

GUIDO ALPA
MARCOS M. CÓRDOBA
Directores

VIVIANA KLUGER
ALEJANDRO LAJE
Coordinadores

LA MEDIACIÓN

NUEVAS INVESTIGACIONES Y APORTES
DESDE EL DERECHO COMPARADO

 **UAI**
Universidad Abierta
Interamericana

 **RUBINZAL - CULZONI**
EDITORES



La mediación / coordinado por Viviana Kluger y Alejandro Laje ; dirigido por Guido Alpa y Marcos M. Córdoba. – 1ª ed. – Santa Fe : Rubinzal-Culzoni, 2015
440 p. ; 23 x 16 cm
ISBN 978-987-30-0559-6 (edición encuadernada)
ISBN 978-987-30-0560-2 (edición rústica)
1. Derecho. 2. Mediación. I. Kluger, Viviana, coord. II. Laje, Alejandro, coord. III. Alpa, Guido, dir. IV. Córdoba, Marcos M., dir.
CDD 347.09

RUBINZAL - CULZONI EDITORES
de RUBINZAL Y ASOCIADOS S. A.

Talcahuano 442 – Tel. (011) 4373-0544 – C1013AAJ Buenos Aires

Queda hecho el depósito que dispone la ley 11.723

IMPRESO EN ARGENTINA

DIRECTORES

GUIDO ALPA – MARCOS M. CÓRDOBA

COORDINADORES

VIVIANA KLUGER – ALEJANDRO LAJE

AUTORES ITALIANOS

GUIDO ALPA

TOMASO GALLETTO

EMANUELE LUCCHINI GUASTALLA

VINCENZO VIGORITI

UBALDO PERFETTI

AUTORES ARGENTINOS

MIGUEL ÁNGEL CIURO CALDANI

OSVALDO A. GOZAÍNI

VIVIANA KLUGER

MAXIMILIANO GARAGUSO

EQUIPO DE INVESTIGACIÓN DE LA UNIVERSIDAD ABIERTA INTERMERICANA

Director: MARCOS M. CÓRDOBA

Investigadores: ESTHER H. S. FERRER DE FERNÁNDEZ

ALEJANDRO LAJE

MARILINA MICELI

UN EJEMPLO DE MEDIACIÓN EN EL COMERCIO MULTILATERAL: EL PROCEDIMIENTO EN LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

por VIVIANA KLUGER*

SUMARIO: I. Antecedentes de la creación de la OMC. II. La solución de diferencias en la OMC. III. Buenos oficios, conciliación y mediación. A. La comunicación del director general de la OMC. B. La mediación y el caso del atún en lata. IV. Consideraciones finales. V. Referencias.

Uno de los procedimientos que han sido previstos para solucionar controversias en el ámbito del comercio multilateral es el de la mediación. En este sentido, la Organización Mundial del Comercio (OMC), cuyo principal propósito consiste en asegurar que las corrientes

* VIVIANA KLUGER es abogada y doctora en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Sus áreas de trabajo son el Derecho de los Negocios Internacionales y la historia del Derecho. Es directora de la Maestría en Negocios Internacionales y coordinadora académica del Doctorado en Derecho Privado, ambos de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES). Dicta clases en la Facultad de Derecho y la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires, en la Maestría en Derecho Empresarial de la Universidad de San Andrés, en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Abierta Interamericana y en la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado, entre otros. Ha sido y es profesora visitante en universidades de Brasil, Perú y Alemania, y ha dictado cursos y conferencias en Argentina, Brasil, Chile, Perú, Bolivia, Jamaica, Estados Unidos de América, España, Italia, Alemania, Dinamarca, Hungría, República Eslovaca, República Checa e Israel. Sus trabajos han sido publicados en Argentina, Brasil, Chile, Perú, Bolivia, Colombia, Venezuela, México, Puerto Rico, Estados Unidos de América, Gran Bretaña, España, Italia, Alemania, Hungría y República Checa. Es asesora legal en la Dirección Nacional de Asuntos y Controversias Internacionales de la Procuración del Tesoro de la Nación de la República Argentina.

comerciales circulen con la máxima facilidad, previsibilidad y libertad posible, ha incluido la mediación como una de las formas para solucionar controversias económicas internacionales.

El presente trabajo apunta a dar cuenta de la utilización de la mediación en el ámbito de la OMC, para lo que comenzamos con el surgimiento de la OMC, su marco legal y el procedimiento de solución de controversias que prevé, para finalizar con una referencia al único caso en el que la mediación ha sido utilizada en el contexto de la OMC.

I. Antecedentes de la creación de la OMC¹

Después de la Segunda Guerra Mundial se instaló entre las naciones la convicción de que la apertura del comercio internacional y la estabilidad monetaria eran condiciones necesarias para el desarrollo económico y para lograr una paz duradera.

En este contexto, la Organización de las Naciones Unidas convocó a una Conferencia Internacional sobre Comercio y Empleo, que se llevó a cabo en La Habana a partir de noviembre de 1947 y en la que se iban a tratar las restricciones sobre el comercio internacional impuestas por los gobiernos, por cárteles o combinaciones privadas, el temor al desorden en artículos de primera necesidad y la irregularidad en la producción y el empleo.

