

*El acceso a la solución de controversias en la OMC: obstáculos para los países en desarrollo**

Germán Burgos**

Recibido: mayo 27 de 2011
Aprobado: septiembre 9 de 2011

Resumen

Este artículo identifica los aportes centrales de la literatura especializada sobre cuáles son y cómo se presentan los obstáculos más importantes para el acceso de los Estados en desarrollo al Sistema de Solución de Controversias de la OMC. Establece, para el caso colombiano, cómo se dan tales barreras teniendo en cuenta que hasta la fecha este país no ha tramitado exitosamente ningún caso ante esta instancia internacional.

Palabras clave: OMC; solución de controversias; países en desarrollo.

* Este escrito forma parte de una investigación intitulada "Desterritorialización de la Justicia. Problemas de acceso para Estados del mundo en desarrollo" la cual se viene desarrollando en el Centro de investigaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, sede Bogotá. Esta investigación finalizó en su primera fase en Junio de 2011.

** Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona. Especialista en Derecho del Comercio internacional. Profesor de las Universidades Libre y Nacional de Colombia. Dirección de correo jburgoss@unal.edu.co Vinculado al grupo de investigación Estado, Derecho y Territorio de la Universidad Libre.

Access to Dispute Settlement in the WTO: Obstacles for Developing Countries

Abstract

This article describes the main contributions of specialized literature about the most important obstacles and how they emerge to prevent developing countries from having access to the WTO Dispute Settlement System. The article establishes how such obstacles emerge for the Colombian case, bearing in mind that this country has not successfully filed any case before this international organization up to date.

Key words: WTO; dispute settlement; developing countries.

Introducción

El acceso al Sistema de Solución de Diferencias de la OMC por parte de los países en desarrollo es limitado. En el continente africano, solo se ha presentado un caso por parte de Egipto contra Turquía. Por su parte, Bangladesh ha sido el único país considerado menos desarrollado o pobre que ha utilizado el sistema sin haber llegado hasta el final (Mosoti, 2006; Amaral, 2007; Shaffer, Raton, & Rosemberg, 2008). Visto de manera optimista, salvo los casos prototípicos de India y Brasil como usuarios reiterados del sistema, la participación de los países en desarrollo que logran acceder termina, en muchos casos, en la etapa de consultas, previa a la constitución de un panel o tiene lugar en calidad de tercera parte, pero no como demandante (Bolh, 2009).

Si bien el mundo en desarrollo no está accediendo en calidad de demandante efectivo, sí lo está haciendo en calidad de demandado. Según Shaffer (2005), los países en desarrollo están siendo más demandados bajo la OMC que bajo el GATT¹. Esta afirmación, sin embargo, debe relativizarse si tenemos en cuenta que bajo este último sistema solo 10 países en desarrollo formaban parte del mismo y bajo la OMC son la mayoría. Con todo, a febrero de 2007, el 23% de las demandas había sido por países desarrollados contra países en desarrollo, y el 15% entre países en desarrollo (Trogolo, 2007). En suma, puede verse un incremento en calidad de demandados respecto de algunos países en desarrollo.

El acceso limitado o relativo de los países en desarrollo se puede valorar de formas diversas. De un lado, los problemas de acceso conllevan una deslegitimación del sistema comercial multilateral como un todo, en la medida misma en

que la mayoría de Estados no están pudiendo hacer valer sus diferencias en el mismo y, por tanto, de una u otra forma consideran parte de este ordenamiento como poco útil respecto de sus expectativas (Bolh, 2009). Para Ragosta (2000), por su parte, el virtual no acceso cuestiona a fondo un sistema que en buena parte se basa en pretender solucionar de manera cuasi judicial los conflictos y en tal sentido precisa de una participación real de todos los interesados².

El no acceso tiene igualmente impactos escalonados en, al menos, dos niveles. De un lado, impide a quienes no participan influir en el desarrollo de un marco de regulación que, dadas las dificultades para ser cambiado por las vías de las conferencias ministeriales, se viene ajustando a través de las decisiones de los paneles y del órgano de apelaciones³. En segundo lugar, el no acceder dificulta influir en la generación de precedentes que pueden ser centrales frente a casos futuros. En otros términos, a pesar de que el Sistema de Solución de Diferencias (SSD) no cuenta con un reconocimiento jurídico vinculante del precedente, en la práctica sí tienden a tenerse en cuenta las decisiones pasadas. Poder participar en el mecanismo de solución de controversias y aportar interpretaciones sobre las normas de la OMC puede influir en la generación de jurisprudencia que influirá la decisión de casos futuros⁴.

² "If the WTO is to function effectively as a "world court" for trade, then it must provide an opportunity for the real party in interest to participate effectively" (Ragosta, 2000, p. 2).

³ "Participation in the WTO dispute settlement system is essential for shaping WTO law's interpretation and application over time. Participation in WTO judicial processes is arguably more important than is participation in analogous judicial processes for shaping law in national systems for two reasons. First, the difficulty of amending or interpreting WTO law through the WTO political process enhances the impact of WTO jurisprudence. Unlike national or EC law, WTO law requires consensus to modify, so that the WTO political/legislative system remains extremely weak" (Shaffer, 2003, p. 10).

⁴ "As a result of the increased importance of WTO jurisprudence and the rigidity of the WTO political process to modify it through treaty amendment or formal interpretation, those governments that are able to participate most actively in the WTO dispute settlement system are best-positioned to effectively shape the law's interpretation and application over time to their advantage" (Shaffer, 2003, p. 11).

¹ "Hoekman and Michel Kosteci confirm that, under the WTO, "the developing country share in terms of being a defendant rose to 37 percent" compared to "only 8 percent of all cases brought during the GATT years" (Shaffer, 2005, p. 14).

El presente texto está dedicado a analizar el acceso de los Estados, particularmente de los países en desarrollo, al SSD. En tal sentido pretende ubicar centralmente cuáles son los obstáculos al acceso de los sujetos legitimados para ello en la actualidad, es decir, los Estados con particular referencia a los en desarrollo, y dentro ellos Colombia. En lo fundamental, este escrito es producto de una investigación documental de la literatura más relevante y actual al respecto, la cual se ha escogido tratando de ubicar las tesis y debates que existen sobre el tema de los obstáculos para acceder a este sistema.

El artículo está organizado en dos partes. En la primera identifica y desarrolla diversos planteamientos sobre los cinco obstáculos que la literatura ha identificado como centrales para el acceso al SSD y para cada caso hará la referencia correspondiente a la experiencia colombiana. En la segunda parte se ofrece un marco de conclusiones.

1. *Obstáculos para el acceso*

Como se anotó previamente, el acceso al SSD de la OMC es limitado para los países en desarrollo a pesar de ser numéricamente mayoría en el organismo. Para el caso colombiano, desde 1995 hasta 2010 se iniciaron 5 casos que solo llegaron a la fase inicial de consultas y no cumplieron todas las etapas del procedimiento previsto para la solución de controversias. Técnicamente nuestro país no ha podido acceder plenamente al sistema en calidad de demandante, aunque sí en calidad de demandado (Vásquez, 2010).

Para explicar lo anterior, es necesario abordar el tema de los obstáculos al acceso, respecto de lo cual existe una amplia producción de diverso orden. La misma se ha ubicado desde el análisis de factores procedimentales; la valoración crítica de la orientación cuasi judicial del sistema ideado en Marrakech; el análisis de

No se podría decir con certeza, aunque así parezca en la teoría, que las ideas mejicanas igualmente estuvieran influenciadas por la escuela de Bourdeaux, pero al menos sí lo están por una corriente filosófica o teórica social más amplia originada de su revolución, alejada, eso sí, de ideas comunistas

factores externos como los costos o el nivel de participación comercial de los países, etc.

