

# **LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO A TRAVÉS DEL ACQUIS CONSTITUCIONALIZADOR DE LA UNIÓN EUROPEA**

Naiara Arriola Echaniz, Profesora doctora encargada de Derecho Constitucional.  
Universidad de Deusto<sup>1</sup>.

**SUMARIO.** I. La globalización como nuevo marco para la ciencia constitucional. II. La OMC como agente regulador del comercio globalizado. III. El control de legalidad en el sistema multilateral del comercio. 1. El Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias. 2. El cumplimiento de las decisiones adoptadas en el marco del SSD. IV. La constitucionalización económica: la interacción del SSD de la OMC con los poderes estatales. 1. El surgimiento de un Derecho constitucional postnacional. 2. El concepto de «implementación» derivado de la actividad del SSD. 3. La interconexión de ordenamientos jurídicos en el ámbito del sistema multilateral del comercio. Conclusiones.

## **I. LA GLOBALIZACIÓN COMO NUEVO MARCO PARA LA CIENCIA CONSTITUCIONAL**

**1. El concepto de «globalización».** La globalización ha sido capaz de desbordar los contenedores nacionales e internacionales que se desarrollaron en el mundo hasta después de la Segunda Guerra Mundial para convertirnos en ciudadanos de una aldea con problemas de carácter global ante los que un único Estado o una determinada organización internacional se tornan instrumentos de solución obsoletos e insuficientes.

La globalización va a ser entendida como un proceso natural e irreversible de la realidad jurídica, política y económica de nuestro tiempo que exige a los actores políticos y jurídicos nacionales e internacionales su adaptación a este nuevo escenario mundializado e interconectado. El hecho de que se reconozca que la globalización es un fenómeno irreversible no significa que no se considere que sea necesario un control sobre los procesos que genera y las consecuencias que provoca. De hecho, en el ámbito

---

<sup>1</sup> Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación de la Subdirección General de Proyectos de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad : “Las mutaciones de la Constitución Económica de la Unión Europea” (DER2013-48327-C3-2-R) cuyo Investigador Principal es el Dr. Luis I. Gordillo.

concreto del sistema multilateral del comercio, la OMC se erige como institución fundamental para promover la seguridad jurídica.

**2. Las características principales de la globalización.** La economía ha sido uno de los elementos que ha impulsado la interconexión global actual. Sin embargo, la globalización es definida como un fenómeno multidimensional que engloba otros ámbitos como la cultura, la sociedad, la política, las actividades criminales y las actividades financieras<sup>2</sup>. Se trata de un proceso de intensificación de las dependencias recíprocas que no se reducen al mercado mundial sino que también existe una globalización cultural, social, política, criminal y financiera<sup>3</sup>.

La globalización también se define como un fenómeno multinivel. Los Estados ya no dominan a sociedades nacionales delimitadas por el principio de la territorialidad sino que en la actualidad se impone la diferenciación funcional de una única sociedad a escala mundial<sup>4</sup>. Desde la corriente neoliberal se afirma que la globalización se presenta como un proceso espontáneo, automático, inevitable e irreversible. Otra característica de la globalización actual es su carácter de proceso irreversible. La globalización está

---

<sup>2</sup> La globalización se entiende como un fenómeno que supera los aspectos de tipo económico, entre los autores que reconocen esta multidimensionalidad de la globalización pueden verse, entre otros, BHAGWATI, J. N., *En defensa de la globalización: el rostro humano de un mundo global*, Debate, Madrid, 2005 -aunque en su libro se centre, sobre todo, en la globalización económica reconoce esta característica de la globalización actual-; CASADEI, R., *Los mitos de la nueva izquierda: las profecías incumplidas de la antiglobalización*, Encuentro, Madrid, 2005, p. 27; CASTELLS, M.; GIDDENS, A.; TOURAINE, A., *Teorías para una nueva sociedad*, op. cit., pp. 94, 75, 99, respectivamente; BOYS, G., *Una nueva servidumbre. Ensayo sobre la mundialización*, op. cit., p. 153; FARIA, J. E., *El Derecho en la economía globalizada*, op. cit., p. 49; FARIÑAS, M. J., *Mercado sin ciudadanía. Las falacias de la globalización neoliberal*, op. cit., p. 35; HSIAO en BERGER, P. L.; HUNTINGTON, S. P., *Globalizaciones múltiples: la diversidad cultural en el mundo contemporáneo*, Paidós, Barcelona, 2002, p. 65; MARTÍNEZ GONZÁLEZ-TABLAS en CANCIO MELIÁ, M. (ed.), *Globalización y Derecho. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 9 (2005)*, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid y Boletín Oficial del Estado, con la colaboración del Colegio Notarial de Madrid y del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, p. 19; MONEREO en MONEREO, M.; RIERA, M.; VALENZUELA, P. (ed.), *Hacia el Partido de Oposición. Foro Social Mundial/Porto Alegre 2002*, op. cit., p. 118; DE SOUSA SANTOS, B., *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*, Trotta, Madrid, 2005, p. 236.

<sup>3</sup> BECK, U., *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, op. cit., p. 77.

<sup>4</sup> TEUBNER, G., «Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society», en TEUBNER, G. (ed.), *Global Law without a State*, Aldershot, Dartmouth, 1997, p. 22, citado en SALDIVIA, L., «El Derecho y la soberanía en la globalización» en KRASNER, S. D.; SASSEN, S.; TEUBNER, G., *Estado, soberanía y globalización*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2010, p. 34.

demasiado aceptada y arraigada como para que su impacto integrador fundamental sea reversible<sup>5</sup>.

El nuevo panorama globalizado incide en la distribución del poder político y lleva a una relación más estrecha la cooperación internacional del primer tercio del siglo XX. Los comienzos de esta cooperación se sitúan en uniones internacionales sectoriales tales como la Unión Postal Universal y la Unión Internacional de Telecomunicaciones, navegación, para dar paso en un momento posterior a organizaciones internacionales con mayor interconexión entre sus miembros como son el Fondo Monetario Internacional (en adelante, FMI), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante, OCDE) y la OMC y organizaciones internacionales de alcance global como la ONU que enmarcan en su seno uniones de carácter sectorial como la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT), la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS)<sup>6</sup>. El factor inter-estatal del poder internacional está siendo sustituido por una mayor cooperación y dependencia mutua a escala global. Como exponente máximo de esta nueva forma de entender las relaciones supranacionales de los Estados destaca la UE.

## **II. LA OMC COMO AGENTE REGULADOR DEL COMERCIO GLOBALIZADO**

**3. La capacidad reguladora del Estado y de las organizaciones internacionales respecto del comercio internacional.** En el contexto globalizado el papel del Estado a la hora de producir los marcos normativos para el desarrollo seguro de las actividades económicas, aunque es central, ya no tiene la exclusividad que tuvo en épocas anteriores<sup>7</sup>. Determinados sujetos privados, tales como las empresas

---

<sup>5</sup> FALK, R., *La globalización depredadora. Una crítica*, Siglo XXI de España, Madrid, 2002, p. 205.

<sup>6</sup> MEILÁN GIL, J. L., *Una aproximación al Derecho Administrativo Global*, Global Law Press, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2011, pp. 23-24.

<sup>7</sup> La pérdida de capacidad reguladora de los Estados en materia económica como causa de la globalización actual es un hecho reconocido por un amplio sector de la doctrina internacionalista que ha sido analizado en la parte primera de la presente investigación. Este hecho es un fenómeno complejo que implica no sólo a la doctrina internacionalista y a la constitucionalista sino que también es estudiado desde la perspectiva sociológica y economicista, véñase, entre otros, ATTINÀ, F., *El sistema político global: introducción a las relaciones internacionales*, Paidós, Barcelona, 2001, pp. 152, 157, 168; FARIA, J. E., *El Derecho en la economía globalizada*, op. cit., pp. 121, 122; MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, D.; VEGA RUÍZ, M<sup>a</sup> L., Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, *La globalización gobernada: estado, sociedad y mercado en el siglo XXI*, op. cit., p. 148; OLIET PALÁ, A. (coord.), *Globalización, Estado y democracia*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Málaga, Málaga, 2003, p. 10; OLIVAS, E., *Sobre algunas consecuencias jurídico-políticas de la globalización*, Reus, Madrid, 2004, p. 96.

transnacionales, han adoptado un papel de agentes intermediarios estratégicos que contribuyen a la gestión y coordinación de la economía global, por ejemplo mediante la creación de los regímenes propios para administrar el comercio internacional estableciendo nuevos estándares internacionales privados de contabilidad y revelación de información financiera. Las grandes empresas abogan por una regulación nacional mínima en el mercado y una intervención mínima por parte del Estado, amenazando incluso con una deslocalización de su capacidad productiva a Estados más cercanos a sus demandas<sup>8</sup>.

La OMC se presenta como una organización internacional que sirve de marco para poder adoptar las normas necesarias que regulen el comercio internacional. Gracias a la OMC el poder económico «desterritorializado» pasa a un ente interestatal y supranacional legítimamente constituido y, por este motivo, los Estados mantienen de manera indirecta sus competencias reguladoras económicas<sup>9</sup>. La línea ideológica que rige el Derecho de la OMC es la liberalización del comercio internacional, la erradicación de las leyes proteccionistas estatales y la garantía del Estado de Derecho<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> TAIBO afirma que son las compañías transnacionales las que establecen normas de obligado cumplimiento a los Estados como medida de presión para su permanencia en el territorio nacional, en TAIBO, C., *Movimientos antiglobalización. ¿Qué son? ¿Qué quieren? ¿Qué hacen?*, Carata, Madrid, 2007, p. 24. En la misma línea, veáse también: OLIVAS, E., *Sobre algunas consecuencias jurídico-políticas de la globalización*, op. cit., p. 102.

<sup>9</sup> BECK, U., *Libertad o capitalismo. Conversaciones con Johannes Willms*, Paidós, Barcelona, 2002, p. 40.

