

Consideraciones sobre el futuro del Órgano de Apelación de la OMC una vez superado el COVID-19

CONSIDERATIONS ON THE FUTURE OF THE WTO APPELLATE BODY AFTER COVID-19

ANA MARÍA VARGAS ROJAS¹

RESUMEN

La crisis que ha enfrentado el Órgano de Apelación de la OMC encuentra sus bases en la oposición constante y manifestación de inconformidad que ha planteado Estados Unidos con respecto a la extralimitación de funciones, que de manera arbitraria se ha autoatribuido dicha institución de revisión de decisiones de carácter comercial internacional. Así mismo, la crisis se agudiza ante la negativa de aceptar las posibles soluciones que se han planteado, como el proceso Walker y la inactividad del Procedimiento Arbitral Multipartito de Apelación Provisional creado dentro del MPIA. En ese sentido, y teniendo en cuenta las complicaciones y convergencia de las problemáticas globales en materia comercial que ha traído el COVID-19 conlleva a pensar si será esta la oportunidad para se dé una reestructuración del Órgano de Apelación, se constituya finalizada la función del mismo o se abra paso a que otras instancias y proyectos internacionales liderados por China sienten las nuevas bases del comercio internacional y las controversias que bajo las mismas puedan surgir, entre ellas, la decisión sobre el futuro del Órgano de Apelación de la OMC.

Palabras clave: Comercio internacional, recursos económicos, controversias, derecho económico, reforma del órgano de apelación.

* DOI: <https://doi.org/10.18601/01236458.n60.04>

1 Abogada egresada de la Universidad Militar Nueva Granada, participante del Semillero de Investigación en Litigio Interamericano y Derechos Humanos de la misma casa de estudios, semifinalista del Moot Court desarrollado dentro de la III Competición en Litigio Internacional de la Universidad de Alcalá. Especialista en Derecho Económico Internacional de la Universidad Externado de Colombia y Candidata a Magister en Derecho de la Empresa y los Negocios de la Universidad de La Sabana. Actualmente abogada de la Subgerencia Financiera de la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía.

Fecha de recepción: 12 de octubre de 2021.

Fecha de aceptación: 30 de mayo de 2023.

ABSTRACT

The crisis that the WTO Appellate Body has faced is based on the constant opposition and manifestation of disagreement that the United States has raised with respect to the excess of functions, which has been arbitrarily attributed by said institution of review of decisions of an international commercial nature. Likewise, the crisis is exacerbated by the refusal to accept the possible solutions that have been proposed, such as the Walker process and the inactivity of the Multipartite Arbitration Procedure for Provisional Appeal created within the MPIA. In that sense, and taking into account the complications and convergence of global trade issues that COVID-19 has brought with it, it leads one to wonder if this will be the opportunity for a restructuring of the Appellate Body, the function is constituted after completion. the same or make way for other international bodies and projects led by China to lay the new foundations for international trade and the disputes that may arise under them, including the decision on the future of the WTO Appellate Body

Keywords: International trade, economic resources, controversies, economic law, Appellate Body Reform.

INTRODUCCIÓN

Dentro de los fundamentos bajo los cuales se creó la Organización Mundial del Comercio, estaban los de brindar a los miembros parte una liberalización comercial segura, bajo principios y fundamentos que respetaran la soberanía de los Estados. Dicha soberanía se vería protegida en la medida en que, al momento de presentarse controversias comerciales entre las partes, las mismas se solucionarían por una institución y órgano competente, previamente establecido por un acuerdo comercial, en el que se mencionaran de forma clara las competencias que tendría dicho órgano.

A causa de lo anterior, surge la creación del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC, el cual constituyó dentro del mismo el Órgano de Apelación (OA) del cual, a la fecha se habla por su inestabilidad funcional y crisis, en tanto el último miembro terminó su vigencia a finales de 2020 por lo que el mismo no está funcionando a la fecha; de esa manera, hay un señalamiento directo a que ese Órgano dejó de funcionar básicamente porque Estados Unidos decidió bloquear la elección de nuevos integrantes que compondrían el Órgano de Apelación.

Ante dicha situación, se han realizado varias propuestas y, como consecuencia, la única que ha logrado ser medianamente efectiva ha sido la entrada en funcionamiento del Acuerdo de Arbitraje de Apelación Provisional Multipartidista (MPIA), con el que se busca que: las soluciones de controversias propias del OA lleguen a ser finalizadas mediante un tribunal de arbitramento.

Sin embargo, dicho Acuerdo no es una respuesta suficiente a la crisis del OA sino que se requiere que las tensiones entre Estados Unidos y China sean resuelta, motivo por el cual, se generan un par de posiciones con respecto a las posibles soluciones que se pueden ejecutar con el fin de realizar una reestructuración el OA, y así dar por terminada su funcionalidad o en definitiva permitir que una potencia comercial, como lo es China, entre a llenar los vacíos que ha dejado la falta de presencia de Estados Unidos en las relaciones comerciales y, con mayor ausencia, con ocasión de buscar una respuesta para resolver la crisis del OA.

En ese sentido la pandemia COVID-19 ha jugado un papel fundamental, teniendo en cuenta que las tensiones entre estas dos potencias se han agudizado, pues se generan competencias (desde el espíritu competitivo por ganar una posición) con respecto al manejo de la pandemia, la producción de vacunas, contención del virus y, por supuesto, el manejo de la pronta apertura económica en cada país. En consecuencia, aunque se avizora que una vez sea superada la pandemia, se tendrán que tomar decisiones que marquen el direccionamiento de las formas en las que se resolverán las disputas comerciales que de pretenden resolver ante el OA de la OMC.