En este artículo abordaremos aquel conjunto de obstáculos que han concitado el mayor interés de los analistas y que, por tanto, cuenta con un mayor nivel de información y parecen ser decisivos en dificultar el acceso. En lo fundamental nos centraremos en cinco: 1. La judicialización del procedimiento del SSD; 2. Los costos de una causa; 3. Las ausencia de capacidades técnicas a escala nacional; 4. El nivel de participación en el comercio, y finalmente, 5. Las capacidades de retaliación por parte de los países. En aquellos casos donde este obstáculo tenga alguna relevancia para Colombia según la información existente, se hará la debida referencia.

1.1 *La judicialización del procedimiento como generadora de obstáculos*

La introducción de un sistema de solución de controversias de carácter más judicial fue un paso respecto de aquel mecanismo más político sujeto a los arreglos diplomáticos y no ajeno al unilateralismo del GATT. Con todo, el mismo se ha cuestionado dado que ha originado nuevos obstáculos para el acceso al sistema, particularmente por los países en desarrollo.

En efecto, la "judicialización" del procedimiento se ha expresado en varios aspectos. De un lado, la argumentación legal y probatoria en torno de un caso se hace más exigente por lo técnico de

las discusiones, por el caudal de información de precedentes y por la necesidad de acopiar pruebas cada vez más cualificadas⁵. En segundo lugar, los procesos tanto formalmente como en la práctica, se hacen cada vez más largos y se convierten en una carga difícil de sobrellevar⁶. En suma, la "judicialización" ocurre a costa de procedimientos más complejos, exigentes y finalmente dispendiosos (Sáez, 2006; Trogolo, 2007). Lo anterior no es del todo cuestionado por la existencia de los mecanismos alternativos de solución de controversias, que por lo general no funcionan.

Esta situación, que no es ajena a los sistemas nacionales de justicia, conlleva diversas consecuencias para los Estados. En tal sentido, estos deben contar con recursos adecuados para cosas como: identificar si existe una falta a algún acuerdo abarcado, en qué consiste, qué han dichos los precedentes al respecto, dónde están y cuáles son las pruebas, etc. En pocas palabras, la complejidad de la judicialización conlleva la necesidad de mayores recursos para poder participar de manera efectiva en el sistema (Arenas, 2008). En otros términos, no todos los Estados están preparados igualmente para afrontar las nuevas cargas que por su definición genera el mismo:

... en este sentido, las reformas al SSD de la OMC no aportaron nuevos mecanismos para que un país en desarrollo tenga mayores habilidades para lograr obtener una concesión comercial por parte de un país desarrollado demandado ante el SSD. En efecto, el cambio de un sistema '*power oriented*' a uno '*ruled*

La década de los treinta en Colombia se caracterizó por una serie de acontecimientos y reformas en varios niveles –social, jurídico, administrativo, tributario, económico, etc.–, que estuvieron orientados básicamente por algunas tendencias ideológicas internacionales,

oriented' (Jackson, 1997) no implicó un gran cambio en sí para los países desarrollados, tan solo significó la reorientación de la aplicación de sus recursos. Contrariamente, sí fue un cambio de paradigma para los países en desarrollo, significando la sustitución de su tradicional fuente de debilidad –la ausencia de un mercado relevante incapaz de aplicar suspensiones comerciales disuasorias–, por una nueva: la incapacidad técnico-legal aplicada a los asuntos de la OMC (Trogolo, 2007, p. 40)⁷.

Esta tecnificación del SSD parece tener un particular impacto para el caso colombiano. Según Vásquez (2010), este país ha tenido una tradición de resolver sus controversias comerciales más por la vía diplomática que por la política. Ello se explicaría, a su vez, por el temor que existiría en los sectores privado y público a litigios costosos y que pueden interpretarse como un gesto inamistoso por determinados países. Lo anterior se expresaría, entre otros, en el hecho de que varios casos de los que se trataron de iniciar en el SSD se resolvieron por la vía diplomática y no jurisdiccional. Dado lo anterior, la judicialización del sistema de solución de diferencias de la OMC podría ser un factor crítico de acceso para Colombia, dada esa tradición diplomática precedente que ahora se hace más difícil.

⁵ "The Consultative Board to the WTO Director General reported in December 2004 that the first 81 cases for which reports are adopted, and reports whose adoption is pending, amount to more than 27,000 pages of jurisprudence." (Shaffer, 2005, p. 2).

⁶ "by judicializing proceedings and thus putting a premium on sophisticated legal argumentation as opposed to informal negotiation; and by adding a potential two years or more to defendants' legally permissible delays in complying with adverse rulings, the WTO reforms have raised the hurdles facing [developing countries] contemplating litigation." (Shaffer, 2003, p. 10).

⁷ "Paradoxically, the move toward a more judicial system of dispute settlement under the WTO has heightened the disadvantages the developing countries face in this regard. Most patently, a juridical approach requires the use of professionals knowledgeable in substantive WTO law and WTO/DSM procedures" (Ewart, 2007, p. 39).

En suma, el cambio del modelo de solución de controversias ha traído, en general, un proceso, en principio, menos "politizado" y más técnico. Sin embargo, este modelo no elude la existencia de diferencias económicas y políticas entre los países integrantes de la OMC, que finalmente impactan en su acceso al sistema⁸.

1.2 *Los costos como obstáculo*

Los costos para acceder y utilizar un mecanismo de solución de conflictos siempre han sido un tema recurrente en la literatura sobre acceso a la justicia. En tal sentido, este tema se ha tratado de determinar de manera concreta de varias formas. Al respecto, existen costos desde el momento en que se precisa de un profesional del derecho o un experto para conocer si se está en presencia de un conflicto jurídico⁹: están los costos de participar como tal del procedimiento luego de que este se inicia y el cual se asocia a los abogados, las pruebas, la presencia física en el lugar donde se desarrolla el procedimiento, etc. En general y para el caso del SSD de la OMC, los costos de acceso se asocian a los abogados, las pruebas y la presencia física como tal. Evidentemente los costos son un obstáculo, si no pueden ser asumidos en debida forma por alguna de las partes en una diferencia, aspecto que aparece como crítico para los países en desarrollo. (Guzmán & Simons, 2005; Greisberger, 2004).

El primer costo que deben asumir los países en desarrollo tiene que ver con su presencia en

Ginebra, sede central de la OMC y del SSD. De acuerdo con Arenas, solo 12 de los 29 países considerados como atrasados tienen representación permanente en Suiza. Por su parte, de la representación de los países en desarrollo, 65 tienen presencia permanente y 26 utilizan sus embajadas en algún país europeo (Arenas, 2008). Para valorar lo anterior, debe tenerse en cuenta que el número total de países en desarrollo dentro de la OMC se acerca a los 120.

Una expresión de este tipo de costos para Colombia puede evidenciarse en el tipo de representación que se tiene en Ginebra. Efectivamente, se cuenta con una embajada permanente, sin embargo, la misma tiene recursos humanos muy limitados representados básicamente en un grupo de 6 personas, incluyendo al embajador. En estas condiciones seguir los debates y las discusiones de los diversos acuerdos administrados por la OMC se visualiza como imposible.

Por su parte, el costo de un proceso se ha estimado a través de proyecciones basadas en el costo promedio de una hora de asistencia legal, según referentes europeos y estadounidenses, y teniendo en cuenta la complejidad del caso, lo cual agrega costos asociados con información adicional de distinto orden. Los diversos análisis coinciden en plantear que el costo en los anteriores términos va de los 90.000 a los 250.000 dólares por caso (Bown & Hoekman, 2005; Allee, 2008). Otras estimaciones basadas en fuentes del Centro de Asistencia Legal para casos ante el SSD han planteado que su valor puede ir entre 130 mil a 350 mil dólares según el nivel de complejidad (Nordstrom, 2005).

Dichas estimaciones, sin embargo, no incluyen los gastos relativos a las pruebas. Las mismas son un valor importante si tenemos en cuenta la complejidad que estas han adquirido (Ewart, 2007). En tal sentido, estimaciones calculan que este valor puede estar entre los 50 mil y el millón de dólares, valor este que surge de tener

⁸ Los países africanos expresaban en 2002 su preocupación al respecto afirmando: "Among the problems pointed out by the African Group were that the dispute settlement system is 'complicated and overly expensive, which has institutional and human resource as well as financial implications'" (Mosoti, 2006, p. 433).