<sup>10</sup> La bibliografía que defiende el papel de la OMC como institución promotora de la regulación del sistema multilateral del comercio es amplísima, vide, entre otros, ANDERSON, K.; HOEKMAN, B. (ed.), *The WTO's core rules and disciplines*, E. Elgar, Cheltenham, 2006; BUSH, M. L.; MANSFIELD, E. D. (ed.), *The WTO, economic interdependence, and conflict*, Edward Elgar, Cheltenham, 2007; CONCEIÇÃO-HELDT, E., *Negotiating trade liberalization at the WTO: domestic politics and bargaining dynamics*, Palgrave MacMillan, Basingstoke, 2011; COTTIER, Thomas, «From Progressive Liberalization to Progressive Regulation in WTO law», *Journal of International Economic Law*, Vol. 9, Núm. 4, December 2006, pp. 779-822; GRAMMING, S., *Trade liberalization and development: WTO and the Doha Round*, FES, Geneva, 2007; HOEKMAN, B.; VINES, D. (ED.), «The WTO and Multilateral Trade Cooperation», *Oxford Review of Economic Policy*, Vol. 23, Núm. 3, Autumn 2007, pp. 311-527; JOERGES, C.; FALKE, J. (ed.); *Karl Polanyi, globalisation and the potential of law in transnational markets*, Hart Publishing, Oxford, Portland, 2011; JONES, K., *Who's afraid of the WTO?*, Oxford University Press, Oxford; New York, 2004; KASTO, J., *The function and future of the World Trade Organization: international trade law between GATT and WTO*, The Author, Hounslow, 1996; LIU, X., «GATT/WTO promotes trade strongly: sample selection and model specification», *Review of International Economics*, Vol. 17, Núm. 3, August 2009, pp. 428-446; MAVROIDIS, P. C.; SYKES, A. O. (ed.), *The WTO and international trade law/dispute settlement*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Northampton, 2005; PETERSMANN, E. U., *The GATT/WTO dispute settlement system: international law, international organizations and dispute settlement*, Kluwer Law International, London, The Hague, 1996; RATNESH, K., *WTO (World Trade Organisation): structure, functions, tasks and challenges*, Deep & Deep Publications, New Delhi, 2002; ROBERTS, C., «Liberalising international trade in services through the WTO: How rich and poor countries alike will gain», *International Trade Law and Regulation*, Vol. 13, Núm. 3, May 2007, pp. 51-56; ROSE,

#### 4. La OMC como promotora de la regulación del comercio internacional. La

OMC se constituyó el 1 de enero de 1995 cumpliendo con lo establecido en el párrafo 3 del Acta Final en que se incorporan los resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales<sup>11</sup>. El Acuerdo por el que se establece la OMC (en adelante, Acuerdo sobre la OMC) entró en vigor el 1 de enero de 1995 y, en ese momento, el GATT de 1947 quedó subsumido en el Derecho y la práctica de la Organización<sup>12</sup>.

La OMC tiene personalidad jurídica para el ejercicio de sus funciones (párrafo 1 del artículo VIII del Acuerdo sobre la OMC). El artículo II del Acuerdo sobre la OMC le concede a la Organización el carácter de «(...) marco institucional común para el desarrollo de las relaciones comerciales entre sus Miembros en los asuntos relacionados

---

A. K., «Do WTO members have more liberal trade policy?», *Journal of International Economics*, Vol. 63, Núm. 2, July 2004, pp. 209-236; ROSE, A. K., «Does the WTO make trade more stable?», *Open Economies Review*, Vol. 16, Núm. 1, 2005, pp. 7-22; SUBRAMANIAN, A.; WEI, Shang-Jin., *The WTO promotes trade, strongly but unevenly*, IMF, Washington, 2003; ORTINO, F., *Basic legal instruments for the liberalisation of trade: a comparative analysis of EC and WTO law*, Hart Publishing, Oxford, Portland, 2004; ZHRNT, V., «The benefits of trade liberalisation and WTO members' negotiating positions: are imports really bad?», *Aussenwirtschaft*, Vol. 63, Núm. 2, 2008, pp. 143-166.

<sup>11</sup> En el punto 8 de la Declaración de Marrakech de 15 de abril de 1994 se afirma que «[a] adoptar y firmar el Acta Final, y al abrir a la aceptación el Acuerdo sobre la OMC, los Ministros declaran terminada la labor del Comité de Negociaciones Comerciales y formalmente concluida la Ronda Uruguay». Las «rondas» son un tipo de negociación que abarca un amplio abanico de sectores y cuyo resultado ha de reflejar un equilibrio de intereses. Las dimensiones del enfoque global pueden representar más beneficios porque los participantes pueden perseguir y lograr ventajas en una amplia gama de cuestiones. En un enfoque global la posibilidad de hacer compensaciones recíprocas puede facilitar el llegar a un acuerdo. Cada una de las cuestiones negociadas no va a resultar forzosamente beneficiosas o ni siquiera van a resultar de interés para todos los países. Para una introducción sobre los puntos fuertes y débiles de la capacidad negociadora de la OMC, puede consultarse, OMC. *Diez malentendidos frecuentes sobre la OMC*, División de Información y Relaciones con los Medios de Comunicación, Ginebra, 2007, p. 9. Disponible en: <[http://www.wto.org/spanish/res\\_s/doload\\_s/10mis\\_s.pdf](http://www.wto.org/spanish/res_s/doload_s/10mis_s.pdf)> (última revisión, 5 de marzo de 2011). Para obtener una visión general e introductoria de la OMC pueden encontrarse documentos en la propia página web de la Organización como por ejemplo el documento titulado «¿Qué es la OMC?», <[http://www.wto.org/spanish/thewto\\_s/whatis\\_s/whatis\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/whatis_s.htm)> (última revisión, 21 de marzo de 2011). Los textos jurídicos y documentos oficiales de la OMC en español pueden consultarse en: <[http://www.wto.org/spanish/docs\\_s/docs\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/docs_s/docs_s.htm)> (última revisión, 15 de marzo de 2011).

<sup>12</sup> El Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, que se encuentra en *United Nations Treaty Series*, núm. I-31874, vols. 1867-1869. WTO Doc. LT/UR/A/2. En España en el BOE de 24 de enero de 1995, <<http://www.boe.es/boe/dias/1995/01/24/pdfs/A02206-02206.pdf>> (última revisión, 15 de marzo de 2011), en tres suplementos: <<http://www.boe.es/boe/dias/1995/01/24/pdfs/C00003-00282.pdf>> (última revisión, 15 de marzo de 2011). En el ordenamiento jurídico de la UE se publicó como se señala a continuación, Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio firmado en Marrakech el 15 de abril de 1994 y aprobado mediante la Decisión 94/800/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 1994, relativa a la celebración en nombre de la Comunidad Europea, por lo que respecta a los temas de su competencia, de los acuerdos resultantes de las negociaciones unilaterales de la ronda Uruguay (1986-1994) (DO L 336, p. 1).

con los acuerdos e instrumentos jurídicos conexos incluidos en los Anexos del [Acuerdo sobre la OMC]».

**5. El «Derecho de la OMC».** El concepto de «Derecho de la OMC» constituye el sistema normativo de la OMC que abarca el Acuerdo sobre la OMC, sus anexos y el resto de decisiones y actos normativos adoptados en el marco de la OMC. El Acuerdo sobre la OMC constituye un «todo único» obligatorio para todos los Miembros de la OMC. Así lo establece el párrafo 2 del artículo II del propio Acuerdo sobre la OMC, «[l]os acuerdos y los instrumentos jurídicos conexos incluidos en los Anexos 1, 2 y 3 (denominados en adelante “Acuerdos Comerciales Multilaterales”) forman parte integrante del presente Acuerdo y son vinculantes para todos sus Miembros»<sup>13</sup>.

El Acuerdo por el que se establece la OMC regula los aspectos fundamentales de la OMC como organización internacional en dieciséis artículos: artículo I. Establecimiento de la Organización; artículo II. Ámbito de la OMC; artículo III. Funciones de la OMC; artículo IV. Estructura de la OMC; artículo V. Relaciones con otras organizaciones; artículo VI. La Secretaría; artículo VII. Presupuesto y contribuciones; artículo VIII. Condición jurídica de la OMC; artículo IX. Adopción de decisiones; artículo X. Enmiendas; artículo XI. Miembros iniciales; artículo XII. Adhesión; artículo XIII. No aplicación de los Acuerdos Comerciales Multilaterales entre Miembros; artículo XIV. Aceptación, entrada en vigor y depósito; artículo XV. Denuncia; y artículo XVI. Disposiciones varias.

El Acuerdo sobre la OMC se completa con cuatro anexos. La enumeración de estos cuatro anexos nos permite conocer el ámbito de regulación de la OMC<sup>14</sup>. El Anexo 1 se subdivide a su vez en cuatro anexos: Anexo 1A. Acuerdos Multilaterales

---

<sup>13</sup> La concepción del Acuerdo sobre la OMC como un todo único supone que la adhesión a la OMC depende de la aceptación de todos los acuerdos que constituyen el Acuerdo sobre la OMC por cada nuevo Miembro, se trata de un sistema jurídico del que no se puede renunciar a ninguna disposición o anexo.

<sup>14</sup> El Derecho de la OMC abarca materias que pueden superar lo estrictamente comercial. Este hecho en la práctica tiene como conciencia que la Organización colabora con otras organizaciones internacionales en la adopción de normas sobre determinadas materias. Sobre esta cuestión *vide*, entre otros, VANGRASSTEK, C., *The History and Future of the World Trade Organization*, World Trade Organization, Geneva, 2013, « Part. II, Chapter 5. Relations with other organization and civil society», pp. 151-193. En esta parte se analiza el esfuerzo de la OMC para incluir una mayor colaboración con otras organizaciones internacionales y agentes sociales, como las ONG, aumentar las cotas de transparencia y democratización en el desarrollo de su actividad y sobre todo en la adopción del Derecho de la OMC donde los aspectos del comercio internacional están cada vez más conectados con los ámbitos de otras organizaciones como puede ser la FAO, UNCTAD, FMI o el BM.

sobre el Comercio de Mercancías está formado por el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT de 1994); el Acuerdo sobre la Agricultura; el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias; Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio; Acuerdo sobre las Medidas en materia de inversiones relacionadas con el Comercio; Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros de 1994 (Antidumping); Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros de 1994 (Valoración de Aduana); Acuerdo sobre Inspección previa a la Expedición, Acuerdo sobre Notas de Origen, Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación, Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, Acuerdo sobre Salvaguardias. El Anexo 4 lo forman dos anexos aún en vigor: Anexo 4(a). Acuerdo sobre el Comercio de Aeronaves Civiles y Anexo 4(b). Acuerdo sobre Contratación Pública<sup>15</sup>.

### **III. EL CONTROL DE LEGALIDAD EN EL SISTEMA MULTILATERAL DEL COMERCIO**

#### *1. El Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias*

**6. El control de legalidad del Derecho de la OMC.** El Sistema de Solución de Diferencia (en adelante, SSD) de la OMC ejerce el control y la supervisión *a posteriori* sobre el cumplimiento del Derecho de la OMC por parte de sus Miembros ya que este mecanismo de control se acciona cuando un Miembro de la OMC considera que una norma de otro Miembro es inconsistente con el Derecho de la OMC<sup>16</sup>.

**7. La naturaleza del Sistema de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio.** La doctrina mayoritaria considera que el SSD de la OMC aúna elementos de naturaleza diplomático-política y elementos de naturaleza judicial. Para visualizar esta relación PETERSMANN señala, por un lado, como aspectos de naturaleza

---

<sup>15</sup> La Decisión de Marrakech de 15 de abril de 1994, el Acta Final y los Anexos citados constituyen la base del Derecho material de la OMC. Se ha adoptado un conjunto de Decisiones y Declaraciones Ministeriales en la Ronda de Uruguay, así como Protocolos posteriores para profundizar en la ordenación del sistema multilateral de comercio y también en el propio funcionamiento de la Organización como tal, para una visión general de estos textos normativo *vide* <[http://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/legal\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/legal_s.htm)> (última revisión, 30 de abril de 2014).

