

JULI PONCE SOLÉ
(Coord.)

DERECHO
ADMINISTRATIVO GLOBAL
ORGANIZACIÓN, PROCEDIMIENTO,
CONTROL JUDICIAL

Autores

Edoardo Chiti
Arancha González
Barbara Marchetti
Juli Ponce Solé

INAP

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2010

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRESENTACIÓN	9
CAPÍTULO I	
INTRODUCCIÓN: GLOBALIZACIÓN Y DERECHO. UNA VISIÓN DESDE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (Arancha GONZÁLEZ LAYA).....	15
I. EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO.....	16
II. ALGUNOS PRINCIPIOS DE BASE DEL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC	20
III. PROCEDIMIENTOS DE TRABAJO PARA EL EXAMEN EN APELACIÓN	26
IV. NUEVOS MECANISMOS INFORMALES DE COOPERACIÓN ENTRE MIEMBROS DE LA OMC	28
V. OBSERVACIONES FINALES A GUISA DE CONCLUSIÓN..	31
CAPÍTULO II	
ORGANIZACIÓN EUROPEA Y ORGANIZACIÓN GLOBAL: ELEMENTOS PARA UNA COMPARACIÓN (Edoardo CHITI)..	33
I. PREMISA	33

	<u>Pág.</u>
II. EL ENCUADRAMIENTO DE LAS ADMINISTRACIONES EN EL ÁMBITO DE LOS PODERES PÚBLICOS	36
III. LOS MODELOS ORGANIZATIVOS	42
1. Figuras supranacionales o a-nacionales.....	42
2. Figuras de composición.....	47
3. La independencia respecto a las instituciones políticas....	55
IV. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA E INSTRUMENTOS DEL SECTOR PRIVADO	62
V. CONCLUSIONES	69
VI. BIBLIOGRAFÍA	76

CAPÍTULO III

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, GLOBALIZACIÓN Y BUENA ADMINISTRACIÓN (Juli PONCE SOLÉ)	79
I. UN NUEVO PARADIGMA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: BUENA ADMINISTRACIÓN Y CALIDAD ADMINISTRATIVA. EL PAPEL DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA.....	81
1. Introducción. La buena administración en los nuevos estatutos de autonomía: ¿una anomalía jurídica o una evolución lógica?.....	83
2. Buena administración y legitimación administrativa: la insuficiencia de los enfoques basados en los paradigmas burocráticos y de la nueva gestión pública	90
3. Legitimación y gobernanza: redes y participación.....	96
4. Legitimación, buena administración y calidad de la actividad administrativa.....	96
II. EL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN Y EL DEBER CONSTITUCIONAL DE BUENA ADMINISTRACIÓN Y SU DESARROLLO LEGISLATIVO Y JUDICIAL...	99
1. Referencias comparadas	99
A) El referente norteamericano	99

	<u>Pág.</u>
B) El Consejo de Europa: recomendación CM/REC (2007) 7 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre buena administración. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	105
C) La Unión Europea. El art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El Código de Buena Conducta Administrativa: ¿hacia una codificación del procedimiento administrativo? La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las comunidades europeas y del Tribunal de Primera Instancia.....	106
D) La Organización Internacional del Comercio (<i>world trade organization</i>), el Derecho administrativo global y el papel del procedimiento.....	112
 2. Buena administración, Constitución española y legislación	 113
A) Buena administración, distintos mecanismos para desarrollarla y distintos tipos de actividad pública	114
B) El poder judicial no es la única institución coadyuvante a la buena administración. Los recursos judiciales no son los únicos mecanismos jurídicos de promoción de una buena administración	116
C) Administración, deberes de objetividad y eficacia y participación ciudadana.....	120
a) El deber de comportamiento objetivo. El significado de este deber	120
b) La distinción entre el deber jurídico de objetividad y las técnicas de control basadas en la desviación de poder y el uso del principio de proporcionalidad. Algunas posibles aplicaciones concretas de este deber	127
c) Administración y buena gobernanza: procedimiento administrativo, participación ciudadana y democracia.....	131
d) El deber de eficacia.....	135

