

LA UNIÓN EUROPEA Y LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL
DEL COMERCIO: COMENZANDO UN DIÁLOGO
PROTO-CONSTITUCIONAL*

THE EUROPEAN UNION AND THE WORLD TRADE
ORGANIZATION: A BUDDING PROTO-CONSTITUTIONAL
DIALOGUE

NAIARA ARRIOLA ECHANIZ

*Prof. Dra. Encargada de Derecho Constitucional
Universidad de Deusto (Bilbao, España)
orchid ID: 0000-0002-9504-5601*

Recibido: 16.06.2017 / Aceptado: 20.07.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2017.3866>

Resumen: En el presente artículo se analiza la confluencia de ordenamientos jurídicos entre la OMC y la UE desde la perspectiva del sistema de fuentes del Derecho. Esta interconexión normativa ha derivado en disputas comerciales sobre las que se ha pronunciado no sólo el Sistema de Solución de Diferencias de la OMC sino el propio Tribunal de Justicia de la UE.

Palabras clave: Derecho constitucional, sistema de fuentes, Derecho de la UE, Organización Mundial del Comercio, interconexión normativa.

Abstract: The objective of this article is to analyze the conjunction of legal systems between the World Trade Organization and the European Union. This normative interconnection has caused disputes solved not only by the Dispute Settlement System within the WTO but also applied within the EU judicial system.

Keywords: Constitutional Law, conflicts of norms, European Union Law, World Trade Organization, normative interconnection.

Sumario: Introducción. I. El control de legalidad en el sistema multilateral del comercio. 1. El Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias. 2. El cumplimiento de las decisiones adoptadas en el marco del SSD. II. La constitucionalización económica: el diálogo judicial derivado de las resoluciones del SSD en el ámbito de la UE. 1. El surgimiento de un Derecho constitucional postnacional. 2. La evolución de la jurisprudencia del TJUE en la aplicación del Derecho de la OMC. 3. La interconexión normativa en el ámbito del sistema multilateral del comercio: ¿hacia un nuevo sistema de fuentes? Conclusiones.

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad: “Red de Excelencia en Justicia constitucional y diálogo judicial” (DER2016-81801-REDT), cuyo investigador principal es LUIS I. GORDILLO.

Introducción

1. La globalización ha sido capaz de desbordar los contenedores nacionales e internacionales que se desarrollaron en el mundo hasta después de la Segunda Guerra Mundial para convertirnos en ciudadanos de una aldea con problemas de carácter global ante los que un único Estado o una determinada organización internacional se tornan instrumentos de solución obsoletos e insuficientes.

La globalización va a ser entendida como un proceso natural e irreversible de la realidad jurídica, política y económica de nuestro tiempo que exige a los actores políticos y jurídicos nacionales e internacionales su adaptación a este nuevo escenario mundializado e interconectado¹. El hecho de que se reconozca que la globalización es un fenómeno irreversible no significa que no se considere que sea necesario un control sobre los procesos que genera y las consecuencias que provoca. De hecho, en el ámbito concreto del sistema multilateral del comercio, la Organización Mundial del Comercio (en adelante, OMC) se erige como institución fundamental para promover la seguridad jurídica.

El nuevo panorama globalizado incide en la distribución del poder político y lleva a una relación más estrecha la cooperación internacional del primer tercio del siglo XX. Los comienzos de esta cooperación se sitúan en uniones internacionales sectoriales tales como la Unión Postal Universal y la Unión Internacional de Telecomunicaciones, navegación, para dar paso en un momento posterior a organizaciones internacionales con mayor interconexión entre sus miembros como son el Fondo Monetario Internacional, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico y la OMC y organizaciones internacionales de alcance global como la Organización de las Naciones Unidas que enmarcan en su seno uniones de carácter sectorial como la Organización Internacional del Trabajo, la Organización Mundial de la Salud². El factor inter-estatal del poder internacional está siendo sustituido por una mayor cooperación y dependencia mutua a escala global. Como exponente máximo de esta nueva forma de entender las relaciones supranacionales de los Estados destaca la Unión Europea.

2. En el contexto globalizado el papel del Estado a la hora de producir los marcos normativos para el desarrollo seguro de las actividades económicas, aunque es central, ya no tiene la exclusividad que tuvo en épocas anteriores³. Determinados sujetos privados, tales como las empresas transnacionales, han adoptado un papel de agentes intermediarios estratégicos que contribuyen a la gestión y coordinación de la economía global, por ejemplo, mediante la creación de los regímenes propios para administrar el comercio internacional estableciendo nuevos estándares internacionales privados de contabilidad y revelación de información financiera. Las grandes empresas abogan por una regulación nacional mínima en el mercado y una intervención mínima por parte del Estado, amenazando incluso con una deslocalización de su capacidad productiva a Estados más cercanos a sus demandas⁴. No obstante, como consecuencia de la crisis económica de 2008, se ha generado una corriente política y doctrinal que aboga por

¹ Este proceso globalizador también es definido como un proceso artificial y excluyente por los movimientos y la doctrina antiglobalización, *vide*, entre otros: B. DE SOUSA SANTOS; C. A. RODRÍGUEZ GARAVITO (ed.), *El Derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita*, Anthropos, Barcelona, 2007; R. FALK, *Predatory Globalization: Critique*, Polity Press, London, 2000; S. GEORGE; M. WOLF, *La globalización liberal. A favor y en contra*, Editorial Anagrama, S.A., Barcelona, 2002; J. GRAY, *Falso amanecer. Los engaños del capitalismo global*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2000. Actualmente, los movimientos anti-globalización han encontrado su máximo exponente en la figura del vigesimoquinto presidente de los EEUU Donal Trump quien ha recuperado la retórica del proteccionismo y de la defensa de fronteras frente a la apertura y la liberalización que caracteriza a la globalización, sirva como botón de muestra la reflexión de Y. SINTOMER, «¿Condenados a la posdemocracia?», *Nueva sociedad*, núm. 267, 2017 (Ejemplar dedicado a: *El fantasma del populismo*), pp. 22-34; L. RAIM, «La derecha “alternativa” que agita a Estados Unidos», *Nueva sociedad*, núm. 267, 2017 (Ejemplar dedicado a: *El fantasma del populismo*), pp. 53-71.

² J. L. MEILÁN GIL, *Una aproximación al Derecho Administrativo Global*, Global Law Press, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2011, pp. 23-24.

³ La pérdida de capacidad reguladora de los Estados en materia económica como causa de la globalización actual es un hecho reconocido por un amplio sector de la doctrina internacionalista. Este hecho es un fenómeno complejo que implica no sólo a la doctrina internacionalista y a la constitucionalista, sino que también es estudiado desde la perspectiva sociológica y economicista. Desde la ciencia del Derecho constitucional, sobre la crisis del Estado y sus retos a futuro, *vide*, entre otros, L. I. GORDILLO PÉREZ, «¿Por qué surge el Estado? Una metodología holística para entender el origen, la función y los retos del poder público», *Pensamiento. Revista de Investigación e Información Filosófica*, Vol. 72, núm. 272, 2016, pp. 563-591.

⁴ C. TAIBO, *Movimientos antiglobalización. ¿Qué son? ¿Qué quieren? ¿Qué hacen?*, Carata, Madrid, 2007, p. 24. En la misma línea, véase también: OLIVAS, E., *Sobre algunas consecuencias jurídico-políticas de la globalización*, Reus, Madrid, 2004, p. 102.

el blindaje de mercados nacionales que arremete contra los procesos de liberalización económica a nivel mundial⁵. De hecho, esta corriente proteccionista ha encontrado un nuevo impulso derivado del Brexit⁶.

La OMC se presenta como una organización internacional que sirve de marco para poder adoptar las normas necesarias que regulen el comercio internacional. Gracias esta organización internacional el poder económico «desterritorializado» pasa a un ente interestatal y supranacional legítimamente constituido y, por este motivo, los Estados mantienen de manera indirecta sus competencias reguladoras económicas⁷. La línea ideológica que rige el Derecho de la OMC es la liberalización del comercio internacional, la erradicación de las leyes proteccionistas estatales y la garantía del Estado de Derecho en su ámbito material de competencia⁸.

El Acuerdo por el que se estableció la OMC no trata la cuestión de su efecto directo o de su invocabilidad sobre los órdenes jurídicos nacionales de sus Miembros⁹. Sin embargo, esta Organización juridificó el mecanismo de solución de controversias iniciado bajo los auspicios del GATT de 1947. En aquellas diferencias en las que la Unión Europea es parte demandada y condenada en el Sistema de Solución de Diferencias que, a su vez, son llevados ante los tribunales de justicia de la Unión. Ambas instituciones necesitan referirse mutuamente a las decisiones de sus respectivos sistemas judiciales para resolver sus asuntos y, por tanto, tal y como se analizará en el presente artículo, se puede ver cómo se está generando un incipiente diálogo constitucional entre ambas instituciones.

I. El control de legalidad en el sistema multilateral del comercio

1. El Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias

3. El Sistema de Solución de Diferencia (en adelante, SSD) ejerce el control y la supervisión *a posteriori* sobre el cumplimiento del Derecho de la OMC por parte de sus Miembros ya que este mecanismo de control se acciona cuando un Miembro pone en conocimiento de la Organización que otro, ya sea mediante una norma o mediante cualquier tipo de actuación, puede estar infringiendo el Derecho de la OMC¹⁰.