<sup>16</sup> LÓPEZ BARRERO, E., *Regulación del comercio internacional: la OMC*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 374.

política los puntos del proceso que regula el ESD, las consultas (artículo 4 del ESD); los buenos oficios, conciliación y mediación (artículo 5 y artículo 24 del ESD); la vigilancia del cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones (artículo 21 del ESD); la compensación y suspensión (artículo 22 del ESD). Por otro lado, como aspectos de naturaleza judicial del SSD se recogen los procedimientos de los Grupos Especiales (artículos 6 a 8 del ESD); el procedimiento de apelación (artículos 16 a 19 del ESD); el procedimiento de arbitraje regulado en el artículo 25 del ESD y los procedimientos legales nacionales, por ejemplo, en materia de antidumping, subvenciones, compras de gobierno y propiedad intelectual. Por último, las recomendaciones de los Grupos Especiales (GE), del Órgano de Apelación (OA) y del Órgano de Solución de Diferencias (OSD) aúnan elementos de naturaleza política y de naturaleza judicial (artículos 12, 16, 17 y 19 del ESD)<sup>17</sup>. La evaluación objetiva llevada a cabo por los GE de cada asunto sometido refuerza la naturaleza jurisdiccional del sistema, mientras que la formulación de sus conclusiones se aproxima a una labor de mediación o conciliación más propia de los sistemas de solución de diferencias de naturaleza diplomática. No obstante, todas las soluciones de diferencias deben ser compatibles con los acuerdos abarcados<sup>18</sup>.

El automatismo en la adopción de los informes por el OSD ha dotado de un mayor carácter jurisdiccional al SSD creado en el marco de la OMC<sup>19</sup>. La regla de adopción de decisiones en el seno del OSD es el «consenso negativo», es decir, la decisión se adoptará salvo consenso de todos los Miembros para su no adopción<sup>20</sup>. En la toma de decisiones de la Organización la regla general es el consenso positivo salvo en

---

<sup>17</sup> PETERSMANN, E. U. (ed.), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, Kluwer Law International, The Hague, 1997, p. 60.

<sup>18</sup> FERNÁNDEZ PONS, X., *La OMC y el Derecho internacional. Un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho internacional general*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, Barcelona, 2006, pp. 84-85.

<sup>19</sup> BOU FRANCH, V., «El mecanismo de solución de diferencias en la Organización Mundial del Comercio» en BOU FRANCH, V. (coord.), *Nuevas controversias internacionales y nuevos mecanismos de solución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 323. La bibliografía sobre el SSD de la OMC es muy amplia, entre otros, *vide*, KUIJPER, P. J., «The New WTO Dispute Settlement - The impact on the European Community», *Journal of World Trade*, Vol. 29, Núm. 6, 1995, pp. 49-72; MCRÆ, D., «What is the Future of WTO Dispute Settlement?», *Journal of International Economic Law*, Vol. 7, Núm. 1, 2004, pp. 3-21; SCHOENBAUM, T. J., «The Theory of Contestable Markets in International Law – A Rationale for “Justifiable” Unilateralism to combat Restrictive Business Practices», *Journal of World Trade*, Vol. 30, 1996, pp. 161-181; REMIRO BROTONS, A. y otros, *Derecho Internacional*, McGraw-Hill, 1997, p. 902.

<sup>20</sup> LÓPEZ BARRERO, E., *Regulación del comercio internacional: la OMC*, *op. cit.*, p. 385; PIÉROLA, F., *Solución de diferencias ante la OMC: presente y perspectivas*, *op. cit.*, p. 68.



cuatro casos especiales donde se aplica la citada regla del consenso negativo: en el establecimiento de los GE en segunda consulta (párrafo 2 del artículo 6 del ESD), en la adopción de los informes de los GE y del OA por el OSD (párrafo 4 del artículo 16 y párrafo 4 del artículo 17 del ESD), en el establecimiento de un GE en caso de desacuerdo entre las parte sobre el cumplimiento efectivo de las resoluciones y recomendaciones de los informes adoptados por el OSD (párrafo 5 del artículo 21 del ESD) y en la autorización de suspensión de concesiones y otras obligaciones en el marco de los acuerdos abarcados una vez vencido el plazo prudencial de cumplimiento (párrafos 6 y 7 del artículo 22 del ESD)<sup>21</sup>. En estos casos, para que se pueda bloquear la adopción de alguna de las cuatro decisiones mencionadas, todos los Miembros, incluidas las partes que formen parte en la diferencia, tienen que estar de acuerdo en su no adopción<sup>22</sup>. PIÉROLA destaca que gracias al consenso negativo todas estas acciones se llevarán a cabo con independencia de la postura del miembro cuestionado en el procedimiento sustanciado bajo el amparo del SSD. Asimismo, el consenso negativo induce a mantener la multilateralidad del sistema en tanto que desincentiva a los miembros para que busquen soluciones bilaterales paralelas o tomen medidas unilaterales al margen del ESD<sup>23</sup>.

**8. La comparación del SSD de la OMC y el sistema de solución previsto en el GATT de 1947.** La regulación del ESD de la OMC introdujo novedades frente al procedimiento internacional de solución de diferencias regulado en el GATT de 1947. Dentro del organigrama de la OMC se ha creado un órgano específico, el OSD, compuesto por representantes de todos los Miembros de la Organización, encargado de supervisar los procedimientos de solución de diferencias regulados en el ESD. La institucionalización de los órganos que participan en el SSD se ha extendido también a los GE y al OA. El ESD define con precisión las etapas del procedimiento, fijando plazos perentorios. Este procedimiento defiende la pronta solución de las diferencias como requisito esencial para que SSD de la OMC pueda cumplir los objetivos para los que fue creado y garantice el principio de previsibilidad y seguridad en el sistema<sup>24</sup>. El

---

<sup>21</sup> LÓPEZ BARRERO, E., *Regulación del comercio internacional: la OMC*, op. cit., p. 385; PIÉROLA, F., *Solución de diferencias ante la OMC: presente y perspectivas*, op. cit., p. 68-71.

<sup>22</sup> LÓPEZ BARRERO, E., *Regulación del comercio internacional: la OMC*, op. cit., p. 385.

<sup>23</sup> PIÉROLA, F., *Solución de diferencias ante la OMC: presente y perspectivas*, op. cit., p. 69.

<sup>24</sup> COTTIER, T., «Dispute Settlement in the World Trade Organization: Characteristics and Structural Implications for the European Union», *Common Market Law Review*, Vol. 35, Núm. 3, 1998, p. 344.

ESD de la OMC refuerza el automatismo para superar los puntos de bloqueo existentes en los procedimientos de solución de controversias del GATT de 1947. Se reconoce el Derecho de la parte reclamante a la constitución de un GE que conozca la controversia y se impide el bloqueo del inicio del proceso por parte del Miembro demandado en el proceso de solución de la diferencia. Se regula un procedimiento de examen de la diferencia en apelación creándose un OA, ante el que cualquiera de las partes en la diferencia puede recurrir el informe elaborado por el GE. El examen en apelación se centra en las cuestiones de Derecho o de interpretación jurídica que susciten los Miembros partes en una determinada diferencia. El informe del GE y del OA se adopta por el OSD en virtud de la nueva regla del consenso negativo donde la única posibilidad de bloqueo reside en que todos los Miembros se opongan de mutuo acuerdo a la adopción de dicho informe. Esta nueva regulación ha conseguido que la adopción de los informes por parte del OSD sea un proceso automático, superando los problemas de bloqueo que se producían en el GATT de 1947. El ESD de la OMC refuerza el mecanismo de vigilancia de los informes y recomendaciones del OSD. Se reconoce la posibilidad al Miembro reclamante vencedor de suspender concesiones u otras obligaciones previa autorización OSD con respecto al Miembro demandado perdedor que no observe los informes adoptados como medida temporal para impulsar el pronto cumplimiento de los informes adoptados (artículo 21 y artículo 22 del ESD). Por lo antedicho, aunque el SSD pueda ser objeto de críticas y reclame algunos cambios que faciliten y aseguren el cumplimiento por parte de los Miembros demandados y concenados, también es inexcusable poner de manifiesto las garantías que ha posibilitado para los operadores dentro del sistema multilateral del comercio creado al amparo de la OMC. Superando la gran mayoría de las barreras diplomáticas existentes en el GATT de 1947 que desencadenaron la imposibilidad de solucionar multitud de controversias en su seno<sup>25</sup>.

**9. La regulación del Sistema de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio.** El SSD se regula en el Anexo 2 del Acuerdo sobre la OMC bajo el título «Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige

---

<sup>25</sup> Sobre los desafíos urgentes del SSD véase la posición del actual Presiende de la OMC: <[https://www.wto.org/spanish/news\\_s/spra\\_s/spra32\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/news_s/spra_s/spra32_s.htm)> (última revisión, 20 de julio de 2014).

la solución de diferencias» (en adelante, ESD) se compone de 27 artículos y 4 apéndices.

El Apéndice 1 recoge los «Acuerdos Abarcados por el Entendimiento»: A) Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio. B) Acuerdos Comerciales Multilaterales: Anexo 1A: Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías; Anexo 1B: Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios; Anexo 1C: Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio; Anexo 2: Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias. C) Acuerdos Comerciales Plurilaterales: Anexo 4: Acuerdo sobre el Comercio de Aeronaves Civiles; Acuerdo sobre Contratación Pública; Acuerdo Internacional de los Productos Lácteos; Acuerdo Internacional de la Carne de Bovino. La aplicabilidad del presente Entendimiento a los Acuerdos Comerciales Plurilaterales dependerá de que las partes en el acuerdo en cuestión adopten una decisión en la que se establezcan las condiciones de aplicación del Entendimiento a dicho acuerdo, con inclusión de las posibles normas o procedimientos especiales o adicionales a efectos de su inclusión en el Apéndice 2, que se hayan notificado al OSD. El Apéndice 2 regula las «Normas y Procedimientos Especiales o Adicionales contenidos en los Acuerdos Abarcados» que prevalecerán en caso de discrepancia con las previsiones del ESD. El Apéndice 3 señala los «Procedimientos de Trabajo» y el Apéndice 4, los «Grupos Consultivos de Expertos».