Al mismo tiempo, la expectativa está frente a la posición que tome Estados Unidos con el gobierno de Joe Biden, en quien se guarda la esperanza de que se puedan abrir las puertas hacia el dialogo global y consenso mundial para lograr la reforma que necesita el OA y, por otra parte, el empoderamiento que pueda estar buscando China con las iniciativas del BRICS y el Banco Asiático de Inversiones (ABII), lo anterior con el fin de lograr que a su cargo quede la reestructuración de la Organización Mundial del Comercio y, por ende, del Órgano de Solución de Diferencias.

NATURALEZA DEL ÓRGANO DE APELACIONES DE LA OMC

La Organización Mundial del Comercio (en adelante OMC) es una institución internacional que tiene como pilares, el cumplimiento de dos funciones: la primera, será la correcta liberalización y apertura de los mercados y, la segunda, la de brindar seguridad jurídica a las partes, con el Órgano de Solución de Diferencias (en adelante OSD) (García-Matamoros *et al*, 2017, p. 537); por lo que, de la función de otorgar seguridad jurídica a los Estados parte de la OMC, surge la revisión de la crisis que enfrenta el OA de la OMC, como componente de este último.

Al hablar de la naturaleza del OA de la OMC, es preciso mencionar que este se constituye como una instancia superior a la del Grupo Especial dentro del proceso contencioso. A partir de la función de dicho Órgano, de realizar una revisión de las decisiones que ha emitido el Grupo Especial con respecto a los temas exclusivos que hayan sido tratados en el informe y las interpretaciones que se haya realizado sobre el mismo²; se

2 Con respeto a la revisión de la composición, partes, duración, procedimiento, objeto y demás consideraciones se encuentra en el artículo 17 del Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos

puede concluir que esta segunda instancia no contiene planteamientos distintos de los presentados ante el Grupo Especial.

En ese sentido el Sistema de Solución de Controversias ve al OA como un instrumento importante que permite la facilidad en los procesos de cooperación internacional en materia comercial, en tanto:

Las obligaciones no solo pueden identificarse en las normas de los acuerdos OMC, sino que además su desarrollo e interpretación puede apreciarse en la actuación de los Grupos Especiales y del Órgano de Apelación, los que han definido con mayor precisión la conducta de los Estados miembros (Delpiano, 2011, p. 235).

Por lo demás, el OA tiene la competencia para confirmar, modificar, revocar las conclusiones jurídicas a las que haya llegado el grupo especial y los informes del OA, con el fin de que sean adoptadas por el OSD. No obstante, en la actualidad no es posible cumplir con las funciones en cita, teniendo en cuenta que hay vacantes sin cubrir y la vigencia del último miembro activo terminó el 30 de noviembre de 2020.

Es importante mencionar que, dicha falencia de funcionamiento del Órgano de Apelación, es una razón de inseguridad jurídica con respecto a las partes que componen la OMC, en tanto las disputas comerciales continúan y los países no detienen su producción de bienes y servicios porque el órgano de Apelación de la OMC no esté en su mejor momento. Vale la pena aludir que, desde julio de 2020 a la fecha, se han notificado ocho solicitudes de apelaciones³, razón por la cual se está a la espera de lo que ocurra con dicho órgano, así como de las soluciones que se puedan brindar a las problemáticas comerciales que continúan suscitándose.

CONTEXTUALIZACIÓN DE LA CRISIS DEL ÓRGANO DE APELACIÓN DE LA OMC

Con respecto a la crisis que enfrenta el Órgano de Apelación de la OMC, es importante señalar que si bien no es una problemática que se haya suscitado con ocasión del COVID-19, sí se puede decir que el hecho de que se diera esta pandemia abre la posibilidad a que los países miembros busquen una solución al OA, el cual ya se quedó corto, y no es funcional en la actualidad.

por los que se Rige la Solución de Diferencias, y podrán ser consultadas en https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/dsu_s.htm#17

- 3 Dentro de dichos procesos se encuentran en su orden: notificación de la apelación de Arabia Saudita en diferencia DS567; notificación de la apelación de la Unión Europea en la diferencia DS494; notificación de la apelación de Estados Unidos en la diferencia DS533; notificación de la apelación de Estados Unidos en la diferencia DS543; notificación de la apelación de Indonesia en la diferencia DS484; notificación de la apelación de Corea en diferencia DS553; notificación de la apelación de Pakistán en la diferencia DS538; y, por último, la notificación de la apelación de Estados Unidos en la diferencia DS539, las cuales podrán ser consultadas en: https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/appellate_body_s.htm.

Los orígenes de la crisis, son adjudicados a la actitud de resistencia que ha mostrado Estados Unidos para dar cumplimiento a las decisiones del OA; puesto que, desde hace más de una década, ha dejado claras las críticas al órgano y la oposición contundente frente a sus actuaciones (Palau y Guarín, 2020) por lo que se mantiene en su posición a la fecha y la constata publicando el "Report on the Appellate Body of World Trade Organization", en donde se expresa con seguridad que el OA ha incumplido con las funciones propias de su naturaleza, y dejó de ser la institución que brindaría seguridad jurídica a los miembros de la OMC con respecto a las disputas comerciales que pudieren surgir entre los mismos.

Entre algunos de los incumplimientos que menciona Estados Unidos, se menciona que, las personas que componen el OA al resolver las solicitudes han incumplido con el artículo 17.5⁴ con respecto al término para confirmar modificar o revocar las conclusiones jurídicas que surgen del Grupo Especial; así mismo, teniendo presente el artículo 17.2.⁵ Se plantea que vencido el término de vigencia de la representación de los integrantes del OA, se les ha permitido a los mismos dictar y decidir sobre cuestiones de las que, por el término de la actuación no tiene un nombramiento regular ante el Órgano, y por ende, no son la autoridad competente.