⁵ Estos procesos tienen su máximo exponente en la figura de Donald Trump, *vide* nota a pie de página 2 del presente artículo. Las corrientes proteccionistas se encuentran en las economías más importantes del mundo: M. EVREN TOK; B. O'BRIGHT, «Reproducing spaces of embeddedness through Islamic NGOs in Sub-Saharan Africa: reflections on the post-2015 development agenda», *African Geographical Review*, vol. 36, núm. 1, 2017, pp. 85-99; S. KIEFEL, «Section 92: Markets, Protectionism and Proportionality – Australian and European Perspectives», *Monash University Law Review*, vol. 36, núm. 2, 2010, pp. 1-15; R. YEP, «From Mao to Market: Rent Seeking, Local Protectionism, and Marketization China», *China Journal*, núm. 53, 2005, pp. 162-164.

⁶ El Brexit es un proceso a largo plazo por lo que la doctrina en la actualidad se ha ocupado de aventurar las posibles consecuencias del mismo, desde el punto de vista económico. La complejidad radica en la interconexión normativa que existe entre la Unión Europea y Gran Bretaña y valorar cómo proceder jurídica y políticamente para que la salida sea lo más jurídicamente ordenada, *vide*, entre otros: A. CONVERY; J. PETERSON; D. WINCOTT, «Introduction: Studying Brexit's causes and consequences», *British Journal of Politics & International Relations*, vol. 19, núm. 3, 2017, pp. 429-433; A. PETTIFOR, «Brexit and its Consequences», *Globalizations*, vol. 14, núm. 1, 2017, p.127-132. En concreto, «el Banco de Inglaterra (...) ha cambiado mucho, ha pasado de patrón oro a tipo de cambio flotante, de convertibilidad metálica a dinero fiduciario, de banca fraccional a banca universal, de la dominancia fiscal a autonomía de la banca central, de la responsabilidad patrimonial a responsabilidad limitada. Y también en su sentido político. El Banco de Inglaterra, si siempre lo fue, ahora es más que nunca Estado. No democracia, sino Estado. Parece que con la Globalización el Estado nación se desmorona» en T. BASTERRECHE, «The Old Lady of Threadneedle», ponencia presentada en el Congreso *Constitucionalizando la Globalización*, Universidad de Castilla-La Mancha, Albacete, 13 julio 2017, p. 48.

⁷ U. BECK, *Libertad o capitalismo. Conversaciones con Johannes Willms*, Paidós, Barcelona, 2002, p. 40.

⁸ La bibliografía sobre la OMC y su papel como institución garante de un sistema multilateral del comercio basado en normas es inabarcable en una nota a pie. Como manuales de referencia de esta Organización y de su SSD, *vide*, P. VAN DEN BOSSCHE; D. PRÉVOST, *Essentials of WTO Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017; P. VAN DEN BOSSCHE; W. ZDOUC, *The Law and Policy of the World Trade Organization*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

⁹ H. RUIZ FABRI, «Is There a Case – Legally and Politically – for Direct Effect of WTO Obligations», *The European Journal of International Law*, vol. 25, núm. 1, 2014, pp. 154-155.

¹⁰ N. ARRIOLA, *La convergencia de los sistemas de integración: las relaciones entre la OMC y la UE en perspectiva constitucional*, Aranzadi – Thomson Reuters, Navarra, 2017, pp. 139-176.

4. El SSD se regula en el Anexo 2 del Acuerdo sobre la OMC bajo el título «Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias» (en adelante, Entendimiento de Solución de Diferencias o ESD) se compone de 27 artículos y 4 apéndices.

El Entendimiento de Solución de Diferencias ofrece un procedimiento único de solución de diferencias regulado en un único instrumento (párrafo 2 del artículo 3 del ESD). No obstante, los anexos del Acuerdo sobre la OMC recogen cláusulas específicas sobre solución de diferencias para adaptarse a las circunstancias concretas que puedan darse en determinadas parcelas del comercio internacional¹¹.

5. La doctrina mayoritaria considera que el SSD aúna elementos de naturaleza diplomático-política y elementos de naturaleza judicial. Por un lado, los aspectos de naturaleza diplomática lo constituyen: las consultas (artículo 4 del ESD); los buenos oficios, conciliación y mediación (artículo 5 y artículo 24 del ESD); la vigilancia del cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones (artículo 21 del ESD); la compensación y suspensión (artículo 22 del ESD).

Por otro lado, los elementos de naturaleza judicial del sistema son: los procedimientos de los Grupos Especiales (artículos 6 a 8 del ESD); el procedimiento de apelación (artículos 16 a 19 del ESD); el procedimiento de arbitraje regulado en el artículo 25 del ESD y el automatismo en la adopción de los informes que ponen fin a una diferencia¹². La regla de adopción de decisiones en el seno del Órgano de Solución de Diferencias es el «consenso negativo», es decir, la decisión se adoptará salvo consenso de todos los Miembros para su no adopción¹³. En la toma de decisiones de la Organización la regla general es el consenso positivo salvo en cuatro casos especiales donde se aplica la citada regla del consenso negativo: en el establecimiento de los GE en segunda consulta (párrafo 2 del artículo 6 del ESD), en la adopción de los informes de los GE y del OA por el Órgano de Solución de Diferencias (párrafo 4 del artículo 16 y párrafo 4 del artículo 17 del ESD), en el establecimiento de un GE en caso de desacuerdo entre las parte sobre el cumplimiento efectivo de las resoluciones y recomendaciones de los informes adoptados por el

¹¹ El párrafo 2 del artículo 1 del ESD establece que las normas y procedimientos del ESD se aplicarán sin perjuicio de las normas y procedimientos especiales o adicionales que en materia de solución de diferencias contienen los acuerdos abarcados y se identifican en el Apéndice 2 del ESD. El Apéndice 2 del ESD regula las «Normas y procedimientos especiales adicionales contenidos en los Acuerdos abarcados», dichas normas y sus respectivos artículos y anexos se recogen a continuación: Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, párrafo 2 del artículo 11; Acuerdo sobre los Textiles y el Vestido, párrafo 14 del artículo 2, párrafo 21 del artículo 2, párrafo 4 del artículo 4, párrafos 2, 4 y 6 del artículo 5, párrafos 9, 10 y 11 del artículo 6, párrafos 1 al 12 del artículo 8; Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, párrafos 2 al 4 del artículo 14 y Anexo 2; Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del GATT de 1994, párrafos 4 al 7 del artículo 17; Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VII del GATT de 1994, párrafo 3 al 5 del artículo 19 y párrafo f) del artículo 2, artículo 3, artículo 9 y artículo 21 del Anexo II; Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, párrafos 2 al 12 del artículo 4, párrafo 6 del artículo 6, párrafos 2 al 10 del artículo 7, párrafo 5 del artículo 8, nota a pie de página 35, párrafo 4 del artículo 24, párrafo 7 del artículo 27 y Anexo V; Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, párrafo 3 del artículo XXII, párrafo 3 del artículo XXIII, párrafo 1 del artículo 4 del Anexo sobre Servicios Financieros y artículo 4 del Anexo sobre Servicios de Transporte Aéreo; Decisión relativa a determinados procedimientos de solución de diferencias para el AGCS, artículos 1 al 5. Por último, también se incluyen en este apéndice las normas o procedimientos especiales o adicionales de los Acuerdos Comerciales Plurilaterales que hayan determinado los órganos competentes de cada uno de dichos acuerdos y que se hayan notificado al ÓRGANO DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS.

El Sistema de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio presta una especial atención a los países en desarrollo y a los países menos adelantados que cuenta con una referencia específica en los anexos del Acuerdo sobre la OMC. La OMC tiene un Comité sobre Comercio y Desarrollo. A su vez, la Secretaría de la Organización Mundial del Comercio ha recopilado las disposiciones de los anexos del Acuerdo sobre la OMC que confieren a los países en desarrollo y países menos desarrollados derechos especiales: Disposiciones sobre trato especial y diferenciado establecidas en los Acuerdos y Decisiones de la OMC, WT/COMTD/W/77 de 25 de octubre de 2000; Trato especial y diferenciado para los países menos adelantados, documento WT/COMTD/W/135 de 5 de octubre de 2004 y el *Annex II: Summary of Provisions Contained in the Uruguay Round Agreements for the Differential and More Favourable Treatment of Developing and Least Developed Countries*. Documentos disponibles en http://www.wto.org/spanish/tratop_s/devel_s/dev_special_differential_provisions_s.htm (última revisión, 7 abril 2017). Como se puede observar en los documentos referidos, el propio ESD tiene algunas disposiciones relativas a los países en desarrollo y países menos adelantados (párrafo 10 del artículo 12, párrafo 11 del artículo 12, párrafo 2 del artículo 21, párrafo 1 del artículo 24). Sin embargo, estas disposiciones son criticadas por su escasa operatividad, por su redacción en términos imprecisos, por su falta de obligatoriedad y su carácter incoercible.

¹² V. BOU FRANCH, «El mecanismo de solución de diferencias en la Organización Mundial del Comercio» en V. BOU FRANCH (coord.), *Nuevas controversias internacionales y nuevos mecanismos de solución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 323.

¹³ E. LÓPEZ BARRERO, *Regulación del comercio internacional: la OMC*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 68.

Órgano de Solución de Diferencias (párrafo 5 del artículo 21 del ESD) y en la autorización de suspensión de concesiones y otras obligaciones en el marco de los acuerdos abarcados una vez vencido el plazo prudencial de cumplimiento (párrafos 6 y 7 del artículo 22 del ESD). En estos casos, para que se pueda bloquear la adopción de alguna de las cuatro decisiones mencionadas, todos los Miembros, incluidas las partes que formen parte en la diferencia, tienen que estar de acuerdo en su no adopción.