⁹ De hecho, según algunos autores el costo de identificación de una falta contra los acuerdos abarcados depende de su tipo: "First, one should in general expect it to be much more difficult to identify situations in which justified non-violation complaints could be made, and to pursue such cases legally, as compared to violation complaints. Hence, it seems as if the possibility of pursuing non-violation complaints is mainly open to countries with significant legal human capital" (Horn, 1999, p. 15).

En este sentido, el Estado tiene el deber de garantizar el cumplimiento de esa solidaridad social y para ello debe verificar el cumplimiento de la función social que cada individuo tiene en la consecución de ese fin.

en cuenta los niveles de especialidad que se precisan para determinadas pruebas y la escasez de expertos:

.... part of what raised the price tag for this particular expert was his specialization. Experts on discreet issues of law usually range from between USD\$50,000 to USD\$100,000, with anything more that USD\$100,000 being expensive. Fees for damages experts, on the other hand, typically run for about half a million dollars. It depends on the level of expertise of the expert, the attorney explained. "In an agricultural case, you need an expert in *agricultural* economics, not just any economist (Bolh, 2009, p. 148).

En tal sentido, no es sorprendente que el costo de un caso termine valiendo más de medio millón de dólares y en algunas situaciones supere con creces esa cifra como ocurrió en el caso Japón-películas fotográficas que alcanzó el valor de 10 millones de dólares (Bown & Hoekman, 2005; Delaney, 2008; Bolh, 2009). Según Salles, (2006), en el caso Chile, medidas de salvaguardia aplicadas a determinados productos agrícolas, empresas argentinas pagaron 400 mil dólares solo para hacer una evaluación jurídica preliminar. La demanda de Brasil contra los subsidios al algodón de Estados Unidos costó más de US\$1 millón (Salles). La única referencia consolidada para Colombia nos muestra que para la defensa respecto del caso presentado por Panamá, el costo fue cercano a los 600 mil dólares (Arenas, 2008).

La situación de los costos antes indicados tiene una dimensión procedimental. El SSD no incluye un sistema de costas similar al de

ciertos sistemas de justicia nacionales. Esto quiere decir que no se permite que el pago de los gastos del proceso esté a cargo de la parte perdedora. En tal sentido, autores como Sáez (2006) consideran que este vacío dificulta, en el plano procedimental, los ya de por sí costosos aspectos antes identificados. De otra parte, Bolh (2009) plantea que si bien los paneles pueden solicitar el apoyo de expertos a cargo del SSD, lo han hecho de manera excepcional y frente a los casos de medidas fitosanitarias donde, por lo general, no tienden a participar mucho los países en desarrollo.

Para hacerse una idea del posible impacto de estos costos respecto de un país en desarrollo, se ha estimado que el valor promedio de un litigio supera en algunos casos o se acerca al valor de las exportaciones principales de algunos de los países más pobres. Así, 100 por ciento de las exportaciones de Gambia están por debajo del millón de dólares para cada lote según mercancía y por año; algo similar ocurre con Djibouti, Dominica, San Vicente, Barbados, Granada y Santa Lucía¹⁰ (Shaffer, Raton & Rosemberg, 2008).

En referencia al caso colombiano, Vásquez (2010) ha planteado que los costos han influido en la no tramitación final de al menos dos casos: uno, el de las escobas de Sorgo contra Estados Unidos, y otro contra Nicaragua. Según su análisis, en ambas situaciones el valor de las exportaciones era inferior o cercano al valor potencial del litigio ante el SSD¹¹.

¹⁰ Lo anterior es anotada por algunos autores en los siguientes términos: "Busch and Reinhardt rank a dispute that affects over US\$150 million in annual trade as a 'high stakes' dispute. However, a \$150 million claim only represents about .0015% of US gross domestic product. A claim of comparable importance for Honduras would equal around US\$255,000." (Shaffer, 2003, p. 45).

¹¹ "Las pérdidas que pudieron sufrir las empresas colombianas en estas dos diferencias, no obstante podrían haber sido muy inferiores a los costos de un procedimiento ante un grupo especial" (Vásquez, 2010, p. 470).

Una estimación de los costos como obstáculos al acceso no puede perder de vista, sin embargo, el papel jugado por diversas fórmulas de asistencia legal que han sido creadas para paliar de alguna forma algún tipo de costos del SSD. En primer lugar, está la asistencia técnica que debe proveer la secretaria de la OMC respecto de casos relacionados con países en desarrollo. La misma se ha valorado como inadecuada principalmente por las escasas capacidades en personal que tiene esta instancia: dos personas para prestar asesoría. Adicionalmente su apoyo solo es posible luego de que un país haya optado por presentar un caso y no en el momento previo más crítico cuando debe identificar si existe una diferencia y qué posibilidades tiene¹². Dado lo anterior, este tipo de asistencia tiende a ser usado más cuando los países en desarrollo son demandados antes que demandantes (Hoekman & Mavroidis, 2000; Horn, 1999).

El segundo tipo de asistencia es la brindada por el Centro de Asistencia Legal sobre la OMC (CAL). El mismo fue creado en el 2001 como una entidad independiente de la OMC, ubicado en Ginebra y dedicado al desarrollo de tres funciones básicas: asistencia legal respecto del inicio de un caso; acompañamiento legal respecto de casos ya iniciados y formación en derecho internacional relacionado con la OMC. Su existencia se debe al financiamiento a título de donaciones de varios países nórdicos y del centro de Europa. Al respecto, Estados Unidos, la UE y Japón se han negado reiteradamente a ofrecer algún tipo de financiamiento a esta organización¹³.

¹² "The consensus among developing (and many OECD) countries is that the available assistance is inadequate" (Hoekman & Mavroidis, 2000, p. 8).

¹³ "The annual expenditure for the ACWL is estimated at \$1.7 million. (157) The funding for the Centre will come from three main sources: user fees, revenues from the endowment fund beginning in year six, and multiyear donor contributions for the first five years. (158) There may also be voluntary contributions from not-for-profit private organizations for specific activities. (159) The Advisory Centre is expected to be financially independent in the sixth year" (Griesgraber, 2004, p. 844).

Desde su inicio, este centro se concibió como una organización pequeña, y en la actualidad está conformado por dos directores y diez abogados, cifra esta que comparada con el promedio de integrantes de una firma internacional de abogados se antoja relativamente limitada.

El apoyo legal del centro se prevé de dos maneras. Es gratuito respecto de un número de horas límite para los países en desarrollo que lo integran. Aquellos Estados considerados en desarrollo que superan el número de horas o no son miembros deben pagar un valor por hora de asistencia legal dependiendo de su nivel económico. El valor para los países más atrasados era para 2005 de 40 dólares la hora (Davey, 2005). En su accionar, el CAL ha, entre otros, apoyado en el proceso de contratación de expertos en condiciones más accesibles para los aspectos de probatorios relacionados con algunos de los casos a su cargo (Bolh, 2009). De acuerdo con datos de Vásquez, Colombia ha solicitado el apoyo legal del CAL en dos ocasiones.

El impacto del CAL en materia de acceso se ha analizado según varios criterios. En primer lugar, sobre el total de casos presentados al SSD entre 2001 y 2008, es decir, 144, el CAL asistió a los países en desarrollo en 23 de ellos, es decir, el 16%. Este tipo de asistencia fue mayoritariamente respecto de demandantes (19) y en un menor número respecto de países en desarrollo en calidad de terceras partes (4). Con todo, los servicios prestados han sido respecto de litigantes reiterados; resaltan los casos de Tailandia e India que lo han utilizado en 5 y 4 ocasiones, respectivamente (Bown & Maculloch, 2010).