	<u>Pág.</u>
D) Buena administración y legislación española y de los países europeos. El informe sueco sobre los principios de buena administración en los Estados miembros de la Unión Europea	139
a) El derecho a un procedimiento administrativo debido y a una motivación que garanticen una buena administración.....	140
b) La buena administración en la legislación de otros países europeos.....	155
3. Buena administración y jurisprudencia. En especial, buena administración y calidad en el desarrollo de la potestad reglamentaria	156
A) Lo que corresponde y lo que no corresponde al poder judicial y se encuentra fuera de su alcance: mejoras procedimentales y referidas a la motivación en la legislación y revitalización de la figura del instructor ..	165
B) Psicología cognitiva, ilusiones cognitivas y control judicial.....	173
C) La mejorable situación actual del control judicial español del cumplimiento del deber de buena administración a través del procedimiento	175
III. CONCLUSIONES.....	184
IV. BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA.....	186

CAPÍTULO IV

JUSTICIA COMUNITARIA Y JUSTICIA GLOBAL: ELEMENTOS PARA UNA COMPARACIÓN (B. MARCHETTI).....	191
I. PREMISA.....	191
II. LA JUSTICIA COMUNITARIA	193
III. LOS SISTEMAS JUDICIALES DE LA OMC (WTO) Y DE LA CONVENCIÓN PARA EL DERECHO DEL MAR.....	198
IV. SIGUE: EL SISTEMA DE MERCOSUR Y EL INSPECTION PANEL DEL WORLD BANK	207
V. REFLEXIONES COMPARATIVAS	215
VI. BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA.....	219

PRESENTACIÓN

1. El origen del presente libro se encuentra en la acción integrada España-Italia DGO.ON-HI2007-0093-687.12, de 2008, que dio lugar a dos seminarios en ambos países. El primero, «Derecho administrativo europeo y Derecho administrativo global: elementos para una comparación», tuvo lugar el 14 noviembre de 2008 en la Facultad de Ciencias Políticas de la Università degli studi della Toscana. El segundo, «Derecho y gestión pública en Europa y Derecho y gestión pública global: elementos para una comparación», se celebró el 14 de diciembre de 2009 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, en el marco del Máster Oficial de Gestión Pública Avanzada de los estudios de Gestión y Administración Pública de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona. En este sentido, queremos agradecer a su directora, la profesora Marina SOLÉ, su interés y ayuda.

En ambos seminarios participaron profesores y estudiantes españoles e italianos. Este libro recoge, en lo sustancial, las ponencias debatidas, añadiendo la amable colaboración de Arancha SÁNCHEZ, jefa de Gabinete de la Organización Mundial de Comercio, que aporta, desde su relevante experiencia profesional, un punto de vista complementario.

En el seminario celebrado en Barcelona tuvimos la suerte de contar con la participación del profesor Joan PRATS CATALÀ. Siendo

reciente, en el momento de escribir estas líneas, el traspaso de Joan PRATS, los autores aquí reunidos queremos dedicarle un sentido recuerdo por su magisterio intelectual y su talla humana.

2. Diversos autores han destacado los impactos de la globalización en el Derecho administrativo. Recientemente, por ejemplo, en la doctrina jurídica francesa CAILLOSSE ha señalado como «*La dénationalisation du droit ouvre de nouvelles perspectives intellectuelles*»¹.

Con este ánimo de profundizar en la apertura de nuevas perspectivas intelectuales, el presente libro se refiere, como señala CHITI en su contribución a «la noción de “espacio jurídico global”», la cual, «se utiliza, en línea con las principales reconstrucciones del Derecho administrativo global y, en particular, con los estudios de Sabino CASSESE, Richard B. STEWART y Benedict KINGSBURY, para referirse a un espacio jurídico cuyos rasgos constitutivos se diferencian de la habitual representación de la comunidad mundial bajo distintos puntos de vista: en cuanto a los sujetos, porque a los Estados, sujetos tradicionales de la comunidad internacional, se les añade, en lo que respecta a los reguladores, una rica variedad de poderes públicos globales y de organismos privados sobre el de los destinatarios de la regulación, el conjunto de sujetos privados; bajo el punto de vista de los institutos, porque la regulación de las acciones de distintos tipos de sistemas globales y de los demás sujetos del espacio jurídico global, contrariamente a lo que presupone la reconstrucción más difundida de la ciencia del Derecho internacional, frecuentemente recurre a institutos relativos a la administración (piénsese, por ejemplo, en las reglas relativas al procedimiento y a la participación de los particulares); bajo el punto de vista de las fuentes, porque el Derecho administrativo global no se agota en las fuentes clásicas del Derecho público internacional, sino que también utiliza, de forma intensiva, medidas de distintos tipos».