Por último, las recomendaciones de los Grupos Especiales, del Órgano de Apelación y del Órgano de Solución de Diferencias aúnan elementos de naturaleza diplomática y judicial (artículos 12, 16, 17 y 19 del ESD)¹⁴. La evaluación objetiva de cada asunto llevada por estos órganos refuerza la naturaleza judicial del sistema, sin embargo, la formulación de sus conclusiones finales se aproxima a una labor de mediación o conciliación más propia de los sistemas de solución de diferencias de naturaleza diplomática al tratar de atender a los intereses de ambas partes y buscar un punto de consenso entre ambas. No obstante, todas las soluciones de las diferencias deben ser compatibles con los acuerdos abarcados¹⁵.

6. La regulación de un mecanismo de solución de controversias en el marco de la OMC introdujo novedades frente al procedimiento internacional de solución de diferencias regulado en el GATT de 1947. Dentro del organigrama de la OMC se ha creado un órgano específico, el Órgano de Solución de Diferencias, compuesto por representantes de todos los Miembros de la Organización, encargado de supervisar los procedimientos de solución de diferencias regulados en el Entendimiento de Solución de Diferencias. La institucionalización de los órganos que participan en el sistema se ha extendido también a los Grupos Especiales y al Órgano de Apelación. El ESD define con precisión las etapas del procedimiento, fijando plazos perentorios. Este procedimiento defiende la pronta solución de las diferencias como requisito esencial para la OMC pueda cumplir los objetivos para los que lo creó y garantizar el principio de previsibilidad y seguridad en el sistema¹⁶. El Entendimiento refuerza el automatismo para superar los puntos de bloqueo existentes en los procedimientos de solución de controversias del GATT de 1947. Se reconoce el derecho de la parte reclamante a la constitución de un Grupo Especial que conozca la controversia y se impide el bloqueo del inicio del proceso por parte del Miembro demandado en el proceso de solución de la diferencia. Se regula un procedimiento de examen de la diferencia en apelación creándose un Órgano de Apelación, ante el que cualquiera de las partes en la diferencia puede recurrir el informe elaborado por el Grupo Especial. El examen en apelación se centra en las cuestiones de Derecho o de interpretación jurídica que susciten los Miembros partes en una determinada diferencia. El informe del Grupo Especial y del Órgano de Apelación se adopta por el Órgano de Solución de Diferencias en virtud de la nueva regla del consenso negativo donde la única posibilidad de bloqueo reside en que todos los Miembros se opongan de mutuo acuerdo a la adopción de dicho informe. Esta nueva regulación ha conseguido que la adopción de los informes por parte del Órgano de Solución de Diferencias sea un proceso automático, superando los problemas de bloqueo que se producían en el GATT de 1947. El Entendimiento de Solución de Diferencias refuerza el mecanismo de vigilancia de los informes y recomendaciones del Órgano de Solución de Diferencias. Se reconoce la posibilidad al Miembro reclamante vencedor de suspender concesiones u otras obligaciones previa autorización Órgano de Solución de Diferencias con respecto al Miembro demandado perdedor que no observe los informes adoptados como medida temporal para impulsar el pronto cumplimiento de los informes adoptados (artículo 21 y artículo 22 del ESD).

Por lo antedicho, aunque este Sistema de Solución de Diferencias pueda ser objeto de críticas y reclame algunos cambios que aseguren el cumplimiento por parte de los Miembros demandados y condenados, también hay que poner de manifiesto que se han superado la gran mayoría de las barreras diplomáticas existentes en el GATT de 1947 que desencadenaron la imposibilidad de solucionar multitud de controversias en su seno.

¹⁴ E. U. PETERSMANN (ed.), *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, Kluwer Law International, The Hague, 1997, p. 60.

¹⁵ X. FERNÁNDEZ PONS, *La OMC y el Derecho internacional. Un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho internacional general*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, Barcelona, 2006, pp. 84-85.

¹⁶ T. COTTIER, «Dispute Settlement in the World Trade Organization: Characteristics and Structural Implications for the European Union», *Common Market Law Review*, vol. 35, núm. 3, 1998, p. 344.

7. El párrafo 1 del artículo 1 y párrafo 1 del artículo 23 del ESD disponen que el Sistema de Solución de Diferencias tiene jurisdicción obligatoria sobre cualquier controversia que surja entre sus Miembros que derive de los acuerdos abarcados indicados en el Apéndice 1 del ESD (Acuerdo sobre la OMC, GATT de 1994, Acuerdos multilaterales sobre mercancías, Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, Aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, Entendimiento de Solución de Diferencias, Acuerdos plurilaterales entre las partes firmantes)¹⁷. Tras su adhesión, cada Miembro adquiere el derecho a tratar de solucionar sus controversias comerciales a través del citado sistema¹⁸. El artículo 23 del ESD prohíbe el recurso de los Miembros a otros foros para la resolución de diferencias con respecto a cualquier disposición del Derecho de la OMC que componen los acuerdos abarcados por el Entendimiento de Solución de Diferencias en aras de fortalecer el sistema multilateral de comercio.

8. Cualquier acción u omisión de un Miembro que suponga una anulación o menoscabo de los derechos de otro(s) Miembro(s) reconocidos en los acuerdos abarcados es causa suficiente para iniciar el procedimiento de solución de Diferencias. Sólo podrán iniciar una diferencia los Miembros de la OMC que tengan un interés general (artículos XII y XXIII del GATT de 1994)¹⁹.

9. El SSD es un sistema autónomo de solución de conflictos. La solución de controversias mediante el procedimiento sustanciado ante los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación es el proceso jurídico para solucionar las controversias del sistema multilateral de comercio entre Miembros.

10. Para iniciar el procedimiento ordinario de solución de diferencias el Miembro que se persone como parte reclamante deberá notificar su solicitud de celebración de consultas al Órgano de Solución de Diferencias (párrafo 4 del artículo 4 del ESD). La legitimación activa para iniciar una consulta pertenece sólo a los Miembros de la OMC y, por tanto, las empresas o partes privadas no pueden iniciar una diferencia²⁰. La solicitud de celebración de consultas señala el inicio formal de la diferencia, en ella figurarán las medidas en litigio y los fundamentos jurídicos de la reclamación (párrafo 4 del artículo 4 del ESD). Los Miembros deberán participar en las consultas de buena fe, tratarán de resolver la diferencia de forma amigable y éstas serán confidenciales. El proceso de consultas es un medio de solución de diferencias diplomático-político y las partes tienen libertad para determinar cómo se van a desarrollar las consultas²¹.

11. En caso de no alcanzar un acuerdo entre las partes en fase de consultas 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 solicitar el establecimiento de un Grupo Especial. La parte reclamante podrá pedir el establecimiento dentro de ese plazo si las partes que intervienen en las consultas consideran de común acuerdo que éstas van a permitir resolver la diferencia (párrafo 7 del artículo 4 del ESD).

¹⁷ JACKSON define el ESD como una poderosa medida de jurisdicción obligatoria en J. H. JACKSON, *Soberanía, la OMC y los fundamentos cambiantes del Derecho internacional*, Marcial Pons, Madrid, 2009, «4. La estructura y operación actuales del Sistema de Solución de Diferencias de la OMC», p. 226.

¹⁸ X. FERNÁNDEZ PONS, *La OMC y el Derecho internacional. Un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho internacional general*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, Barcelona, 2006, p. 71.

¹⁹ El concepto de «interés general» no se explica en el ESD. Así el OA se ha pronunciado sobre esta cuestión y en el informe del caso Bananas III estableció que «(...), consideramos que los Miembros tienen un amplio margen de discrecionalidad para decidir si presentan o no una reclamación contra otro Miembro al amparo del ESD. Del texto del párrafo 1 del artículo XXIII del GATT de 1994 y del párrafo 7 del artículo 3 del ESD se desprende, además, que en gran medida corresponde al propio Miembro decidir sobre la “utilidad” de presentar una reclamación» en Informe del OA de la diferencia CE - Régimen de la importación, venta y distribución de bananos (DS27) (CE – Banano III), WT/DS27/AB/R de 9 de septiembre de 1997, párrafo 135.

²⁰ A. ALEMANNI, «Private parties and WTO Dispute Settlement System», Cornell Law School Inter-University Graduate Student Conference Papers. Paper 1, 2004. Disponible en <http://scholarship.law.cornell.edu/lps_clacp/1/> (última revisión, 7 abril 2017).

²¹ P. VAN DEN BOSSCHE, *The Law and Policy of the World Trade Organization. Text, Cases and Materials*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, p. 271.

Las partes pueden alcanzar una solución mutuamente convenida durante todo el tiempo posterior a la fase de consultas hasta el momento en que el GE traslade sus conclusiones al Órgano de Solución de Diferencias (párrafo 7 del artículo 12 del ESD). Durante esta fase, a solicitud de la parte reclamante, el Grupo Especial puede suspender su trabajo por un plazo máximo de 12 meses. Si la suspensión se prorroga por más de este tiempo, la autoridad del Grupo Especial caduca (párrafo 2 del artículo 12 del ESD). Si las partes lograsen una solución de la diferencia de mutuo acuerdo, el informe del GE deberá estar limitado a una breve descripción del caso y se debería informar al Órgano de Solución de Diferencias de que se ha logrado dicha solución (párrafo 7 del artículo 12 del ESD).