Desde otras mediciones, se ha tratado de mirar el impacto respecto del tipo o número de casos agenciados por países en desarrollo. Es así como se ha constatado que luego de la creación del CAL ha aumentado la ratio absoluta de casos presentados por países en desarrollo respecto de desarrollados, la cual pasó de 2 a 1 a ser de 1 a 1. Con todo, esto no siempre contó

con la intervención del CAL. Visto ya respecto de los países usuarios como tal de este último, los análisis han mostrado que el CAL ha asesorado a países que ya tenían una experiencia previa en el SSD y en tal sentido, salvo en un caso, Chad, su accionar no ha tenido impacto en la introducción de nuevos países al sistema¹⁴ (Bown & Maculloch, 2010).

Partiendo de lo anterior, si bien hay un uso reiterado de algunos países del CAL, el mismo ha impactado en ensanchar su participación en el SSD. En concreto, este tipo de asesoría ha permitido que los países usuarios presenten más casos por su cuenta y no como anteriormente, en calidad de terceras partes y, adicionalmente, ha influido en que los casos lleguen hasta etapas posteriores a la fase de consultas. Finalmente, y en este mismo sentido, luego de la asesoría del CAL, los países han tenido más facilidades para demandar aquellos casos cuyo valor respecto a sus exportaciones es comparativamente menor si se le compara con casos anteriores cuyos valores eran claramente superiores. En otros términos, antes del CAL, dadas las limitaciones de costos, los países tendían a presentar aquellos que les eran más estratégicos porque afectaban sectores económicamente importantes de sus exportaciones medidas en millones de dólares. Luego del CAL, se han demandado casos que no pertenecen a este nivel y, por tanto, tienen un valor menor en el contexto de sus exportaciones¹⁵.

A pesar de estos balances, el alcance del CAL se puede ver críticamente en relación con dos aspectos de su diseño actual: de un lado, su

ubicación en Ginebra, donde como ya hemos enunciado no todos los países en desarrollo tienen presencia, dificulta su uso; existe una excesiva centralización de este espacio que obstaculiza en si mismo su acceso; de otra parte, sus competencias actuales no le permiten ayudar en la identificación de información que permita determinar si hay una violación a los acuerdos comerciales que afecta a los países en desarrollo. En general, este es uno de los temas más costoso previo a poder utilizar el SSD (Bolh, 2009).

Por todo lo anterior, los costos para acceder pueden ser un factor que definitivamente impide el acceso. M Moore, exdirector general de la OMC lo reconocía explícitamente en el discurso inaugural del CAL:

.... The WTO is a case in point: it has expanded the rules of international trade manifold compared to the GATT and created a new "court" system with a possibility of appeal. Accordingly, legal advice in this sector is very expensive. Thus creating considerable problems of access to justice for developing countries (Griesgraber, 2004, p. 840)

La ausencia de acceso no solo tiene impacto para el eventual caso concreto que podría ponerse en consideración del SSD. En realidad, tiene efectos más envolventes. Los países que no participan tienen costos aún mayores a los antes precisados, si tenemos en cuenta que no adquieren experiencia y, por tanto, cuando logren acceder tendrán que asumir los costos no previstos de este nuevo proceso (Bolh, 2009). Según el estudio de Davis y Blodgett (2009), el análisis sobre la iniciación de disputas entre 1975 y 2003 muestra que la experiencia pasada en litigios comerciales incrementa la probabilidad de que un país en desarrollo inicie disputas¹⁶.

¹⁴ "While these data reflect only the first seven years of ACWL operation, there is almost no evidence that the ACWL has had the effect of introducing new countries (the extensive margin) to formal WTO self-enforcement. Apart from the single instance of Chad, all other ACWL clients had some prior DSU litigation experience" (Bown & Maculloch, 2010, p.22).

¹⁵ "Prior to imposition of the contested trade restrictions, four out of six non-ACWL disputes had market access valued at more than \$10 million per year, while in four out of five ACWL-backed disputes prior market access was valued at less than \$3 million per year" (Bown & Maculloch, 2010, p. 26).

¹⁶ "Analysis of dispute initiation from 1975 to 2003 shows that past experience in trade adjudication, as either a complainant or a defendant, increases the likelihood that a developing country will initiate disputes. As weaker countries overcome

Con todo, los costos de acceso han impactado igualmente en guiar las estrategias de litigación de aquellos Estados que por distintas vías han logrado acceder. Como se demostró con anterioridad, dadas las dificultades de acceso, los Estados en desarrollo tienden a demandar en aquellos casos que son económicamente representativos para sus economías, y por eso mismo lo hacen respecto de actores económicamente poderosos como los Estados Unidos o la Unión Europea (Guzmán & Simmons, 2005).

1.3 *La ausencia de capacidades técnicas*

Ligado con el tema de los costos y otros factores está lo que se ha denominado ausencia de capacidades técnicas de los países en desarrollo en cuanto obstáculo para su acceso. Este hace referencia fundamentalmente a dos dinámicas. De un lado, estos países no cuentan con personal suficiente e idóneamente formado para atender las necesidades derivadas de un proceso como los relacionados con la OMC. Adicionalmente, faltan espacios de coordinación entre el Estado y el sector privado para afrontar adecuadamente los retos relacionados con estos procesos.

En relación con el primer aspecto, varios estudios coinciden en afirmar que los países del mundo en desarrollo no cuentan con el número de personas suficiente y formado en los temas del derecho del comercio internacional. Esta ausencia impacta en el acceso, pues no existen abogados capacitados para identificar eventuales hechos ilícitos relacionados con los acuerdos abarcados, ni para establecer estrategias de respuesta y mucho menos para poder representar a su propio país en las instancias del SSD (Allee, 2008; Shaffer, 2003). La situación anterior es particularmente crítica al momento de la etapa de consultas, pues es allí donde están terminando buena parte de los procesos, y en

tal sentido es estratégico contar con un apoyo cualificado de orden legal (Guzmán & Simmons, 2005). Como bien lo planteaba la UNCTAD, hace algún tiempo "la falta de representantes comerciales entrenados y con los requisitos, habilidades y conocimiento es una restricción adicional que imposibilita la protección de los objetivos de política comercial nacional cuando los conflictos surgen" (Arenas, 2008, p. 68)¹⁷.

La falta de abogados, que es tanto dentro del Estado como fuera de él, se ha explicado apelando a la escasa formación en derecho del comercio internacional y solución de conflictos, brindada por las facultades de derecho de los países en desarrollo (Trogolo, 2007). Para otros, la razón ha sido la inexistencia de una verdadera demanda por este tipo de profesionales, tanto por parte del Estado como por los empresarios. En este último caso, existe la percepción de que para la empresa privada los temas del comercio internacional y su regulación son ante todo responsabilidad del Estado y, por tanto, no es usual que precisen un apoyo legal para identificar si hay una falta a algún acuerdo comercial. En tal sentido, para algunos, la tendencia es que el Estado debe contratar a este personal pero no siempre tiene los recursos. Como bien lo plantea Francke para el caso chileno:

... In other words, even when there are more and more lawyers trained in WTO matters and in general in international trade, including dispute settlement, there is still no market for specialists in these fields. As has been stated, there is simply no market in Chile for lawyers who spend 100% of their time on such matters, even when there is interest (Francke, 2008, p.12).

Ante esta situación, la OMC y el CAL han tratado de generar mecanismos permanentes de

these initial capacity constraints they will increasingly benefit from the international legal structures they have joined" (Davis & Blodgett, 2009, p. 1).

¹⁷ Los mismos paneles del grupo especial de la OMC han reconocido lo anterior: "Developing Members did not have at their disposal specially trained and highly experienced corps of the WTO legal experts" (Arenas, 2008, p. 69).

formación de abogados en temas del comercio internacional, tanto en Ginebra como por medio de cursos virtuales y otro tipo de estrategias. No se conocen estudios sobre el impacto que estas estrategias han tenido. Por lo pronto, para algunos especialistas estos procesos de formación son limitados particularmente por el poco número de personas que pueden desarrollarlos: "(...) the 100 or so people trained every year are but a small fraction of what would be necessary for all developing countries to have the necessary corps of experts" (Arenas, 2008, p. 38).