Se debe agregar que, dentro de otros de los argumentos está que, el OA se ha excedido de los límites de su autoridad, puesto que ha revisado temas de las controversias que van más allá de los que se ha presentado en los Informes de los Grupos Especiales; así mismo, ha tomado atribuciones y disertaciones que nada tienen que ver con el objeto de las disputas comerciales, así como ha mencionado que sus decisiones pueden ser creadoras de derecho y ser objeto de precedente judicial; en consecuencia, se ha encargado de autonombrar sus decisiones, como normas legales que deben seguirse y cumplirse; a la vez. También señala que se han dado interpretaciones erróneas de los Acuerdos de la OMC, por lo que el Órgano de Apelación de la OMC ha incumplido las normas que establecen su creación y naturaleza de funcionamiento, en cuanto ha vulnerado las reglas de la OMC y se han entregado interpretaciones erróneas de los Acuerdos celebrados en la OMC (Office of the United States Trade Representative,

- 4 Artículo 17.5. Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias. Por regla general, la duración del procedimiento entre la fecha en que una parte en la diferencia notifique formalmente su decisión de apelar y la fecha en que el Órgano de Apelación distribuya su informe no excederá de 60 días. Al fijar su calendario, el Órgano de Apelación tendrá en cuenta las disposiciones del párrafo 9 del artículo 4, si procede. Si el Órgano de Apelación considera que no puede rendir su informe dentro de los 60 días, comunicará por escrito al OSD los motivos del retraso, indicando el plazo en el que estima que podrá presentarlo. En ningún caso la duración del procedimiento excederá de 90 días.
- 5 El OSD nombrará por un período de cuatro años a las personas que formarán parte del Órgano de Apelación y podrá renovar una vez el mandato de cada una de ellas. Sin embargo, el mandato de tres de las siete personas nombradas inmediatamente después de la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC, que se determinarán por sorteo, expirará al cabo de dos años. Las vacantes se cubrirán a medida que se produzcan. La persona nombrada para reemplazar a otra cuyo mandato no haya terminado desempeñará el cargo durante el período que falte para completar dicho mandato

2021, p. 120). En consecuencia, hay una negativa de oposición a los nuevos nombramientos desde del 2017, logrando que a la fecha el Órgano haya dejado de funcionar.

El gobierno de EE.UU. comenzó a ofrecer propuestas de reforma a principios de la década de 2000. La situación se agravó bajo el gobierno de Obama cuando, en 2011, los EE.UU. decidieron no volver a nombrar al Miembro estadounidense del Órgano de Apelación de la OMC, y luego cuando bloquearon la renovación del nombramiento de un Miembro coreano del Órgano de Apelación en 2016. Bajo la administración de Trump, el enfoque de los EE.UU. se intensificó, con un bloqueo por parte de este país de todos los nombramientos para el Órgano de Apelación dejándolo inoperante (Palau y Guarín, 2020).

No obstante, ante la negativa de Estados Unidos los países miembros han realizado esfuerzos por lograr una solución, pero a la fecha no hay una respuesta favorable que permita ver una luz como respuesta a la problemática. En ese sentido, para concluir los planteamientos sobre la crisis del OA, se mencionarán, por una parte, las críticas a la posición de Estados Unidos y, por la otra, las opciones que se han desarrollado con el fin de que el estancamiento del funcionamiento del OA concluya.

Con respecto al primer punto, se usa como referencia los siete errores planteados por Fuka Yukunaga con ocasión de los argumentos que sostiene Estados Unidos en la negativa de aceptación de la continuidad de que el OA continúe funcionando. Se tiene que, el primero de ellos hace referencia a que Estados Unidos da por hecho que, las interpretaciones del Órgano son únicas y no está teniendo en cuenta que la Conferencia Ministerial y el Consejo General también tienen funciones de interpretación; por lo cual, el Órgano no busca en ningún momento generar un control absoluto, sino que tiene una mera expectativa de que los paneles la sigan (Fukunaga, 2019, p. 3).

Adicionalmente, tampoco hay cabida a que las decisiones se configuren como un precedente judicial, en tanto la naturaleza de la OMC no lo permite; en ese sentido, se aclara que dicha figura puede aplicar en el derecho doméstico comercial, pero en general, el término 'precedente' ha sido evitado por el OA en sus decisiones.

El segundo error, se refiere a la analogía que realiza Estados Unidos entre las decisiones del OA y el sistema del Common Law, aspecto que se relaciona con el anterior punto. Se asegura que, el OA no ha mencionado que las decisiones que emanan de una apelación deban ser seguidas por un Grupo Especial. Seguidamente. El tercer factor consiste en la crítica de que el OA siga las normas de derecho consuetudinario o de otros tribunales; lo cual tampoco sucede y, de nuevo, de poner de presente que la naturaleza de la OMC no lo permite; por ende, no es una razón válida (Fukunaga, 2019, p. 7).

En cuanto al cuarto planteamiento, Estados Unidos asegura, de manera inequívoca, que el OA no se rige de acuerdo a su propio enfoque; no obstante, se insta a que no se confunda el término precedente con el de práctica posterior, en tanto, los casos se desarrollan cada uno con sus características específicas diferenciales. El quinto, con relación a la incorrecta aplicación de la evaluación objetiva de los paneles; si bien la misma

no debe ser ejercida con una imposición de la que mencione el OA es cierto que, en los casos nuevos, si se necesita que se realice al menos una revisión de las consideraciones, la cual contemplaría las interpretaciones de los tratados, sin que las mismas tengan que ser vinculantes (Fukunaga, 2019, p. 10). Este postulado también conecta con el sexto error, el cual es: no ver la distinción y organización jerárquica que existe en el OSD de la OMC, por lo que las competencias no se cruzan ni son contrarias entre ellas mismas.