Esta Conferencia concluyó con la Carta de La Habana, la que desarrolló todas las cuestiones que se consideraban relevantes en el comercio internacional, y que previó la creación de la Organización Internacional de Comercio (OIC). Esta Carta fue rechazada porque el Poder Legislativo de los Estados Unidos de Norteamérica no la ratificó, sin perjuicio de lo cual este país insistió en la continuación del proyecto, lo que llevó a que en octubre de 1947 veintitrés países del mundo, entre los que se encontraban los Estados Unidos de América, suscribieran el GATT, el que entró en vigencia en enero de 1948.

¹ Nos hemos referido a este tema en nuestro trabajo *El sistema de solución de diferencias en la OMC. Su aplicación en las investigaciones por derechos antidumping y medidas de salvaguardia de la República Argentina*, publicado en elDial.com, *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la integración*, del 22-3-2005.

A partir de 1947 y dentro del contexto del GATT se suscribieron numerosos acuerdos plurilaterales tendientes a reducir los aranceles y lograr interpretaciones uniformes respecto a barreras no arancelarias, tales como los referidos a agricultura, textiles, servicios, propiedad intelectual, medidas antidumping, subvenciones, salvaguardias, obstáculos técnicos al comercio y solución de diferencias.

También desde el surgimiento del GATT se llevaron a cabo conferencias y "rondas"; estas últimas constituyen mecanismos para alcanzar consensos entre miembros, con miras a la liberalización del comercio internacional y disciplinas multilaterales. Desde la creación del GATT se han realizado ocho rondas de negociaciones comerciales, entre las que podemos mencionar la Ronda Dillon (1961), la Ronda Kennedy (1969), la Ronda Tokio (1979) y la Ronda Uruguay (1993).

A pesar de la no concreción de la OIC, de hecho, desde 1948 a 1994 el GATT reguló el sistema multilateral de comercio. Bajo sus auspicios se desarrollaron los principios básicos de las relaciones comerciales internacionales y se alcanzaron diversos y muy importantes acuerdos regionales y sectoriales.

Sin embargo, durante la década de los 80 se hicieron sentir las dificultades derivadas de la crisis internacional, lo que llevó a que los países incurrieran en medidas contrarias al libre comercio, tales como subvenciones a la agricultura, medidas no arancelarias, devaluaciones y acuerdos bilaterales de restricción voluntaria de exportaciones.

Es en este contexto cuando a mediados de 1986 comenzaron las negociaciones de la Ronda Uruguay con el objeto de tratar estos temas conflictivos e incluir nuevos temas como el de propiedad intelectual, servicios e inversiones.

Las negociaciones finalizaron el 15 de diciembre de 1993, y como resultado de las mismas los ministros de la mayoría de los 125 gobiernos participantes suscribieron el Tratado de Marrakesh en abril de 1994, por el que se creó la OMC. Este nuevo organismo comenzó a funcionar a partir de 1995 y dio origen a la mayor reforma del sistema mundial de comercio desde la creación del GATT.

Los miembros de la OMC actualmente suman 153 y sus reglas cubren la casi totalidad del comercio internacional de bienes y servicios.

El propósito primordial de la OMC es contribuir a que las corrientes comerciales circulen con fluidez, libertad, equidad y previsibilidad. A tal fin, debe administrar los acuerdos comerciales, servir de foro para las negociaciones comerciales, resolver las diferencias comerciales, examinar las políticas comerciales nacionales, ayudar a los países en desarrollo con las cuestiones de política comercial, prestándoles asistencia técnica y organizando programas de formación y cooperar con otras organizaciones internacionales.

El marco legal de la OMC actualmente vigente está formado por los resultados de las negociaciones de la Ronda Uruguay, celebradas entre 1986 y 1994, que incluyeron una importante revisión del GATT original. Abarca una serie de acuerdos, que han sido negociados y firmados por la gran mayoría de los países que participan en el comercio mundial y ratificados por sus respectivos parlamentos. Esos acuerdos establecen las normas jurídicas fundamentales del comercio internacional acerca de agricultura, textiles y vestido, servicios bancarios, telecomunicaciones, contratación pública, normas industriales y seguridad de los productos, reglamentos sobre sanidad de los alimentos, propiedad intelectual, prácticas desleales del comercio internacional (dumping y subsidios), salvaguardias y muchos temas más.

II. La solución de diferencias en la OMC

Un aspecto importante de la labor de la OMC, especialmente a partir de la Ronda Uruguay, es la solución de diferencias.

Una controversia es “un desacuerdo sobre un punto de Derecho o de hecho, una oposición de tesis jurídicas o de intereses entre dos personas”².

Cuando surgen diferencias, ya sea porque un país adopta una política comercial o toma una medida que otro u otros miembros de la OMC consideran que infringe las disposiciones de la organización o constituye un incumplimiento de las obligaciones contraídas, se acude al mecanismo que prevé el Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD). El

² MONTAÑA MORA, Miguel, *La OMC y el reforzamiento del sistema del GATT*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 58.