La segunda dimensión de la ausencia de capacidades institucionales tiene que ver con la escasa coordinación entre Estado y empresas respecto de potenciales o reales casos a ser llevados ante el SSD. Al respecto, se parte de que la OMC es una organización que si bien está integrada fundamentalmente por Estados, garantiza en la práctica los intereses comerciales de las empresas privadas. En ese sentido, estas últimas tienen intereses poderosos para identificar y participar en el desarrollo de un proceso ante el SSD.

A pesar de lo anterior, la sensación general es que la mayoría de países en desarrollo no cuentan con mecanismos formales de comunicación entre Estado y empresa, como sí tienen los países que son grandes usuarios del sistema de solución de controversias. Lo que parece existir son algunos mecanismos de comunicación informal que particularmente son viables para las empresas más poderosas pero no más las medias. REVISE En ese sentido algunos autores han planteado que esta situación es un obstáculo serio para el acceso del mundo en desarrollo: "Every WTO participant interviewed for this article identified the communication breakdown between industry and government as a major barrier for developing country access" (Bolh, 2009, p. 177).

Tras de la falta de coordinación se han planteado distintas hipótesis explicativas. Para Francke,

a partir de la experiencia chilena, el problema está en que las empresas no tienen un genuino interés en seguir los avatares del derecho del comercio internacional y su aplicación, tema este que se considera de resorte del estado¹⁸ (Francke, 2008; Bolh, 2009). Por su parte, Arenas, a la luz del caso colombiano, al igual que algunos entrevistados para esta investigación, han planteado que existe un serio problema en el estado y es su escaso nivel de coordinación interna que no permite la acción adecuada para poder compartir información y tomar decisiones con el suficiente apoyo ante un eventual caso de orden internacional (Arenas, 2008).

En igual sentido en referencia a Colombia, Vásquez (2010) sostiene que el empresariado colombiano, salvo en contados casos (tales como azúcar, banano, textiles, confecciones y marroquinería) tiene un desconocimiento general sobre la OMC y por ello tiene escaso interés en llevar sus intereses al Estado para que los defienda ante el SSD. Por lo demás no existen canales de comunicación formales entre empresas y Estado en este nivel, y los informales son particularmente favorables a los sectores económicos más poderosos.

En conclusión, los países en desarrollo parecen afrontar problemas de acceso al SSD en razón de la falta de capacidades técnicas debidas a la ausencia de personal habilitado, y por la ausencia de mecanismos de coordinación efectivos entre el Estado y el sector privado. Debe dejarse claro que la información que sustenta este obstáculo es fundamentalmente circunstancial y asociada el estudio de algunos casos, mas no cuenta con un abordaje extensivo y completo que permita determinar el alcance efectivo de este para un grupo importante de países.

¹⁸ "The problem can be approached from two different angles. On the one hand, companies do not invest enough resources in getting experience in these issues nor in the general disciplines of international trade". (Francke, 2008, p. 6)

1.4 *El nivel de participación en el comercio*

Otro obstáculo ampliamente analizado es el referido a los obstáculos para el acceso, producto del escaso peso comercial de los países en desarrollo. En términos específicos, se ha aducido que dada la limitada participación en el sector de exportaciones e importaciones del mundo en desarrollo, no existen las condiciones materiales que incentiven el uso del SSD:

... Developing countries, other than the largest ones such as Brazil and India, are less likely to participate actively in WTO litigation because of two central structural factors: (i) individual developing countries' relatively smaller value, volume and variety of exports, resulting in fewer economies of scale in mobilizing legal resources (Shaffer, 2005, p. 15).

Según Nordström, sobre una muestra de 190 disputas ocurridas entre 1995 y 2004, se estableció que del 38% de los casos quien presentó el caso fue el país con el mayor nivel de exportaciones de ese producto. En el 17% quien presentó fue el segundo país exportador. En suma, 3 de cada 4 países que inician una demanda están entre los cinco principales exportadores del producto objeto de la misma (Nordstrom & Shaffer, 2007).

Las consecuencias de esta situación no solo se expresan en el tema del acceso. En realidad lo que estarían denotando es un sesgo de inicio que permea todo el SSD. Este estaría representado en la no neutralidad del sistema al peso económico del país. En ese sentido, lo que importa no es si existe o no una violación a los acuerdos abarcados, que genera perjuicios para determinados países, sino si estos tienen el suficiente nivel de comercio para actuar (Arenas, 2008).

La anterior situación es de cierta forma profundizada a raíz de aspectos del actual procedimiento que lo promueven. De una parte,

está la manera como se regula la posibilidad de acceder al SSD como tercera parte interesada. El artículo 4.11 es claro en afirmar que cualquier Estado podrá participar en esta condición siempre y cuando tenga un interés comercial sustancial en las mismas. En otras palabras, es necesario demostrar que su porción de participación en el mercado es suficientemente representativa para permitirle este tipo de participación¹⁹. De otro lado, el sistema actual trata por igual los casos, independientemente de su valor, lo cual afecta a los países en desarrollo, pues en buena parte de las situaciones el contenido patrimonial de su conflicto es mucho menor a aquellos presentados por los países más fuertes. En este sentido, se ha propuesto desde diversas orillas la inclusión de un sistema que responda de manera diferencial al valor de las causas. (Nordstrom, 2005).

A pesar de lo anterior, algunos autores han planteado que no siempre es verificable la relación entre participación y nivel de comercio. En concreto se ha argumentado que muchos países participan en el SSD muy por encima de sus niveles de participación en el comercio, lo cual mostraría que no hay relación determinante al respecto. En efecto, Estados Unidos y la UE han sido, de lejos, los principales usuarios del SSD con porcentajes superiores al 80% en su calidad tanto de demandados como demandantes. A pesar de ello su participación en el comercio suma el 40% del total (Shaffer, 2003). Siguiendo a Francke (2008), Chile había participado hasta el 2005 con en el 3% de las disputas pero su nivel de comercio en el comercio era del 0.3%²⁰.

¹⁹ "Allí está la dificultad para los países en desarrollo; no tienen un volumen significativo de comercio, comparativamente con países poderosos, entonces su interés queda relegado, negándoseles el derecho de su constitución en terceras partes" (Arenas, 2008, p. 34).

²⁰ "Chile has been a complainant on ten occasions and respondent on the same number of disputes, representing nearly 3% of the disputes initiated in the WTO (DS numbers). This active participation which places the country among the top ten users of the system doesn't reflect its share of global trade, approximately 0.3%, - Chilean exports and imports in international trade" (Francke, 2008, p. 4).

La anterior argumentación sostiene entonces que en realidad el porcentaje del comercio no es determinante para permitir o no el acceso sino que otros factores, tales como la capacidad legal, el nivel de interés económico en determinado caso etc., son más decisivos en materia de acceso. Con la información presentada, sin embargo, esta argumentación no deja de ser débil. Asumir que la porción comercial no es definitiva luego de verificar que los países están accediendo aun por encima de dicha porción no nos dice nada respecto de hasta qué punto esta es determinante para aquellos países que no están accediendo. Aun para aquellos que sí lo están haciendo, lo que nos muestra esta información es la multiplicidad de factores que pueden influir en el acceso, entre los que está la porción comercial, pero cuyo peso merecería consideraciones ulteriores.

Al margen de estas discusiones, otros autores han planteado que aun si se tiene en cuenta que la porción comercial no es determinante para el acceso, esto no quiere decir que los países desarrollados no hagan valer su poder comercial sobre los otros. Esto en razón de que la mayoría de conflictos iniciados, tanto por los países desarrollados como por los en desarrollo se resuelven en la etapa de consultas, la cual es confidencial, directa y sometida a criterios políticos en torno de su solución (Jones, 2005; Shaffer, 2003)²¹.

En suma, si bien existe una discusión sobre hasta qué punto el nivel de participación en el comercio es determinante o no en el acceso de los países en desarrollo, se puede concluir que respecto de aquellos que no están accediendo el peso de este factor es un asunto a ser considerado en investigaciones ulteriores. De otra parte, el mismo si sigue siendo determinante respecto de los resultados de la fase de

consultas teniendo en cuenta que es allí donde se están resolviendo la mayoría de los casos.

