

Una visión crítica a los procedimientos arbitrales en la Organización Mundial del Comercio

A critical view of arbitration procedures in the
World Trade Organization



Jaime Tijmes*

Resumen

Los arbitrajes clásicos, es decir, aquellos en los cuales el árbitro decide libremente la solución para la disputa, presentan ciertas debilidades en cuanto a incentivar que las partes negocien una solución mutuamente satisfactoria y que ellas se comporten de forma constructiva durante el proceso. Si se tiene en cuenta que la solución de diferencias en la Organización Mundial del Comercio (OMC) precisamente impulsa que las partes logren una solución mutuamente convenida, puede extrañar que los arbitrajes en la OMC se hayan desarrollado de acuerdo al procedimiento arbitral clásico. Parece, por tanto, conveniente explorar la posibilidad de recurrir a otros procedimientos arbitrales que armonicen mejor con los objetivos de la solución de diferencias en la OMC.

PALABRAS CLAVE: Organización Mundial del Comercio - solución de diferencias - arbitraje.

* Profesor del Departamento de Ciencias Jurídicas, Universidad de La Frontera, Temuco, Chile. jaime.tijmes@ufrontera.cl. Recibido el 16 de enero de 2015. Aprobado el 16 de octubre de 2016.

** Este artículo es resultado del proyecto Fondecyt de Iniciación número 11140537, titulado “Desafíos jurídicos a la solución de diferencias en la Organización Mundial del Comercio”.

Abstract

In a conventional compulsory arbitration, the arbitrator faces no restraints in terms of deciding how to settle the dispute. Such arbitrations have certain disadvantages, namely, parties to the dispute have little incentive to reach a mutually satisfactory solution to their dispute during negotiations, and parties also have little incentive to act constructively during arbitration. The World Trade Organization (WTO) dispute settlement system does favor parties to reach a mutually agreed solution to their dispute. Thus, one may wonder why WTO arbitrations have been carried out so far as conventional compulsory arbitrations. It arguably makes sense to ask if it would make sense to change the arbitration procedure, in order to better achieve the aims of WTO dispute settlement.

KEYWORDS: World Trade Organization - dispute settlement - arbitration.

INTRODUCCIÓN

El arbitraje es una forma de solución de conflictos que promete para las partes ser más ventajosa que la autocomposición. Ello no obsta para que el objetivo último del arbitraje sea propiciar que las partes negocien ellas mismas una solución a su contienda, ante la inminencia de que habrá arbitraje en caso de fracaso de las negociaciones. Ahora bien, los arbitrajes clásicos, es decir, aquellos procedimientos arbitrales que no imponen restricciones al árbitro respecto de cómo dirimir el conflicto, producen ciertas consecuencias que entran las negociaciones de las partes para solucionar su disputa.

El entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD) de la Organización Mundial del Comercio (OMC) enfatiza la importancia de que las partes solucionen sus diferencias de modo mutuamente aceptable y satisfactorio, y contempla etapas procesales para ello. No obstante, los tres procedimientos arbitrales que establece el ESD (para determinar el plazo prudencial para la aplicación de las recomendaciones del grupo especial o del órgano de apelación con arreglo al art. 21.3 c) del ESD, para determinar las modalidades de suspensión de concesiones u otras obligaciones en virtud del art. 22.6 del ESD y los arbitrajes de acuerdo

con el art. 25 del ESD), se han desarrollado de acuerdo al procedimiento de arbitraje clásico. Por tanto, parece pertinente preguntarse en qué medida ese procedimiento arbitral clásico es apropiado para el contexto específico de la OMC.

En definitiva, este artículo intentará proponer respuestas a tres preguntas de investigación: ¿ha tenido consecuencias el hecho de que se haya aplicado el procedimiento arbitral clásico en la OMC? ¿Cómo han sido esas consecuencias en el contexto de la OMC? ¿Sería conveniente considerar la aplicación de otros procedimientos arbitrales en la OMC, por lo menos para ciertos contextos? La reflexión sobre las preguntas planteadas permitirá aportar, desde un punto de vista doctrinario, al diálogo sobre la evolución del sistema de solución de diferencias de la OMC.

EL ARBITRAJE CLÁSICO

La forma primordial de resolver conflictos es mediante la interacción entre las partes. Si se desarrolla de forma pacífica, la interacción se traducirá en (breves o extensas) negociaciones que culminarán en que las partes logren una solución de mutuo acuerdo. Ahora bien, esas negociaciones presentan ciertos inconvenientes. Entre los más gravitantes está la posibilidad de que las negociaciones se prolonguen y

la probabilidad más o menos alta de que las partes simplemente no logren alcanzar un acuerdo. El arbitraje es precisamente una forma de resolver conflictos que promete aminorar esos inconvenientes, lo que se traduce en lograr una solución más veloz y una probabilidad más baja de fracaso de las negociaciones. En otras palabras, el arbitraje es una herramienta que muchas veces permite reducir los costos de transacción relacionados con la disputa (Kritikos 2006, 294).

Existen múltiples procedimientos arbitrales. En el arbitraje, como se ha entendido de forma clásica, el árbitro tiene libertad para decidir cómo se deberá resolver el conflicto. En definitiva, el procedimiento clásico permite al árbitro adoptar cualquier decisión que se encuentre dentro o, de no haber prohibición de *ultra petita*, incluso fuera del rango de soluciones posibles solicitadas por las partes. Por ejemplo, el demandante pide 7, el demandado ofrece 5 y el árbitro puede decidir cualquiera de esos valores, algún valor intermedio o un valor superior o inferior al rango solicitado.