ESD es esencialmente un mecanismo general –o transversal–, administrado por un Órgano de Solución de Diferencias (OSD), a cuya cabeza está su presidente y que establece sus propias normas de procedimiento, bajo el control del Consejo General de la OMC.

Los beneficios del Acuerdo General también pueden verse afectados tanto por la violación de una de sus disposiciones como por “cualquier medida” tomada por otra parte aun cuando la misma no sea contraria al tratado ni constituya una infracción, y sí un “menoscabo”, esto es, una frustración para un país de sus expectativas razonables de aumento en sus exportaciones y comercio³.

El ESD está compuesto por 27 artículos que definen reglas y procedimientos aplicables a las controversias entre los Estados miembros relativas a los acuerdos abarcados por la OMC. El objeto de este procedimiento es proporcionar a los miembros un marco jurídico definido para hallar una solución positiva a las diferencias.

El ESD crea un mecanismo de solución de diferencias que se desarrolla en tres estadios: uno entre los Estados miembros –las “Consultas”–, otro ante el Grupo Especial (GE o “panel”) y un tercero ante el Órgano de Apelación (OA). En este sentido, los dos primeros se desarrollan dentro de una cierta “informalidad”, mientras que el tercero está revestido de un mayor “formalismo”.

Aunque el procedimiento es en gran parte análogo al de un tribunal o corte de justicia, la solución preferida es que los países afectados examinen sus problemas y resuelvan la diferencia por sí solos.

Siendo los Estados miembros los únicos habilitados para activarlo, los particulares no pueden requerir directamente la aplicación de un Acuerdo, sino que sólo cuentan con el recurso de reclamar ante sus propios gobiernos la adopción de determinado curso de acción frente a los miembros en los que sus intereses puedan verse afectados.

El primer estadio del procedimiento es el de las “Consultas” entre los gobiernos partes en la diferencia, por lo que antes de adoptar cualquier otra medida éstos tienen que mantener conversaciones para ver

³ Art. 23, ESD. Todos los artículos que se citan a continuación corresponden al ESD.

si pueden resolver sus diferencias por sí solos. Este mecanismo de la consulta apunta a llegar de buena fe a una "solución satisfactoria" de una cuestión⁴.

Si las consultas no permiten resolver la diferencia en un plazo de 60 días contados a partir de la fecha de recepción de la solicitud de celebración de consultas, la parte reclamante podrá pedir que se establezca un GE, lo que implica que la solicitud de constitución del GE no podrá ser efectuada antes de transcurridos sesenta días de la recepción de la solicitud de celebración de consultas a menos que las partes, de común acuerdo, decidan lo contrario⁵.

Comienza entonces el segundo estadio del procedimiento, que se desarrolla ante el GE, instituido ad hoc y bajo el auspicio del OSD.

Los grupos especiales son cuerpos colegiados cuyos miembros suelen elegirse en consulta con los países partes en la diferencia. Sólo en el caso de que no puedan ponerse de acuerdo ambas partes los designa el director general de la OMC. Están integrados por tres a cinco expertos de diferentes países, que examinan las pruebas y confeccionan un informe que se somete al OSD, que únicamente puede rechazarlo por consenso. Actúan a título personal y no pueden recibir instrucciones de ningún gobierno. Vigilan la aplicación de las resoluciones y recomendaciones y tienen potestad para autorizar la adopción de medidas de retorsión cuando un país no respete una resolución⁶.

La función de los grupos especiales es ayudar al OSD a cumplir las funciones que le incumben en virtud del ESD y de los acuerdos abarcados. Por consiguiente, cada GE debe hacer una evaluación objetiva de los hechos que le hayan sido sometidos, de la aplicabilidad de los acuerdos involucrados y de la conformidad con éstos y formular otras conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en los mencionados acuerdos. Los grupos especiales deben consultar regularmente a las partes en la diferencia y darles oportunidad adecuada de llegar a una solución mutuamente satisfactoria.

El plazo en el que el GE lleva a cabo su examen, desde la fecha

⁴ Art. 4°.

⁵ Art. 4.3.

⁶ Art. 8.5.

en que se haya convenido en su composición y su mandato hasta la fecha en que se dé traslado del informe definitivo a las partes en la diferencia, no debe exceder, por regla general, de seis meses. En ningún caso el período que transcurre entre el establecimiento del GE y la distribución del informe a los miembros debe exceder de nueve meses⁷.

Cada parte en la diferencia expone sus argumentos, por escrito, al GE en su primera audiencia. Los países afectados pueden presentar réplicas por escrito y exponer verbalmente sus argumentos en la segunda reunión del GE.

El GE emite un informe en el que se limita a presentar al OSD sus "conclusiones", "constataciones" y "recomendaciones", estas últimas no son obligatorias. Este informe definitivo se remite a las partes en la diferencia y tres semanas más tarde se distribuye a todos los miembros de la OMC. Si el GE decide que la medida comercial objeto de la diferencia constituye una infracción de un acuerdo de la OMC o un incumplimiento de una obligación dimanante de las disposiciones de la OMC, recomienda que se ponga en conformidad con dichas disposiciones. El GE puede sugerir la manera en que podría hacerse.