El ESD de la OMC crea un sistema unificado de arreglo internacional de las controversias para el conjunto de los acuerdos que integran el Derecho de la OMC, superando la parcelación reinante bajo en antiguo sistema del GATT de 1947. El ESD de la OMC está diseñado para ofrecer un único procedimiento de solución de diferencias regulado en un único instrumento (párrafo 2 del artículo 3 del ESD). No obstante, los anexos del Acuerdo sobre la OMC recogen cláusulas específicas sobre solución de diferencias para adaptarse a las circunstancias concretas que puedan darse en determinadas parcelas del comercio internacional<sup>26</sup>. En caso de conflicto entre el

---

<sup>26</sup> El párrafo 2 del artículo 1 del ESD establece que las normas y procedimientos del ESD se aplicarán sin perjuicio de las normas y procedimientos especiales o adicionales que en materia de solución de diferencias contienen los acuerdos abarcados y se identifican en el Apéndice 2 del ESD. El Apéndice 2 del ESD regula las «Normas y procedimientos especiales adicionales contenidos en las Acuerdos abarcados», dichas normas y sus respectivos artículos y anexos se recogen a continuación: Acuerdo sobre

ESD de la Organización y las disposiciones específicas de los anexos del Acuerdo sobre la OMC, la regla general es que las disposiciones previstas en el ESD se aplicarán subsidiariamente a las disposiciones específicas y, en caso de conflicto, se aplican las disposiciones específicas<sup>27</sup>. De este modo, sólo deberán prevalecer esas disposiciones específicas en caso de que no sea posible considerar que las disposiciones del ESD y las normas especiales y adicionales se complementen recíprocamente. Sólo podrá llegarse a la conclusión de que una disposición especial prevalece sobre una disposición del ESD cuando el cumplimiento de una lleve aparejado la vulneración de la otra, es decir cuando ambas disposiciones sean mutuamente incompatibles<sup>28</sup>.

**10. La jurisdicción del Entendimiento de Solución de Diferencias.** El párrafo 1 del artículo 1 y párrafo 1 del artículo 23 del ESD disponen que el SSD de la OMC tiene jurisdicción obligatoria sobre cualquier controversia que surja entre sus Miembros que derive de los acuerdos abarcados indicados en el Apéndice 1 del ESD (Acuerdo

---

la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, párrafo 2 del artículo 11; Acuerdo sobre los Textiles y el Vestido, párrafo 14 del artículo 2, párrafo 21 del artículo 2, párrafo 4 del artículo 4, párrafos 2, 4 y 6 del artículo 5, párrafos 9, 10 y 11 del artículo 6, párrafos 1 al 12 del artículo 8; Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, párrafos 2 al 4 del artículo 14 y Anexo 2; Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del GATT de 1994, párrafos 4 al 7 del artículo 17; Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VII del GATT de 1994, párrafo 3 al 5 del artículo 19 y párrafo f) del artículo 2, artículo 3, artículo 9 y artículo 21 del Anexo II; Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, párrafos 2 al 12 del artículo 4, párrafo 6 del artículo 6, párrafos 2 al 10 del artículo 7, párrafo 5 del artículo 8, nota a pie de página 35, párrafo 4 del artículo 24, párrafo 7 del artículo 27 y Anexo V; Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, párrafo 3 del artículo XXII, párrafo 3 del artículo XXIII, párrafo 1 del artículo 4 del Anexo sobre Servicios Financieros y artículo 4 del Anexo sobre Servicios de Transporte Aéreo; Decisión relativa a determinados procedimientos de solución de diferencias para el AGCS, artículos 1 al 5. Por último, también se incluyen en este apéndice las normas o procedimientos especiales o adicionales de los Acuerdos Comerciales Plurilaterales que hayan determinado los órganos competentes de cada uno de dichos acuerdos y que se hayan notificado al OSD.

El Sistema de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio presta una especial atención a los países en desarrollo y a los países menos adelantados que cuenta con una referencia específica en los anexos del Acuerdo sobre la OMC. La OMC tiene un Comité sobre Comercio y Desarrollo. A su vez, la Secretaría de la Organización Mundial del Comercio ha recopilado las disposiciones de los anexos del Acuerdo sobre la OMC que confieren a los países en desarrollo y países menos desarrollados derechos especiales: Disposiciones sobre trato especial y diferenciado establecidas en los Acuerdos y Decisiones de la OMC, WT/COMTD/W/77 de 25 de octubre de 2000; Trato especial y diferenciado para los países menos adelantados, documento WT/COMTD/W/135 de 5 de octubre de 2004 y el *Annex II: Summary of Provisions Contained in the Uruguay Round Agreements for the Differential and More Favourable Treatment of Developing and Least Developed Countries*. Documentos disponibles en <[http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/devel\\_s/dev\\_special\\_differential\\_provisions\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/devel_s/dev_special_differential_provisions_s.htm)> (última revisión, 15 de mayo de 2013). Como se puede observar en los documentos referidos, el propio ESD tiene algunas disposiciones relativas a los países en desarrollo y países menos adelantados (párrafo 10 del artículo 12, párrafo 11 del artículo 12, párrafo 2 del artículo 21, párrafo 1 del artículo 24). Sin embargo, estas disposiciones son criticadas por su escasa operatividad, por su redacción en términos imprecisos, por su falta de obligatoriedad y su carácter incoercible.

<sup>27</sup> PIÉROLA, F., *Solución de Diferencias ante la OMC: presente y perspectivas*, op. cit., p. 85.

<sup>28</sup> *Ibidem*, pp. 85-86, nota a pie de página 38.

sobre la OMC, GATT de 1994, Acuerdos multilaterales sobre mercancías, AGCS, Acuerdo ADPIC, ESD, Acuerdos plurilaterales entre las partes firmantes, ESD)<sup>29</sup>. Tras la adhesión de cada Miembro a la OMC adquiere el derecho a reclamar a otro a través del SSD<sup>30</sup>. El artículo 23 del ESD prohíbe el recurso de los Miembros de la OMC a otros foros para la resolución de diferencias con respecto a cualquier disposición del Derecho de la OMC que componen los acuerdos abarcados por el ESD en aras de fortalecer el sistema multilateral de comercio.

**11. Las causas que permiten iniciar una diferencia en el marco del Entendimiento de Solución de Diferencias.** Cualquier acción u omisión de un Miembro de la OMC que suponga una anulación o menoscabo de los derechos de otro(s) Miembro(s) reconocidos en los acuerdos abarcados es causa suficiente para iniciar el procedimiento de solución de Diferencias en la OMC. Sólo podrán iniciar una diferencia los Miembros de la OMC que tengan un interés general (artículos XII y XXIII del GATT de 1994)<sup>31</sup>.

**12. El procedimiento ordinario de solución de diferencias.** La solución de controversias mediante el procedimiento sustanciado ante los GE y el OA es el proceso jurídico para solucionar las controversias del sistema multilateral de comercio entre Miembros de la OMC. Esta vía de solución de procedimiento ante los GE y el OA se puede denominar «procedimiento ordinario de solución de diferencias».

El procedimiento ordinario de solución de diferencias es un procedimiento singular en el marco del Derecho internacional ya que no se atiene a las categorías tradicionales del Derecho internacional<sup>32</sup>. El SSD de la OMC es un sistema autónomo

---

<sup>29</sup> JACKSON define el ESD como una poderosa medida de jurisdicción obligatoria en JACKSON, J. H., *Soberanía, la OMC y los fundamentos cambiantes del Derecho internacional*, Marcial Pons, Madrid, 2009, «4. La estructura y operación actuales del Sistema de Solución de Diferencias de la OMC», p. 226.

<sup>30</sup> FERNÁNDEZ PONS, X., *La OMC y el Derecho internacional. Un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho internacional general*, op. cit., p. 71.

<sup>31</sup> El concepto de «interés general» no se explica en el ESD. Así el OA se ha pronunciado sobre esta cuestión y en el informe del caso Bananas III estableció que «(...)», consideramos que los Miembros tienen un amplio margen de discrecionalidad para decidir si presentan o no una reclamación contra otro Miembro al amparo del ESD. Del texto del párrafo 1 del artículo XXIII del GATT de 1994 y del párrafo 7 del artículo 3 del ESD se desprende, además, que en gran medida corresponde al propio Miembro decidir sobre la "utilidad" de presentar una reclamación» en Informe del OA de la diferencia CE - Régimen de la importación, venta y distribución de bananos (DS27) (CE – Banano III), WT/DS27/AB/R de 9 de septiembre de 1997, párrafo 135.

<sup>32</sup> FERNÁNDEZ PONS, X., *La OMC y el Derecho internacional. Un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho internacional general*, op. cit., 2006, p. 81.

de solución de conflictos que no deja ningún espacio jurídico para la cooperación con otras organizaciones internacionales, excepto por el derecho de los GE a recabar toda la información que consideren necesaria para la elaboración de su informe<sup>33</sup>.

**13. Consultas.** Para iniciar el procedimiento ordinario de solución de diferencias el Miembro que se persone como parte reclamante deberá notificar su solicitud de celebración de consultas al OSD (párrafo 4 del artículo 4 del ESD)<sup>34</sup>. La solicitud de celebración de consultas señala el inicio formal de la diferencia en la OMC, en ella figurarán las medidas en litigio y los fundamentos jurídicos de la reclamación (párrafo 4 del artículo 4 del ESD). Los Miembros deberán participar en las consultas de buena fe, tratarán de resolver la diferencia de forma amigable y éstas serán confidenciales. El proceso de consultas es un medio de solución de diferencias diplomático-político y las partes tienen libertad para determinar cómo se van a desarrollar las consultas<sup>35</sup>.

**14. La solicitud del establecimiento del GE.** En caso de no alcanzar un acuerdo entre las partes en fase de consultas en un plazo de 60 días contados a partir de la fecha de recepción de la solicitud de celebración de consultas, la parte reclamante podrá solicitar el establecimiento de un GE<sup>36</sup>. La parte reclamante podrá pedir el establecimiento dentro de ese plazo si las partes que intervienen en las consultas

---

<sup>33</sup> Consejo Consultivo de la OMC formado por SUTHERLAND, P. (Presidente); BHAGWATI, J.; BOTCHEWEY, K.; FITZGERALD, N.; HAMADA, K.; JACKSON, J. H.; LAFER, C.; DE MONTBRIAL, T., *El futuro de la OMC. Una respuesta a los desafíos institucionales del nuevo milenio*, op. cit., p. 45.

<sup>34</sup> La legitimación activa para iniciar una consulta pertenece sólo a los Miembros de la OMC y, por tanto, las empresas o partes privadas no pueden iniciar una diferencia. Para una introducción sobre esta cuestión y sus posibles implicaciones a futuro, vide, ALEMANNI, A., «Private parties and WTO Dispute Settlement System», Cornell Law School Inter-University Graduate Student Conference Papers. Paper 1, 2004. Disponible en <[http://scholarship.law.cornell.edu/lps\\_clacp/1/](http://scholarship.law.cornell.edu/lps_clacp/1/)> (última revisión, 18 octubre 2014).

<sup>35</sup> VAN DEN BOSSCHE, P., *The Law and Policy of the World Trade Organization. Text, Cases and Materials*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, p. 271.

<sup>36</sup> Para profundizar en el establecimiento, funciones y naturaleza del GE vide, entre otros, FERNÁNDEZ PONS, X., *La OMC y el Derecho internacional. Un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho internacional general*, op. cit., «Capítulo Segundo: La jurisdicción de los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación», pp. 103-193; ESPÓSITO, C., «Introducción al Sistema de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, Núm. 5, 2001, pp. 264-265; HECHEM, J. C., «Operation of WTO Dispute Settlement panels: assessing proposals for reform», *Law and Policy of International Business*, Vol. 31, Núm. 3, (2000), pp. 657-664; MONTAÑA MORA, M., *La OMC y el reforzamiento del sistema GATT*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 122-137; PIÉROLA, F., *Solución de Diferencias en la Organización Mundial del Comercio*, Fondo Editorial del IDEI de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002, pp. 109-130; STEWART, T. P.; KARPEL, A. A., «Review of the Dispute Settlement Understanding: operation of panels», *Law and Policy of International Business*, Vol. 31, Núm. 3, 2000, pp. 593-656.

consideran de común acuerdo que éstas van a permitir resolver la diferencia (párrafo 7 del artículo 4 del ESD).