De acuerdo a la intuición jurídica, se podría considerar que el objetivo primordial del arbitraje es solucionar la controversia. No obstante, varios autores que provienen de disciplinas como la teoría de juegos han destacado que, con independencia del procedimiento concreto, el propósito del arbitraje

es otro: incentivar a que las propias partes negocien hasta solucionar su disputa (p. ej. Stevens, 1966, 42-44; Crawford, 1979, 132-133; Deck, Farmer y Zeng, 2007, 386). En efecto, si las partes negocian sabiendo que un fracaso en las tratativas las obligará a recurrir a un arbitraje, se podría decir que el arbitraje funciona como un catalizador que acelera las negociaciones e incentiva a las partes a solucionar su contienda. Con ello se logra que las partes negocien sin sufrir todos los inconvenientes de la negociación. Ese efecto catalizador se debe, principalmente, a la aversión al riesgo de las partes y a que ellas prevén los costos asociados al arbitraje y prefieren evitarlos (Adams, 1987, 223).

Sin embargo, el arbitraje clásico acarrea sus propios inconvenientes. Las negociaciones previas a él con cierta frecuencia fracasan, por ejemplo, cuando las partes no logran estimar correctamente un rango de acuerdos posibles (*settlement zone*) porque sus expectativas difieren sustancialmente. También naufragan cuando las partes intentan fortalecer su posición negociadora mediante tácticas como retener información, desplegar pretensiones exageradas, retardar concesiones u obstinarse (Adams, 1987, 218-223). Además, si las partes prevén que el árbitro adoptará una posición intermedia entre las posiciones iniciales de las partes, habrá pocos incentivos para que ellas cedan durante las

negociaciones previas al arbitraje (Long y Feuille, 1974, 189). En tal situación saldrá beneficiado el negociador pertinaz que persevere en una posición lo más extrema posible (por muy poco realista que fuere) y acabará perjudicado el dúctil, ya que el terco logrará inclinar en su favor el promedio del árbitro. Es decir, las partes tendrán incentivos para exagerar sus pretensiones (lo que coloquialmente se conoce como “el tejo pasado”) y para evitar hacer concesiones (Feigenbaum, 1975, 312). De hecho, en tales circunstancias, las partes con frecuencia recurren a ocultar información como una táctica de negociación (Chelius y Dworkin, 1980, 294). En definitiva, el arbitraje clásico ofrece pocos alicientes para negociar de buena fe, con miras a lograr un acuerdo (Feuille, 1975, 304). Más bien estimulará que las partes se comporten de modo obstinado, lo que aumentará la probabilidad de que finalmente sea el árbitro quien decida la cuestión. Es esto lo que los autores han denominado el efecto disuasivo (*chilling effect, deterrence effect*) del arbitraje clásico. Además, ese mismo efecto disuasivo lleva a las partes a convencerse de que el resultado de un arbitraje les será más favorable que el fruto de las negociaciones (Feuille, 1975, 304). Por cierto, estos inconvenientes no solo afectan a las negociaciones previas, sino que también perjudican el arbitraje mismo (Kritikos, 2006,

304). En definitiva, el arbitraje clásico tiene la desventaja de tasas relativamente bajas de solución negociada al conflicto y, por consiguiente, de tasas más bien altas de disputas ventiladas ante árbitros (Kritikos, 2006, 295, 303). Por lo tanto, si el objetivo es aplicar un procedimiento que propenda a que las partes logren, de común acuerdo, una solución a su discrepancia, parecería razonable no recurrir al procedimiento arbitral clásico.

LAS SOLUCIONES MUTUAMENTE CONVENIDAS A LAS DIFERENCIAS PLANTEADAS ANTE LA OMC

Como ya se ha mencionado, se puede entender que el objetivo del arbitraje consiste en que las partes precisamente no recurran a él, sino que su finalidad es incentivarlas a que negocien la solución de su contienda. Esa concepción podría no corresponder a la visión de algunos juristas, quienes estiman que la meta del arbitraje es solucionar un conflicto mediante heterocomposición. Por ejemplo, un miembro de la División de Asuntos Jurídicos, órgano que tiene como una de sus principales misiones asesorar jurídicamente e informar a los grupos especiales de solución de diferencias, ha planteado que el sistema de solución de diferencias de la OMC es jurídico y semijudicial, y lo ha

contrapuesto a los mecanismos basados en la negociación, la conciliación y la mediación (Marceau, 2005, 29).

Ahora bien, resulta revelador dejar momentáneamente de lado el preconcepto jurídico tradicional del arbitraje y mirar con nuevos ojos el sistema de solución de diferencias de la OMC. Ese ejercicio permitirá descubrir que numerosas normas sobre la solución de diferencias en la OMC efectivamente se refieren a las soluciones mutuamente convenidas y, más aún, enfatizan su importancia. Ya el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT) resalta el objetivo de llegar a un arreglo satisfactorio de la cuestión (art. XXIII.1 y XXIII.2 GATT). Por su parte, el ESD usa de forma reiterada el concepto de “solución mutuamente satisfactoria” (art. 4.3, 11, 12.7 y 22.8 ESD) u otras expresiones análogas¹. En concreto, el art. 3.7 del ESD subraya que “[s]e debe dar siempre preferencia a una solución mutuamente aceptable

para las partes en la diferencia”. Solo en ausencia de tal solución, de mutuo acuerdo se recurrirá a otras medidas (art. 4.5 ESD) como, por ejemplo, intentar conseguir la supresión de las medidas en cuestión (art. 3.7 ESD).