Dentro de los 60 días siguientes a la fecha de distribución del informe del GE a los Miembros, el informe se adoptará en una reunión del Órgano de Solución de Diferencias, a menos que una parte en la diferencia notifique formalmente a éste su decisión de apelar o que el Órgano de Solución de Diferencias decida por consenso no adoptar el informe (párrafo 4 del artículo 16 del ESD). Si no hay prevista una reunión del Órgano de Solución de Diferencias dentro de ese período en una fecha que permita cumplir las prescripciones de los párrafos 1 y 4 del artículo 16, se celebrará una reunión del Órgano de Solución de Diferencias a tal efecto. Por tanto, en caso de que el informe sea adoptado por el Órgano de Solución de Diferencias y no se notifique la decisión de apelar por ninguna de las partes en la diferencia, las recomendaciones y resoluciones del Grupo Especial serán legalmente vinculantes para las partes.

12. Si una parte ha notificado su decisión de apelar, el informe del GE no será considerado por el Órgano de Solución de Diferencias a efectos de su adopción hasta después de haber concluido el proceso de apelación (párrafo 4 del artículo 16 del ESD). El mandato del Órgano de Apelación se reduce a confirmar, modificar o revocar las constataciones y conclusiones jurídicas del GE ya que durante el proceso de examen en apelación, a diferencia de los Grupo Especial, la función del Órgano de Apelación se reduce a las cuestiones de derecho tratadas en el informe del Grupo Especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por éste (párrafo 6 del artículo 17 del ESD)²². El Órgano de Apelación podrá analizar todas las conclusiones legales del Grupo Especial, aunque las partes no estén conformes.

En aras de promover una solución mutuamente convenida de la diferencia el apelante podrá desistir de su apelación, en cualquier momento de las actuaciones, mediante notificación al Órgano de Apelación, el cual notificará inmediatamente al Órgano de Solución de Diferencias esta decisión (párrafo 1 del artículo 30 de las Normas de conducta previstas en el Procedimiento de trabajo para el examen en apelación). Las partes pueden adoptar a una solución mutuamente convenida hasta el momento en que el Órgano de Solución de Diferencias adopte el informe del OA y del GE modificado²³.

13. El Órgano de Solución de Diferencias adoptará los informes de los Grupos Especiales y del Órgano de Apelación alcanzados en el procedimiento ordinario salvo que los Miembros decidan por consenso no adoptarlo. En la OMC, los informes del Órgano de Apelación y del Grupo Especial en aquellas partes en que no haya sido modificado ni revocado por el Órgano de Apelación no son obligatorios para las partes hasta que éstos no son adoptados por el Órgano de Solución de Diferencias. En la práctica, el Presidente del Órgano de Solución de Diferencias, en la sesión de adopción del acuerdo, se limita a dar la palabra a aquellos Miembros de la Organización que quieren expresar sus opiniones sobre el informe, tomar nota de todas las declaraciones y adoptar el informe.

2. El cumplimiento de las decisiones adoptadas en el marco del SSD

14. La fase de cumplimiento de las decisiones adoptadas se rige por dos objetivos, la necesidad de conseguir el pronto cumplimiento de las resoluciones y recomendaciones de los informes adoptados y lograr la supresión de las medidas declaradas como incompatibles con las disposiciones de los acuer-

²² Esta distinción entre asuntos de derecho y asuntos de hecho es problemática en algunos casos por lo que hay que atender a jurisprudencia recogida en los informes del OA, *vide*, entre otros, el informe del OA de la diferencia CE - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas), WT/DS26/AB/R; WT/DS48/AB/R de 18 de enero de 1998, párrafos 132-135.

²³ A. ALVAREZ-JIMÉNEZ, «Mutually agreed solutions under the WTO Dispute Settlement Understanding: an analytical framework after the *Softwood Lumber Arbitration*», *World Trade Review*, vol. 10, núm. 3, 2011, p. 361.

dos abarcados (párrafo 1 del artículo 21 del ESD y párrafo 7 del artículo 3 del ESD respectivamente). En cualquier caso, la remoción de las medidas se produce *ex nunc*, es decir, de manera prospectiva, con posterioridad a la declaración de incompatibilidad salvo para el caso de subvenciones declaradas prohibidas bajo las reglas del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias y que han consistido en desembolsos de una sola vez en el tiempo²⁴.

15. En el cumplimiento jurídicamente ideal de una diferencia una vez adoptada la resolución que ponga fin a la diferencia –ya sea por el informe aprobado por el Órgano de Solución de Diferencias, el laudo arbitral, el acuerdo de los buenos oficios, la conciliación o la mediación o una vez alcanzada una solución entre las partes (decisiones adoptadas)–, se deberían suceder las siguientes etapas procesales: el cumplimiento inmediato de las resoluciones y recomendaciones del demandado al Órgano de Solución de Diferencias, la aplicación notificada por el demandado al Órgano de Solución de Diferencias, una solución mutuamente aceptable notificada con respecto a la aplicación notificada por la parte demandada y, en último caso, el control del cumplimiento sin constataciones de incumplimiento. Las partes también podrían llegar a una solución mutuamente convenida para el cumplimiento del informe adoptado y la posterior notificación del cumplimiento por la parte de demandada y condenada al Órgano de Solución de Diferencias. Sin embargo, pueden darse problemas que dificulten la aplicación de las decisiones adoptadas en el marco del Sistema de Solución de Diferencias²⁵.

16. Una vez adoptado el informe por el Órgano de Solución de Diferencias, la parte demandada y condenada deberá informar a dicho Órgano de cómo va a implementar las recomendaciones y resoluciones contenidas en el informe y en caso de no ser posible su cumplimiento inmediato, indicar el plazo prudencial que necesita para ello. Este plazo prudencial propuesto por la parte demandada tendrá que ser aprobado por el Órgano de Solución de Diferencias (párrafo 3.a) del artículo 21 del ESD).

En caso contrario, las partes en la diferencia intentarán fijar un plazo de común acuerdo dentro de los 45 días siguientes a la fecha de adopción de las recomendaciones y resoluciones (párrafo 3.b) del artículo 21 del ESD). A falta de acuerdo para la determinación de un plazo prudencial en los dos casos anteriores, se permite la designación de un árbitro para que determine el plazo prudencial para la aplicación de las recomendaciones los órganos resolutorios, Grupo Especial u Órgano de Apelación. Dicho plazo no deberá exceder de 15 meses a partir de la fecha de adopción del informe del Grupo Especial o del Órgano de Apelación. Ese plazo podrá, no obstante, ser más corto o más largo, según las circunstancias del caso (párrafo 3.c) del artículo 21 del ESD).

Durante el desarrollo del procedimiento arbitral para determinar el plazo prudencial las partes en la diferencia pueden retirar la solicitud de arbitraje o pedir al árbitro que suspenda el procedimiento para poder convenir en una solución respecto de la aplicación de las recomendaciones. El límite temporal para alcanzar este acuerdo entre las partes en la diferencia son 15 meses a partir de la fecha de adopción del informe que haya puesto fin a la diferencia.

17. Una vez transcurridos 6 meses desde la expiración del plazo prudencial de cumplimiento se pasa a la fase de verificación para controlar si el Miembro demandado ha aplicado las recomendaciones o resoluciones del Órgano de Solución de Diferencias. En el orden del día de las reuniones del Órgano de Solución de Diferencias se incluirá la cuestión de la vigilancia de los informes adoptados hasta que se constate su cumplimiento. Como máximo 10 días antes de cada reunión, el Miembro afectado, parte demandada y condenada en la diferencia, presentará por escrito un informe de situación sobre los pro-

²⁴ F. PIÉROLA, *Solución de Diferencias ante la OMC: presente y perspectivas*, Cameron May, London, 2008, pp. 145-146.

²⁵ La parte del proceso del SSD de la OMC relativa a la vigilancia y aplicación de los informes adoptados por el Órgano de Solución de Diferencias ha generado un amplio debate doctrinal, no solo por su estudio descriptivo sino por todos los problemas prácticos que surgen en este momento del proceso, sirvan como botón de muestra: J. H. JACKSON, «The WTO Dispute Settlement Understanding – Misunderstandings on the Nature of Legal Obligation» en J. CAMERON; K. CAMPBELL (ed.), *Dispute Resolution in the World Trade Organisation*, Cameron May, London, 1998, pp. 69-74; B. WILSON, «Compliance by WTO Members with Adverse WTO Dispute Settlement Rulings: the Record to Date», *Journal of International Economic Law*, vol. 10, núm. 2, 2007, pp. 397-403.

gresos realizados en la aplicación de las recomendaciones o resoluciones ante dicho órgano (párrafo 6 del artículo 21 del ESD)²⁶.

En caso de desacuerdo en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones del informe objeto de verificación o a la compatibilidad de dichas medidas adoptadas con los acuerdos abarcados, el Grupo Especial que haya entendido inicialmente del asunto, siempre que sea posible, resolverá dicho desacuerdo conforme al Entendimiento de Solución de Diferencias. El Grupo Especial distribuirá su informe dentro de los 90 días siguientes a la fecha en que se le haya sometido el asunto²⁷. El Grupo Especial debe examinar la consistencia de esa nueva medida con el informe adoptado, pero también con los acuerdos abarcados. Así puede que en este procedimiento abreviado de verificación el Grupo Especial tenga que analizar la consistencia de dicha nueva medida con parte de los acuerdos abarcados que no fueron sustanciados ante el Grupo Especial en el inicio de la diferencia²⁸.

El nuevo informe del Grupo Especial se adoptará por el Órgano de Solución de Diferencias salvo consenso para su no adopción siguiendo la regla del consenso negativo. En este procedimiento abreviado del párrafo 5 del artículo 25 del ESD la parte demandada e incumplidora en la diferencia no cuenta con derecho a apelación ni con la posibilidad de solicitar un plazo prudencial para el cumplimiento del informe adoptado. La parte demandada en la diferencia debe cumplir este informe de forma inmediata una vez adoptado y en caso contrario la parte reclamante en la diferencia puede solicitar la compensación y la suspensión de concesiones²⁹.