Esta obra, pues, se ocupa de la emergencia de un Derecho administrativo global, que acompaña al paulatino incremento de diversas formas de regulación administrativa para afrontar las consecuencias de la interdependencia globalizada, mediante estructuras

¹ J. CAILLOSSE (2010), «Sur quelques problèmes actuels du droit administratif française. Bref essai de mise en perspective», *AJDA*, 10 de mayo de 2010, pp. 931 y ss. La cita se toma de la p. 936.

globales o transnacionales. Una respuesta a tal globalización ha sido el desarrollo de regímenes intergubernamentales de mecanismos propios de Derecho administrativo. El Derecho administrativo global comprendería, entonces, las estructuras, procedimientos, reglas y principios que limitan y orientan la toma de decisiones de tales organismos intergubernamentales, en su variada tipología actual, en continua evolución. Obviamente, la propia existencia y alcance de tal Derecho administrativo global está abierta a discusión. Parte de la doctrina administrativista europea, latinoamericana y estadounidense ha sido sensible a esta evolución descrita², sin que falten intentos para conseguir que las tradiciones jurídicas nacionales conformen la horma del Derecho administrativo global³. En el caso español, si bien no faltan análisis generales sobre la globalización y sus posibles efectos en el Derecho⁴, son imprescindibles más estudios concretos sobre el Derecho administrativo global, tal y como se están desarrollando en otras latitudes.

Con la voluntad, pues, de aportar un modesto avance en tal dirección, los trabajos aquí reunidos reflexionan, pues, sobre aspectos organizativos (los sujetos), sobre la toma de decisiones (procedimientos) y sobre el control de las decisiones adoptadas (revisión) en el marco de ese espacio jurídico global. Los análisis aquí inclui-

² Desde luego, la bibliografía sobre el Derecho administrativo global se ha multiplicado exponencialmente en los últimos años. En el ámbito europeo, téngase en cuenta la bibliografía citada en los diversos capítulos de este libro. Por lo que se refiere al ámbito latinoamericano, téngase en cuenta, por todos, AA.VV., *El Nuevo Derecho Administrativo Global en América Latina: Desafíos para las inversiones extranjeras, la regulación nacional y el financiamiento para el desarrollo*, Buenos Aires, RAP, 2009 (consultable en <http://www.iilj.org/GAL/documents/GALBAbook.pdf>) (última consulta efectuada: 5 de julio de 2010). Para el caso de los Estados Unidos de América, puede consultarse, por ejemplo, B. KINGSBURY, N. KRISCH y R. STEWART, «The emergence of Global Administrative Law», 68 *Law and Contemporary Problems* 15 (2005).

³ El título del trabajo de R. B. STEWART es evidente: «U.S. Administrative Law: A Model for Global Administrative Law», *NYU Law School, Public Law Research Paper No. 05-09; IILJ Working Paper No. 2005/7*, consultable en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=723147 (última consulta efectuada: 5 de julio de 2010).

⁴ Pueden citarse al respecto, por ejemplo, O. MIR PUIGPELAT, *Globalización, Estado y Derecho (Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo)*, Madrid, Civitas, 2004; J. C. ALLI, *Derecho Administrativo y Globalización*, Civitas, 2004, o M. BALLBÉ, «El futuro del Derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización», *Revista de Administración Pública*, núm. 174, 2007.

dos pretenden aportar elementos útiles para la reflexión global sobre los caracteres del Derecho administrativo como consecuencia de la apertura ultraestatal de los ordenamientos nacionales. Como señala de nuevo CHITI en su aportación, «si el Derecho administrativo sufre una importante ampliación de modo que llegue a incluir, además de las administraciones nacionales y sus disciplinas, a las administraciones y las disciplinas comunitarias y globales, una reconstrucción precisa de los rasgos distintivos del “nuevo” Derecho administrativo no puede prescindir de una comparación no sólo entre el componente nacional y los ultraestatales, sino también entre los propios componentes ultraestatales».