A mayor abundamiento, el ESD incluye etapas procesales de negociación: en concreto, los miembros deben celebrar consultas con miras a llegar a una solución mutuamente satisfactoria (art. 4 ESD) y deben entablar negociaciones con miras a hallar una compensación mutuamente aceptable (art. 22.2 ESD). También durante el procedimiento ante el grupo especial, las partes deben tener oportunidades adecuadas de llegar a una solución mutuamente satisfactoria (art. 11 ESD) y el grupo especial solo podrá evacuar su informe si las partes no han podido llegar a una solución mutuamente satisfactoria (art. 12.7 ESD).

Por su parte, la suspensión de concesiones u obligaciones solo se aplicará hasta que las partes lleguen a una solución mutuamente satisfactoria (art. 22.8 ESD). Cabe destacar que las soluciones mutuamente convenidas se deben notificar al Órgano de Solución de Diferencias (OSD) y a los correspondientes consejos y comités de la OMC (art. 3.6 ESD). Además, algunos autores han sugerido que otros trámites procesales del ESD podrían, en la práctica, incentivar

¹ El ESD también habla, por ejemplo, de “soluciones mutuamente convenidas” (art. 3.6), “solución mutuamente aceptable” (art. 3.7), “solución de mutuo acuerdo” (art. 3.7), “convenir de mutuo acuerdo” (art. 4.3), “llegar a una solución satisfactoria de la cuestión” (art. 4.5), “entablar negociaciones con miras a hallar una compensación mutuamente aceptable” (art. 22.2), “acuerdo mutuo entre las partes” (art. 25.2) y “ajuste mutuamente satisfactorio” (art. 26, sección 1).

que las partes solucionen sus diferencias de mutuo acuerdo, tales como el informe provisional del art. 15.2 del ESD (Jackson, 2006, pág. 156). En resumidas cuentas, el ESD no solo otorga a los miembros la facultad de solucionar su diferencia de mutuo acuerdo, sino que claramente prefiere que las partes así lo hagan, en vez de solucionarla mediante heterocomposición.

También otros instrumentos jurídicos de la OMC exhiben un carácter análogo. Cabe mencionar algunos ejemplos. El Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS) enfatiza que, en caso de diferencias, los miembros podrán recurrir al ESD, “con objeto de llegar a una solución mutuamente satisfactoria de la cuestión” (art. XXIII.1 GATS). El art. 17.4 del Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VI del GATT (Acuerdo Antidumping) y el art. 19.2 del Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VII del GATT (Acuerdo sobre Valoración en Aduana) regulan las consultas, con el objetivo de llegar a una solución mutuamente satisfactoria de la cuestión. También las consultas en el marco del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (Acuerdo SMC) tienen por objeto que las partes lleguen a una solución mutuamente convenida (art. 4). Como último ejemplo, si bien el ESD no contempla la posibilidad de una solución mutuamente convenida

durante la apelación, los Procedimientos de Trabajo para el Examen en Apelación (WT/AB/WP/6, 16 de agosto de 2010, sección 30.2) han corregido ese vacío y regulan la notificación de tales soluciones.

La jurisprudencia de la OMC ha examinado las consultas y, por ejemplo, el Órgano de Apelación en su informe *México - Jarabe de maíz* (WT/DS132/AB/RW), del 22 de octubre de 2001, se refirió con cierto detalle a la materia, pasaje que merece ser citado en su integridad:

54) Observamos que México subraya la importancia de las consultas en los sistemas de solución de diferencias del GATT y de la OMC. Estamos de acuerdo con México en la importancia de las consultas. Mediante las consultas, las partes intercambian información, evalúan los puntos fuertes y débiles de sus respectivos argumentos, reducen [sic] el alcance de las diferencias existentes entre ellos y, en muchos casos, llegan a una solución mutuamente aceptable con arreglo a la preferencia expresada explícitamente en el párrafo 7 del artículo 3 del ESD. Además, incluso cuando no se llegue a ninguna solución aceptada, las consultas dan a las partes la oportunidad de definir y delimitar el alcance de la diferencia existente entre ellas. Evidentemente, las consultas

reportan muchas ventajas a las partes reclamantes y a las partes demandadas, así como a los terceros y al sistema de solución de diferencias en su conjunto.

55. La práctica seguida por las partes contratantes del GATT, al celebrar regularmente consultas, es testimonio de la importante función que las consultas desempeñan en la solución de diferencias. El párrafo 1 del artículo 4 del ESD reconoce esa práctica y dispone además que: los miembros afirman su determinación de *fortalecer y mejorar la eficacia* de los procedimientos de consulta seguidos por los miembros.

56. En una serie de informes de grupos especiales y del Órgano de Apelación, se ha reconocido el valor de las consultas en el proceso de solución de diferencias.² [...].