Las partes pueden alcanzar una solución mutuamente convenida durante todo el tiempo posterior a la fase de consultas hasta el momento en que el GE traslade sus conclusiones al OSD (párrafo 7 del artículo 12 del ESD). Durante esta fase ante el GE, a solicitud de la parte reclamante, el GE puede suspender su trabajo por un plazo máximo de 12 meses. Si la suspensión se prorroga por más de este tiempo, la autoridad del GE caduca (párrafo 2 del artículo 12 del ESD). Si las partes lograsen una solución de la diferencia de mutuo acuerdo, el informe del GE deberá estar limitado a una breve descripción del caso y se debería informar al OSD que se ha logrado dicha solución (párrafo 7 del artículo 12 del ESD).

La redacción del informe del GE tiene una etapa previa regulada por el artículo 15 del ESD, «Etapas intermedia de reexamen», donde el GE dará traslado de los capítulos expositivos (hechos y argumentación) de su proyecto de informe a las partes en la diferencia. Dentro de un plazo fijado por el GE, las partes presentarán sus observaciones por escrito. En un momento posterior, el GE entregará a las partes un informe provisional que incluya tanto la parte expositiva como las conclusiones del GE donde se incluirán también los argumentos discutidos en la etapa de reexamen intermedio. El informe final del GE será entregado a las partes y, cuando se encuentre disponible en los tres idiomas oficiales, se distribuirá a los Miembros de la OMC, momento en el cual se convertirá también en un documento de carácter público (artículo 16 del ESD).

Dentro de los 60 días siguientes a la fecha de distribución del informe del GE a los Miembros, el informe se adoptará en una reunión del OSD, a menos que una parte en la diferencia notifique formalmente a éste su decisión de apelar o que el OSD decida por consenso no adoptar el informe (párrafo 4 del artículo 16 del ESD). Si no hay prevista una reunión del OSD dentro de ese período en una fecha que permita cumplir las prescripciones de los párrafos 1 y 4 del artículo 16, se celebrará una reunión del OSD a tal efecto. Por tanto, en caso de que el informe sea adoptado por el OSD y no se notifique la decisión de apelar por ninguna de las partes en la diferencia, las recomendaciones y resoluciones del GE serán legalmente vinculantes para las partes.

**15. El examen en apelación.** Si una parte ha notificado su decisión de apelar, el informe del GE no será considerado por el OSD a efectos de su adopción hasta después de haber concluido el proceso de apelación (párrafo 4 del artículo 16 del ESD)<sup>37</sup>. El mandato del OA se reduce a confirmar, modificar o revocar las constataciones y conclusiones jurídicas del GE ya que durante el proceso de examen en apelación, a diferencia de los GE, la función del OA se reduce a las cuestiones de derecho tratadas en el informe del GE y las interpretaciones jurídicas formuladas por éste (párrafo 6 del artículo 17 del ESD)<sup>38</sup>. El OA podrá analizar todas las conclusiones legales del GE aunque las partes no estén conformes.

En aras de promover una solución mutuamente convenida de la diferencia el apelante podrá desistir de su apelación, en cualquier momento de las actuaciones, mediante notificación al OA, el cual notificará inmediatamente al OSD esta decisión (párrafo 1 del artículo 30 de las Normas de conducta previstas en el Procedimiento de trabajo para el examen en apelación). Las partes pueden adoptar a una solución mutuamente convenida hasta el momento en que el OSD adopte el informe del OA y del GE modificado<sup>39</sup>.

**16. La adopción del informe por el Órgano de Solución de Diferencias.** El OSD adoptará los informes de los GE y del OA alcanzados en el procedimiento ordinario del SSD de la OMC salvo que los Miembros del OSD decidan por consenso

---

<sup>37</sup> La bibliografía relativa al OA y al desarrollo del procedimiento de apelación se amplísima, veáanse, entre otros, ESPÓSITO, C., «Introducción al Sistema de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, Núm. 5, 2001, p. 266; PIÉROLA, F., *Solución de Diferencias en la Organización Mundial del Comercio*, Fondo Editorial del IDEI de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002, pp.130-133; SACERDOTI, G., «Appel and judicial review in international arbitration and adjudication: the case of the WTO appellate Body» en PETERSMANN, E. U. (ed.), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, op. cit., pp. 245-280; SHOYER, A. W.; SOLOVY, E. M., «The process and procedure of litigation at the World Trade Organization: a review of the work of the Appellate Body», *Journal of Law and Policy in International Business*, Vol. 31, Núm. 3, 2000, pp. 677-696; STEGER, D. P., «The appellate body and its contribution to WTO dispute settlement» en KENNEDY, D.; SOUTHWICK, J.D. (dir.), *The political economy of international law: essays in honor of Robert E. Hudec*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002; VAN DAMME, I., *Treaty interpretation by the WTO Appellate Body*, Oxford University Press, New York, 2009.

<sup>38</sup> Esta distinción entre asuntos de derecho y asuntos de hecho es problemática en algunos casos porque lo que hay que atender a las orientaciones generales de los informes del OA, puede verse por ejemplo el informe del OA de la diferencia CE - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas), WT/DS26/AB/R; WT/DS48/AB/R de 18 de enero de 1998, párrafos 132-135.

<sup>39</sup> ALVAREZ-JIMÉNEZ, A., «Mutually agreed solutions under the WTO Dispute Settlement Understanding: an analytical framework after the *Softwood Lumber Arbitration*», *World Trade Review*, Vol. 10, Núm. 3, 2011, p. 361.



no adoptarlo. En la OMC, los informes del OA y del GE en aquellas partes en que no haya sido modificado ni revocado por el OA no son obligatorios para las partes hasta que éstos no son adoptados por el OSD. En la práctica, el Presidente del OSD, en la sesión de adopción del acuerdo, se limita a dar la palabra a aquellos Miembros de la Organización que quieren expresar sus opiniones sobre el informe, tomar nota de todas las declaraciones y adoptar el informe<sup>40</sup>.

## 2. *El cumplimiento de las decisiones adoptadas en el marco del SSD*

**17. Los objetivos que rigen la fase de cumplimiento de las decisiones adoptadas.** La fase de cumplimiento de las decisiones adoptadas se rige por dos objetivos, la necesidad de conseguir el pronto cumplimiento de las resoluciones y recomendaciones de los informes adoptados y lograr la supresión de las medidas declaradas como incompatibles con las disposiciones de los acuerdos abarcados (párrafo 1 del artículo 21 del ESD y párrafo 7 del artículo 3 del ESD respectivamente). En cualquier caso, la remoción de las medidas se produce *ex nunc*, es decir, de manera prospectiva, con posterioridad a la declaración de incompatibilidad salvo para el caso de subvenciones declaradas prohibidas bajo las reglas del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias y que han consistido en desembolsos de una sola vez en el tiempo<sup>41</sup>.

**18. El cumplimiento ideal.** En Derecho internacional, esta fase del SSD se puede enmarcar dentro de lo que se denomina el «*second-order compliance*» donde el cumplimiento se debe a una decisión de una institución internacional como puede ser el OSD, frente a lo que sería el «*first-order compliance*» que se refiere al cumplimiento del Derecho sustantivo, normalmente recogido en los tratados internacionales<sup>42</sup>. En el cumplimiento jurídicamente ideal de una diferencia una vez adoptado el informe por el OSD, el laudo arbitral, el acuerdo de los buenos oficios, la conciliación o la mediación o una vez alcanzada una solución entre las partes (decisiones adoptadas), se deberían suceder algunas de las siguientes etapas procesales: un cumplimiento inmediato de las

---

<sup>40</sup> OMC, *Handbook on the Dispute Settlement*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

<sup>41</sup> PIÉROLA, F., *Solución de Diferencias ante la OMC: presente y perspectivas*, op. cit., pp. 145-146.

<sup>42</sup> FISHER, R., *Improving Compliance with International Law*, University Press of Virginia, Charlottesville, 1981, pp. 28-29 citado en ABE, Y., «Implementation System of the WTO Dispute Settlement Body: A Comparative Approach», *Journal of East Asia & International Law*, Vol. 6, Núm. 1, 2013, pp.8-9.

resoluciones y recomendaciones del demandado al OSD, la aplicación notificada por el demandado al OSD, una solución mutuamente aceptable notificada con respecto a la aplicación notificada por la parte demandada o un cumplimiento sin constataciones de incumplimiento. Las partes también podrían llegar a una solución mutuamente convenida para el cumplimiento del informe adoptado y una posterior notificación del cumplimiento por la parte de demandada y condenada al OSD. Sin embargo, pueden darse problemas que dificulten la aplicación de las decisiones adoptadas por el OSD<sup>43</sup>.

**19. El plazo prudencial.** Una vez adoptado el informe por el OSD, la parte demandada y condenada deberá informar a dicho Órgano de cómo va a implementar las recomendaciones y resoluciones contenidas en el informe y en caso de no ser posible su cumplimiento inmediato, indicar el plazo prudencial que necesita para ello. Este plazo prudencial propuesto por la parte demandada tendrá que ser aprobado por el OSD (párrafo 3.a) del artículo 21 del ESD).