Transcurridos 60 días, el informe se convierte en una resolución o recomendación del OSD, a no ser que se rechace por consenso.

Un caso no debe durar normalmente más de un año aproximadamente o quince meses de haber apelación. Los plazos convenidos son flexibles y si se considera que un caso es urgente (por ejemplo, si se trata de productos perecederos) se acelera en la mayor medida posible su solución.

Las partes pueden apelar basándose en cuestiones de derecho, como, por ejemplo, una cuestión de interpretación jurídica; pero no es posible examinar de nuevo las pruebas existentes ni examinar nuevas cuestiones.

De esta manera se pone en marcha el tercer estadio ante el OA el que podrá "confirmar, modificar o revocar las constataciones y las conclusiones jurídicas del GE" por medio de "conclusiones" o "recomendaciones", que luego deberá adoptar el OSD.

Cada apelación es examinada por tres miembros del OA, el que

⁷ Arts. 11 a 15.

está integrado por siete miembros representativos en términos generales de la composición de la OMC. Los miembros del OA son nombrados por un período de cuatro años y deben ser personas de competencia reconocida en Derecho y comercio internacional que no estén vinculadas a ningún gobierno.

Normalmente, la duración del procedimiento de apelación no debe ser superior a 60 días y en ningún caso exceder de 90 días⁸.

El OA carece de uno de los poderes más importantes que un cuerpo de apelación debe tener, que es el poder de reenviar los casos al Tribunal Inferior, ya que es el OSD quien tiene que aceptar o rechazar el informe del examen en apelación en un plazo de 30 días, y únicamente puede rechazarlo por consenso⁹.

Si el país objeto de la reclamación pierde, debe seguir las recomendaciones formuladas en el informe del GE o del OA. Debe manifestar su intención de hacerlo en una reunión del OSD que ha de celebrarse dentro de los 30 días siguientes a la adopción del informe. En caso de que no sea factible cumplir inmediatamente las recomendaciones y resoluciones, se dará al miembro afectado un "plazo prudencial" para hacerlo. Si no adopta las medidas oportunas dentro de ese plazo, tendrá que entablar negociaciones con el país reclamante (o los países reclamantes) para establecer una compensación mutuamente aceptable: por ejemplo, reducciones arancelarias en esferas de especial interés para la parte reclamante¹⁰.

Si transcurridos 20 días no se ha convenido en una compensación satisfactoria, la parte reclamante podrá pedir la autorización del OSD para imponer sanciones comerciales limitadas ("suspender la aplicación de concesiones u obligaciones") con respecto a la otra parte. El OSD deberá otorgar esa autorización dentro de los 30 días siguientes a la expiración del "plazo prudencial", a menos que se decida por consenso desestimar la petición¹¹.

En principio, las sanciones deben imponerse en el mismo sector en que haya surgido la diferencia. Si ello resulta impracticable o ine-

ficaz, podrán imponerse en un sector diferente en el marco del mismo acuerdo. Si también esto es impracticable o ineficaz y las circunstancias son suficientemente graves, podrán adoptarse medidas en el marco de otro acuerdo. El objetivo perseguido es reducir al mínimo la posibilidad de que se adopten medidas que tengan efectos en sectores no relacionados con la diferencia y procurar al mismo tiempo que las medidas sean eficaces. El OSD vigila la manera en que se cumplen las resoluciones adoptadas¹².

Cabe señalar que el sistema de solución de controversias de la OMC es usado tanto por países desarrollados como por países en desarrollo. En el marco de este sistema, los acuerdos de la OMC son interpretados siguiendo los lineamientos de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

El transcurso del tiempo ha llevado al surgimiento de un cuerpo de jurisprudencia que emana de las decisiones de los *panels* y del OA y que gira alrededor de normas de procedimiento que van más allá de una serie de determinaciones aisladas, lo que podría llevar a sostener que está surgiendo un sistema legal especial en el contexto de la OMC.

En opinión de Weiler, probablemente este procedimiento de solución de controversias sea el producto más importante de la Ronda Uruguay¹³. Una de las razones de la trascendencia que ha alcanzado este procedimiento es la posibilidad de lograr llevar a la práctica las determinaciones de los GE y del OA. Ello se explica porque en el antiguo GATT, que contaba con un procedimiento de solución de diferencias, pero no preveía plazos fijos, era más fácil obstruir la adopción de las resoluciones y en muchos casos pasaba mucho tiempo sin que se llegara a una solución concluyente. Por el contrario, el ESD hace que sea imposible que el país que pierda un caso obstruya la adopción de la resolución, atento a que mientras en el anterior procedimiento del GATT las resoluciones únicamente podían adoptarse por consenso,

¹² Art. 22.