18. En caso de que la parte demandada no aplique las recomendaciones y resoluciones de los informes adoptados por el Órgano de Solución de Diferencias en el plazo prudencial o que el Grupo Especial no acepte las medidas de la parte demandada en la diferencia para la aplicación de las recomendaciones y resoluciones de los informes adoptados por el Órgano de Solución de Diferencias, nos encontraremos ante una falta de cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones de los informes adoptados y la parte reclamante podrá recurrir a la compensación o a la suspensión de concesiones reguladas en el artículo 22 del ESD³⁰.

La compensación y la suspensión de concesiones u otras obligaciones son medidas temporales a las que se puede recurrir para tratar de forzar el cumplimiento de la parte demandada y condenada³¹. Sin embargo, ni la compensación ni la suspensión de concesiones u otras obligaciones son preferibles a la aplicación plena de una recomendación de poner una medida en conformidad con los acuerdos abarcados (párrafo 1 del artículo 22 del ESD).

19. El proceso de cumplimiento de las decisiones adoptadas en el marco del mecanismo de Solución de Diferencias genera la interconexión de ordenamientos jurídicos entre la OMC, la UE y Estados miembros y reclama la elaboración de un sistema de fuentes de Derecho en el ámbito del comercio internacional que permita estabilizar las citadas relaciones jurídicas. La gobernanza del Derecho de la OMC y el Derecho de la UE-Estados miembros podría servir de base para el desarrollo del «Derecho constitucional postnacional multilateral» así como una inspiración para estabilizar la relaciones del Derecho de la OMC con los ordenamientos jurídicos del resto de Miembros de la Organización³².

²⁶ X. FERNÁNDEZ PONS, *La OMC y el Derecho internacional. Un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho internacional general*, op. cit., «Capítulo Tercero: Interpretación, observancia y aplicación de los Acuerdos de la OMC», pp. 195-258.

²⁷ Si el GE considera que no le es posible presentar su informe en ese plazo, comunicará por escrito al Órgano de Solución de Diferencias los motivos del retraso, indicando el plazo en que estima podrá presentarlo (párrafo 5 del artículo 21 del ESD).

²⁸ P. VAN DEN BOSSCHE, *The Law and Policy of the World Trade Organization. Text, Cases and Materials*, op. cit., p. 302.

²⁹ *Ibidem*, p. 304.

³⁰ En relación con el concepto, las funciones y las vías para imponer represalias ante el incumplimiento de los informes adoptados por el Órgano de Solución de Diferencias *vide*, entre otros, C. P. BROWN; J. PAUWELYN (dir.), *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.

³¹ P. VAN DEN BOSSCHE, *The Law and Policy of the World Trade Organization. Text, Cases and Materials*, op. cit., p. 219.

³² El hecho de que el Sistema de Solución de Diferencias constituye un elemento constitucionalizador del sistema multilateral del comercio ha sido ampliamente estudiado por la doctrina de las dos últimas décadas. *Vide*, como obra de referencia: J. H. JACKSON, *Soberanía, la OMC y los fundamentos cambiantes del Derecho internacional*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

Así, la progresiva normativización del sistema multilateral del comercio está flexibilizando la negativa inicial del Tribunal de Justicia de la UE de reconocer el efecto directo del Derecho de la OMC reforzando *de facto* el desarrollo del «Derecho constitucional postnacional multilateral». El diálogo entre ambas instituciones se visualiza de manera más clara en los supuestos en los que la Unión es parte demandada y condenada en el Sistema de Solución de Diferencias que, a su vez, sean después llevados ante los tribunales de justicia de la Unión. En estos supuestos tanto la UE como la OMC se ven en la necesidad de referirse mutuamente a las decisiones de sus respectivos sistemas judiciales y, por tanto, se puede ver cómo existe un incipiente diálogo constitucional entre ambas instituciones. En un sentido más general, es también necesario reconocer y analizar cómo la justicia europea acepta y recepciona el Derecho de la OMC y las resoluciones de ésta Organización como parámetros de validez y de interpretación del Derecho interno (europeo).

II. La constitucionalización económica: el diálogo judicial derivado de las resoluciones del ssd en el ámbito de la UE

1. El surgimiento de un Derecho constitucional postnacional

20. Desde la esfera política y como consecuencia de la globalización, las organizaciones internacionales han asumido un papel cada vez más activo como entes reguladores de los flujos sociales, financieros y comerciales transnacionales. Dentro de estas organizaciones, la OMC se posiciona como fundamental debido a la importancia del comercio en la actualidad y a la necesidad de los Estados de proporcionar a todos los agentes privados que participan en él una regulación segura y previsible.

Este incremento del Derecho internacional en materias y sectores diversos deriva en una fragmentación del Derecho a escala global³³. Esta fragmentación tiene como consecuencia la aparición de conflictos entre normas nacionales y las normas de carácter internacional y entre estas últimas entre sí. Estos conflictos surgen por el solapamiento de la actuación de las distintas organizaciones internacionales y los Estados. La articulación entre el Derecho internacional general, el Derecho internacional sectorial, los acuerdos de ámbito regional y el Derecho nacional es un fenómeno pendiente de organizar desde la ciencia jurídica constitucional. En el ámbito concreto del Derecho de la OMC, como Derecho internacional sectorial, el desarrollo de una jurisdicción comercial especializada lleva a plantearse cómo organizar su relación con la justicia europea cuando la Unión ha sido parte demandada y condenada por el Órgano de Solución de Diferencias. En este artículo se defiende, siguiendo lo que se ha señalado *supra*, que en estos casos se está generando un diálogo constitucional entre ambas instituciones. En un sentido más general, se podría también analizar cómo la justicia europea acepta y recepciona el Derecho de la OMC y las resoluciones de ésta Organización como parámetros de validez y de interpretación del Derecho interno (europeo).

21. El Derecho constitucional avanza en el reconocimiento y asimilación de la interconexión creciente entre ordenamientos jurídicos e instituciones nacionales e internacionales que acontece en el mundo actual³⁴. Este fenómeno se deriva de la globalización. La globalización rompe las bases de nuestra ideología estatista e impulsa a la doctrina a analizar a los Estados y a las organizaciones internacionales desde concepciones renovadas. Esta nueva realidad globalizada e interconectada es utilizada por la doctrina constitucionalista como marco para la reconfiguración de la teoría clásica del Derecho constitucional y el desarrollo de un nuevo «Derecho constitucional postnacional»³⁵.

El Derecho constitucional postnacional supone el reconocimiento de la constitucionalización de las organizaciones internacionales y el desarrollo a nivel global de unos principios constitucionales.

³³ Como introducción a esta cuestión, *vide*, A. DO AMARAL JÚNIOR, «El “diálogo” de las fuentes: fragmentación y coherencia en el Derecho internacional contemporáneo», *Revista española de derecho internacional*, vol. 62, núm. 1, 2010, pp. 61-88.

³⁴ C. JOERGES; I. J. SAND; G. TEUBNER (ed.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Hart Publishing, Oxford, 2004.

³⁵ En esta misma línea, *vide*: N. WALKER, «Postnational Constitutionalism and Postnational Public Law: A Tale of Two Neologisms», *Transnational Legal Theory*, Vol. 3, Núm. 1, 2012, pp. 61-85.

El constitucionalismo a nivel estatal desde su vertiente externa ayuda a los Estados a mantener la seguridad jurídica desarrollando un sistema de fuentes del Derecho que garantice la aplicación pacífica y ordenada de las normas jurídicas dentro del Estado³⁶. Sin embargo, en el plano internacional esta vertiente de la constitucionalización no está desarrollada y, por tanto, se producen conflictos en la aplicación de los distintos ordenamientos jurídicos. Sirva como botón de muestra el ámbito del Derecho del GATT/OMC y, más concretamente, el Derecho de la OMC. La solución de diferencias comerciales puede tener como consecuencia el solapamiento entre ordenamientos jurídicos. En estos supuestos se pone de manifiesto la necesidad de elaborar un sistema de fuentes del Derecho a nivel transnacional que permita organizar la aplicación de las normas creadas por distintos ordenamientos jurídicos en el sector del comercio internacional.

Como solución al problema que se acaba de esbozar, dentro del ámbito del Derecho de la OMC y como consecuencia de la actividad de su Sistema de Solución de Diferencias, se propone elaborar un sistema de normas y principios que permitan superar las antinomias surgidas en el ámbito del sistema multilateral del comercio. Esta propuesta supondría un avance en la constitucionalización postnacional, desde su perspectiva externa, en el ámbito concreto del sistema multilateral de comercio, entre dicha Organización y sus Miembros europeos, que podría servir a su vez de inspiración tanto para otros Miembros como para otros sectores del Derecho internacional³⁷. Para poder alcanzar este objetivo, habría que analizar previamente, tal y como se propone en el presente artículo, el diálogo entre la UE y la OMC. Con esto, se podrían perfilar criterios normativos (similares al sistema de fuentes del Derecho) para estructurar el Derecho de la OMC y el cumplimiento de las obligaciones concretas derivadas de la solución de controversias comerciales dentro de la propia Unión, regulando este proceso dentro del ordenamiento jurídico europeo.

