3, 615-666 .
- Grane, P (2008) *Guía práctica de solución de diferencias en la OMC*. Documentos de proyecto No 221, Santiago, CEPAL.
- Hoekman, B & Mavroidis, B. (2000). Enforcing WTO Commitments: Dispute Settlement and Developing Countries—Something Happened on the Way to Heaven. London, Centre for Economic Policy Research. Recuperado de <http://www.cepr.org/meets/wkcn/2/2300/papers/Hoekman.pdf>
- Horn, H & Mavroidis, P. (1999). *Remedies in the WTO Dispute Settlement system and developing country interests*. 1-40. World Bank, Working Paper, 1999.
- Jones, J (noviembre, 2005). *The World Trade Organization Dispute Resolution Process: power politics or leveling the playing field? Working Paper* (ISA Conference).
- Lawrence, R. Z. (2007). *The United States and the WTO Dispute Settlement System*. New York: Council on Foreign Relations.
- Maton, J. (junio, 2007). Independence Under Fire: Extra-legal Pressures and Coalition Building in WTO Dispute Settlement. *J. Int. Economic Law* (10, 2), 317-334.

- Mosoti, V. (junio, 2006). Africa in the First Decade of WTO Dispute Settlement. *J Int Economic Law* 9 (2), 427-453.
- Nottage, H. (2008). *Evaluating the Critique that WTO Retaliation Rules undermine the utility of WTO Dispute Settlement for Developing Countries*. GEG. Working Paper: Oxford University.
- Peng, S. (marzo, 2008). How Much Time is Reasonable? - The Arbitral Decisions under Article 21.3(c) of the DSU. *Berkeley J. Int'l L.* 26, p. 323-349.
- Ragosta, J. A. (junio, 2000). Unmasking the Wto: Acces to Dsb System: Can the WTO DSB Live Up to the Moniker "World Trade Court"? *Law and policy in international Business*, (31), 739-784.
- Saez, S. (2006). *Las controversias en el marco de la Organización Mundial de Comercio: de dónde vienen, en dónde están, a dónde van?*. Recuperado de <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/8/24588/S69CI-L2502e-P.pdf>
- Salles, J. (2006). *Una década de funcionamiento del Sistema de Solución de Diferencias de la OMC: avances y desafíos*. Santiago, CEPAL. Serie Comercio Internacional.
- Shaffer, G. (2003). How to make the WTO dispute settlement system work for developing countries: some proactive developing country strategies. Recuperado de http://www.ictsd.org/pubs/ictsd_series/resource_papers/DSU_2003.pdf
- Shaffer, G. (2005). *Developing Country Use of the WTO Dispute Settlement System: Why it Matters, the Barriers Posed, and its Impact on Bargaining in Trade Disputes and the Dispute Settlement Understanding of the WTO: An Interdisciplinary Assessment*. Recuperado de http://ictsd.org/downloads/2008/05/shaffer_1.pdf
- Shaffer, G. Raton, M. & Rosemberg, B. (octubre, 2008). The Trials of Winning at the WTO: What Lies Behind Brazil's. Success *Cornell Int'l L.J.* 41 (2), 383-502.
- Trolo Elicabe, C.L. (2007). *El sistema de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio. Obstáculos a la participación efectiva de los países en desarrollo y evaluación de los proyectos de reforma del sistema*. (Tesis de Maestría no publicada). Flacso, Buenos Aires, Argentina.
- Villamarín, J. (2004). *El mecanismo de diferencias en el sistema GATT/OMC. La práctica latinoamericana y la internalización del modelo*. Biblioteca digital andina. Recuperado de www.comunidadandina.org/bda/docs/CAN-INT-0020.pdf
- Unterhalter, D. (noviembre, 2009). Allocating the Burden of Proof in WTO Dispute Settlement Proceedings, 42, *Cornell International Law Journal*, 209-220.
- Wilson, B. (junio, 2007). Compliance by WTO Members with Adverse WTO Dispute Settlement Rulings: The Record to Date. *Journal of International Economic Law*, 10(2).397-403.