² La importante función de las consultas en los sistemas de solución de diferencias tanto del GATT como de la OMC ha sido reconocida repetidamente, tanto explícitamente como implícitamente, por los grupos especiales y por el Órgano de Apelación. Véanse, por ejemplo: informe del Grupo Especial sobre Recurso del Uruguay al artículo XXIII, adoptado el 16 de noviembre de 1962, IBDD 11S/100, párrafo 10; informe del Grupo Especial sobre Estados Unidos - Imposición de derechos antidumping a las importaciones de salmón del

Atlántico, fresco y refrigerado, procedentes de Noruega, adoptado el 27 de abril de 1994, IBDD 41S/, volumen I/229, párrafo 333; informe del Grupo Especial sobre Brasil - Medidas que afectan al coco desecado, WT/DS22/R, adoptado el 20 de marzo de 1997, confirmado por el informe del Órgano de Apelación, WT/DS22/AB/R, ISD 1997:I, 189, párrafo 287; informe del Grupo Especial sobre Comunidades Europeas - Bananos, WT/DS27/R/ECU, adoptado el 25 de septiembre de 1997, modificado por el informe del Órgano de Apelación, WT/DS27/AB/R, ISD 1997:III, página 1.085 de la versión inglesa, párrafos 7.17 a 7.20; informe del Grupo Especial sobre Corea - Impuestos a las bebidas alcohólicas ("Corea - Bebidas alcohólicas"), WT/DS75/R-WT/DS84/R, adoptado el 17 de febrero de 1999, modificado por el informe del Órgano de Apelación, WT/DS75/AB/R-WT/DS84/AB/R, párrafo 10.19; informe del Órgano de Apelación sobre Brasil - Aeronaves, [WT/DS46/AB/R, adoptado el 20 de agosto de 1999], párrafo 132; informe del Grupo Especial sobre Brasil - Aeronaves, WT/DS46/R, adoptado el 20 de agosto de 1999, modificado por el informe del Órgano de Apelación, WT/DS46/AB/R, párrafo 7.10, y el informe del Grupo Especial sobre Estados Unidos - Medidas de salvaguardia respecto de las importaciones de carne de cordero fresca, refrigerada o congelada procedentes de Nueva Zelanda y Australia ("Estados Unidos - Medidas de salvaguardia respecto de la carne de cordero"), WT/DS177/R-WT/DS178/R, adoptado el 16 de mayo de 2001, modificado por el informe del Órgano de Apelación, WT/DS177/AB/R-WT/DS178/AB/R, párrafo 5.40. Véase, además, el examen del papel de las consultas en las

Si el objetivo es que las partes logren una solución negociada a su diferencia, es evidente que necesitarán una oportunidad para intercambiar información. Los procedimientos de solución de diferencias pueden cumplir precisamente esa función de poner a disposición de las partes un marco institucional de reunión y diálogo (Sykes, 2010, 342-344). Es así como en muchas ocasiones los miembros han podido solucionar sus diferencias relativas a la OMC mediante negociaciones, es decir, sin recurrir a la heterocomposición (Jackson, 2006, 152). Esas soluciones mutuamente convenidas se han alcanzado en todas las etapas procesales, por ejemplo, antes de iniciar el proceso ante el Grupo Especial (p. ej. en *UE — Arenque* (WT/DS469/3), 25 de agosto de 2014), durante el arbitraje previsto en el artículo 21.3 c) del ESD (por ejemplo, en *Estados Unidos — Camarones II (Viet Nam)* (WT/DS429/16), 22 de julio de 2016), durante el arbitraje con arreglo al art. 22.6 del ESD (por ejemplo, en *Estados Unidos — Cigarrillos de clavo de olor* (WT/DS406/18), 9 de octubre de 2014), etc. El énfasis en

las soluciones negociadas se explica, en parte, porque “el sistema trata las tensiones comerciales de los miembros, evitando caracterizar la confrontación en el sentido clásico de la controversia” (Espinoza Soto, 2009, 69).

Cabe destacar que todas las diferencias planteadas formalmente con arreglo al ESD, incluidas las solucionadas a través de negociaciones, deben ser compatibles con el derecho de la OMC en virtud del art. 3.5 del ESD. Sin embargo, como las soluciones mutuamente convenidas no son sometidas a una decisión por consenso del OSD, sino que solo le son notificadas, conllevan un cierto riesgo de resultar injustas para otros miembros de la OMC (Tijmes, 2012, 57-59). Lo mismo vale para los arbitrajes con arreglo al art. 25.3 del ESD (ver *Estados Unidos — Artículo 110 (5) de la Ley de Derecho de Autor* (WT/DS160/ARB25/1), 9 de noviembre de 2001, párr. 2.1). Además, llama la atención que el art. 3.5 del ESD parece dejar abierta la posibilidad de que las soluciones no planteadas formalmente con arreglo al ESD sean incompatibles con el derecho de la OMC, en cuyo caso probablemente sea incluso mayor el riesgo de que la solución resulte injusta para otro Estado miembro.

En definitiva, el derecho de la OMC enfatiza y da prioridad a la solución mutuamente convenida de las diferencias. Para ello contempla

diferencias en el marco del Acuerdo sobre los Textiles y el Vestido en el informe del Órgano de Apelación sobre Estados Unidos - Restricciones aplicadas a las importaciones de ropa interior de algodón y fibras sintéticas o artificiales, WT/DS24/AB/R, adoptado el 25 de febrero de 1997, ISD 1997:I, 11, páginas 23 a 25.

la posibilidad de negociaciones, tanto previas como simultáneas a la actuación de los órganos de solución de diferencias establecidos en el ESD.

LOS PROCEDIMIENTOS ARBITRALES EN LA OMC

Esta sección abarcará los tres procedimientos arbitrales que contempla el ESD: el arbitraje para determinar el plazo prudencial para la aplicación de las recomendaciones del grupo especial o del Órgano de Apelación conforme art. 21.3 c) del ESD; el arbitraje para determinar las modalidades de suspensión de concesiones u otras obligaciones según el art. 22.6 del ESD y el arbitraje consagrado en el art. 25 del ESD. Por tanto, esta sección no considerará los procedimientos de solución de diferencias ante los grupos especiales y ante el Órgano de Apelación.