2. La evolución de la jurisprudencia del TJUE en la aplicación del Derecho de la OMC

22. La «implementación» es la acción de aplicar las recomendaciones y resoluciones de los informes adoptados por el Órgano de Solución de Diferencias o los acuerdos alcanzados entre las partes que ponen fin a una diferencia por la parte demandada y condenada. Esta fase de implementación abarca el proceso de cumplimiento de las decisiones adoptadas en el marco del sistema que pongan fin a la diferencia, lo que supondrá en la mayoría de los casos, dentro de la UE, la modificación de la normativa europea o la normativa nacional declarada inconsistente con el Derecho de la OMC para su puesta en conformidad y la comprobación posterior por parte del Órgano de Solución de Diferencias de que dicha modificación es conforme con el Derecho de la Organización.

Una diferencia en el marco de la OMC suele finalizar con la adopción de un informe que declara la inconsistencia de una normativa interna de un Miembro de la Organización (parte demandada y condenada) con el Derecho de la Organización del que se deriva la obligación de modificar o suprimir dicha norma interna. Esta obligación de modificación o supresión puede que corresponda a las instituciones de la UE o bien a sus Estados miembros según el reparto competencial que exista dentro de la propia Unión y las materias del Derecho de la OMC objeto de la diferencia. El proceso de implementación llevado a cabo en el marco de la UE pondrá de manifiesto la interconexión que se produce entre el Derecho de la OMC y el ordenamiento jurídico de la Unión y, por extensión, los ordenamientos jurídicos de sus Estados miembros con los dos anteriores. El momento en que se adoptan las resoluciones y recomendaciones por el Órgano de Solución de Diferencias o el acuerdo que pone fin una diferencia para el Derecho de la OMC y el momento en que comienza la implementación para el Derecho interno de sus Miembros están conectados en la práctica.

³⁶ L. I. GORDILLO PÉREZ, *Constitución y ordenamientos supranacionales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012; L. I. GORDILLO PÉREZ, «Constitución, constitucionalización y constitucionalismo de la Unión Europea», *Estudios de Deusto*, vol. 53/2, julio-diciembre 2005, pp. 253-306.

³⁷ En el contexto de la UE, el proceso de constitucionalización, desde su perspectiva interna y externa, es analizada en L. I. GORDILLO PÉREZ; G. MARTINICO, *Historia en el país de las hadas. La jurisprudencia constitucionalizadora del Tribunal de Justicia*, Aranzadi, Madrid, 2015.

23. La fase de la implementación no se regula por el Derecho de la OMC, sino que se deja a disposición de los ordenamientos jurídicos internos de los Miembros de la Organización. Para el cumplimiento de los informes adoptados por el Órgano de Solución de Diferencias o de los acuerdos alcanzados entre las partes que pongan fin a la diferencia la parte demandada y condenada deberá atender a su propio Derecho interno. La implementación implica una obligación de resultado, es decir, la parte demandada y condenada debe suprimir o modificar su normativa interna declarada inconsistente con el Derecho de la OMC.

El proceso de implementación genera una interconexión entre ordenamientos jurídicos por las decisiones adoptadas en el marco del Sistema de Solución de Diferencias y acciones de las instituciones del Miembro demandado y condenado para transponerlas en sus respectivos ordenamientos jurídicos nacionales. En el caso concreto de la UE, la implementación de las diferencias en las que la Unión haya sido demandada y condenada deberá atender a las competencias entre la Unión y los Estados miembros para determinar qué instituciones y mediante qué procesos habrá que modificar bien el ordenamiento jurídico de la Unión, bien el ordenamiento jurídico nacional o bien ambos.

En determinados supuestos en los que las instituciones de la UE se muestran reticentes a la implementación de los documentos que hayan puesto fin a una diferencia, algunos actores privados -empresas- han demandado a aquéllas ante la justicia europea para tratar de promover el cumplimiento por parte de la Unión. Este hecho ha derivado en que se haya iniciado un «diálogo judicial» entre el propio Tribunal de Justicia de la Unión y las instituciones de la OMC encargadas de controlar el cumplimiento de las resoluciones y recomendaciones, fundamentalmente el Órgano de Solución de Diferencias, los Grupos Especiales o el Órgano de Apelación³⁸. El «diálogo judicial» es el proceso por medio del cual los tribunales utilizarían jurisprudencia ajena, incorporándola a su propio razonamiento, en su tarea de resolver una determinada controversia³⁹.

Este diálogo judicial, en la práctica, no es exactamente recíproco o bidireccional sino que, como veremos a continuación, se trata de una comunicación con un marcado carácter unilateral donde el TJUE recepciona las resoluciones y recomendaciones derivadas del mecanismo de Solución de Diferencias y debate sobre su aplicabilidad y efecto jurídico dentro del ordenamiento de la Unión. Dentro del SSD, tanto los Grupos Especiales como el Órgano de Apelación, han tratado a las sentencias del TJUE como evidencias para clarificar el significado del Derecho de la UE en la solución de una diferencia pero no han otorgado a las sentencias del TJUE el tratamiento de una fuente de autoridad⁴⁰.

24. El TJCE no reconoció el efecto directo ni la posibilidad de aplicar el GATT de 1947 como parámetro de validez respecto del Derecho de la Unión, salvo que la norma jurídica de la Unión enjuiciada se refiriese a una disposición concreta del GATT o las Comunidades Europeas mostrasen su intención de implementar una disposición concreta del citado acuerdo⁴¹. Así la obligación general cumplimiento del GATT de 1947 por parte de la CE no era suficiente para reconocerlo como parámetro de validez del Derecho comunitario ni que dicho acuerdo atribuyese derechos a los particulares dentro del ordenamiento jurídico comunitario. Profundizando en esta posición el Tribunal determinó que habría que atender a las normas comunitarias en cada caso concreto y a la remisión que en cada caso concreto éstas hiciesen al GATT de 1947 para permitir dichas excepciones.

³⁸ En el ámbito de los derechos humanos la cuestión del «diálogo judicial» entre el TJUE, el TEDH y la ONU ha sido ampliamente estudiado, *vide* como botón de muestra, L.I. GORDILLO PÉREZ, *Interlocking Constitutions. Towards an Interordinal Theory of National, European and UN Law*, Hart Publishing, Oxford, 2012.

³⁹ M. ZANG, «Shall we talk? Judicial Communication between the CJEU and the WTO Dispute Settlement», *Geneva Jean Monnet Working Papers*, 03/2016. <http://www.ceje.ch/files/7814/6054/2373/Geneva_JMWP_03-Zang.pdf> (última revisión, 9 abril 2017), p. 1.

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 9-11 y 15-18.

⁴¹ Esta línea jurisprudencial se inició con los dos casos que se recogen a continuación: asuntos Acumulados C-21/72, C-22/72, C-23/72 y C-24/72, *International Fruit Company* (C-21/72), *Kooy Rotterdam NV* (C-22/72), *Velleman en Tas NV* (C-23/72), *Jan van den Brink's Im- en Exporthandel NV* (C-24/72) y *Produktschap voor Groenten en Fruit*, STJCE 12 diciembre 1972 [ECLI:EU:C:1972:115] y asunto C-280/93, *República Federal de Alemania v. Consejo de la Unión Europea*, STJCE 5 octubre 1994 [ECLI:EU:C:1994:367]. Y las citadas excepciones se desarrollaron en los siguientes casos: asunto C-69/89, *Nakajima All Precision Co. Ltd. v. Consejo de las Comunidades Europeas*, STJCE 7 mayo 1991 [ECLI:EU:C:1991:186] y asunto C-70/87, *Fédération de l'industrie de l'huilerie de la CEE (Fediol) vs. Comisión de las Comunidades Europeas*, STJCE 22 junio 1989 [ECLI:EU:C:1989:254]

Por lo que se refiere al Derecho de la OMC, los tribunales de la UE han mantenido la jurisprudencia desarrollada en relación con el GATT de 1947 y ha mantenido las mismas excepciones⁴². Sin embargo, como los tribunales europeos reconocieron la mayor juridificación del Sistema de Solución de Diferencias dentro de la OMC con respecto del procedimiento del GATT de 1947, a medida que se fueron incoando diferencias ante la Organización y se fueron planteando escenarios sin precedentes por los nuevos momentos procesales regulados en el Entendimiento de Solución de Diferencias, se pueden encontrar visos de un posible cambio jurisprudencial⁴³. Así, en relación con los mecanismos regulados por el ESD para forzar el cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones adoptadas, los tribunales de la Unión han tenido que profundizar en la línea jurisprudencial avanzada *supra*, generando el «diálogo proto-constitucional» como se muestra a continuación.

25. El Entendimiento de Solución de Diferencias regula determinadas vías para poner fin a una diferencia, cuando la UE ya ha sido condenada por parte de la OMC, ésta debería cumplir. Dentro de la Unión la cuestión que se plantea ante los tribunales de justicia se suscita por aquellos Estados o, incluso, aquellas personas privadas que puedan sufrir perjuicios económicos por esta falta de cumplimiento por parte de la Unión. En este supuesto concreto surge la posibilidad de aplicar la excepción reconocida en asunto *Nakajima*. Sin embargo, el TJUE consideró que no incumbía a la justicia de la Unión la tarea de garantizar la conformidad del Derecho europeo con el Acuerdo sobre la OMC ya que esto equivaldría a privar a los órganos legislativos o ejecutivos de la UE del margen de maniobra del que disfrutaban los órganos similares de los terceros Miembros de la OMC para cumplir con las obligaciones derivadas del mecanismo de Solución de Diferencias⁴⁴.