3. En esta línea, el libro se abre con una colaboración, como decíamos, de Arancha SÁNCHEZ, jurista y en la actualidad jefa de Gabinete de la Organización Mundial de Comercio. Su trabajo nos ofrece una muestra de la manera en la que «la OMC, sus normas, sus órganos y comités y su sistema de solución de diferencias, están contribuyendo al desarrollo de un espacio administrativo global en el ámbito del comercio». Diversos principios analizados por ella en su aportación son comunes a sistemas administrativos nacionales: la buena fe, la transparencia, la revisión de las decisiones administrativas, la seguridad, la previsibilidad. Y, por otro lado, en algunos casos la OMC ofrece modelos innovadores que podrían servir de inspiración a determinadas autoridades nacionales, como es el caso del «intercambio de opiniones» del Órgano de Apelación a que se refiere esta autora.

En el segundo trabajo incluido en este libro, obra de Edoardo CHITI, se pretende reflexionar sobre las semejanzas y diferencias entre la organización administrativa del ordenamiento europeo y la del espacio jurídico global, intentando responder a una serie de cuestiones: ¿Cuáles son las principales convergencias y divergencias entre la Unión Europea y el espacio jurídico global? ¿Dan lugar ambas experiencias a modelos organizativos contrapuestos o prevalecen los rasgos comunes? Y ¿qué razones explican dichas semejanzas y diferencias? Para ello, CHITI se centra en tres aspectos principales: el anclaje de las administraciones del ordenamiento europeo y del espacio jurídico global y su encuadre en el ámbito de los poderes públicos; los modelos organizativos predominantes en las dos administraciones ultraestatales; y finalmente, la utilización de ins-

trumentos del Derecho privado por parte de ambos tipos de administración para el desarrollo de determinadas actividades.

En el tercer trabajo del libro, PONCE reflexiona sobre el que parece ser un rasgo del proceso de globalización jurídica que está dando lugar al llamado Derecho administrativo global o Derecho administrativo internacional: el surgimiento de diversos principios jurídicos procedimentales, más aún, de auténticas obligaciones jurídicas procedimentales ligadas al surgimiento progresivo de un derecho a una buena administración⁵.

Finalmente, la profesora Bárbara MARCHETTI se plantea a su vez una serie de interrogantes en su trabajo que cierra esta publicación: ¿Puede compararse la justicia comunitaria y la justicia global? ¿Hasta qué punto se parecen el *Appellate Body* de la Organización Mundial del Comercio y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea? Y esta última ¿presenta similitudes con el Tribunal del Mar o con el *Inspection Panel* del Banco Mundial? Y, de todas maneras, ¿es suficiente comparar los tribunales para comparar los sistemas judiciales? La autora adopta en su análisis un enfoque funcional, pues mediante él considera que es posible encontrar un posible terreno para la comparación de los sistemas de justicia comunitaria y global.

Con esta metodología, MARCHETTI analiza los sistemas judiciales de la OMC y de la Convención para el Derecho del Mar, así como el sistema de Mercosur y el *Inspection Panel* del Banco Mundial. Una de sus interesantes conclusiones es que si se observa el estadio de evolución de los distintos sistemas judiciales considerados, podemos sacar la idea de que, en general, ya es recesivo el modelo dual de *dispute settlement*, y que se ha iniciado un proceso de judicialización de los conflictos.

4. Nos gustaría que los trabajos aquí reunidos fueran de interés para los juristas y gestores implicados en el «espacio jurídico global» y en el «espacio de gestión pública global», si se nos permite la expresión y, más en general, puedan constituir un pequeño avance

⁵ Véase por ejemplo, B. KINGSBURY, N. KRISCH y R. STEWART, «The Emergence of Global Administrative Law», *International Law and Justice Working Papers/1*, Institute for International Law and Justice New York University School of Law, pp. 24 y ss. (consultable en: <http://www.iilj.org/publications/2004-1Kingsbury..asp>) (última consulta efectuada: 20 de mayo de 2010).

en el análisis de las implicaciones de ambos para el Derecho administrativo y la gestión pública, en general, y para el Derecho administrativo y la gestión pública española, en particular.

En algún lugar entre Zaragoza y Barcelona, a bordo de un tren de la Alta Velocidad Española.

20 de mayo de 2010

Juli PONCE SOLÉ

CAPÍTULO I
**INTRODUCCIÓN: GLOBALIZACIÓN
Y DERECHO. UNA VISIÓN DESDE
LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL
COMERCIO**

Arancha GONZÁLEZ LAYA*

SUMARIO: I. EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE COMERCIO.—II. ALGUNOS PRINCIPIOS DE BASE DEL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC.—III. PROCEDIMIENTOS DE TRABAJO PARA EL EXAMEN EN APELACIÓN.—IV. NUEVOS MECANISMOS INFORMALES DE COOPERACIÓN ENTRE MIEMBROS DE LA OMC.—V. OBSERVACIONES FINALES A GUISA DE CONCLUSIÓN.