¹³ WEILER, J. H. H., *The rule of lawyers and the ethos of diplomats: Reflections on the Internal and External Legitimacy of WTO Dispute Settlement*, en *The Jean Monnet Center for International and Regional Economic Law & Justice*, The NYU Institutes on the Park, p. 1, disponible en <http://centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/papers/00/000901.html>, consultado el 11-12-2011.

⁸ Art. 17.

⁹ Art. 16.4.

¹⁰ Art. 21.3.

¹¹ Art. 22.

lo que significaba que una sola objeción podía bloquear la adopción, actualmente la resolución se adopta automáticamente a menos que haya consenso para rechazarla; es decir, si un país desea bloquear la resolución tiene que lograr que compartan su opinión todos los demás miembros de la OMC (incluido su adversario en la diferencia).

Esta automaticidad elimina el bloqueo: sólo la oposición unánime puede impedir los procedimientos o decisiones del "Panel", es decir que para alcanzar este consenso hasta el miembro favorecido por un informe debería estar de acuerdo en que el mismo no sea aprobado, lo cual es poco probable.

El sistema de solución de controversias constituye uno de los mayores logros de la OMC. A pesar de ello, los miembros coinciden en que es necesario revisarlo y efectuar reformas, especialmente a la luz de sus casi 17 años de funcionamiento. En este sentido, el sistema también forma parte de los puntos incluidos en el Programa de Doha para el Desarrollo¹⁴, el que ha puesto entre sus objetivos, en lo que respecta al sistema de solución de controversias, trabajar sobre los siguientes aspectos: derechos de terceros, composición de los grupos especiales, reenvío, soluciones mutuamente convenidas, información estrictamente confidencial, secuencia, cuestiones posteriores a la retorsión, transparencia y escritos *amicus curiae*, plazos, intereses de los países en desarrollo con inclusión del trato especial y diferenciado, flexibilidad y control de los miembros y cumplimiento efectivo¹⁵.

Hay quienes consideran que llevar a cabo las audiencias y apelaciones en secreto lleva a que la OMC pierda legitimidad y da lugar a sospechas¹⁶, mientras que la Unión Europea ha sugerido que los *panels* se integren con cuerpos profesionales de panelistas. En este sentido, sostiene que sería más conveniente acudir a panelistas full time expertos en Derecho y debidamente remunerados, lo que elevaría la calidad de sus decisiones y reduciría la tendencia del Órgano de Apelación a revisar sustancialmente los informes de los *panels*.

¹⁴ Declaración Ministerial, WT/MIN(01)/DEC/1.

¹⁵ Ver http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dda_s/status_s/dispu_s.htm, consultado el 11 de diciembre de 2011.

¹⁶ ESSERMAN, Susan y HOUSE, Robert, *The WTO on trial*, en *Foreign Affairs Magazine*, January-February 2003, vol. 82, num. 1, p. 5.

A pesar de las voces a favor de las reformas, a ningún miembro en la actualidad se le ocurriría plantear la abolición del sistema de solución de controversias en la OMC, aunque tal vez se propugne trabajar en la transformación del sistema en otro que sea más rápido y efectivo. En opinión de Donald Mc Rae, las modificaciones pueden estar en el horizonte, pero seguramente el futuro del sistema de solución de controversias está asegurado¹⁷.

III. Buenos oficios, conciliación y mediación

A partir de la etapa de las consultas puede considerarse la posibilidad de acudir a otros medios de solución de controversias, como los buenos oficios, conciliación o mediación que están consagrados en el artículo 5° del ESD.

Estos medios alternativos pueden ser utilizados si así lo acuerdan las partes en la diferencia, lo que implica que pueden iniciarse en cualquier momento, que en cualquier momento se les puede poner término y que funcionan en forma paralela al "Panel".

Esta posibilidad parte del supuesto de que los redactores de la OMC buscaron promover y estimular la resolución de controversias y evitar en la medida de lo posible que los miembros en disputa acudan a los *panels* o al OA.

Los buenos oficios, la conciliación y la mediación parten del supuesto de que a veces la participación de una persona independiente que no esté relacionada con las partes en una diferencia puede ayudar a éstas a encontrar una solución mutuamente convenida.

El acceso a estos mecanismos es voluntario y sólo puede ser utilizado si las partes en la diferencia están de acuerdo¹⁸.

Los buenos oficios constituyen un procedimiento que consiste en proporcionar apoyo logístico para que las partes puedan negociar en un ambiente propicio. En cambio, la conciliación implica la participación directa de una persona externa en los debates y las negociaciones entre las partes.

¹⁷ MC RAE, Donald, *What is the future of the WTO Dispute Settlement?*, en *Journal of International Economic Law* (7)1, 21, Oxford University Press, 2004.

¹⁸ Art. 5.1.

Finalmente, la mediación consiste en un procedimiento en el que un tercero –el mediador– no sólo participa en los debates y las negociaciones y contribuye a ellos, sino que además puede proponer una solución a las partes, que no están obligadas a aceptar esta propuesta.

La mediación apunta a encontrar una solución a una disputa que ha sido formalmente iniciada y de esta manera reemplazar el procedimiento de solución de controversias a través de *panels*.