En caso de que no sea factible cumplir inmediatamente las recomendaciones y resoluciones del OSD, la parte demandada dispone de un plazo prudencial para hacerlo. A falta de aprobación del OSD a la propuesta de la parte demandada y a falta de común acuerdo por las partes en la diferencia, el plazo debe ser determinado mediante arbitraje de acuerdo con el art. 21.3 c) del ESD. Para determinar el plazo prudencial, se ha aplicado el procedimiento arbitral

clásico. En la práctica, en general los árbitros han adoptado posiciones cercanas al promedio entre el plazo prudencial mínimo propuesto por la parte demandada y el plazo prudencial máximo propuesto por la parte reclamante. Es así como, en promedio, el plazo prudencial determinado por el árbitro asciende a 11,4 meses, mientras que el promedio entre los plazos solicitados por las partes es de 12,7 meses (ver cuadro). Que los árbitros en general adopten posiciones cercanas al promedio podría incentivar pretensiones exageradas de las partes, ya que mientras más exagerada sea la petición de la respectiva parte, más le favorecerá el promedio. Por cierto, esa táctica beneficia especialmente a la parte demandada porque su pretensión más extrema de plazo prudencial es, en teoría, infinita, mientras que la pretensión más extrema de la parte reclamante está limitada a un cumplimiento inmediato (es decir, un plazo de cero días). Ahora bien, ya pocos años después de creada la OMC, los árbitros comenzaron a entender el plazo de 15 meses señalado en el art. 21.3 c) del ESD como un máximo (Zdouc, 2005, 91), por lo que también la parte demandada se enfrenta a un límite.

Es importante que cualquiera sea el procedimiento arbitral adoptado, incentive la cooperación de las partes. En concordancia con ello, en algunos arbitrajes realizados

con arreglo al art. 21.3 del ESD, los árbitros han destacado la importancia de contar con partes que colaboren y entreguen información, de modo de poder determinar un plazo prudencial que “responda a un equilibrio equitativo entre las necesidades legítimas” de las partes (*Chile - Sistema de bandas de precios* (WT/DS207/13), 17 de marzo de 2003, párr. 37).

Si la parte demandada perseverare en su incumplimiento, las

partes no hubieren hallado una solución mutuamente aceptable y hubiere desacuerdo entre ellas respecto de las modalidades bajo las cuales la parte reclamante hubiere de suspender obligaciones respecto de la demandada, la cuestión se podrá someter a arbitraje con arreglo al art. 22.6 del ESD. Ese arbitraje versa sobre el nivel de la suspensión propuesta, sobre la eventual suspensión conforme al art. 22.3 del ESD (la llamada “retaliación cruzada”)

Cuadro: Plazos prudenciales determinados en arbitrajes con arreglo al art. 21.3 del ESD

WT/DS	Diferencia	Plazo prudencial mínimo propuesto por la parte demandada (A)	Plazo prudencial máximo propuesto por la parte reclamante (B)	Plazo prudencial determinado por el árbitro	Promedio entre (A) y (B)
WT/DS8, WT/DS10, WT/DS 11	Japón - Bebidas alcohólicas II	23 meses	5 meses	15 meses	14 meses
WT/DS18	Australia - Salmón	15 meses	15 meses	8 meses	15 meses
WT/DS26, WT/DS48	CE - Hormonas	39 meses	10 meses	15 meses	24,5 meses
WT/DS27	CE - Banano III	15 meses 1 semana	6 meses	15 meses 1 semana	10,6 meses
WT/DS54, WT/DS55, WT/DS59, WT/DS64	Indonesia - Automóviles	15 meses	6 meses	12 meses	10,5 meses
WT/DS75, WT/DS84	Corea - Bebidas alcohólicas	15 meses	6 meses	11 meses 2 semanas	10,5 meses
WT/DS87, WT/DS110	Chile - Bebidas alcohólicas	18 meses	8 meses 9 días	14 meses 9 días	13,15 meses

WT/DS114	Canadá - Patentes para productos farmacéuticos	11 meses	3 meses	6 meses	7 meses
WT/DS136, WT/DS 162	EE.UU.- Ley de 1916 (CE)	15 meses	6 meses	10 meses	10,5 meses
WT/DS139, WT/DS142	Canadá - Automóviles	11 meses 12 días	3 meses	8 meses	7,2 meses
WT/DS155	Argentina - Piel y cueros	46 meses 15 días	8 meses	12 meses	27,25 meses
WT/DS160	EE.UU. - Artículo 110 (5) de la Ley de Derecho de Autor	15 meses	10 meses	12 meses	12,5 meses
WT/DS170	Canadá - Período de protección mediante patente	14 meses 2 días	6 meses	10 meses	10 meses 1 día
WT/DS184	EE.UU. - Acero laminado en caliente	18 meses	10 meses	15 meses	14 meses
WT/DS207	Chile - Sistema de bandas de precios	18 meses	9 meses 6 días	14 meses	13 meses 18 días
WT/DS217, WT/DS234	EE.UU. - Ley de compensación (Enmienda Byrd)	15 meses	6 meses	11 meses	10,5 meses
WT/DS246	CE - Preferencias arancelarias	20 meses 10 días	6 meses 2 semanas	14 meses 11 días	13 meses 12 días
WT/DS268	EE.UU. - Exámenes por extinción respecto de los artículos tubulares para campos petrolíferos	15 meses	7 meses	12 meses	11 meses
WT/DS285	EE.UU. - Juegos de azar	15 meses	6 meses	11 meses 2 semanas	10,5 meses
WT/DS265, WT/DS266, WT/DS283	CE - Subvenciones a la exportación de azúcar	19 meses 12 días	7 meses	12 meses 3 días	13 meses 6 días
WT/DS269, WT/DS286	CE - Trozos de pollo	26 meses	5 meses 10 días	9 meses	15 meses 20 días