En caso de no existir tal aprobación, las partes en la diferencia intentarán fijar un plazo de común acuerdo de los 45 días siguientes a la fecha de adopción de las recomendaciones y resoluciones (párrafo 3.b) del artículo 21 del ESD). A falta de

---

<sup>43</sup> La parte del proceso del SSD de la OMC relativa a la vigilancia y aplicación de los informes adoptados por el OSD ha generado un amplio debate doctrinal, no solo por su estudio descriptivo sino por todos los problemas prácticos que surgen en este momento del proceso, sirva como botón de muestra la bibliografía que se recoge a continuación, JACKSON, J. H., «The WTO Dispute Settlement Understanding – Misunderstandings on the Nature of Legal Obligation» en CAMERON, J.; CAMPBELL, K. (ed.), *Dispute Resolution in the World Trade Organisation*, Cameron May, London, 1998, pp. 69-74; KEARNS, J.; CHARNOVITZ, S., «Adjudicating compliance in the WTO: a review of DSU article 21.5», *Journal of International Economic Law*, Vol. 5, Núm. 2, Julio 2002, p. 341; PALMETER, D.; ALEXANDROV, S.A. «Introducing compliance in WTO Dispute Settlement» en KENNEDY, D.; SOUTHWICK, J.D. (dir.). *The Political Economy of International Trade – Essays in Honour of R. E. Hudec*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 646-666; PALMETER, D., «The WTO dispute settlement mechanism. Compliance with WTO ruling and other procedural problems», *Journal of World Intellectual Property*, Vol. 4, Núm. 2, March 2001, p. 294; PAUWELYN, J., «Enforcement and Countermeasures in the WTO – Rules are Rules – Toward a More Collective Approach», *American Journal of International Law*, Vol. 94, Núm. 2, 2000, pp. 335-347; PAUWELYN, J., «A Typology of Multilateral Treaty Obligations: Are WTO Obligations Bilateral or Collective Nature?», *European Journal of International Law*, Vol. 14, Núm. 5, 2003, pp. 907-951; PAUWELYN, J., «Calculation and Design of Trade Retaliation» en BROWN, C. P.; PAUWELYN, J. (dir.), *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 34-65; ROBERTS, L. D., «Beyond Notions of Diplomacy and Legalism: Building a Just Mechanism for WTO Dispute Settlement Resolution», *American Business Law Journal*, Vol. 40, 2003, pp. 511-562; ROSAS, A., «Implementation and Enforcement of WTO Dispute Settlement Findings: An EU Perspective», *op. cit.*, pp. 131-134; SEBASTIAN, T., «World Trade Organization Remedies and the Assessment of Proportionality: Equivalence and Appropriateness», *Harvard International Law Journal*, Vol. 48, Núm. 2, 2007, pp. 337-382; WILSON, B., «Compliance by WTO Members with Adverse WTO Dispute Settlement Rulings: the Record to Date», *Journal of International Economic Law*, Vol. 10, Núm. 2, pp. 397-403.

acuerdo para la determinación de un plazo prudencial en los dos casos anteriores, se permite la designación de un árbitro para que determine el plazo prudencial para la aplicación de las recomendaciones los órganos resolutorios, GE u OA. Dicho plazo no deberá exceder de 15 meses a partir de la fecha de adopción del informe del GE o del OA. Ese plazo podrá, no obstante, ser más corto o más largo, según las circunstancias del caso (párrafo 3.c) del artículo 21 del ESD).

Durante el desarrollo del procedimiento arbitral para determinar el plazo prudencial las partes en la diferencia pueden retirar la solicitud de arbitraje o pedir al árbitro que suspenda el procedimiento para poder convenir en una solución respecto de la aplicación de las recomendaciones del GE o del OA. El límite temporal para alcanzar este acuerdo entre las partes en la diferencia son 15 meses a partir de la fecha de adopción del informe del GE o del OA<sup>44</sup>.

**20. La fase de la verificación.** Una vez transcurridos 6 meses desde la expiración del plazo prudencial se pasa a la fase de verificación para controlar si el Miembro demandado ha aplicado las recomendaciones o resoluciones del OSD. En el orden del día de las reuniones del OSD se incluirá la cuestión de la vigilancia de los informes adoptados hasta que se constate su cumplimiento. Como máximo 10 días antes de cada una de cada reunión, el Miembro afectado, parte demandada y condenada en la diferencia, presentará por escrito un informe de situación sobre los progresos realizados en la aplicación de las recomendaciones o resoluciones ante dicho órgano (párrafo 6 del artículo 21 del ESD)<sup>45</sup>.

En caso de desacuerdo en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones del informe objeto de verificación o a la compatibilidad de dichas medidas adoptadas con los acuerdos abarcados, el GE que haya entendido inicialmente del asunto, siempre que sea posible, resolverá dicho desacuerdo conforme al ESD. El GE distribuirá su informe dentro de los 90 días

---

<sup>44</sup> Esta posibilidad fue recogida en el laudo arbitral de la diferencia EEUU - medida de salvaguardia definitiva contra las importaciones de tubos al carbono soldados de sección circular procedentes de Corea, WT/DS202/17, párrafos 6-9.

<sup>45</sup> Para profundizar en la fase de verificación se recoge a continuación una bibliografía introductoria, FERNÁNDEZ PONS, X., *La OMC y el Derecho internacional. Un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho internacional general*, op. cit., «Capítulo Tercero: Interpretación, observancia y aplicación de los Acuerdos de la OMC», pp. 195-258.

siguientes a la fecha en que se le haya sometido el asunto. Si el GE considera que no le es posible presentar su informe en ese plazo, comunicará por escrito al OSD los motivos del retraso, indicando el plazo en que estima podrá presentarlo (párrafo 5 del artículo 21 del ESD). El GE debe examinar la consistencia de esa nueva medida adoptada por el Miembro demandado parte en la diferencia con el informe adoptado pero también con los acuerdos abarcados. Así puede que en este procedimiento abreviado de verificación el GE tenga que analizar la consistencia de dicha nueva medida con parte de los acuerdos abarcados que no fueron sustanciados ante el GE en el inicio de la diferencia<sup>46</sup>.

El nuevo informe del GE se adoptará por el OSD salvo consenso para su no adopción siguiendo la regla del consenso negativo. En este procedimiento abreviado del párrafo 5 del artículo 25 del ESD la parte demandada e incumplidora en la diferencia no cuenta con derecho a apelación ni con la posibilidad de solicitar un plazo prudencial para el cumplimiento del informe adoptado. La parte demandada en la diferencia debe cumplir este informe de forma inmediata una vez adoptado y en caso contrario la parte reclamante en la diferencia puede solicitar la compensación y la suspensión de concesiones<sup>47</sup>.

**21. El problema de la secuencia.** En la fase de la vigilancia de los informes adoptados en una diferencia se produce lo que se denomina el «problema de la secuencia». Este problema surge por el solapamiento de plazos temporales previstos en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD y el párrafo 2 del artículo 22 del ESD ya que la realización del procedimiento previsto en el primero toma más tiempo que el plazo previsto por el ESD para conceder la autorización para la toma de medidas de retorsión. El párrafo 5 del artículo 21 del ESD prevé el supuesto de desacuerdo en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones del informe objeto de verificación o a la compatibilidad de dichas medidas adoptadas con los acuerdos abarcados. El párrafo 2 del artículo 22 del ESD regula la posibilidad de solicitar una compensación o la suspensión de la aplicación de concesiones u otras obligaciones resultantes de los acuerdos abarcados por la falta de cumplimiento de dichas recomendaciones y resoluciones una vez transcurrido el plazo prudencial de

---

<sup>46</sup> VAN DEN BOSSCHE, P., *The Law and Policy of the World Trade Organization. Text, Cases and Materials*, op. cit., p. 302.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 304.

tiempo a la parte demandada e incumplidora del informe adoptado en la diferencia. El párrafo 5 del artículo 21 del ESD establece un plazo general máximo de 90 días para la solución del desacuerdo mientras que el párrafo 6 del artículo 22 del ESD establece que el OSD debe otorgar la autorización para suspender las concesiones en los 20 días siguientes a la fecha de expiración del plazo prudencial, a menos que, por consenso, decida rechazar la solicitud de autorización.

Para superar el problema de la secuencia en la práctica las partes en las diferencias de la OMC ordenan la secuencia temporal de los procedimientos previstos en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD y el párrafo 6 del 22 del ESD<sup>48</sup>. Sin embargo, un acuerdo de carácter general o una modificación del ESD sobre esta cuestión ayudarían a aumentar la certeza y seguridad jurídica dentro del SSD de la OMC<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> PIÉROLA, F., *Solución de Diferencias ante la OMC: presente y perspectivas*, op. cit., pp. 147-148.

<sup>49</sup> *Vide* la Enmienda a determinadas disposiciones del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias presentada por Bolivia, Canadá, Chile, Colombia, Corea, Costa Rica, Ecuador, Japón, Noruega, Nueva Zelanda, Perú, Suiza, Uruguay y Venezuela el 1 de noviembre de 2001 (WT/MIN(01)/W/6). En el punto 2 de la citada comunicación se proponía reformar el párrafo 5 del artículo 21 del ESD en aras de incluir durante el plazo prudencial la posibilidad de solicitar consultas para llegar a una solución mutuamente satisfactoria con respecto a la aplicación de las recomendaciones y medidas del Órgano de Solución de Diferencias. Además, la intervención del GE que actualmente se regula en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, según el punto 4 de esta propuesta, pasaría al nuevo artículo 21bis del ESD para tratar de regular esta revisión del GE de una manera más pormenorizada. Se abriría también la posibilidad a las partes de reconducir la diferencia en este momento del proceso a los artículos 5 u 25 del ESD. Este nuevo artículo trataría de solventar el problema de la secuencia ya que esta nueva solicitud de establecimiento de GE se podría iniciar cuando faltasen 10 días para que finalizase el plazo prudencial. Por último, la superación definitiva del problema de la secuencia se daría siguiendo por punto 5 de esta comunicación ya que recoge una nueva redacción del párrafo 2 del artículo 22 del ESD: «Si: i) el Miembro afectado no informa al OSD de conformidad con el párrafo 3 del artículo 21 de que se propone aplicar las recomendaciones o resoluciones del OSD; ii) el Miembro afectado no presenta dentro del plazo establecido una notificación de conformidad con el párrafo 6 c) del artículo 21 indicando que ha cumplido; o iii) en el informe presentado por el grupo especial sobre el cumplimiento o el OA de conformidad con el artículo 21bis se constata que el Miembro afectado no ha puesto las medidas declaradas incompatibles con un acuerdo abarcado en conformidad con ese acuerdo o no ha cumplido de otro modo las recomendaciones o resoluciones del OSD; la parte reclamante podrá pedir la autorización del OSD para suspender la aplicación al Miembro afectado de concesiones u otras obligaciones en el marco de los acuerdos abarcados. Se convocará una reunión del OSD a tal efecto dentro de los 10 días siguientes a la petición, salvo que la parte reclamante solicite que la reunión se celebre en una fecha posterior. Se exhorta a las partes en la diferencia a que celebren consultas antes de la reunión para examinar una solución mutuamente satisfactoria». La propuesta del nuevo artículo 21bis del ESD prevé la posibilidad de celebrar consultas en este nuevo proceso para determinar la aplicación de recomendaciones y resoluciones y establece la posibilidad de apelar este nuevo informe del GE (punto 4 de la propuesta WT/MIN(01)/W/6). Además en el punto 3 propone modificar el párrafo 6 del artículo 21 del ESD para regular de una manera más exhaustiva los plazos y los procedimientos posibles para vigilar la aplicación de las recomendaciones y resoluciones adoptadas por el Órgano de Solución de Diferencias. Sin embargo, propuestas de este tipo parece que no han llegado a adoptarse ni parece que se hará en el corto o medio plazo tal y como señala PELZMAN, J.; SHOHAM, A., «WTO Enforcement Issues», *Global Economy Journal*, Vol. 7, Núm. 1, 2007, p. 9.

**22. Los procedimientos relativos a la compensación y a la suspensión de concesiones.** En caso de que la parte demandada no aplique las recomendaciones y resoluciones de los informes adoptados por el OSD en el plazo prudencial o que el GE no acepte las medidas de la parte demandada en la diferencia para la aplicación de las recomendaciones y resoluciones de los informes adoptados por el OSD, nos encontraremos ante una falta de cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones de los informes adoptados y la parte reclamante podrá recurrir a la compensación o a la suspensión de concesiones reguladas en el artículo 22 del ESD<sup>50</sup>.