En el marco del ESD, la mediación puede intentarse en cualquier momento¹⁹ pero no antes de que se haya formulado una solicitud de celebración de consultas, que es necesaria para iniciar la aplicación de los procedimientos del ESD. En este sentido, incluso las partes pueden iniciar estos procedimientos en el curso de sus consultas; si esto ocurre dentro de los 60 días siguientes a la solicitud de celebración de consultas, el reclamante no deberá pedir el establecimiento de un grupo especial antes de que haya transcurrido este período, salvo que las partes coincidan en estimar que el procedimiento de buenos oficios, conciliación o mediación no ha resuelto la diferencia²⁰.

La mediación puede darse por concluida en cualquier momento²¹. Si las partes están de acuerdo, los procedimientos pueden continuar durante el examen de la cuestión por el GE²².

La mediación es estrictamente confidencial y no menoscaba la posición de cualquiera de las dos partes en el subsiguiente procedimiento de solución de diferencias²³. Esto es importante porque, durante estas negociaciones, una parte puede ofrecer una solución de avenencia, admitir ciertos hechos o comunicar al mediador las condiciones máximas que está dispuesta a aceptar para resolver la diferencia. Si las negociaciones no permiten llegar a una solución mutuamente convenida, y la diferencia pasa a la etapa jurisdiccional, esta actitud constructiva de flexibilidad y apertura no ha de redundar en detrimento de las partes.

En cuanto a la persona independiente que ha de participar en el

¹⁹ Art. 5.3.

²⁰ Art. 5.4.

²¹ Art. 5.3.

²² Art. 5.5.

²³ Art. 5.2.

procedimiento, el ESD dice que el director general de la OMC puede ofrecer sus buenos oficios, conciliación o mediación para ayudar a los miembros a resolver sus diferencias²⁴.

A. *La comunicación del director general de la OMC*

En vista de que no se recurría a los procedimientos del artículo 5° del ESD, el 17 de julio de 2001 el director general publicó una comunicación oficial para los miembros de la OMC en la que hizo referencia a todas aquellas oportunidades en las que se pretendió recurrir o se recurrió a los buenos oficios para resolver diferencias, entre los que mencionó el Entendimiento de 1979, la diferencia de 1982 entre los Estados Unidos y las Comunidades Europeas con respecto al trato arancelario dado por la CE a los productos cítricos, la diferencia de 1987-1988 entre Japón y las Comunidades Europeas respecto a las prácticas de fijación de precios y de comercialización del cobre en el Japón y a la opinión consultiva de 1988 del director general con respecto a si una concesión arancelaria otorgada por Portugal a Canadá era aplicable al bacalao salado en fresco²⁵.

En la referida comunicación, el director general sostuvo que en el mayor número posible de casos los miembros deberían intentar solucionar sus diferencias sin recurrir al procedimiento de grupos especiales y del Órgano de Apelación y que deseaba que los miembros tuvieran presente su voluntad de apoyar activamente los intentos de resolver las diferencias entre ellos mediante los buenos oficios, la conciliación y la mediación.

Conforme el director general, las diligencias previstas en el artículo 5° deberían considerarse más bien como parte de los esfuerzos por ayudar a alcanzar una solución mutuamente convenida.

En esta comunicación, el director general informó a los miembros que estaba dispuesto a ayudarlos a resolver las diferencias sin recurrir a los grupos especiales ni al Órgano de Apelación, como preveía el párrafo 6° del artículo 5° del ESD. La comunicación exponía en detalle los procedimientos que deben seguir los miembros cuando piden al director general su asistencia en forma de buenos oficios, conciliación o mediación.

²⁴ Art. 5.6.

²⁵ Ver WT/DSB/25.

Según la comunicación, el director general, o bien un director general adjunto designado con la anuencia de las partes, dirigirá los procedimientos. En el mismo documento, señaló que “a diferencia del procedimiento del grupo especial y el Órgano de Apelación, el proceso de buenos oficios, conciliación o mediación no ha de llegar a conclusiones jurídicas sino a ayudar a encontrar una solución mutuamente convenida”.

La Comunicación del Director General hizo referencia expresa a los procedimientos a seguir para llevar adelante la mediación, a saber:

Solamente podrán presentarse solicitudes con arreglo al artículo 5° una vez iniciada una diferencia formal a raíz de una solicitud de celebración de consultas al amparo del artículo 4° del ESD. Se deberá especificar el carácter de la solicitud presentada con arreglo al artículo 5°.

El director general debería reunirse con las partes lo antes posible después de la recepción de la solicitud con miras a: a) escuchar las opiniones de las partes respecto de la diferencia; b) determinar los recursos que debería consagrar a las actuaciones para contribuir al logro de una solución²⁶, y c) hacer las evaluaciones preliminares que parezcan apropiadas.

El director general podrá designar a un director general adjunto a fin de que preste asistencia y/o actúe en su lugar. Con excepción del caso limitado de los buenos oficios, el director general o el director general adjunto designado estarán presentes en las reuniones que se celebren durante el procedimiento. Como se trata de ejercer facultades de oficio, debería evitarse una delegación más allá del nivel de director general adjunto.