El comercio internacional es una de las áreas de actividad económica en las que existe una larga tradición de regulación transgubernamental multilateral.

* Arancha GONZÁLEZ LAYA es jefa de Gabinete de la Organización Mundial de Comercio y profesora en el Colegio de Europa en Brujas. Las opiniones vertidas en este artículo son personales.

El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) de 1947 puso los cimientos sobre los cuales los miembros de la Organización Mundial de Comercio (OMC) han ido construyendo toda una red de acuerdos comerciales. En las propias palabras del preámbulo del GATT de 1947 los miembros «reconocen que sus relaciones comerciales y económicas deben tender al logro de niveles de vida más altos, a la consecución del pleno empleo y de un nivel elevado, cada vez mayor, del ingreso real y de la demanda efectiva, a la utilización completa de los recursos mundiales y al acrecentamiento de la producción y de los intercambios de productos». Y todo ello «mediante la celebración de acuerdos encaminados a obtener, a base de reciprocidad y de mutuas ventajas, la reducción sustancial de los aranceles aduaneros y de las demás barreras comerciales, así como la eliminación del trato discriminatorio en materia de comercio internacional».

Al albor de estos acuerdos comerciales se han ido desarrollando mecanismos de administración de los mismos, así como mecanismos que permitan resolver los conflictos que puedan surgir entre miembros de la OMC. Así se ha ido creando un «espacio administrativo global» en el que el ejercicio del poder público en el ámbito comercial se somete a toda una serie de mecanismos propios del Derecho administrativo.

El presente artículo examina algunos de estos mecanismos en lo que atañe al sistema de solución de diferencias y en particular al Órgano de Apelación. Se examina asimismo un área— la financiación del comercio —en la que se están desarrollando mecanismos informales de cooperación entre miembros de la OMC que forman parte de este nuevo espacio administrativo global.

I. EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

El derecho a que una decisión de una administración nacional que afecte a derechos individuales pueda ser sometida a revisión por un órgano o tribunal independiente es uno de los principios comúnmente aceptados de Derecho administrativo. En la OMC, un Miembro que se ve afectado por una medida comercial adoptada por otro

Miembro puede igualmente solicitar la revisión de la medida por órganos independientes que son parte de un sistema de solución de controversias en el que se ven reflejados importantes principios del Derecho administrativo.

La creación de la OMC en 1995 supuso un salto cualitativo en el sistema comercial multilateral vigente desde la creación del GATT en 1947.

El GATT de 1947 únicamente contenía dos breves artículos (arts. XXII y XXIII) consagrados a la solución de controversias entre las partes contratantes del acuerdo. En el transcurso de los años se fue desarrollando toda una práctica de resolución de disputas comerciales que pasó de la mediación a un sistema en el que la controversia se le refería a un grupo de tres expertos (llamados «grupo especial») que debía emitir un informe sobre la compatibilidad de la medida recurrida. Sin embargo este sistema adolecía de una deficiencia importante: para que los informes de los grupos especiales fuesen de obligado cumplimiento debían de ser adoptadas por consenso de las partes contratantes del GATT. Es evidente que la parte que «perdía» el caso, tenía todo interés en oponerse al consenso y evitar así el cumplimiento de la resolución. Se trataba de un mecanismo de solución de diferencias de tipo «diplomático», en el que la parte reclamada podía aprovecharse de las deficiencias en el mecanismo para evadir dar cumplimiento a las resoluciones.

Con la creación de la OMC en 1995 sus miembros adoptaron el «Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por lo que se rige la solución de Diferencias» (el «ESD»)¹. Entre sus elementos más notables destaca la introducción del principio de «inversión del consenso», es decir, las resoluciones de disputas se adoptarían a menos que existiera un consenso contra su adopción.² La adopción de resoluciones se convertía en cuasi-automática, y con ello de obligado cumplimiento. Ahora bien, como contrapeso a la inversión del consenso y en aras de garantizar la calidad de las resoluciones, se creó un Órgano Permanente de Apelación («Órgano de Apelación»)

¹ Anexo 2 del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio.