La compensación y la suspensión de concesiones u otras obligaciones son medidas temporales a las que se puede recurrir en caso de que no se apliquen en un plazo prudencial las recomendaciones y resoluciones del OSD<sup>51</sup>. Sin embargo, ni la compensación ni la suspensión de concesiones u otras obligaciones son preferibles a la aplicación plena de una recomendación de poner una medida en conformidad con los acuerdos abarcados (párrafo 1 del artículo 22 del ESD).

**23. La relación de la fase del cumplimiento del SSD con el «Derecho constitucional postnacional multilateral».** El proceso de cumplimiento de las decisiones adoptadas en el marco del SSD genera la interconexión de ordenamientos jurídicos entre la OMC, la UE y Estados miembros y reclama la elaboración de un sistema de fuentes de Derecho en el ámbito del comercio internacional que permita estabilizar las citadas relaciones jurídicas. La gobernanza del Derecho de la OMC y el Derecho de la UE-Estados miembros podría servir de base para el desarrollo del «Derecho constitucional postnacional multilateral» así como una inspiración para estabilizar la relaciones del Derecho de la OMC con los ordenamientos jurídicos del resto de Miembros de la Organización.

---

<sup>50</sup> En relación con el concepto, las funciones y las vías para imponer represalias ante el incumplimiento de los informes adoptados por el OSD *vide*, entre otros, ABE, Y., «Implementation System of the WTO Dispute Settlement Body: A Comparative Approach», *op. cit.*, pp. 18-27; BROWN, C. P.; PAUWELYN, J. (dir.), *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, *op. cit.*; CHARNOVITZ, S., «Rethinking the WTO Trade Sanctions», *American Journal of International Law*, Vol. 95, Núm. 4, 2001, pp. 792-832; CHARNOVITZ, S., «Should the Teeth be Pulled? Analysis of WTO Sanctions», en KENNEDY, D.; SOUTHWICK, J.D. (dir.). *The Political Economy of International Trade – Essays in Honour of R. E. Hudec*, *op. cit.*, pp. 602-635.

<sup>51</sup> VAN DEN BOSSCHE, P., *The Law and Policy of the World Trade Organization. Text, Cases and Materials*, *op. cit.*, p. 219.

#### **IV. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN ECONÓMICA: LA INTERACCIÓN DEL SSD DE LA OMC CON LOS PODERES ESTATALES**

##### *1. El surgimiento de un Derecho constitucional postnacional*

**24. La globalización y el refuerzo del papel del Derecho internacional.** Desde la esfera política y como consecuencia de la globalización, las organizaciones internacionales han asumido un papel cada vez más activo como entes reguladores de los flujos sociales, financieros y comerciales transnacionales. Dentro de estas organizaciones, la OMC se posiciona como fundamental debido a la importancia del comercio en la actualidad y a la necesidad de los Estados de proporcionar a todos los agentes privados que participan en él una regulación segura y conocida por todos ellos.

Este incremento del Derecho internacional en materias y sectores diversos deriva en una fragmentación del Derecho a escala global. Esta fragmentación tiene como consecuencia la aparición de conflictos entre normas nacionales y las normas de carácter internacional y entre estas últimas entre sí. Estos conflictos surgen por el solapamiento de la actuación de las distintas organizaciones internacionales y los Estados. La articulación entre el Derecho internacional general, el Derecho internacional sectorial, los acuerdos de ámbito regional y el Derecho nacional es un fenómeno pendiente de organizar desde la ciencia jurídica constitucional. En el ámbito concreto del Derecho de la OMC, como Derecho internacional sectorial, el desarrollo de una jurisdicción comercial especializada lleva a plantearse cómo organizar su relación con la justicia europea cuando la UE ha sido parte demandada y condenada por el OSD de la OMC.

**25. La globalización y la emergencia de un Derecho constitucional postnacional.** El Derecho constitucional avanza en el reconocimiento y asimilación de la interconexión creciente entre ordenamientos jurídicos e instituciones nacionales e internacionales que acontece en el mundo actual. Este fenómeno se deriva de la globalización. La globalización rompe las bases de nuestra ideología estatista e impulsa a la doctrina a analizar a los Estados y a las organizaciones internacionales desde concepciones renovadas. Esta nueva realidad globalizada e interconectada es utilizada por la doctrina constitucionalista como marco para la reconfiguración de la teoría

clásica del Derecho constitucional y el desarrollo de un nuevo «Derecho constitucional postnacional».

El Derecho constitucional postnacional supone el reconocimiento de la constitucionalización de las organizaciones internacionales y el desarrollo a nivel global de unos principios constitucionales. El constitucionalismo a nivel estatal desde su vertiente externa ayuda a los Estados a mantener la seguridad jurídica desarrollando un sistema de fuentes del Derecho que garantice la aplicación pacífica y ordenada de las normas jurídicas dentro del Estado<sup>52</sup>. Sin embargo, en el plano internacional esta vertiente de la constitucionalización no está desarrollada y, por tanto, se producen conflictos en la aplicación de los distintos ordenamientos jurídicos. Sirva como botón de muestra el ámbito del Derecho del GATT/OMC y, más concretamente, el Derecho de la OMC. La solución de diferencias comerciales puede tener como consecuencia el solapamiento entre ordenamientos jurídicos. En estos supuestos se pone de manifiesto la necesidad de elaborar un sistema de fuentes del Derecho a nivel transnacional que permita organizar la aplicación de las normas creadas por distintos ordenamientos jurídicos en el sector del comercio internacional.

Como solución al problema dentro del ámbito del Derecho de la OMC que se acaba de esbozar se propone un sistema de normas y principios que permitan superar las antinomias del complejo un sistema de fuentes del Derecho que pueda estar dándose en el ámbito del sistema multilateral del comercio como consecuencia de la actividad del SSD de la Organización. Esta propuesta supondría un avance en la constitucionalización postnacional desde su perspectiva externa en el ámbito concreto del sistema multilateral de comercio entre dicha Organización y sus Miembros europeos que podría servir a su vez de inspiración tanto para otros Miembros como para otros sectores del Derecho internacional.

## 2. *El concepto de «implementación» derivado de la actividad del SSD*

---

<sup>52</sup> GORDILLO PÉREZ, L. I., Constitución y ordenamientos supranacionales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012; GORDILLO PÉREZ, L. I., «Constitución, constitucionalización y constitucionalismo de la Unión Europea», Estudios de Deusto, Vol. 53/2, Julio-Diciembre 2005, pp. 253-306.



**26. Concepto de «implementación».** La «implementación» la acción de aplicar las recomendaciones y resoluciones de los informes adoptados por el OSD o los acuerdos alcanzados entre las partes que ponen fin a una diferencia por la parte demandada y condenada. Esta fase de implementación abarca el proceso de cumplimiento de las decisiones adoptadas en el marco del SSD que pongan fin a la diferencia, lo que supondrá en la mayoría de los casos la modificación de la normativa europea o la normativa nacional declarada inconsistente con los acuerdos abarcados para su puesta en conformidad con el Derecho de la OMC y la comprobación posterior por parte del OSD de que dicha modificación es consistente con el Derecho de la OMC.

Una diferencia en el marco de la OMC suele finalizar con la adopción de un informe que declara la inconsistencia de una normativa interna de un Miembro de la Organización (parte demandada y condenada) con el Derecho de la Organización del que se deriva la obligación de modificar o suprimir dicha norma interna. Esta obligación de modificación o supresión puede que corresponda a las instituciones de la UE o bien a sus Estados miembros según el reparto competencial que exista dentro de la propia Unión y las materias del Derecho de la OMC objeto de la diferencia. El proceso de implementación llevado a cabo en el marco de la UE pondrá de manifiesto la interconexión que se produce entre el Derecho de la OMC y el ordenamiento jurídico de la UE y, por extensión, los ordenamientos jurídicos de sus Estados miembros con los dos anteriores. El momento en que se adoptan las resoluciones y recomendaciones por el OSD o el acuerdo que pone fin una diferencia para el Derecho de la OMC y el momento en que comienza la implementación para el Derecho interno de sus Miembros están conectados en la práctica.

**27. La práctica europea en la implementación de las resoluciones adoptadas por el OSD.** En términos generales el proceso de implementación derivado de la solución de diferencias en la OMC se inicia con la adopción de un informe del OSD o de un acuerdo alcanzado entre las partes en el marco del SSD que pone fin a una diferencia y su trasposición dentro del ordenamiento jurídico del Miembros de la Organización condenado y demandado para derogar la medida o acto declarado inconsistente con los acuerdos abarcados. El ESD prevé un control posterior de dicha implementación con el objetivo de que el OSD pueda asegurar que la nueva legislación

nacional cumple con las decisiones adoptadas y es consistente con el Derecho de la OMC.

El proceso de implementación genera una interconexión entre ordenamientos jurídicos por las decisiones adoptadas en el marco del SSD y acciones de las instituciones del Miembro demandado y condenado para transponerlas en sus respectivos ordenamientos jurídicos nacionales. En el caso concreto de la UE, la implementación de las diferencias en las que la UE haya sido demandada y condenada deberá atender a las competencias entre la Unión y los Estados miembros para determinar qué instituciones y mediante qué procesos habrá que modificar bien el ordenamiento jurídico de la Unión, bien el ordenamiento jurídico nacional o bien ambos. En algunos casos donde la UE sea reticente en la implementación, actores privados han iniciado asuntos ante la justicia europea para tratar de promover el cumplimiento por parte de la Unión. Este hecho ha derivado en que el propio Tribunal de Justicia de la Unión tenga que valorar la efectividad de los informes y acuerdos adoptados dentro del SSD en el ordenamiento jurídico de la UE.

Los conceptos de supremacía, primacía y de efecto directo que se dan en relación con el Derecho de la UE son elementos con un marcado carácter constitucional pero que aún no se han adoptado por el Derecho de la OMC ni por los ordenamientos jurídicos de sus Miembros<sup>53</sup>. La importancia reconocer el efecto directo de las decisiones adoptadas en el marco del SSD de la OMC reside en el hecho de que los individuos puedan invocar directamente una disposición del Derecho de la OMC, ante los Tribunales nacionales y el propio TJUE<sup>54</sup>. De hecho, un aspecto que promueve la crítica por parte de los agentes privados en el contexto geográfico de la UE reside en el hecho de que el TJUE no permite que las personas privadas (o cualquier legitimado para iniciar un procedimiento ante el TJUE) cuestionen la validez o aplicabilidad de actos normativos europeos por su posible inconsistencia con el Derecho de la OMC, incluso

---

<sup>53</sup> TRACHTMAN, J. P. «8. Constitutional Economics of the World Trade Organization», en DUNOFF, J. L.; TRACHTMAN, J. P. (ed.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 222-223. Sin embargo, en el caso de la UE parece más apropiado emplear el término de primacía que el de supremacía. En esta línea *vide*, DTC 001/2004 – Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre de 2004. (BOE núm. 3, de 4 de enero de 2005).