El último aspecto que considera el autor en cita como un error es: pretender apoyar todos sus argumentos en posturas de otros países miembros, que en algún momento han planteado alguna declaración similar. Sin embargo, deja de lado las consideraciones de países que apoyan el OSD de la OMC y que plantean que el mismo no debe detener su funcionamiento.

Ahora bien, siguiendo con el desarrollo de la crisis, se finaliza la explicación de esta, mencionando dos de los mecanismos por los cuales se ha intentado la continuidad funcional del OA; estos son: el Proceso Walker y la propuesta del Acuerdo de Arbitraje de Apelación Provisional Multipartidista (en adelante MPIA).

La propuesta del Proceso Walker surge con ocasión del proceso de mediación que llevó a cabo David Walker, quien para el 2019 era el presidente del OSD, y planteó los cambios al OA con base en las críticas que había realizado Estados Unidos y otros países miembros que también estaban de acuerdo.

Estableció principios específicos diseñados para abordar las seis preocupaciones de los EE.UU. Los principios exigían que el Órgano de Apelación debía adoptar sus decisiones en un plazo de noventa días; que los miembros del Órgano de Apelación se retiraran sin demora al término de un segundo mandato; que se trataran los asuntos fácticos y no de derecho y por lo tanto asuntos no sujetos a apelación; que se abordaran únicamente las cuestiones planteadas por las partes, y solo en la medida necesaria para resolver la controversia de que se trate, de modo que sus opiniones no tuvieran carácter consultivo; que tuvieran en cuenta los informes anteriores del Órgano de Apelación o de los grupos especiales solo en la medida en que eran pertinentes y no como precedente, y que se aseguraran de que sus decisiones no añadieran obligaciones ni quitaran ningún derecho a las partes según lo dispuesto en las normas de la OMC (Palau y Guarín, 2020).

Ante esta situación Estados Unidos se negó a la aprobación y, aunque se incluyó toda la agenda de las soluciones a la críticas realizadas por Estados Unidos, no fue suficiente, puesto que más allá de un régimen legal, pareciera que el contexto de una real solución tiene que ver con un tema político y geopolítico en donde Estados Unidos contempla la posibilidad de que el OA ha expresado con sus decisiones una favorabilidad con respecto al comercio de China y, como efecto, se ha generado el debilitamiento del Comercio de Estados Unidos. En consecuencia, pareciera que, al Estado estadounidense, más allá de preocuparle la norma bajo la cual está organizado el OA, le interesa obtener una ventaja comercial superior que la que pueda tener China; sin embargo, como se verá más adelante, esa negativa a la continuidad de

funcionamiento del OA podría ser contraproducente con respecto a dicho objetivo de superación comercial sobre China.

Por lo demás, ante la negativa del proceso Walker, se planteó en el 2020 una iniciativa conocida como el Acuerdo de Arbitraje de Apelación Provisional Multipartito (MPIA), el cual fue notificado a las partes el 30 de abril de 2020, en tanto el OA no siga su funcionamiento. Las soluciones de controversias deberán ser resueltas previa aprobación de las partes a un procedimiento de arbitraje temporal, solución presentada bajo las normas de la OMC como es el caso del artículo 25 del ESD⁶, que permite que las soluciones de diferencias se surtan bajo el arbitraje, siempre que las partes estén de acuerdo; además de que se permite la vigilancia de la aplicación de las recomendaciones y resoluciones, en este caso del laudo arbitral; así como, las compensaciones y suspensiones de las concesiones⁷.

El acuerdo va a permitir que aquellos miembros de la OMC que lo suscribieron poder seguir contando con la operatividad del sistema de solución de diferencias de la OMC, preservándose sus principios y característica esenciales, vinculatoriedad de sus decisiones; doble instancia; protección de los derechos y obligaciones de los acuerdos abarcados de la OMC (Álvarez, 2020, p. 80).

Así mismo, dicho arbitraje tendrá vigencia en tanto no esté en funcionamiento el OA, es decir que según lo establecido en el anexo 1, sobre el procedimiento convenido para el arbitraje previsto en el artículo 25 del ESD, que el OA no cuente con los tres miembros que puedan resolver la solicitud de apelación. Por lo cual, el evento procesal que determinará el procedimiento a seguir será cuando se emita el informe definitivo del grupo especial; es importante señalar que el objeto del arbitraje deberá ser el mismo que el del OA, así:

La apelación tendrá únicamente por objeto las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por este. Los árbitros podrán confirmar, modificar o revocar las constataciones y conclusiones jurídicas del grupo especial. Cuando proceda, el laudo arbitral incluirá recomendaciones, con arreglo a lo previsto en el artículo 19 del ESD. Se considerará que las constataciones del grupo especial que no hayan sido objeto de apelación constituyen parte integrante del laudo arbitral, junto con las constataciones formuladas por los propios árbitros (OMC, 2020, p. 5).

- 6 Artículo 25.1 ESD: Un procedimiento rápido de arbitraje en la OMC como medio alternativo de solución de diferencias puede facilitar la resolución de algunos litigios que tengan por objeto cuestiones claramente definidas por ambas partes
- 7 Dicha disposición establecida de conformidad con el numeral 4 del artículo 25 del ESD y disposiciones de los artículos 21 y 22 del ESD.

Si bien, se formuló una solución al problema de la crisis del OA, podría mencionarse que fue una medida de emergencia, puesto que el desarrollo del comercio no se detiene y se hace necesario que los Estados miembros cuenten con la seguridad que ofrece la naturaleza del OSD. Sin embargo, la puesta en funcionamiento de este mecanismo de arbitraje está sujeto a varias circunstancias, entre ellas una de las más importantes será la aprobación de las partes, por lo que se trata de un sistema opcional más no obligatorio o permanente, que probablemente estará supeditado a los resultados de sus decisiones y los laudos arbitrales que se vayan emitiendo.