² Art. 12 del ESD en el caso de procedimiento de grupos especiales y art. 17 del ESD en el caso de examen en apelación.

que ejerciese de segunda instancia y controlase así la calidad de las resoluciones en primera instancia³.

Es evidente que los miembros de la OMC no buscaban crear un «tribunal» comercial internacional. De hecho el sistema de solución de diferencias sigue manteniendo fuertes elementos de tipo intergubernamental, como es el que las resoluciones hayan de ser «adoptadas» por los miembros de la OMC antes de ser de obligado cumplimiento. O el que se prefiera la solución de controversias de mutuo acuerdo (art. 3.7 del ESD). O el que el mandato del Órgano de Apelación se circunscriba a «las cuestiones de Derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por éste», sin que sea posible revisar los hechos. Hay, sin embargo, quienes ven en la limitación del mandato del Órgano de Apelación precisamente lo contrario, el carácter judicial del sistema. En todo caso esto no ha sido obstáculo para que las resoluciones del Órgano de Apelación («informes») hayan contribuido a la consolidación de todo un cuerpo de Derecho comercial internacional, hasta el punto de que numerosos comentaristas hablan ya de una verdadera «Corte Comercial Internacional»⁴. Desde esta óptica, a efectos de dirimir controversias entre los miembros de la OMC, el Órgano de Apelación interpreta y aplica las disposiciones de los Acuerdos de la OMC de la misma manera en que lo haría un órgano judicial nacional.

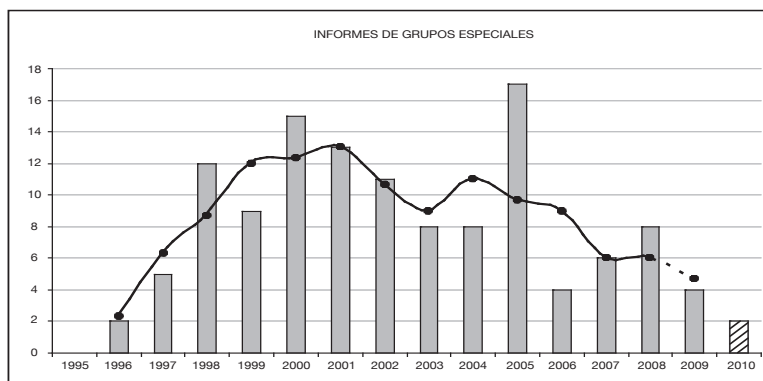
El sistema de solución de diferencias de la OMC es aplicable a toda controversia que surja entre dos o más miembros de la OMC en relación con los «acuerdos abarcados», es decir, el GATT de 1994 y los otros acuerdos sobre el comercio de mercancías, el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), el Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC y el propio ESD.

Una controversia entre miembros de la OMC tiene generalmente tres etapas. La primera es la etapa de consultas en la que las partes intentan llegar a una solución negociada. Cuando esto no es

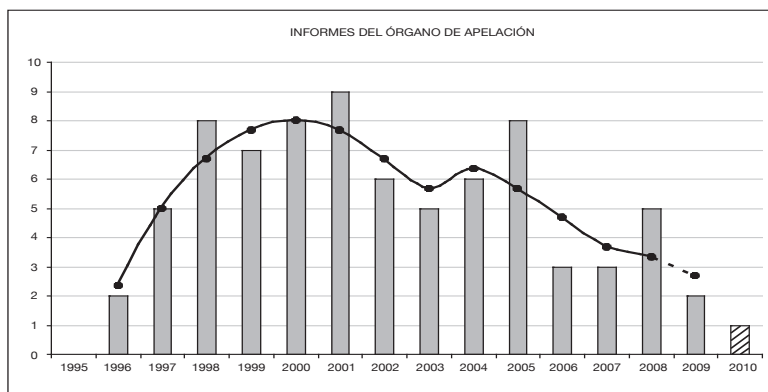
³ Art. 17 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias.

⁴ C. D. EHLERMANN, «Six Years on the Bench of the “World Trade Court”: some personal experiences as a member of the Appellate Body of the WTO» (2002) *Journal of World Trade*, pp. 605-639.

posible, el Miembro reclamante puede pedir que se establezca un «grupo especial» que debe entonces determinar si la ley, reglamento u otra medida aplicada por el Miembro en cuestión es compatible con los Acuerdos de la OMC. El grupo especial emite un informe motivado que es adoptado por los miembros de la OMC. Cualquiera de las partes en la controversia puede apelar el informe del grupo especial ante el Órgano de Apelación.