<sup>54</sup> ROSAS, A., «Implementation and Enforcement of WTO Dispute Settlement Findings: An EU Perspective», *Journal of International Economic Law*, Vol. 4, Núm. 1, 2001, p. 139.

cuando el SSD la haya reconocido. Se trata de agentes privados que pueden estar directamente afectados por dicho incumplimiento y que no tienen instancia jurisdiccional ante la que reclamar<sup>55</sup>. Este debate en torno al efecto directo de las decisiones adoptadas en el marco del SSD de la OMC se enmarca dentro de un debate mayor sobre la interconexión de ordenamientos jurídicos en el ámbito del sistema multilateral del comercio y del posible desarrollo o incluso la existencia *de facto* de una serie de normas y principios de resolución de antinomias similares a las que los sistemas de fuentes del Derecho existentes en los ordenamientos jurídicos nacionales y europeo poseen.

**28. Tipos de «implementación» desde la óptica del SSD de la OMC.** La fase de la implementación no se regula por el ESD sino que se deja a disposición de los ordenamientos jurídicos internos de los Miembros de la Organización. Para el cumplimiento de los informes adoptados por el OSD o de los acuerdos alcanzados entre las partes que pongan fin a la diferencia la parte demandada y condenada deberá atender a su propio Derecho interno. La implementación implica una obligación de resultado, es decir, la parte demandada y condenada debe suprimir o modificar su normativa interna declarada inconsistente con el Derecho de la OMC.

*3. La interconexión de ordenamientos jurídicos en el ámbito del sistema multilateral del comercio*

**29. Concepto de interconexión.** El concepto de «interconexión» concreta y simplifica el punto de contacto entre el Derecho de la OMC y el Derecho de la UE dejando al margen el momento exacto en que éste se produzca dentro del ESD. Con este término se pretende resaltar la colisión entre ordenamientos y permitir valorarlo de una manera independiente para centrarse en las consecuencias prácticas efectivas de dicho solapamiento dejando al margen cómo o por qué se haya producido en la práctica de la solución de una diferencia. Este concepto simplifica el proceso de implementación dejando al margen el momento en que se produce el solapamiento de ordenamientos jurídicos, el momento en que se encuentre la diferencia dentro del proceso regulado por el ESD o las razones de interés político para que se haya producido en un momento

---

<sup>55</sup> SACERDOTI, G., «The dispute settlement system of the WTO: structure and function in the perspective of the first 10 years», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, Vol. 5, Núm. 1, 2006, pp. 49-75.

concreto de la solución de una diferencia. Esta simplificación persigue hacer más perceptibles las posibles prácticas constitucionales que se hayan desarrollado como consecuencia de esta interconexión normativa.

**30. Las fracturas en la interconexión de ordenamientos jurídicos.** Las fracturas en la interconexión de ordenamientos jurídicos en el ámbito del sistema multilateral del comercio enfatizan los rasgos diplomáticos del SSD y se producen como consecuencia de todas aquellas diferencias sobre las que no conste su fin. En estos supuestos las partes podrían haber llegado a un acuerdo para poner fin a la diferencia pero no se lo habrían comunicado al OSD y, por tanto, no se puede seguir fácilmente la implementación del acuerdo que ponga fin a la diferencia en el seno de la UE ni tampoco se puede llevar a cabo el control sobre el cumplimiento regulado en el ESD.

En estos supuestos parece que la UE o los Estados miembros se muestran reticentes a cumplir con decisiones adoptadas en el marco del SSD, por motivos políticos o económicos, pero la parte reclamante sigue accionando los mecanismos previstos en el ESD para impulsar el cumplimiento de la parte demandada y condenada. Estos tipos de interconexión podrían superarse modificando algunos aspectos del propio ESD y reforzando su carácter judicial, como es, reconociendo a los GE o al OA la capacidad de incoar de oficio la solución de una diferencia, o adoptando un acuerdo en el que los Miembros de la Organización reconozcan la efectividad o aplicabilidad directa de las decisiones adoptadas en el marco del ESD. En el ámbito concreto de la justicia de la Unión, estos supuestos de interconexión se han justificado bajo el argumento del margen de maniobra y del respeto a la libertad de las instituciones de la UE.

**31. La interconexión pacífica de ordenamientos jurídicos.** En los casos de interconexión pacífica de ordenamientos jurídicos en el ámbito del sistema multilateral del comercio el papel del SSD tiene un marcado carácter judicial ya que la parte demandada y condenada cumple con las resoluciones y recomendaciones del OSD o con las soluciones mutuamente convenidas que ponen fin a una diferencia, además una vez depurada la contradicción con el Derecho de la OMC, la parte demandada y condenada se somete al control del cumplimiento regulado en el ESD.

La interconexión «pacífica» constituye un punto de partida fundamental para la elaboración de normas y principios que resuelvan las colisiones entre el Derecho de la OMC y el Derecho de la Unión. La construcción de este sistema de fuentes del Derecho embrionario dentro de un «Derecho constitucional postnacional» en el ámbito del sistema multilateral del comercio tiene como objetivo gobernar de una manera segura y previsible las normas de la OMC dentro de los ordenamientos jurídicos de sus Miembros. La institución garante de esta interconexión «pacífica» debería ser el Tribunal de Justicia de la Unión bajo la tutela del OSD de la OMC. Este último sería el encargado de señalar las normas europeas inconsistentes con el Derecho de la OMC y la justicia europea debería adquirir funciones similares a las que se asignan a un Tribunal Constitucional en un sistema de justicia constitucional concentrada, como sucede por ejemplo dentro del sistema constitucional español, para ejecutar las decisiones adoptadas en el marco del SSD dentro de la UE.

Aplicando una argumentación similar a la seguida por el TC en su Dictamen 1/2004 para ordenar la relación entre el Derecho primario de la UE y la Constitución española de 1978, para regular la relación entre el Derecho de la Unión y las decisiones adoptadas en el marco del SSD se aplicaría el principio de primacía. Esta primacía queda acotada a las decisiones adoptadas en el marco del SSD con el límite de las competencias atribuidas por los Miembros de la Organización al mismo. Tal primacía no se entendería como una superioridad jerárquica del Derecho de la OMC sobre el Derecho de la Unión sino como una exigencia lógica del reparto de competencias entre la OMC y la UE para el aseguramiento del mecanismo de solución de diferencias y en definitiva de la propia Organización. Esta primacía supondría en la práctica el reconocimiento del efecto directo de las decisiones adoptadas en el marco del SSD y además tendría como consecuencia alcanzar una aplicación uniforme de dichas decisiones dentro de la UE y por extensión en todos los Miembros de la Organización.

## **CONCLUSIONES**

La globalización es un fenómeno de carácter multidimensional y multinivel que ha sido capaz de desbordar los contenedores nacionales e internacionales que organizaban el mundo tras la Segunda Guerra Mundial y convertirnos en ciudadanos de una aldea global con problemas de carácter global ante los que un único Estado o una determinada organización internacional se tornan instrumentos de control obsoletos e

insuficientes. La globalización constituye un proceso irreversible de la realidad jurídica, política y económica de nuestro tiempo que exige a los actores políticos y jurídicos nacionales e internacionales su adaptación constante a este nuevo escenario mundializado e interconectado. Ante esta nueva realidad se deben proponer nuevos marcos conceptuales de investigación y organización de nuestras sociedades modernas que superen los dogmas estatistas.

La globalización supone un fenómeno a nivel mundial que hace patentes las debilidades del Estado para controlar los problemas globales. Desde la esfera política, las organizaciones internacionales han asumido un papel cada vez más activo, erigiéndose como los nuevos entes reguladores de los flujos sociales, financieros y comerciales que se han generado como consecuencia de la globalización. Este incremento del Derecho internacional en materias y sectores diversos deriva en una fragmentación del Derecho a escala global. Esta fragmentación tiene como consecuencia la aparición de conflictos entre normas nacionales y normas de carácter internacional y conflictos que a su vez se repiten entre algunas normas internacionales. Estos conflictos normativos surgen por el solapamiento de las distintas organizaciones internacionales y los Estados en los sectores concretos de actuación y por la inexistencia de un sistema constitucional que sea capaz de superar las antinomias una manera análoga a como se regulan los sistemas de fuentes en los ordenamientos jurídicos nacionales.

En el ámbito estrictamente económico, la globalización de los flujos comerciales, de la actividad empresarial y del comercio ha generado graves problemas globales. El comercio internacional reclama mayor seguridad y predictibilidad en su desarrollo. En este contexto, la OMC constituye una pieza fundamental para regular el sistema multilateral del comercio, inabarcable para las legislaciones nacionales de manera autónoma e independiente.

En el desarrollo del sistema multilateral del comercio promovido por la OMC son fundamentales las legislaciones nacionales que de una manera clara y segura deben abrir sus mercados a la entrada de competidores y productos extranjeros. El Derecho de la OMC constituye el marco de apertura básico mediante el cual se promueve esta liberalización del comercio basada en normas. En algunos casos, sin embargo, los

Estados abusan de leyes proteccionistas inconsistentes con el Derecho de la OMC perjudicando al libre desarrollo del comercio internacional (sistema multilateral del comercio) y en última instancia a sus consumidores nacionales. Para juzgar las posibles inconsistencias de las normas nacionales con el Derecho de la OMC dentro de la Organización se instauró un sistema de solución de controversias de naturaleza cuasi-judicial que trata de garantizar el respeto del Derecho de la OMC por todos los ordenamientos jurídicos de sus Miembros. Este SSD es fundamental para el aseguramiento y la predictibilidad del sistema multilateral del comercio a escala global. Este mecanismo de solución de diferencias constituye una institución original en el ámbito del Derecho internacional donde la laxitud en la aplicación del Derecho es una característica inherente al propio sistema jurídico internacional. Este SSD constituye una superación del marco jurídico internacionalista y puede entenderse como una vía incipiente de adopción de principios constitucionales dentro del sistema multilateral del comercio de la OMC.

El «Derecho constitucional postnacional» se erige como modelo incipiente para estabilizar las relaciones entre los distintos ordenamientos jurídicos nacionales y el Derecho de la UE dentro del ámbito del sistema multilateral del comercio (Derecho de la OMC). Este Derecho se sustenta en los principios de primacía y jerarquía normativa para estabilizar las relaciones entre los citados ordenamientos jurídicos. Profundizando en esta línea, el «Derecho constitucional postnacional» constituye un concepto emergente que, en esencia, sintetiza el proceso de constitucionalización externa o federalización del Derecho del GATT/OMC proponiendo normas y principios de resolución de antinomias similares a las que los sistemas de fuentes del Derecho existentes en los ordenamientos jurídicos nacionales y europeo poseen para crear un sistema de fuentes apto ordenar las relaciones entre el Derecho de la OMC y el Derecho de la UE derivadas de las decisiones adoptadas en el marco del SSD de la OMC.