WT/DS336	Japón - DRAM (Corea)	15 meses	5 meses	8 meses 2 semanas	10 meses
WT/DS332	Brasil - Neumáticos recauchutados	21 meses	10 meses	12 meses	15,5 meses
WT/DS344	EE.UU. - Acero inoxidable (México)	15 meses	7 meses	11 meses	11 meses
WT/DS366	Colombia - Puertos de entrada	15 meses	4 meses 19 días	8 meses 15 días	9 meses 24 días
WT/DS414	China - GOES	19 meses	4 meses 1 semana	8 meses 15 días	11 meses 19 días
WT/DS437	EE.UU. - Medidas compensatorias (China)	19 meses	10 meses	14 meses 16 días	14,5 meses
WT/DS429	EE.UU. - Camarones II (Viet Nam)	21 meses	6 meses	15 meses	13,5 meses
WT/DS457	Perú - Productos agropecuarios	19 meses	6 meses	7 meses 29 días	12,5 meses
WT/DS461	Colombia - Textiles	12 meses	66 días	7 meses	7 meses 3 días
Promedio		18,5	6,8	11,4	12,7

Fuente: Índice Analítico de la OMC, art. 21.3 del ESD, sección “(i) Table showing the reasonable period of time awarded in Article 21.3(c) arbitrations to date” (actualizada hasta el 30 de septiembre de 2011), actualizada y complementada por el autor.

Nota: en los casos en los que las partes han propuesto un rango, para este cuadro se ha usado el valor mínimo propuesto por la parte demandada y el valor máximo propuesto por la parte reclamante.

^{*} <https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/analytic_index_e/dsu_08_e.htm#article21>.

y sobre la permisibilidad de la suspensión en virtud del acuerdo abarcado (art. 22.6 y 22.7 ESD). El nivel de suspensión se determina de acuerdo con los patrones consagrados en los art. 22.4 del ESD y, en su caso, en los art. 4, 7 y 9 del Acuerdo SMC. En la práctica, los arbitrajes desarrollados al amparo del art. 22.6 del ESD han sido arbitrajes clásicos.

Con relativa frecuencia, los árbitros en la OMC han determinado niveles de suspensión cercanos a la posición intermedia entre las posiciones iniciales de las partes (Bernstein y Skully, 2003, 389-390; Spamann, 2006, 75-76; Bown y Pauwelyn, 2010, 13-14). Para citar un ejemplo, los árbitros en su informe arbitral *Estados Unidos - Ley de compensación (Enmienda Byrd)* (WT/DS217/ARB/CHL) del 31 de agosto de 2004, fijaron un coeficiente de efecto sobre el comercio que explícitamente correspondía al promedio de las estimaciones disponibles:

3.146 Dado que nuestro sistema se basa en la asignación de un valor único al coeficiente de efecto sobre el comercio, necesitamos una metodología para reducir las 36 estimaciones a un único valor. Habida cuenta de que ni los estudios al respecto ni las comunicaciones de las partes nos brindan ninguna orientación, hemos decidido tomar para

cada año el promedio de cada una de las dos filas intermedias y el promedio de la columna central, para hallar luego el promedio de los tres valores. De esta forma obtenemos un valor de 0,68 para 2001, 0,78 para 2002 y 0,70 para 2003, y un valor global de 0,72.³

Si las partes pronostican que los árbitros adoptarán decisiones cercanas al promedio, ellas tendrán incentivos para no tener una actitud recta y leal en búsqueda de una solución de mutuo acuerdo, tanto durante las negociaciones previas al arbitraje (art. 22.2 ESD) como durante el arbitraje mismo (art. 22.6 ESD), ya que ellas anticiparán que cada cesión que hicieren trasladará el promedio en perjuicio propio y en beneficio de la contraparte. Por el contrario, las partes tendrán incentivos para sostener posiciones lo más extremas posibles, lo que probablemente se magnifique por el hecho de que en la jurisprudencia de la OMC (tal como en general en derecho internacional público) se ha aplicado el principio *non ultra petita* (Mavroidis, 2000, 766-768, 774-777, 786-787, 802-804). En efecto, ese principio implica que

³ Para contrastar ese párrafo con los demás informes arbitrales paralelos de la diferencia *Estados Unidos - Ley de compensación (Enmienda Byrd)* (WT/DS217/ARB/*), se puede consultar Tijmes (2013, 241-245).

el árbitro no puede adoptar una posición más extrema que alguna de las partes, por lo que todo el margen de maniobra que ellas no pidan desde un principio, quedará irremisiblemente perdido y no podrá ser recuperado por el árbitro. Dicho de otro modo, las partes saben que recaerá sobre ellas todo el peso estratégico de sustentar una posición extrema y que el árbitro no podrá conllevar parte de esa carga. Por tanto, no debería sorprender en demasía si en ocasiones las partes han sucumbido al efecto disuasivo del arbitraje. En el caso concreto de los arbitrajes de acuerdo al art. 22.6 del ESD, esta situación perjudica especialmente a la parte demandada y beneficia a la reclamante, ya que no hay ningún límite cuantitativo máximo de nivel de suspensión que la parte reclamante pueda pedir, mientras que la parte demandada sí está constreñida por la naturaleza misma de las cosas a alegar un mínimo cuantitativo de cero menoscabo sufrido⁴.