Fuente: OMC, http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_s.htm; no incluye procedimientos de cumplimiento bajo el art. 21.5 del ESD.



Fuente: OMC, http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dispu_s.htm; no incluye procedimientos de cumplimiento bajo el art. 21.5 del ESD.

El proceso ante el Órgano de Apelación tiene una etapa inicial escrita, seguida de una audiencia con las partes y los terceros, tras lo cual vienen las deliberaciones internas del Órgano de Apelación y la elaboración de su informe. El Órgano de Apelación debe emitir su informe dentro de los noventa días desde que se inicia la apelación y deberá ser también motivado.

Las decisiones del Órgano de Apelación y de los grupos especiales son sólo vinculantes para las partes en la controversia. Pero en la práctica, las partes, los grupos especiales y el Órgano de Apelación se refieren con mucha frecuencia a las decisiones emitidas en casos anteriores. La jurisprudencia también puede ser útil para entender los alcances de las disposiciones de los Acuerdos de la OMC cuando se está analizando la compatibilidad de una medida (ley, reglamento, decreto, etc.) fuera del contexto de una controversia, por ejemplo antes de que la medida sea adoptada.

II. ALGUNOS PRINCIPIOS DE BASE DEL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC

Merece la pena examinar algunos de los principios de base del sistema de solución de diferencias de la OMC, tal y como aparecen reflejados en el ESD y de acuerdo con su aplicación por el Órgano de Apelación.

El primero que quisiera resaltar es el relativo a la función de este sistema que es «aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio» (art. 3.2, *Disposiciones Generales* del ESD). Así el sistema de solución de diferencias sirve para preservar los derechos y obligaciones de los miembros de la OMC, tal y como se recogen en los acuerdos abarcados, y para «aclarar las disposiciones de estos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del Derecho internacional publico».

En el primer informe adoptado por el Órgano de Apelación en el caso Estados Unidos – Gasolina, el Órgano de Apelación indico que: «Esta regla general de interpretación del art. 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se ha elevado a la condición de norma del Derecho internacional consuetudinario o general. Como tal, forma parte de las “normas usuales de interpretación del

Derecho internacional público” que el Órgano de Apelación está obligado, en virtud del párrafo 2 del art. 3 del ESD, a aplicar para aclarar las disposiciones del Acuerdo General y los demás “acuerdos abarcados” del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (el “Acuerdo sobre la OMC”). Estas directrices son en cierta medida consecuencia del reconocimiento de que no debe leerse el Acuerdo General aislándolo clínicamente del Derecho internacional público»⁵.

En el informe relativo al caso Japón – Bebidas Alcohólicas, el Órgano de Apelación añadió que: «no cabe duda de que el art. 32 de la *Convención de Viena*, en el que se aborda el papel de los medios de interpretación complementarios, se ha elevado también a la misma condición [de norma del Derecho internacional consuetudinario o general]»⁶.

El Órgano de Apelación, por lo tanto, apuesta por anclar las normas de la OMC en el sistema de Derecho internacional público y con ello contribuye a la previsibilidad y seguridad del sistema de solución de diferencias.

El segundo es el de la importancia de la «pronta solución de las situaciones en las cuales un Miembro considere que cualesquiera ventajas resultantes para el [...] se hallan menoscabadas por medidas adoptadas por otro Miembro» (art. 3.3 *Disposiciones Generales* del ESD).

Este principio es de una importancia capital si se tiene en cuenta que en el sistema de solución de diferencias de la OMC los remedios son prospectivos y no retroactivos, y que no se recibe compensación alguna por el daño sufrido durante el curso de los procedimientos. Tampoco existen medidas provisionales. Una excesiva demora puede tener, por tanto, un alto coste económico.

Para ello el ESD establece toda una serie de disposiciones relativas a procedimientos y plazos destinados a asegurar la prontitud de las decisiones tanto en primera instancia como en apelación. En primera instancia el art. 12.9 del ESD indica que el plazo entre la

⁵ Órgano de Apelación, Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional - AB-1996-1 - Informe del Órgano de Apelación.

⁶ Órgano de Apelación, Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas - AB-1996-2 - Informe del Órgano de Apelación.

composición del grupo especial y la emisión del informe definitivo a las partes interesadas será de seis meses y en todo caso de no más de nueve meses, siendo el plazo de tres meses en casos de urgencia.