Sin embargo, parece que el TJUE ha empezado a desarrollar una interpretación conforme de las resoluciones adoptadas por el Órgano de Apelación de la OMC⁴⁵. Así, aunque en sus sentencias no se reconozca expresamente el cumplimiento de una obligación surgida en el marco de una controversia comercial, su argumentación sigue las decisiones de la OMC. La invocación de la interpretación conforme por parte del Tribunal de Justicia se ha dado fundamentalmente en relación con el Acuerdo de Aspectos sobre Derechos de la Propiedad Intelectual y el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, sobre todo, para reforzar una interpretación uniforme de todos los Estados miembros de la Unión en este ámbito antes de que pasase a ser competencia exclusiva de la Unión⁴⁶. Posteriores en el tiempo, los asuntos *Ikea* y *FTS International*, han vuelto a poner de manifiesto cómo el TJUE ha aplicado la argumentación adoptada en la solución de la diferencia CE –Ropa de cama (DS141) y CE– Banano III

⁴² Esta línea jurisprudencial se inició con el asunto C-149/96, *República Portuguesa v. Consejo de la Unión Europea*, STJCE 23 noviembre 1999 [ECLI:EU:C:1999:574].

⁴³ *Ibidem*, para. 36.

⁴⁴ *Ibidem*, para. 46. Estos argumentos fueron reiterados por el Tribunal, *vide*, entre otros: asunto T-19/01, *Chiquita Brands International y otros v. Comisión*, STPI 3 febrero 2005 [ECLI:EU:T:2005:31]; asunto C-377/02, *León Van Parys NV y Belgish Interventie- en Restitutiebureau (BIRB)*, STJCE 1 marzo 2005 [ECLI:EU:C:2005:121]; asuntos acumulados C-120/06 P y C-121/06 P, *Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio SpA (FLAMM), Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio Technologies LLC (C-120/06) y Giorgio Fedon & Figli SpA, Fedon America, Inc. (C-121/06 P) v. Consejo y Comisión*, STJCE 9 septiembre 2008 [ECLI:EU:C:2008:476].

⁴⁵ M. BRONCKERS, «From “direct effect” to “muted dialogue”», *Journal of International Economic Law*, vol. 4, núm. 11, 2008, pp. 885-898.

⁴⁶ En relación con el ADPIC, *vide* Asuntos acumulados C-300/98 y C-392/98, *Parfums Christian Dior SA y Tuk Consultancy BV (C-300/98)*; y *Assco Gerüste GmbH, Rob van Dijk*, que actúa con el nombre comercial «Assco Holland Steigers Plettac Nederland» y *Wilhelm Layher GmbH & Co. KG, Layher BV (C-392/98)*, STJCE 14 diciembre 2000 [ECLI:EU:C:2000:688], paras. 42-47. En relación con el AGCS, *vide*, asunto C-335/05, *Řízení Letového Provozu ČR, S. P. y Bundesamt für Finanzen*, STJCE 7 junio 2007 [ECLI:EU:C:2007:321], para. 16: «Respecto a la influencia que puede tener un acuerdo internacional del que forma parte la Comunidad, como el AGCS, sobre la interpretación de una disposición de Derecho derivado, es jurisprudencia reiterada que la primacía de los acuerdos internacionales celebrados por la Comunidad sobre las disposiciones de Derecho comunitario derivado impone interpretar éstas, en la medida de lo posible, de conformidad con dichos acuerdos (sentencias de 10 de septiembre de 1996, *Comisión/Alemania*, C-61/94, Rec. p. I-3989, apartado 52; de 1 de abril de 2004, *Bellio Fili*, C-286/02, Rec. p. I-3465, apartado 33; de 12 de enero de 2006, *Algemene Scheeps Agentuur Dordrecht*, C-311/04, Rec. p. I-609, apartado 25, y de 8 de marzo de 2007, *Thomson y Vestel France*, C-447/05 y C-448/05, Rec. p. I-2049, apartado 30)».

(DS27), respectivamente⁴⁷. No obstante, en el asunto C-245/02, ha sido el único supuesto en el que el TJUE sí reconoció expresamente la interpretación conforme del Acuerdo de Aspectos sobre Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio sobre la base de los informes adoptados por el Órgano de Apelación en dos diferencias dentro de la OMC -DS170 y DS176-⁴⁸.

Ante este escenario, algunos Abogados Generales han tratado de promover que el TJUE interprete el Derecho de la Unión siguiendo las resoluciones adoptadas en el marco del Sistema de Solución de Diferencias⁴⁹. Desgraciadamente, el Tribunal no falla mencionando como fuente de interpretación y, mucho menos, como parámetro para enjuiciar la validez del Derecho de la Unión las decisiones adoptadas en el mecanismo de Solución de Diferencias de la OMC⁵⁰. Sin embargo, si se mantuviese y se estructurase una posición lineal sobre la jurisprudencia de la interpretación conforme se ganaría en seguridad jurídica y certeza dentro de la regulación europea que implemente el Derecho de la OMC. Más concretamente, en los casos en los que la UE ha sido demandada y condenada, ya que si el Tribunal siguiese una interpretación conforme con las resoluciones y recomendaciones adoptadas en la solución de una diferencia en el marco de la OMC, dentro de la UE, por ejemplo: las empresas, podrían adaptarse o, incluso, anticiparse a las modificaciones del Derecho de la Unión con el seguimiento de una diferencia concreta.

3. La interconexión normativa en el ámbito del sistema multilateral del comercio: ¿hacia un nuevo sistema de fuentes?

26. El concepto de «interconexión» concreta y simplifica el punto de contacto entre el Derecho de la OMC y el Derecho de la UE dejando al margen el momento exacto en que éste se produzca dentro del Entendimiento de Solución de Diferencias. Con este término se pretende resaltar la colisión entre ordenamientos. Este concepto simplifica el proceso de implementación dejando al margen el momento en que se produce el solapamiento de ordenamientos jurídicos, el momento en que se encuentre la diferencia dentro del proceso regulado por el Entendimiento de Solución de Diferencias o las razones de interés político para que se haya producido en un momento concreto de la solución de una diferencia. Esta simplificación persigue hacer más perceptibles las posibles prácticas proto-constitucionales que se hayan desarrollado como consecuencia de esta interconexión normativa dentro de la Unión⁵¹.

La interconexión entre la OMC y la UE pretende analizar de manera genérica los distintos escenarios que se suscitan en el cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones que ponen fin a una diferencia comercial.

27. Por un lado, existen diferencias en las que la Unión Europea o los Estados miembros se muestran reticentes a cumplir con decisiones adoptadas en el marco del Sistema de Solución de Diferencias, por motivos políticos o económicos, pero la parte reclamante sigue accionando los mecanismos previstos en el Entendimiento para impulsar el cumplimiento de la parte demandada y condenada. Además, dentro de la UE, en estos supuestos partes privadas pueden incoar procesos para tratar de promover el cumplimiento de las resoluciones adoptadas en sede OMC. Desgraciadamente, en algunos casos se destaca como la justicia de la Unión, bajo el argumento del margen de maniobra y del respeto a la libertad de las instituciones de la Unión Europea, han amparado el incumplimiento de la UE del Derecho de la OMC.

⁴⁷ Asunto C-351/04, *Ikea Wholesale Ltd y Commissioners of Customs & Excise*, STJCE 27 septiembre 2007 [ECLI:EU:C:2007:547]; asuntos acumulados C-120/06 P y C-121/06 P, *Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio SpA (FIAMM), Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio Technologies LLC (C-120/06) y Giorgio Fedon & Figli SpA, Fedon America, Inc. (C-121/06 P) v. Consejo y Comisión*, STJCE 9 septiembre 2008 [ECLI:EU:C:2008:476].

⁴⁸ Asunto C-245/02, *Anheuser-Busch Inc. y Budejovický Budvar, národní podnik* [ECLI:EU:C:2004:717], para. 70.

⁴⁹ Vide, entre otros, C-511/13, *Philips Lighting Poland SA, Philips Lighting BV v. Consejo de la Unión Europea* [ECLI:EU:C:2015:206], paras. 132-133.

⁵⁰ En esta línea crítica con la posición del TJUE con respecto de las resoluciones adoptadas en el marco de la OMC, vide, entre otros: M. ZANG, «Shall we talk? Judicial Communication between the CJEU and the WTO Dispute Settlement», *op. cit.*, p. 14.

⁵¹ Para un análisis sobre las tipologías de la implementación de las resoluciones del SSD dentro de la UE, vide: N. ARRIOLA, *La convergencia de los sistemas de integración: las relaciones entre la OMC y la UE en perspectiva constitucional*, Aranzadi – Thomson Reuters, Navarra, 2017, pp. 177-268.

Estos tipos de interconexión fallida o problemática podrían superarse modificando algunos aspectos del propio Entendimiento de Solución de Diferencias y reforzando su carácter judicial, como es, reconociendo a los Grupos Especiales o al Órgano de Apelación la capacidad de incoar de oficio la solución de una diferencia, o adoptando un acuerdo en el que los Miembros de la Organización reconozcan la efectividad o aplicabilidad directa de las decisiones adoptadas en el marco del ESD.

28. Por otro lado, en los casos de interconexión pacífica de ordenamientos jurídicos en el ámbito del sistema multilateral del comercio se destaca el carácter judicial del SSD ya que la parte demandada y condenada cumple con las resoluciones y recomendaciones del Órgano de Solución de Diferencias o con las soluciones mutuamente convenidas que ponen fin a una diferencia, además una vez depurada la contradicción con el Derecho de la OMC, la parte demandada y condenada se somete al control del cumplimiento regulado en el ESD.