El director general podrá asignar funcionarios de la Secretaría para que presten ayuda en el proceso cuando lo juzgue adecuado. Se deberá cuidar de evitar la participación de esos funcionarios en los procedimientos formales de solución de diferencias, con miras a asegurar la objetividad de la Secretaría. Se podría contratar a consultores externos en la medida necesaria para ayudar en este procedimiento²⁷.

²⁶ Conforme la Comunicación, esto dependerá del tipo de asistencia que se solicite.

²⁷ Ver WT/DSB/25.

B. *La mediación y el caso del atún en lata*

El 4 de septiembre de 2002 Filipinas, Tailandia y las Comunidades Europeas solicitaron conjuntamente la mediación del director general de la OMC o la de un mediador designado por el director general. El propósito del proceso de mediación solicitado era “examinar en qué medida los intereses legítimos de Filipinas y Tailandia se hallan indebidamente menoscabados como consecuencia de la aplicación por las Comunidades Europeas del trato arancelario preferencial concedido al atún en lata originario de los Estados ACP”²⁸ y agregaron que “el mediador, en el caso de que concluya que en realidad se ha producido un menoscabo indebido, podrá considerar los medios que permitan hacer frente a la situación”²⁹.

Los miembros solicitantes le hicieron saber al director general que habían celebrado tres rondas de consultas, pero no habían podido llegar a una solución mutuamente aceptable y que si bien consideraban que el tema en discusión no era una “diferencia” en el sentido del ESD, consentían en que el director general o quien éste designara como mediador pudiera actuar con arreglo a procedimientos similares a los previstos para la mediación en el artículo 5° del ESD, “de la manera descrita en la comunicación del Director General relativa al artículo 5° del ESD (WT/DSB/25)”. Las partes acordaron que las conclusiones del mediador serían confidenciales hasta la conclusión del procedimiento.

El director general informó el 16 de octubre de 2002 que había aceptado la solicitud de mediación y con el consentimiento de los miembros solicitantes había nombrado mediador en este caso al director general adjunto, señor Rufus H. Yerxa, quien recibiría apoyo de la Secretaría³⁰.

El 20 de diciembre de 2002, el mediador informó al director general que en esa fecha había concluido su labor de conformidad con el calendario acordado por los miembros solicitantes y que los miembros solicitantes habían convenido en que las conclusiones del mediador se mantendrían confidenciales³¹.

²⁸ Estados de África, del Caribe y del Pacífico.

²⁹ Ver WT/GC/66.

³⁰ Ver WT/GC/66.

³¹ Ver WT/GC/66/Add.1.

El mediador recomendó que la Comunidad abriera un contingente arancelario de 25.000 toneladas de conservas de atún originarias de Tailandia y de Filipinas para 2003, con un arancel del 12%, medida que fue adoptada mediante el Reglamento 975/2003. El contingente arancelario se dividió en cuatro partes: 52% del volumen anual para las importaciones originarias de Tailandia, 36% para las importaciones originarias de Filipinas, 11% para las importaciones originarias de Indonesia y 1% para las importaciones procedentes de otros terceros países³².

IV. Consideraciones finales

La mediación en la OMC apunta a encontrar una solución a través de un procedimiento menos formal y rígido que el que es necesario llevar adelante cuando se plantea la cuestión ante el panel.

En este sentido la reunión prevista por el artículo 5.3 sirve para que el mediador probablemente explore el acuerdo de las partes acerca de las cuestiones en disputa, su voluntad de llegar a una solución mutuamente consensuada, los medios que serán necesarios para facilitar esa solución y si será el director general u otro funcionario quien llevará adelante la mediación. En esta misma reunión se analizará si el tema planteado requiere algún tipo de asesoramiento experto, por tratarse de cuestiones más técnicas, y además cuál será el procedimiento a llevarse a cabo en lo referido a cantidad de presentaciones escritas y orales, frecuencia de las mismas, declaración de testigos, etcétera.

En función de que la mediación debiera ser un procedimiento más expeditivo, habría que plantearse la posibilidad de que tal vez una sola presentación por cada parte, al comienzo del procedimiento, sea suficiente.

Atento a que la mediación es un procedimiento esencialmente conciliatorio, también debieran admitirse presentaciones que apunten a alcanzar ese objetivo y rechazar aquellas que tengan por objetivo descreditar a la contraparte.

En contraposición a lo que sucede en otro tipo de procedimientos

³² Ver <http://eur-ex.europa.eu/LexUriServ>, consultado el 11-12-2011.

de solución de controversias, no se espera que el mediador demuestre objetividad porque lo que se persigue es que ayude a las partes.

Con respecto a la duración del procedimiento de mediación, nada ha sido previsto en el artículo 5° ni en la Comunicación del Director, aunque se espera que la mediación sea más breve que el procedimiento ante el GE o el OA, lo que redundaría en menores costos. En el caso del atún en lata, las partes acordaron específicamente la duración máxima del procedimiento y finalmente la duración total del procedimiento, desde que las partes presentaron su solicitud hasta el día en que se les remitió la opinión del mediador fue de menos de 15 semanas o menos de tres meses y medio, lo que implica una duración de un tercio del tiempo que hubiera requerido el procedimiento ante el panel y el OA. Esta menor duración del procedimiento de mediación debiera ser tenida especialmente en cuenta por parte de los países menos desarrollados, en los que un factor muy importante para su menos frecuente acceso al sistema han sido los costos.