Además, hay indicios concretos que permiten deducir que, al menos en ciertas ocasiones, los árbitros se han visto efectivamente enfrentados a la pertinacia de las partes, lo que ha redundado en serias dificultades

para poder dirimir la diferencia y en un colapso del proceso arbitral (Lockhart, 2010, 133). Por ejemplo, los árbitros en su informe arbitral *Estados Unidos - Juegos de azar* (WT/DS285/ARB) de 21 de diciembre de 2007 lo formularon de la siguiente manera:

3.172 En primer lugar, observamos que los enfoques de las dos partes son radicalmente distintos en lo que respecta a los datos en que se basan y a la metodología utilizada [...].

3.173 Por lo tanto, no nos queda otra opción que adoptar nuestro propio enfoque. Al proceder de esta manera tenemos la impresión de avanzar por un terreno que las partes han hecho movedizo. Los datos están rodeados de cierto grado de incertidumbre. En el caso de la mayoría de las variables, los datos consisten en indicadores de lo que hay que calcular y las observaciones son demasiado escasas para permitir un análisis econométrico adecuado. No se han facilitado algunos datos que hemos solicitado y que, en cierta medida, podrían haber remediado esta situación. En cuanto a las cuestiones metodológicas, en varios aspectos las partes han mantenido sus posiciones extremas y no han propuesto otras soluciones que habrían

⁴ Ese menoscabo sufrido se expresa como “nivel de la anulación o menoscabo” en el caso del art. 22.4 ESD. Otros parámetros para el menoscabo se encuentran en los arts. 4.10, 4.11, 7.9, 7.10 y 9.4 del Acuerdo SMC.

tenido en cuenta el intercambio de argumentos.

3.174 Por lo tanto, disponemos de muy poca información y orientación. No obstante, intentaremos mantenernos lo más cerca posible de los enfoques propuestos por las partes y utilizar al máximo la limitada información que se nos ha facilitado [...].

En otras palabras, por lo menos en algunos arbitrajes llevados a cabo con arreglo al art. 22.6 del ESD, las partes parecen haberse hundido en una espiral destructiva desatada por el efecto disuasivo del arbitraje. Eso redundará, obviamente, en una peor calidad de la decisión arbitral.

Por último, el art. 25 del ESD contempla un procedimiento arbitral como medio alternativo de solución de diferencias. Este procedimiento se ha aplicado en una ocasión para tratar un asunto de suspensión de obligaciones (*Estados Unidos - Artículo 110 (5) de la Ley de Derecho de Autor* (WT/DS160/ARB25/1), 9 de noviembre de 2001), materia que por regla general debe ser tratada en un arbitraje con arreglo al art. 22.6 del ESD. El procedimiento arbitral aplicado fue el clásico. En ese sentido, lo señalado antes —a propósito del arbitraje según el art. 22.6 del

ESD— es también aplicable al arbitraje en virtud del art. 25 del ESD.

Para concluir esta sección, cabe destacar que no hay una razón jurídica para que en los arbitrajes desarrollados en el marco del ESD se aplique el procedimiento arbitral clásico. En efecto, ni el GATT ni las diversas normas sobre solución de diferencias de la OMC prescriben un procedimiento arbitral específico⁵. Por lo mismo, no hay impedimentos jurídicos en aplicar otro procedimiento arbitral, especialmente si las partes en la diferencia así lo prefirieren.

CONCLUSIONES

Diversos autores han enfocado el arbitraje como un recurso cuyo fin no es solucionar el conflicto de las partes, sino que es incentivar a que ellas, ante la inminencia del arbitraje, lo solucionen por sí mismas. De esa forma, las partes evitan los riesgos y los costos inherentes al arbitraje. El arbitraje clásico, por su estructura, precisamente ofrece pocos incentivos para que las partes

⁵ Respecto de los arbitrajes realizados con arreglo al art. 22.6 del ESD, tal vez se haya recurrido a ese procedimiento por motivos históricos. En efecto, hay un antecedente en *GATT Report adopted by the CONTRACTING PARTIES on 8 November 1952 (L/61), Netherlands Action under Article XXIII:2 to Suspend Obligations to the United States*.

logren una solución mutuamente acordada. En efecto, es probable que se genere un efecto que disuada a las partes de intercambiar información y negociar de buena fe, lo que, en definitiva, aumenta la probabilidad de que sea un árbitro quien, a fin de cuentas, dirima la contienda.

Si bien el sistema de solución de diferencias de la OMC está en armonía con esa concepción del arbitraje y, por tanto, favorece que las partes negocien hasta encontrar una solución a su disensión, en la práctica de los arbitrajes realizados al amparo de los art. 21.3 c), 22.6 y 25 del ESD, se ha aplicado el procedimiento arbitral clásico. A causa de las debilidades de ese procedimiento arbitral se genera una tensión, y esa misma tensión justifica, por lo menos, un cierto escepticismo respecto de la conveniencia de aplicar ese procedimiento.