A la vez, es importante rescatar que se está en la búsqueda de soluciones; no obstante, el MPIA no es suficiente, en tanto los temas que se pueden someter al arbitraje son limitados, teniendo en cuenta que en principio se trata de una medida urgente pero temporal; por lo que el fin último será que el OA vuelva a su funcionamiento habitual.

En consecuencia, ya vista de manera general la crisis que ha venido enfrentando el OA de la OMC, se hace necesario entrar a estudiar cómo la pandemia COVID-19 influyó e influirá en el futuro en las relaciones económicas mundiales; además de las diferentes posturas direccionadas a la solución, por supuesto, de la situación del OA y también de la crisis general de la OMC.

CONSIDERACIONES SOBRE EL NUEVO FUNCIONAMIENTO DEL ÓRGANO DE APELACIÓN DE LA OMC Y EL COVID-19

En general los sistemas internacionales de solución de controversias también han sufrido los desastres que ha dejado la pandemia COVID-19. Las distintas instituciones han tenido que adecuar su funcionamiento de conformidad con los parámetros que han entregado los Gobiernos. No obstante, más allá de la manera en que se han logrado continuar las economías de mercados, el aspecto principal es cómo se van a desarrollar las relaciones internacionales comerciales una vez sea superada la pandemia. En ese sentido, teniendo en cuenta que el origen de la pandemia fue en China, existieron muchas fuertes repercusiones hacia los países consumidores de sus productos y servicios.

Las medidas de confinamiento aplicadas por el Gobierno chino tuvieron un importante impacto en la producción industrial. Muy pronto, sus clientes, el primer mundo, comenzó a tener problemas de desabastecimiento de productos procedentes de China, tanto elementos intermedios para las manufacturas europeas, como productos finales¹¹. Algunas industrias europeas importantes (caso de los fabricantes de automóviles) tuvieron que reducir su producción por la interrupción de suministros (Frías, 2020, p. 474).

Podría entonces señalarse que, el hecho de que los primeros brotes de la pandemia fueran en China, trajo consigo repercusiones importantes sobre los países que se abastecen de su producción: Sin embargo, si se da credibilidad a la información presentada por China con respecto al manejo de la pandemia, entonces, sería fácil que a nivel de gobernanza global, se concluyera que dicho país manejó de la mejor manera

el COVID-19 y logró estabilizar de manera rápida su economía; afirmando su posición de potencia mundial. Es decir que, en esa lucha política y económica entre Estados Unidos y China, se podría configurar una situación "con China sobrepasando a Estados Unidos, o alguna situación intermedia. Esta evolución del sistema no es un proceso dirigido, sino una consecuencia de la adquisición y pérdida de poderes relativos de los principales Estados del sistema internacional" (Frías, 2020, p. 477).

A pesar de las crisis que puedan enfrentar los sistemas internacionales y los Estados en general, el hecho de que surgiera la pandemia del COVID-19 es una oportunidad que avizora dos extremos en las relaciones internacionales y que involucra directamente a la OMC. La primera podría ser volver a las ideas comerciales proteccionistas, en donde cada Estado busca proteger su producción nacional y depender menos de las potencias económicas. En segunda medida, aportar al esfuerzo de las relaciones internacionales de carácter multilateral (Martínez, 2020, p. 51). Ese enfoque de cooperación y reconstrucción internacional, se puede llevar por dos vertientes: una que busque poner a las potencias económicas a sumar esfuerzos y, por otra parte, puede surgir una nueva organización internacional comercial de cara a la falta de acuerdos, en otras palabras, la división existente entre países como Estados Unidos y China.

En ese sentido, comparto la idea de Martínez, al expresar que en este punto en el cual la globalización abarca un cambio en todas las formas de vida de los Estados, todo el deterioro causado con ocasión del COVID-19 se soluciona con trabajo en equipo consistente, y no mediante actuaciones individuales, en donde las ventajas comparativas y productivas siempre dejarán repercusiones en los países menos desarrollados. Reflejo de dicha postura es incluso la puesta en marcha del MPIA que se describió previamente, el cual permite evidenciar que el trabajo convergente de los Estados trae grandes resultados; sin embargo, las luchas individuales de las potencias ponen en peligro el orden económico internacional. Por lo anterior, se traen a colación algunas de las posibles soluciones que se han planteado con respecto al funcionamiento del OA.

Aunque, vale la pena hacer la aclaración de que no solamente se necesita un apoyo y estructuración del OA sino que además de ese aspecto, se necesita que en general la función legislativa de la OMC; es decir que, teniendo en cuenta el trabajo que ha desarrollado desde sus inicios, la OMC debería convertirse en un foro de elaboración de normas internacionales en materia de comercio (Hoekman y Mavroidis, 2021, p. 5), no obstante, no se ahondará en ello por tratarse de otro tema distinto al propuesto. Sin embargo, según la investigación de Hoekman y Mavroidis, hay una gran escala de participantes que tienen alguna relación con el OA que expresa que en definitiva las labores de los grupos especiales y el OA han sido sesgados e incoherentes (Hoekman y Mavroidis, 2021, p 8).