1.5 *El temor a las retaliaciones*

Ligado directamente con la discusión sobre el nivel de participación el comercio, está el supuesto miedo que los países menos desarrollados tienen respecto de las potenciales retaliaciones de diverso orden que les pueden afectar como producto de iniciar un caso, especialmente contra un país económicamente poderoso o del cual dependen de alguna manera comercialmente. El temor al respecto es tanto a retaliaciones de orden "político" ajenas de manera directa al ámbito del SSD, como respecto a las previstas por el mismo mecanismo.

En relación con las primeras, varios autores han coincidido en que en el marco de relaciones desiguales entre países y, por tanto, de dependencia entre ellos, existe el temor fundado por parte de algunos gobiernos en países en desarrollo de iniciar un caso contra un país desarrollado o aun otro de igual nivel pero del cual se depende de alguna manera. Lo anterior se explicaría por las potenciales "sanciones" que puede traer aparejadas. Entre ellas estarían el retiro unilateral de preferencias otorgadas por determinados países ricos; la inclusión en listas de vigilancia y seguimiento como las previstas en la legislación de Estados Unidos, Ley 301, y finalmente, la reducción de la ayuda al desarrollo (Horn, 1999; Davey, 2005; Salles, 2006; Bolh, 2009)²².

Como bien plantean Hoekman y Mavroidis, el temor a las retaliaciones cuestiona totalmente

²¹ "Given that two thirds of cases are settled before the formal Panel/Appellate process however, this finding does not mean that powerful countries are not exploiting developing countries over all – simply that they are not using the formal parts of the DSB process to do so" (Jones, 2005, p. 18).

²² "La decisión de someter un caso al OSD implica más que un análisis técnico y legal de los hechos. Se trata más bien de una decisión política que requiere una previa estrategia gubernamental ya que las implicaciones políticas de una demanda en contra de un país clave en las relaciones comerciales pueden ser más desfavorables que un eventual éxito en el ámbito jurídico. En este sentido, es inevitable que los PED tengan menos ventajas que los países desarrollados ya que están más susceptibles a presiones políticas para no denunciar formalmente una práctica proteccionista de un país más rico con el cual poseen relaciones comerciales" (Salles, 2006, p. 50).

la configuración actual del SSD, "concerns that bringing a case would 'disturb' a country's relationship with a major trading partner to some extent nullifies the *raison d'être* of the WTO – the establishment of a rule-based as opposed to a power based system of trade relations" (Hoekman & Mavroidis, 2000, p. 14).

Los temores indicados se han hecho realidad en algunos casos. En concreto, Argentina e India han recibido retaliaciones políticas relacionadas con la inclusión del primero en la lista de países que no protegen adecuadamente la propiedad intelectual de las empresas estadounidenses, y al segundo les fueron retiradas las preferencias arancelarias. Si bien estas situaciones se generaron previamente al inicio de sendos casos ante el SSD, tales medidas se mantuvieron a lo largo del desarrollo de los mismos. En tal sentido fueron una medida permanente de presión que impactó finalmente en la negociación de los casos²³.

El miedo a potenciales retaliaciones políticas se ha considerado como un factor claroscuro según la experiencia colombiana. Según algunos entrevistados, la no continuidad del accionar en respuesta a las acciones comerciales contra la OMC de Nicaragua contra Colombia se debió al temor de enturbiar aun más las relaciones con este país. Por otra parte, Vásquez (2010) sostiene que no es casualidad que Colombia solo haya intentado un caso contra Estados Unidos, el cual nunca prosperó, teniendo en cuenta que este país es una fuente central de cooperación en diversos ámbitos. Con todo, la misma autora sostiene que este patrón de miedo se rompería para el caso de Europa donde Colombia ha participado en un mayor número de casos a título de tercero. Aun así, estas tesis son en lo fundamental meras hipótesis, dado que no se

²³ "This U.S. tactic illustrates the effective exploitation of its power advantage when dealing with developing countries. It also illustrates the effective use of this power advantage to undermine the ability of a developing country to arrive at a negotiated solution that meets its development" (Ewart, 2007, p. 39).

puede establecer información fidedigna que dé cuenta explicativa de los anteriores hechos.

Por su parte, las retaliaciones en el marco de la OMC hacen referencia al uso de los mecanismos creados para presionar en última instancia el cumplimiento de decisiones finales del OSD según como se presentó con anterioridad. En concreto, varios autores coinciden en alertar que los países en desarrollo no usan el SSD, pues parten de que su poder comercial no les permitirá retaliación o suspender concesiones de manera efectiva respecto de países económicamente poderosos y de los cuales en algunos casos dependen²⁴. El segundo temor es que en el caso de que intentaran retaliación, el daño para el país en desarrollo sería más grande que para el desarrollado, dado que en el primero se dificultaría el acceso de determinados bienes, lo que impactaría finalmente en los precios de los mismos en su mercado interno²⁵ (Bolh, 2009; Allee, 2008).

Lo anterior no es meramente una especulación. En efecto, Antigua y Barbados ganaron un caso a los Estados Unidos relacionado con el servicio de apuestas vía Internet. Cuando el primer país pensó en retaliar para obtener el cumplimiento de lo decidido, se encontró con el hecho de que:

... ceasing all trade whatsoever with the United States (approximately US\$180 million annually, or less than 0.02 per cent

²⁴ "This premise results in what has been characterised as the "conventional wisdom" that it is "a waste of time and money for developing countries to invoke the WTO's dispute settlement procedures against industrialised countries" because "the developing country has no effective way to enforce the ruling". The inability of developing countries to effectively retaliate has been argued to mean that their access to WTO dispute settlement "is not equal to that of developed countries, and in fact largely illusory" (Nottage, 2008, p. 5)

²⁵ "The critique that shortcomings in WTO retaliation rules undermine the utility of WTO dispute settlement for developing countries is based on three arguments. Firstly, that developing countries with small domestic markets are not able to impose sufficient economic or political losses within the larger WTO Members to generate the requisite pressure to induce compliance. Secondly, that the suspension of concessions may be more detrimental to the developing country than the non-complying Member" (Nottage, 2008, p. 2).

of all exports from the United States) would have virtually no impact on the economy of the United States, which could easily shift such a relatively small volume of trade elsewhere (Nottage, 2008, p. 2).

Situación similar fue la vivida por Ecuador respecto de la eventual retaliación a la UE en el famoso caso del plátano. La diferencia entre estos dos miembros de la OMC es tan abismal que el árbitro que conoció este caso en fase de cumplimiento expresó claramente cómo:

... given the fact that Ecuador, as a small developing country, only accounts for a negligible proportion of the EC's exports of these products, the suspension of concessions is unlikely to have any significant effect on demand for these EC exports (Nottage, 2008, p. 2).

Los desequilibrios de poder económico y comercial no solo pueden ser un obstáculo para acceder al mecanismo de solución de controversias sino que aún habiendo accedido, pueden impactar en su eficacia. Es así como Estados Unidos, la UE o Japón pueden ser "condenados" mediante una decisión del OSD pero pueden vivir con ello y en tal sentido no tienen por qué ver afectadas sus decisiones soberanas, aun en caso de retaliaciones:

... Far from limiting U.S. sovereignty, this form of retaliation actually favors the United States. The United States has a very large market and its ability to grant concessions makes it unusually influential in a system in which agreements are based on reciprocity. The ability to retaliate also provides the United States and other countries that have large markets the greatest ability, first, to bargain in the shadow of the law, i.e., use the implicit threat of bringing cases to induce compliance from other countries; second, to enforce rulings against other countries in the event of noncompliance; and third, to withstand retaliation in the event that others are authorized to take

action against it. While all WTO members are formally equal, the system's design gives some countries more power than other (Lawrence, 2007, p.15)²⁶.