De hecho, en ocasiones la jurisprudencia arbitral se ha explayado sobre arbitrajes (y las correspondientes negociaciones entre las partes) que han fracasado. Todo parece indicar que esos colapsos se han debido al efecto disuasivo propio del arbitraje clásico. Estas constataciones permiten contestar la primera pregunta de investigación: por lo menos en ciertos casos, aplicar el procedimiento arbitral clásico en la OMC sí ha tenido consecuencias. Simultáneamente, permiten contestar también la se-

gunda pregunta de investigación, ya que en algunos arbitrajes las consecuencias han sido negativas.

En conclusión, hay ciertos indicios que permiten cuestionar la conveniencia de que todos los arbitrajes desarrollados al amparo de los arts. 21.3 c), 22.6 y 25 del ESD se hayan desarrollado hasta ahora de acuerdo al procedimiento clásico. En definitiva, la tercera pregunta de investigación se puede contestar en el sentido de que sí sería ventajoso buscar otros procedimientos arbitrales más adecuados para las necesidades del sistema de solución de diferencias de la OMC y en el futuro aplicarlos cuando las circunstancias concretas del caso lo ameriten. Es de esperar que con ello se pudieren fortalecer las negociaciones entre las partes y también los mismos arbitrajes. Si bien algunas variantes ya han sido exploradas (p. ej. Tijmes, 2015), queda todavía mucho campo abierto para investigar, buscar y evaluar otros procedimientos arbitrales para la OMC.

BIBLIOGRAFÍA

- Adams, C. W. (1987). "Final Offer Arbitration: Time for Serious Consideration by the Courts". *Nebraska Law Review*, 66, 213-248.
- Bernstein, J. y Skully, D. (2003). "Calculating Trade Damages in the Context of the World Trade Organization's Dispute Settlement Process". *Review of Agricultural Economics*, 25(2), 385-398.

- Bown, C. P. y Pauwelyn, J. (2010). "Trade retaliation in WTO dispute settlement: a multi-disciplinary analysis". En C. P. Bown y J. Pauwelyn (eds.), *The law, economics and politics of retaliation in WTO dispute settlement* (pp. 1-20). Cambridge: Cambridge University Press.
- Crawford, V. P. (1979). "On Compulsory-Arbitration Schemes". *Journal of Political Economy*, 87(1), 131-159.
- Chelius, J. R. y Dworkin, J. B. (1980). "An Economic Analysis of Final-Offer Arbitration as a Conflict Resolution Device". *Journal of Conflict Resolution*, 24(2), 293-310.
- Deck, C., Farmer, A. y Zeng, D.-Z. (2007). "Amended Final-offer Arbitration Outperforms Final-offer Arbitration". *American Law and Economics Review*, 9(2), 384-407.
- Espinoza Soto, Á. (2009). "Algunas reflexiones sobre la solución de diferencias en la Organización Mundial del Comercio". *Estudios Internacionales*, (162), 63-84.
- Feigenbaum, C. (1975). "Final Offer Arbitration: Better Theory Than Practice". *Industrial Relations*, 14(3), 311-317.
- Feuille, P. (1975). "Final Offer Arbitration and the Chilling Effect". *Industrial Relations*, 14(3), 302-310.
- Jackson, J. H. (2006). *Sovereignty, the WTO and Changing Fundamentals of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Kritikos, A. (2006). "The Impact of Compulsory Arbitration on Bargaining Behavior: An Experimental Study". *Economics of Governance*, 7, 293-315.
- Lockhart, N. (2010). "Comment on chapter 4". En C. P. Bown y J. Pauwelyn (eds.), *The law, economics and politics of retaliation in WTO dispute settlement* (pp. 128-134). Cambridge: Cambridge University Press.
- Long, G. y Feuille, P. (1974). "Final-Offer Arbitration: 'Sudden Death' in Eugene". *Industrial and Labor Relations Review*, 27, 186-203.
- Marceau, G. (2005). "Consultations and the panel process in the WTO dispute settlement system". En R. Yerxa y B. Wilson, *Key Issues in WTO Dispute Settlement: The first ten years* (pp. 29-45). Cambridge: Cambridge University Press.
- Mavroidis, P. C. (2000). "Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place". *European Journal of International Law*, 11(4), 763-813.
- Spamann, H. (2006). "The myth of 'rebalancing' retaliation in WTO Dispute Settlement practice". *Journal of International Economic Law*, 9(1), 31-79.
- Stevens, C. M. (1966). "Is Compulsory Arbitration Compatible With Bargaining?". *Industrial Relations*, 5(1), 38-52.
- Sykes, A. O. (2010). "Optimal sanctions in the WTO: the case for decoupling (and the uneasy case for the statu quo)". En C. P. Bown y J. Pauwelyn (eds.), *The law, economics and politics of retaliation in WTO dispute settlement* (pp. 339-354). Cambridge: Cambridge University Press.
- Tijmes, J. (2015). "Who Wants What? - Final Offer Arbitration in the World Trade Organization". *European Journal of International Law*, 26(3), 587-606.
- Tijmes, J. (2013). "Parallel Reports in the WTO Dispute Settlement". *Manchester Journal of International Economic Law*, 10(2), 187-270.
- Tijmes, J. (2012). "Rousseau y la justicia de la Organización Mundial del Comercio". *Estudios Internacionales*, (172), 49-60.
- Zdouc, W. (2005). "The reasonable period of time for compliance with rulings and recommendations adopted by the WTO Dispute Settlement Body". En R. Yerxa y B. Wilson, *Key Issues in WTO Dispute Settlement: The first ten years* (pp. 88-97). Cambridge: Cambridge University Press.