De conformidad con lo antes señalado, la primera de las propuestas y, podría mencionarse que la más básica, sería encontrar la forma en que Estados Unidos realice su proposición para buscar la revisión de la misma y que el bloqueo para el nombramiento de los funcionarios del OA sea levantado. No obstante, no es un tema que no se haya planteado previamente; por lo que, el plus de la propuesta tendría que

ver con la competencia que ejerce el OA, como sería el caso de la no pronunciación sobre temas que no son claros. Y, es que, precisamente, es esa una de las críticas fundamentales de Estados Unidos, quien expresa que en donde se podría considerar que hay una laguna normativa el OA arbitrariamente toma decisiones sobre temas de los cuales es incompetente, y como resultados sus decisiones resultan fuera de los parámetros legales de los cuales debería regirse (Hoekman y Mavroidis, 2021, p. 18); solución que en caso de lograrse podría ser efectiva, teniendo presente que el OA dejó de funcionar por la posición de Estados Unidos, por lo que el mismo Estado contaría con la capacidad de activarlo nuevamente.

Es por ello que, hay una gran expectativa con respecto al manejo que vaya a dar Joe Biden a su participación en la OMC específicamente lo que respecta al OA, puesto que si en el periodo presidencial de Trump existió una negativa con respecto a dicho tema, se guarda la esperanza de que la posición del gobierno actual estadounidense siga las conductas internacionales que ha llevado con respecto al manejo del COVID-19, en donde la renovación de la cooperación internacional ha sido el pilar que ha mantenido las relaciones internacionales (Schmucker, 2020, p. 6). En ese sentido, se está a la espera de que, lo que pareciera imposible, pueda ser una realidad a la crisis del OA, aunque sea algo remoto teniendo en cuenta que si bien la administración de Joe Biden tiene una idea similar a la de Trump con respecto al OA. En suma, el tema de la reforma es algo mucho más abierto que deja una esperanza a la reestructuración del sistema.

Como segunda opción, en caso de que los miembros de la OMC en definitiva insistan en la permanencia de las dos instancias dentro de la OSD, se plantea un cambio en el funcionamiento del OA. Entre los cambios propuestos están: La creación de una nueva lista de panelistas en donde se incluyan de 15 a 20 panelista nuevos por un término superior al actual, es decir, de 8 a 10 años. Por otro lado, se plantea modificar la forma de decisión de las disputas, esto es, que cuando las controversias sean relativamente menos importantes, el órgano funcione con tres panelistas y los casos en donde se evidencie relativa mayor importancia se funcione con los siete panelistas; en consecuencia, que las decisiones se tomen apoyándose en la mayoría y las opiniones disidentes también sean dadas a conocer. Adicionalmente, buscar que la elección de jueces y personas calificadas, se abra la puerta a nuevas formas de elección en donde se establezca un criterio diferenciador en la experiencia y práctica comercial, sobre todo en solución de controversias y mecanismos de solución de diferencias (Hoekman y Mavroidis, 2021, p. 24).

En todo caso, la intensidad del problema se aumenta por la falta de consenso. Cabe resaltar que en última instancia son los países miembros quienes van a decidir sobre la forma en la que va a seguir funcionando tanto los paneles, como el OA; por lo cual, sí es necesario hacer ajustes, modificar normas, plantear el funcionamiento de las instancias y demás decisiones. Todo ello será posible en tanto se logre un acuerdo entre las partes y, sobre todo, una disposición de consenso de las potencias, principalmente de Estados Unidos y China.

Una de las propuestas que en efecto ya no se podría aplicar, pero que sí es importante mencionar, era el postulado de la aceptación de la desaparición temporal del OA, el cual constituiría de la siguiente manera: una vez se incumpliera con el requisito de tres funcionarios para revisar la apelación, la misma se daría por completada, esto involucra que la controversia quedaría en manos del OSD para que se encargue de adoptar el informe del Grupo Especial y se decidiera bajo los derechos de voto. Sin embargo, dicha situación podría llevar a que los miembros también bloqueen el derecho del voto y sería el fin último del OSD; no obstante, es una situación fáctica que no surgirá en tanto el último miembro del OA como se vio antes, ya cumplió la vigencia de su mandato.

Ahora bien, hay que ver si otra de las opciones, y seguramente la que quiere Estados Unidos que se imponga en la OMC, es volver al funcionamiento antiguo al que se desarrollaba en el marco del GATT, en el que se solicitaba algo así como la postura de los paneles, como expertos en el tema se emitía un informe, pero era en últimas la solución de la controversia, un asunto propio de los países. Sin embargo, las disputas comerciales en la actualidad exigen un nivel mayor de evaluación además de que los ideales económicos de los miembros de hace 25 años a los actuales han cambiado considerablemente; en tanto, ya no hay una potencia única, sino que la economía ha crecido y la participación de distintos actores en la misma también (Pauwelyn, 2019, p. 305).

Dicha situación presenta oposiciones contundentes, puesto que es visto como un gran retroceso en todo el avance que se había logrado en las relaciones comerciales internacionales, especialmente, con respecto a la despolitización que se consiguió al crear el OSD que incluyó la constitución del OA, pues era un paso victorioso de rechazo al funcionamiento del derecho comercial de manera unilateral y desproporcionada, en donde las potencias llevan el direccionamiento del comercio y, adicionalmente, existían represalias comerciales que afectaban a grandes sectores de la economía (Hoekman y Mavroidis, 2020, p. 707).