Esta dificultad de retaliación que estaría influyendo en el acceso no solo se debe a las diferencias económicas entre los Estados miembros; también están aupadas por el diseño mismo que tienen estas dentro del tratado creador del SSD. En primer lugar, de acuerdo con el artículo 22, 4 del Entendimiento, las retaliaciones deben ser equivalentes al nivel de daño generado al país afectado. En tal sentido, no pueden ser superiores, lo cual limita el alcance que podrían tener a la hora de inducir cumplimiento por parte de un país poderoso. En otros términos, aparte de los límites económicos que afrontan determinados países para imponer retaliación, el tratado los limita aún más, pues en caso de hacerlo lo deben llevar hasta el límite de su propia afectación, que si bien se puede plantear como proporcional, dificulta aún más su capacidad para obtener cumplimiento. A esto debe agregarse que por la anterior razón, el (los) único(s) que puede ejercer retaliación es el país directamente afectado en una controversia y no las terceras partes que, habiendo participado del proceso, tienen derechos limitados en este nivel²⁷ (Horn, 1999).

Si bien el obstáculo asociado a las dificultades para ejercer retaliación es un tema recurrente en la literatura al respecto, algunos autores han tratado de analizar hasta qué punto esto se puede verificar empíricamente. En tal sentido han tratado de identificar si las retaliaciones vienen siendo usadas por los Estados miembros y por quiénes, y en segundo lugar, si existe un patrón de incumplimiento de las decisiones favorables a

²⁶ En entrevista registrada en la página web de la OMC y concedida por el hoy director de la misma se afirmaba: "As long as you pay the penalties, you can go on as you are".

²⁷ "There is still no case law with regard to the interpretation of "equivalent". As was pointed out, however, there is no room for punitive damages in the WTO legal system.²⁹ The DS thus does not allow for countermeasures that are strong enough to be deterrent by themselves" (Horn, 1999, p. 23).

los países en desarrollo por parte de los países desarrollados que sea por tanto expresión de las dificultades de los primeros para retaliar.

En cuanto al primer grupo de estudios, estos han reiterado lo enunciado con anterioridad en el sentido de que las retaliaciones no son una medida normalmente solicitada y usada por los Estados para obtener la aplicación de una medida. Según Nottage (2008), de 60 disputas donde la retaliación era viable, solamente fue solicitada en 17 ocasiones y de ellas solo en 9 fue autorizada por el OSD para proceder en tal sentido²⁸. Aún más, de los 13 miembros que han solicitado la posibilidad de usar retaliaciones, 8 fueron países en desarrollo, lo cual daría a entender a primera vista que algunos de estos países consideran viable usar este tipo de medidas²⁹. Con todo, de estas 8 solicitudes, solo en un caso fue autorizado el ejercicio de la retaliación por parte de México mientras las solicitudes de los países desarrollados fueron más tenidas en cuenta al haberseles aprobado en 8 de las 10 veces que lo solicitaron. La investigación hasta aquí registrada no explica por qué ha ocurrido esto.

Al margen de los vacíos de estas investigaciones, lo que puede concluirse inicialmente es que las retaliaciones no son un recurso utilizado de manera reiterada sino excepcional, y que algunos países en desarrollo han intentado usar con limitado éxito estas medidas. Para efectos de acceso, lo anterior nos estaría indicando que el cumplimiento de las decisiones del SSD no está precisando del uso de las retaliaciones de manera dominante y que, por tanto, los miedos a las límites de las retaliaciones como obstáculos al acceso no estarían del todo fundados,

²⁸ Thus, while the DSB has authorised retaliation on occasion, it is seems fair to say that "retaliation has been the exception rather than the rule"(Nottage, 2008, p. 8)

²⁹ "This data illustrates that developing countries have been at least as active as developed countries in requesting authorisation from the DSB to retaliate. Results that may come as a surprise when one considers the conventional argument that WTO retaliation is "virtually meaningless" for developing countries" (Nottage, 2008, p. 9).

salvo como una percepción que puedan tener determinados decisores de política.

Para apuntalar esta última afirmación, algunos autores han tratado de analizar cuál es el nivel de cumplimiento de decisiones favorables a países en desarrollo, por parte de países desarrollados que han perdido un caso en el SSD. Los resultados muestran que el nivel de cumplimiento de un caso presentado por un país en desarrollo es muy similar al de un país desarrollado. Tal verificación contrastaría con la predicción de que un país con escasa capacidad de retaliación no tiene la capacidad para obligar al cumplimiento de decisiones que lo favorecen:

... This practice of high compliance with dispute settlement rulings, even when the complainant is a small or developing country, is hard to reconcile with the abovementioned perspective that the capacity to retaliate is an "important influence" in the resolution of WTO disputes. If retaliation were a material factor for compliance with adverse rulings, one would expect low rates of compliance in those disputes where smaller or developing countries were complainants.

Based on the high compliance rate with dispute settlement rulings, even when the complainant is a small or developing country, this paper puts forward the proposition that the capacity to effectively retaliate may not be a significant a factor for government compliance with adverse panel and Appellate Body rulings (Nottage, 2008, p. 7).

La explicación de lo anterior es que existen otras razones, diferentes a la retaliación, que influirían en el cumplimiento de un demandado. Entre ellas estarían la presión interna informal de algunos actores para cumplir con las reglas del SSD, el interés de largo plazo de conservar la integridad del sistema que los pueda favorecer cuando sean demandantes, y finalmente la presión de los otros miembros a favor del cumplimiento (Nottage, 2008).

En suma, las dificultades para la retaliación y los miedos a retaliaciones políticas por parte los países más poderosos se han identificado como un fuerte obstáculo para usar el SSD. Esta preocupación, sin embargo, no siempre se ha basado en estudios concretos que den cuenta de la dinámica que puede adquirir lo anterior. De hecho, algunos estudios empíricos han tratado de contrastar lo anterior y han logrado establecer que las retaliaciones no son usadas de manera reiterada por los países, que cuando intentan ser usadas, la dinámica entre países desarrollados y en desarrollo es similar, aunque los primero son los que más usan la retaliación. Finalmente los trabajos muestran que el cumplimiento de decisiones favorables a países del mundo en desarrollo por parte de países desarrollados es alto y, por tanto, no habría una clara asociación entre la capacidad de retaliación y el cumplimiento.

Conclusiones

La conclusión básica es que el SSD es un sistema no accesible para los países en desarrollo. Las razones fundamentales obedecen a los diversos costos asociados al mismo procedimiento como a aspectos relativos a las capacidades económicas de los países particularmente en lo relativo a su porción en el comercio y sus posibilidades de retaliación o suspensión de concesiones. En tal sentido, esta conclusión general se puede sostener según los siguientes planteamientos generales:

1. Los países en desarrollo y/o más pobres tienen barreras para acceder en calidad de demandantes. De todas formas su acceso como demandados ha tendido a crecer.
2. La mayor judicialización del procedimiento del SSD ha conllevado su complejidad y tecnificación. Esto se ha trasladado finalmente en mayores costos de diversa índole para los países y especialmente para los en desarrollo.
3. Los costos como obstáculos al acceso se evidencian particularmente en los valores económicos de la asistencia legal, la identificación de las pruebas y la presencia física en Ginebra. La creación del CAL como asesoría legal subsidiada ha logrado paliar de alguna manera los dos primeros obstáculos aunque de manera relativa respecto de unos países en cuanto litigantes reiterados.
4. Ligado con el tema de los costos y otros factores está lo que se ha denominado ausencia de capacidades técnicas de los países en desarrollo en cuanto obstáculo para su acceso. Este hace referencia fundamentalmente a dos dinámicas. De un lado, estos países no cuentan con personal suficiente e idóneamente formado para atender las necesidades derivadas de un proceso como los relacionados con la OMC. Adicionalmente, faltan espacios de coordinación entre el Estado y el sector privado para afrontar adecuadamente los retos relacionados con estos procesos.
5. Si bien existe una discusión sobre hasta qué punto el nivel de participación en el comercio es determinante o no en el acceso de los países en desarrollo, se puede concluir que respecto de aquellos que no están accediendo el peso de este factor es un asunto a ser considerado en investigaciones ulteriores. De otra parte, el mismo sí sigue siendo determinante respecto de los resultados de la fase de consultas teniendo en cuenta que es allí donde se está resolviendo la mayoría de los casos.
6. Las dificultades para retaliar y los miedos a las "sanciones" políticas por parte los países más poderosos se han identificado como un fuerte obstáculo para usar el SSD. Esta

preocupación, sin embargo, no siempre se ha basado en estudios concretos que den cuenta de la dinámica que puede adquirir lo anterior. De hecho algunos estudios empíricos han tratado de contrastar lo anterior y han logrado establecer que las retaliaciones no son usadas de manera reiterada por los países, que cuando intentan ser usadas, la dinámica entre países desarrollados y en desarrollo es similar, aunque los primeros son los que más usan la retaliación. Finalmente los trabajos muestran que el cumplimiento de decisiones favorables a países del mundo en desarrollo por parte de países desarrollados es alta y, por tanto, no habría una clara asociación entre la capacidad de retaliación y el cumplimiento.