Sin embargo, la principal desventaja del procedimiento de mediación es que la solución que se obtenga de este mecanismo alternativo no es legalmente vinculante entre las partes y los miembros no pueden acudir a los procedimientos de vigilancia de la aplicación de las resoluciones o de suspensión de concesiones en caso de incumplimiento, previstos por el ESD para aquellos casos en los que efectivamente se ha planteado la controversia ante el GE o el OA. Otra desventaja es la necesidad de acuerdo entre las partes sobre el procedimiento, lo cual puede dificultar o hacer imposible el uso de este mecanismo alternativo³³.

A pesar de las desventajas señaladas, creemos que los miembros de la OMC debieran prestar mayor atención a la posibilidad de hacer uso del procedimiento de mediación en la solución de sus controversias³⁴.

³³ Conforme GRANÉ, Patricio, *Guía práctica de solución de diferencias en la OMC*, CEPAL-Colección Documentos de Proyectos, Santiago de Chile, 2008, disponible en http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/2/35302/Guia_practica_solucion_diferencias_OMC_LCW221_1.pdf, consultada el 12-12-2011.

³⁴ Ver la propuesta de PHAM, Hansel T., en *Developing Countries and the WTO: The Need for More Mediation in the DSU*, 9 Harv. Negot. L. Rev. 331 (2004), disponible en <http://heinonline.org/HOL/>, consultada el 11-12-2011.

El caso del atún demuestra que la mediación puede traer aparejada una solución concreta, directa y relativamente rápida y a veces más apropiada que la solución que puede proporcionar un GE o un OA en situaciones análogas.

El único caso planteado, sin embargo, debiera llevar a los miembros a tomar conciencia de la conveniencia de utilizar más frecuentemente y en un mayor número de casos y cuestiones la mediación como herramienta para la solución de controversias en el marco del comercio multilateral entre los miembros de la OMC.

V. Referencias

BARFIELD, Claude, *WTO dispute settlement system in need of change*, en *Intereconomics: Review of European Economic Policy*, 2002, vol. 37, issue 3, ps. 131-135, 2002, disponible en <http://ideas.repec.org/a/spr/intere/v37y2002i3p131-135.html>, consultada el 2 de diciembre de 2011.

ESSERMAN, Susan y HOUSE, Robert, *The WTO on trial*, en *Foreign Affairs Magazine*, January-February 2003, vol. 82, num. 1, p. 5.

GRANÉ, Patricio, *Guía práctica de solución de diferencias en la OMC*, CEPAL-Colección Documentos de Proyectos, Santiago de Chile, 2008, disponible en http://www.eclac.cl/publicaciones/xml/2/35302/Guia_practica_solucion_diferencias_OMC_LCW221_1.pdf, consultada el 12 de diciembre de 2011.

HOROVITZ, Dan, *Mediation in WTO Dispute Settlement*, disponible en http://www.hfw.com/_data/assets/pdf_file/0004/9490/mediation_in_wto_dispute_settlement.pdf, consultada el 5 de diciembre de 2011.

MC RAE, Donald, *What is the future of the WTO Dispute Settlement?*, en *Journal of International Economic Law* (7)1, 21, Oxford University Press, 2004.

MONTAÑA MORA, Miguel, *La OMC y el reforzamiento del sistema del GATT*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

NORDSTRÖM, Håkan, *The cost of WTO litigation, legal aid and small claim procedures*, del 1º de junio de 2005, disponible en <http://www.ppl.nl/bibliographies/wto/files/3753a.pdf>, consultado el 10 de diciembre de 2011.

www.wto.org.

ÍNDICE SUMARIO

ÍNDICE GENERAL	7
Prólogo, por UBALDO PERFETTI	9

MODI STRAGIUDIZIALI DI COMPOSIZIONE DEI CONFLITTI

por GUIDO ALPA

1. Premessa	21
2. Un problema di “mentalità” o un problema di garanzie?	22
3. Pregiudizi antichi e problemi attuali	26
4. Il dibattito sulle ADR nella prospettiva della comparazione degli ordinamenti	28
5. Le ADR nella prospettiva dell’analisi economica del Diritto	31
6. Verso una concezione europea della giustizia stragiudiziale	33
7. La direttiva sui provvedimenti inibitori	36
a) Finalità della direttiva	36
b) I presupposti e il contenuto dell’azione inibitoria	38
c) Conclusione	40
8. Esperienze a confronto. Il “sistema arbitral de consumo” spagnolo, la “médiation” francese, l’Ombudsman assicurativo svizzero	40
a) Il “sistema arbitral de consumo” spagnolo	40
b) La “médiation” francese	42
c) L’Ombudsman assicurativo svizzero	44