Otra de las opciones, dispuestas a que se dé la permanencia del OA, consiste en la modificación de los estándares de revisión que ha venido manejando el OA dirigida a que el aspecto de razonabilidad e interpretación sea menos permisivo y que los estándares de verificación no sean únicamente de arbitrariedad y capricho como lo menciona Cottier (2021, p. 524), sino que, los estándares de revisión deben ir más allá de que los paneles vean las decisiones del OA como norma jurídica de obligatorio cumplimiento, por haber sido estas algo así como la "última palabra" según sea el caso, y, es que precisamente, la profesionalización de los miembros de los paneles permite ponerlos en una balanza de iguales frente a los miembros del OA, por lo que:

Se trata de combinar la fuerza y la naturaleza legal de la etapa del panel, su legitimidad e inclusión de un proceso de agencia, y la fuerza particular del OA exclusivo y totalmente independiente para ajustar la ley y asegurar la coherencia general dentro del sistema y el derecho público internacional (Cottier, 2021, p. 527)

En ese sentido, la verificación del OA podría encaminarse a inmiscuirse con respecto a la labor de los paneles en situaciones en donde se pueda afectar la seguridad jurídica, porque hay casos de errores legales graves, o que se involucren asuntos de interés público, o disputas sobre obligaciones indefinidas por lo que el aspecto de razonabilidad determinará si el proceso del panel fue correcto o incorrecto, o, generare una nueva línea argumentativa, sino que será examinar si el informe especial cumple los requisitos de razonabilidad en materia comercial y se ajusta a las obligaciones adquiridas por las partes del Acuerdo (Cottier, 2021, p.18).

LOS ESCENARIOS QUE SE ESPERAN CON RELACIÓN AL ÓRGANO DE APELACIÓN DE LA OMC

Para finalizar, se observa que las tensiones entre las potencias generan problemáticas importantes que los miembros intermedios de la OMC no han podido resolver, más aún cuando las tensiones Estados Unidos vs. China se agudizaron con los efectos y manejo que se dio a la pandemia COVID-19, por lo que, en consecuencia, se puede resumir que la tensión de las dos potencias sigue. Mientras que los demás países intentan sostener el MPTA y seguir logrando la concertación o, por su parte Estados Unidos hace consistente su llamado a la reforma y se cambia el funcionamiento del sistema bajo las perspectivas y parámetros que se vieron previamente. Estas dos opciones podrían quizá ser las más posibles; sin embargo, hay una tercera opción que relaciona a China y su objetivo de lograr la implementación del BRICS y el ABII.

En claro que China muestra una total contraposición con respecto a las críticas que ha relacionado Estados Unidos con respecto a la favorabilidad del mercado asiático en contra posición del estadounidense, sobre todo al manifestar que han invertido grandes sumas de dinero para entrar a la OMC, incluso cuando grandes mercados han intentado que sus productos estén fuera de los mercados domésticos, generando barreras al comercio con resultados negativos para la industria comercial China (Grozoubski, 2020, p. 3). En ese sentido, China atribuye la crisis general de la OMC a las tensiones geopolíticas, intereses estatales, filosofía y populismo emergente que ha venido avanzando rápidamente y ha creado la disfuncionalidad de la OMC.

Adicionalmente, hay una postura que, si bien espera que se dé una restauración de la OMC, hay un factor importante, y es si en realidad Estados Unidos quiere ser esa potencia global que coordine el funcionamiento de las relaciones comerciales actuales, teniendo en cuenta lo vivido en la gran recesión, el COVID-19, y el papel de otras potencias tratando de cubrir el vacío que ha dejado la participación de Estados Unidos en la gobernanza global (Barnes *et al.*, 2020, p. 3). Es por esa razón que, se genera el razonamiento de si Estados Unidos quiere imponerse nuevamente y marcar el direccionamiento de las relaciones comerciales y funcionamiento del OA y, en general, de la OMC y dejar un espacio para implementar medida unilaterales y proteccionistas y dejar que otras potencias, es especial China siga el curso de los temas de agenda propuestos.

Teniendo en cuenta lo anterior, el sistema alternativo liderado por China pretende hacer las veces de Fondo Monetario Internacional y Banco Mundial, desarrollados bajo el objeto del Bretton Woods. El Banco BRICS integra a Brasil, Rusia, India y China y dentro de sus objetivos postulados se encuentran: la Inversión en proyectos de infraestructura en países subdesarrollados y en desarrollo bajo entornos sustentables y con aumento de eficiencia y transparencia; otorgar préstamos de largo plazo durante crisis financieras globales, proporcionar deuda convertible, que podría ser comprada por los bancos centrales de los estados miembro (Santoro, s.f.).

Ahora bien, con respecto al ABII, es decir, el Banco Asiático de Inversiones, se trata de otra institución que dentro de sus objetivos plantea la inversión en temas de infraestructura y desarrollo de los países que sean parte del mismo; "este organismo además ha sido señalado como parte de los esfuerzos de Pekín no sólo (sic) de remodelar la gobernanza global y fortalecer su rol de liderazgo global, sino también deslegitimizar el sistema dominante de Estados Unidos" (Telias, 2020, p. 15).

Con base en lo anterior, puede mencionarse que este sistema alternativo busca precisamente no tener que ceñir sus políticas comerciales a lo que fue establecido en el Sistema Bretton Woods y lo ordenado por Estados Unidos. Así mismo, podría verse la competencia directa del Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial; por lo que, efectivamente se estaría frente a una alternativa de alianza para los países en vía de desarrollo, teniendo en cuenta la posición que ostenta actualmente China en la distribución de bienes y servicios a nivel mundial; por lo cual, una vez posesionado China como potencia superior a Estados Unidos, se llegaría a un punto en que las decisiones importantes en el sistema de la OMC ya no estarían solo a disposición de Estados Unidos, sino que se generaría un cambio de visión y reconocimiento a China, ello permitiría seguramente la continuidad no solo del OA sino del sistema que ejecuta el OSD.

CONCLUSIONES

Como resultado de lo expuesto, es importante mencionar que el OA de la OMC presenta una crisis muy importante, las tensiones surgidas con ocasión de dicha situación acumularon problemáticas comerciales que generan inseguridad jurídica a los Estados miembros de la OMC y rompen los principios por los que se creó. Además, los intereses estatales de las potencias perjudican a los países en vía de desarrollo que, si se ven realísta mente, no tienen la posibilidad de tomar una acción de decisión definitiva sobre la situación.