La interconexión «pacífica» constituye un punto de partida fundamental para la elaboración de normas y principios que resuelvan las colisiones entre el Derecho de la OMC y el Derecho de la Unión. La construcción de este sistema de fuentes del Derecho embrionario dentro de un «Derecho constitucional postnacional» en el ámbito del sistema multilateral del comercio tiene como objetivo gobernar de una manera segura y previsible las normas de la OMC dentro de los ordenamientos jurídicos de sus Miembros. La institución garante de esta interconexión «pacífica» debería ser el Tribunal de Justicia de la Unión bajo la tutela del Órgano de Solución de Diferencias. Este último sería el encargado de señalar las normas europeas inconsistentes con el Derecho de la OMC y la justicia europea debería adquirir funciones similares a las que se asignan a un Tribunal Constitucional en un sistema de justicia constitucional concentrada, como sucede por ejemplo dentro del sistema constitucional español, para ejecutar las decisiones adoptadas en el marco del Sistema de Solución de Diferencias dentro de la UE.

Los conceptos de supremacía, primacía y de efecto directo que se dan en relación con el Derecho de la UE son elementos con un marcado carácter constitucional pero que aún no se han adoptado por el Derecho de la OMC ni por los ordenamientos jurídicos de sus Miembros⁵². La importancia reconocer el efecto directo de las decisiones adoptadas en el marco del Sistema de Solución de Diferencias reside en el hecho de que los individuos puedan invocar directamente una disposición del Derecho de la OMC, ante los Tribunales nacionales y el propio TJUE⁵³. De hecho, un aspecto que promueve la crítica por parte de los agentes privados en el contexto geográfico de la UE reside en el hecho de que el TJUE no permite que las personas privadas (o cualquier legitimado para iniciar un procedimiento ante el TJUE) cuestionen la validez o aplicabilidad de actos normativos europeos por su posible infracción del Derecho de la OMC, incluso cuando el mecanismo de Solución de Diferencia lo haya declarado. Se trata de agentes privados que pueden estar directamente afectados por dicho incumplimiento y que no tienen instancia jurisdiccional ante la que reclamar⁵⁴. Este debate en torno al efecto directo de las decisiones adoptadas en el marco del mecanismo de Solución de Diferencias se enmarca dentro de un debate mayor sobre la interconexión de ordenamientos jurídicos en el ámbito del sistema multilateral del comercio y del posible desarrollo o incluso la existencia *de facto* de una serie de normas y principios de resolución de antinomias similares a las que los sistemas de fuentes del Derecho existentes en los ordenamientos jurídicos nacionales y europeo poseen.

⁵² J. P. TRACHTMAN, «8. Constitutional Economics of the World Trade Organization», en J. L. DUNOFF; J. P. TRACHTMAN (ed.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 222-223. Sin embargo, en el caso de la UE parece más apropiado emplear el término de primacía que el de supremacía. En esta línea *vide*, DTC 001/2004 – Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre de 2004. (BOE núm. 3, de 4 de enero de 2005).

⁵³ A. ROSAS, «Implementation and Enforcement of WTO Dispute Settlement Findings: An EU Perspective», *Journal of International Economic Law*, vol. 4, núm. 1, 2001, p. 139.

⁵⁴ G. SACERDOTI, «The dispute settlement system of the WTO: structure and function in the perspective of the first 10 years», *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 5, núm. 1, 2006, pp. 49-75.

Conclusiones

Primera. La globalización constituye un proceso irreversible de la realidad jurídica, política y económica de nuestro tiempo que exige a los actores políticos y jurídicos nacionales e internacionales su adaptación constante a este nuevo escenario mundializado e interconectado.

La globalización es un fenómeno de carácter multidimensional y multinivel que ha sido capaz de desbordar los contenedores nacionales e internacionales que organizaban el mundo tras la Segunda Guerra Mundial y convertirnos en ciudadanos de una aldea global con problemas de carácter global ante los que un único Estado o una determinada organización internacional se tornan instrumentos de control obsoletos e insuficientes. Ante esta nueva realidad se deben proponer nuevos marcos conceptuales de investigación y organización de nuestras sociedades modernas que superen los dogmas estatistas.

La globalización supone un fenómeno a nivel mundial que hace patentes las debilidades del Estado para controlar los problemas globales. Desde la esfera política, las organizaciones internacionales han asumido un papel cada vez más activo, erigiéndose como los nuevos entes reguladores de los flujos sociales, financieros y comerciales que se han generado como consecuencia de la globalización. Este incremento del Derecho internacional en materias y sectores diversos deriva en una fragmentación del Derecho a escala global. Esta fragmentación tiene como consecuencia la aparición de conflictos entre normas nacionales y normas de carácter internacional y conflictos que a su vez se repiten entre algunas normas internacionales. Estos conflictos normativos surgen por el solapamiento de las distintas organizaciones internacionales y los Estados en los sectores concretos de actuación y por la inexistencia de un sistema constitucional que sea capaz de superar las antinomias una manera análoga a como se regulan los sistemas de fuentes en los ordenamientos jurídicos nacionales.

En el ámbito estrictamente económico, la globalización de los flujos comerciales, de la actividad empresarial y del comercio ha generado graves problemas globales. El comercio internacional reclama mayor seguridad y predictibilidad en su desarrollo. En este contexto, la OMC constituye una pieza fundamental para regular el sistema multilateral del comercio, inabarcable para las legislaciones nacionales de manera autónoma e independiente.

Segunda. La progresiva juridificación del Sistema de Solución de Diferencias y la implementación de sus resoluciones en el ámbito europeo están generando un diálogo proto-constitucional entre ambas instituciones que beneficia a la seguridad y predictibilidad dentro del sistema multilateral del comercio.

En el desarrollo del sistema multilateral del comercio promovido por la Organización Mundial del comercio son fundamentales las legislaciones nacionales que de una manera clara y segura deben abrir sus mercados a la entrada de competidores y productos extranjeros. En algunos casos, con los Estados abusan de leyes proteccionistas infringiendo el Derecho de la OMC la Organización cuenta con sistema de solución de controversias de naturaleza cuasi-judicial que trata de garantizar el respeto del Derecho de la OMC por todos los ordenamientos jurídicos de sus Miembros. Este mecanismo de solución de diferencias constituye una institución original en el ámbito del Derecho internacional donde la laxitud en la aplicación del Derecho es una característica inherente al propio sistema jurídico internacional. Este mecanismo constituye una superación del marco jurídico internacionalista y puede entenderse como una vía incipiente de adopción de principios constitucionales dentro del sistema multilateral del comercio de la OMC.

El proceso de cumplimiento de las decisiones adoptadas en el marco del mecanismo de Solución de Diferencias genera la interconexión de ordenamientos jurídicos entre la OMC, la UE y Estados miembros y reclama la elaboración de un sistema de fuentes de Derecho en el ámbito del comercio internacional que permita estabilizar las citadas relaciones jurídicas. La gobernanza del Derecho de la OMC y el Derecho de la UE-Estados miembros podría servir de base para el desarrollo del «Derecho constitucional postnacional multilateral».

Así, la progresiva normativización del sistema multilateral del comercio está flexibilizando la negativa inicial del Tribunal de Justicia de la UE de reconocer el efecto directo del Derecho de la OMC reforzando *de facto* el desarrollo del «Derecho constitucional postnacional multilateral». El diálogo entre ambas instituciones se visualiza de manera más clara en los supuestos en los que la Unión es parte demandada y condenada en el Sistema de Solución de Diferencias que, a su vez, sean después llevados ante los tribunales de justicia de la Unión. En estos supuestos tanto la UE como la OMC se ven en la necesidad de referirse mutuamente a las decisiones de sus respectivos sistemas judiciales y, por tanto, se puede ver cómo existe un incipiente diálogo constitucional entre ambas instituciones. En un sentido más general, es también necesario reconocer y analizar cómo la justicia europea acepta y recepciona el Derecho de la OMC y las resoluciones de ésta Organización como parámetros de validez y de interpretación del Derecho interno (europeo).

Tercera. En análisis de los distintos tipos de implementación ponen de manifiesto los criterios para avanzar en la estructura de un sistema de fuentes en el ámbito del sistema multilateral del comercio.

Por lado, los supuestos de interconexión fallida o problemática fracturan las bases del desarrollo del «Derecho constitucional postnacional multilateral». Estos tipos de interconexión podrían superarse modificando algunos aspectos del propio ESD y reforzando su carácter judicial, como es, reconociendo a los Grupos Especiales o el Órgano de Apelación la capacidad de incoar de oficio la solución de una diferencia, o adoptando un acuerdo en el que los Miembros de la Organización reconozcan la efectividad o aplicabilidad directa de las decisiones adoptadas en el marco del ESD. En el ámbito concreto de la justicia de la Unión, estos supuestos de interconexión se han justificado bajo el argumento del margen de maniobra y del respeto a la libertad de las instituciones de la UE. Por otro, la interconexión pacífica constituye el punto de partida fundamental para la elaboración de normas y principios que resuelvan las colisiones entre el Derecho de la OMC y el Derecho de la Unión. La construcción de este sistema de fuentes del Derecho embrionario dentro de un «Derecho constitucional postnacional multilateral» tiene como objetivo gobernar de una manera segura y previsible las normas del sistema multilateral del comercio de la OMC dentro de los ordenamientos jurídicos de sus Miembros. La institución garante de esta interconexión «pacífica» debería ser el Tribunal de Justicia de la Unión. El Órgano de Solución de Diferencias sería el encargado de señalar las normas europeas contrarias al Derecho de la OMC y la justicia europea debería adquirir funciones similares a las que se asignan a un Tribunal Constitucional en un sistema de justicia constitucional concentrada, como sucede por ejemplo dentro del sistema constitucional español, para ejecutar las decisiones adoptadas en el marco del Sistema de Solución de Diferencias dentro de la UE.