A esto ha de añadirse el tiempo necesario para la traducción del informe del grupo especial en las tres lenguas oficiales de la OMC. En la actualidad el periodo medio para la emisión del informe definitivo del grupo especial en las tres lenguas oficiales de la OMC se cifra en alrededor de doce meses. Compárese este plazo con los casi veinticuatro meses en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los periodos aún más largos de la Corte Internacional de Justicia.

El plazo establecido para las decisiones del Órgano de Apelación es de noventa días. Este plazo sólo ha sido sobrepasado en diez de las cien apelaciones que ha decidido el Órgano de Apelación en los quince últimos años. Es decir, estamos ante un sistema judicial respetuoso del principio de que «en la justicia no cabe demora».

La complejidad de muchas de las diferencias comerciales⁷, la limitación inherente al Órgano de Apelación que cuenta con siete miembros que trabajan de manera colegial, el incremento en el número de casos con múltiples partes interesadas que no siempre coordinan sus posiciones u otras consideraciones tácticas de las partes en la controversia hacen que estos plazos sean cada día de más difícil cumplimiento. De hecho existen numerosas propuestas sobre la mesa actualmente para responder a las necesidades de una justicia rápida.

El tercero de los principios que ha contribuido a la equidad y eficacia del mecanismo del sistema de solución de diferencias de la OMC es el recogido en el art. 10.3 que prevé la obligación de usar este mecanismo de buena fe cuando dice que «queda entendido que las solicitudes de conciliación y el recurso al procedimiento de solución de diferencias no deberán estar concebidos ni ser considerados como actos contenciosos y que, si surge una diferencia, todos

⁷ Casos como los relativos a posibles subvenciones en el sector aeronáutico o los relativos a medidas sanitarias o fitosanitarias requieren a menudo el examen de miles de páginas de documentos así como la intervención de expertos que necesariamente hacen extremadamente difícil el respeto de los plazos establecidos en el ESD.

los miembros entablaran este procedimiento de buena fe y esforzándose por resolverla».

Toda parte en una controversia tiene amplia latitud a la hora de presentar sus alegaciones y argumentos. Ahora bien, el Órgano de Apelación en el caso de Estados Unidos – Trato Fiscal aplicado a las «Empresas de Ventas en el Extranjero», indicó que esta discreción no exime a las partes de la obligación de participar en la controversia «de buena fe».

«En virtud del párrafo 10 del art. 3 del ESD los miembros de la OMC, si surge una diferencia, deben entablar un procedimiento de solución de diferencias “de buena fe y esforzándose por resolverla”. Esta es otra manifestación específica del principio de buena fe que, como hemos señalado, es a la vez un principio general de Derecho y un principio general del Derecho internacional. Este principio omnipresente exige que tanto el Miembro reclamante como el Miembro demandado cumplan las prescripciones del ESD (y las prescripciones conexas establecidas en otros acuerdos abarcados) de buena fe. Mediante el cumplimiento de buena fe, los miembros reclamantes proporcionan a los miembros demandados toda la protección y oportunidad para defenderse que prevé la letra y el espíritu de las normas de procedimiento. En virtud del mismo principio de buena fe, los miembros demandados deben señalar oportuna y prontamente las deficiencias de procedimiento alegadas a la atención del Miembro reclamante, así como a la del OSD o el Grupo Especial, de manera que, en caso necesario, éstas puedan corregirse para solucionar las diferencias. Las normas de procedimiento del sistema de solución de diferencias de la OMC tienen por objeto promover, no el desarrollo de técnicas de litigio, sino simplemente la solución equitativa, rápida y eficaz de las diferencias comerciales»⁸.

La buena fe ya había sido objeto de un pronunciamiento anterior en el caso Estados Unidos – Camarones, en el contexto de la interpretación del preámbulo del art. XX del GATT que trata de las excepciones generales⁹.

⁸ Órgano de Apelación, Estados Unidos – Trato Fiscal Aplicado a las «Empresas de Ventas en el Extranjero», AB – 1999-9, Informe del Órgano de Apelación de 24 de febrero de 2000, párrafo 166.

⁹ Órgano de Apelación, Estados Unidos – Prohibición de las Importaciones de Camarones, AB 1998-4, Informe del Órgano de Apelación de 12 de octubre de 1998, párrafo 158.