7. Para el caso colombiano, los obstáculos objeto de este trabajo tienen algún tipo de expresión en mayor o menor nivel. Con todo, son dos los obstáculos que parecen ser más decisivos: uno, el relacionado con el temor a las consecuencias políticas que pueda generar el inicio de una causa en el SSD especialmente respecto de los países de los que se depende con mayor fuerza, y dos, la ausencia de capacidades organizacionales y humanas en el interior del Estado y el sector empresarial a fin de monitorear, enfrentar y desarrollar los eventuales casos de interés para Colombia. Con todo, como las investigaciones de Vásquez demuestran, hay algunos factores muy ligados a la situación particular de Colombia que influyen en lo anterior aún más que los anteriores aspectos.

Referencias bibliográficas

- Amaral, D. (2007). *Pacificação do comércio internacional A participação dos países em desenvolvimento nos contenciosos da OMC*. Rev. Jur., Brasília, 8, (83), 149-167.
- Arenas, M. (2008). Los obstáculos de los países en desarrollo para acceder al Sistema de Solución de Controversias de la OMC. Tesis de maestría no publicada. Universidad de los Andes, Bogotá. Colombia.
- Allee, T. (2008). *Developing Countries and the Initiation of GATT/WTO Disputes* Paper presented at the annual meeting of the American Political Science Association, Hilton Chicago and the Palmer House Hilton, Chicago. Recuperado el 6 de mayo de 2009, en http://www.allacademic.com/meta/p59883_index.html
- Bohl, K. (2009). Problems of developing country access to WTO dispute settlement. *Chicago-Kent Journal of International & Comparative Law*, 9, 131-202
- Bown, Ch. & Maculloch R. (2010). *Developing Countries, Dispute Settlement, and the Advisory Centre on WTO Law*. World Bank, Policy Research Working Paper, 5168. Washington.
- Bown, Ch. & Hoekman, B. (2005). *WTO Dispute Settlement and the Missing developing Country Cases: Engaging the private sector*. Paper presentado en la conferencia WTO dispute settlement and developing countries: use, implications, strategies, reforms. Llevada a cabo en University de Wisconsin. Madison: University de Wisconsin, 20-21 de mayo de 2005.
- Davey, W. (2005). *The WTO Dispute Settlement System: How Have Developing Countries Fared?*. *Illinois Public Law Research Paper No. 05-17*. Recuperado el 11 de junio de 2010, en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=862804
- Davis, C. & Blodgett, B., (2009). Who Files? Developing Country Participation in GATT/WTO Adjudication. *Journal of Politics*, 71, (3), 1033-1049
- Delaney, P. (2008). *WTO Dispute resolution: short-term solutions providing the foundation for long term trade agreements*. Recuperado el 3 de Octubre de 2010, en http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=patri ck_delaney&sei-redir=1#search=%22WTO%20Dispute%20resolution%3A%20short-term%20solutions%20providing%20foundation%20long-term%20trade%20agreements.%22
- Ewart, A., (2007). Small developing state in the WTO: a procedural approach to special and differential treatment through reforms to dispute settlement. *Syracuse Journal of Int'l L. & Commerce*, 27, (35), 27-76.
- Francke, M. (2008). *Chile's Participation in the Dispute Settlement System: Impact on Capacity Building*.

- Society of International Economic Law (SIEL). Inaugural Conference 2008. Recuperado el 6 de Julio de 2010, en <http://ssrn.com/abstract=1159942>
- Greisberger, A., (2004). Enhancing the legitimacy of the World Trade Organization: why the United States and the European Union should support the Advisory Centre on WTO Law. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 37, (3), 827-854.
- Guzmán, A. & Simons, B., (2005). Power Plays & capacity constraints. The selection of defendants in WTO disputes. *Journal of Legal Studies*, 34, (2), 557-598.
- Horn, H. (1999). *Remedies in the WTO Dispute Settlement system and developing country interests*. World Bank: Mimeo.
- Hoekman, B. & Mavroidis, P. (2000). *Enforcing WTO Commitments: Dispute Settlement and Developing Countries—Something Happened on the Way to Heaven*. London: Centre for Economic Policy Research. Recuperado el 23 de marzo de 2010, en <http://www.cepr.org/meets/wkcn/2/2300/papers/Hoekman.pdf>.
- Jones, J. (2005). *The World Trade Organization Dispute Resolution Process: power politics or leveling the playing field?*. Paper presentado en la ISA South Conference. Llevada a cabo en Miami, 3-5 de Noviembre de 2005.
- Lawrence, R. (2007). *The United States and the WTO Dispute Settlement System*. New York: Council on Foreign Relations.
- Mosoti, V., (2006). Africa in the First Decade of WTO Dispute Settlement. *J Int Economic Law* 9, (2), 427-453.
- Nordstrom, H. (2005). The cost of WTO litigation, legal aid and small claim procedures. Recuperado el 23 de abril de 2011, en <http://www.ppl.nl/bibliographies/wto/files/3753a.pdf>
- Nordstrom, H. & Shaffer, G., (2007). Access to Justice in the WTO - the Case for Small Claims Procedures. *World Trade Review*, 7, (4), 587-640.
- Nottage, H. (2008). *Evaluating the Critique that WTO Retaliation Rules undermine the utility of WTO Dispute Settlement for Developing Countries*. GEG. Working Paper: Oxford University.
- Ragosta, J., (2000). Unmasking the Wto: Acces to Dsb System: Can the WTO DSB Live Up to the Moniker "World Trade Court"? *Law and policy in international Business*, 31, 739-784.
- Sáez, S. (2006). Las controversias en el marco de la Organización Mundial de Comercio: de dónde vienen, en dónde están, a dónde van?. Recuperado el 20 de julio de 2010, en <http://www.eclac.org/publicaciones/xml/8/24588/S69CI-L2502e-P.pdf>
- Shaffer, G. (2003). How to make the WTO dispute settlement system work for developing countries: some proactive developing country strategies. Recuperado el 3 de mayo de 2010, en http://www.ictsd.org/pubs/ictsd_series/resource_papers/DSU_2003.pdf
- Shaffer, G. (2005). Developing Country Use of the WTO Dispute Settlement System: Why it Matters, the Barriers Posed, and its Impact on Bargaining en Trade Disputes and the Dispute Settlement Understanding of the WTO: An Interdisciplinary Assessment. Recuperado el 4 de julio de 2010, en http://ictsd.org/downloads/2008/05/shaffer_1.pdf
- Shaffer, G. Raton, M. & Rosemberg, B. (2008). The Trials of Winning at the WTO: What Lies Behind Brazil's Success *Cornell Int'l L. J.* 41 (2), 383-502.
- Salles, J. (2006). Una década de funcionamiento del Sistema de Solución de Diferencias de la OMC: avances y desafíos. Santiago: CEPAL.
- Trogolo, C. (2007). *El sistema de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio. Obstáculos a la participación efectiva de los países en desarrollo y evaluación de los proyectos de reforma del sistema*. Tesis de Maestría no publicada. Buenos Aires, Argentina: Flacso
- Vásquez, C. (2010). *Colombia y el Sistema de solución de controversias de la OMC*. Tesis doctoral no publicada. España: Universidad de Barcelona.