Ante la negativa de Estados Unidos para brindar una solución a la crisis del OA, otros Estados miembro han intentado dar opciones de solución, ante las cuales no se ha logrado un consenso global. No obstante, se está a la espera de la posición que pueda tener Estados Unidos en el gobierno Biden, el cual ha mantenido de manera general la postura del expresidente Trump, pero que al menos abre la puerta a un diálogo que busque la cooperación internacional, propuesta que surge de la manera en la que se ha

dado trato a la contención del COVID-19, en donde muestra su interés en el trabajo convergente de los Estados.

Por otra parte, hay otra visión con respecto al papel que pueda jugar China, país que está intentando escalar su posición económica con el fin de superar y llenar el vacío generado por Estados Unidos en escenarios comerciales internacionales. Así pues, está buscando tener más adeptos que permitan que encuentren en dicho Estado, como un aliado comercial que está al mismo nivel de Estados Unidos.

En consecuencia, una vez sea superado del todo el tema del COVID-19 y sus efectos, y los países vuelvan a retomar una normalidad comercial, se espera que sea la oportunidad perfecta para realizar los planteamientos necesarios sobre los cambios que requiere el Órgano de Apelación o la terminación de su funcionalidad. Si lo último llegase a acontecer, conllevaría a volver al sistema de solución de diferencias antes de 1995 con el GATT, o la continuidad del MPIA el cual, en algún momento, no logrará solventar las necesidades que el sistema exige.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez, F. (2020). *Evaluación del sistema de solución de diferencia de la OMC desde la perspectiva del agente económico privado*. Santiago de Chile: Universidad de Chile.
- Barnes-Dacey, J., Dennison, S., Dworkin, A., Geranmayeh, E., Leonard, M., Murphy, T., Oertel, J., Popescu, N., & Varma, T. (2020, noviembre 26). *A new transatlantic bargain: An action plan for transformation, not restoration*. European Council on Foreign Relations. Disponible en: <https://ecfr.eu/publication/a-new-transatlantic-bargain-an-action-plan-for-transformation-not-restoration/>
- Cottier, T. (2021). "Recalibrating the WTO dispute settlement system: Towards new standards of Appellate review". *Journal of International Economic Law*, 24(3), 515-533.
- Delpiano Lira, C. (2011). "El mecanismo de solución de diferencias de la OMC. Un elemento de seguridad y previsibilidad en el sistema multilateral de comercio". *Revista de derecho (Coquimbo)*, 18(1), 213-239.
- Frías, C. (2020). "Paisaje después de la batalla: el mundo tras el COVID-19". *Instituto español de estudios estratégicos*, (18), 469-484.
- Fukunaga, Y. (17 de abril de 2019). "Interpretative Authority of the Appellate Body: Replies to the Criticism by the United States". SSRN. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3356134
- García-Matamoros, L., Restrepo, A., & Árevalo-Ramírez (2017) "Procedimiento ante el Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC)". En. García-Matamoros, L. & Ávila-Medina, D., *Procedimiento, litigio y representación ante tribunales internacionales* (537-588). Bogotá: Universidad del Rosario.
- Grozubinski, D. (5 de agosto de 2020). "The World Trade Organization: An Optimistic Pre-Mortem in Hopes of Resurrection." *Lowy Institute for International Policy*, 1-36.
- Hoekman, B. y Mavroidis, P. (2020). "To AB or Not to AB? Dispute Settlement in WTO Reform". *Journal of International Economic Law*, 23(3), 703-722.

- Hoekman, B. y Mavroidis, P. (2021). "Preventing the Bad from Getting Worse: The End of the World (Trade Organization) As We Know It?" *European Journal of International Law*, 32(3), 2-28.
- Martínez, C. (2020). "La crisis de la COVID-19 y la Organización Mundial del Comercio: ¿una oportunidad?". *Boletín Económico ICE*, (3125), 43 - 53.
- Office of the United States "Trade Representative". (20 de febrero de 2020). *Report on the Appellate Body of the World Trade Organization*. Disponible en: https://ustr.gov/sites/default/files/Report_on_the_Appellate_Body_of_the_World_Trade_Organization.pdf
- OMC. (30 de abril de 2020). "Declaración sobre un mecanismo para elaborar, documentar y comunicar prácticas y procedimiento en la sustanciación de diferencias en la OMC". Disponible en: <https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=s:/Jobs/DSB/1A12.pdf&Open=True>
- Palau, N. y Guarín, G. (29 de diciembre de 2020). "La crisis del Órgano de Apelación: no hay remedio". *Acuerdos Revista de Derecho Económico Internacional*. Disponible en: http://acuerdos-revista.mincit.gov.co/articulos/la-crisis-del-organo-de-apelacion-no-hay-remedio#_ftn1
- Pauwelyn, J. (2019) "WTO Dispute Settlement Post 2019: What to Expect?". *Journal of International Economic Law*, 22(3), 297-321.
- Santoro, M. (s.f.) "Un Banco para los BRICS". Disponible en: https://www.palermo.edu/Archivos_content/economicas/pdf/Un-banco-para-los-BRICS-Marcelo-Santoro.pdf
- Schmucker, C. (1 de noviembre de 2020). "The Effects of the COVID-19 Pandemic on US and European Commitment to the Multilateral Economic Order". *Instituto Affari Internazionali (IAI)*, 1-16.
- Telias, D. (2020). "China y la gobernanza global: a tres años del inicio de las operaciones del Banco Asiático de Inversión en Infraestructura". *PORTES: Revista Mexicana de Estudios Sobre la Cuenca del Pacífico*, 14(28) 7-29