

CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE EL COMERCIO Y EL DESARROLLO

SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS

ORGANIZACIÓN DEL COMMERCIO

3.4 Aplicación y Observancia



NACIONES UNIDAS

NOTA

El curso sobre solución de diferencias de comercio internacional, inversión y propiedad intelectual consiste de cuarenta Módulos.

Este Módulo ha sido preparado por el Sr. Edwini Kessie a solicitud de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD, por sus siglas en inglés). Los puntos de vista al igual que las opiniones expresadas pertenecen al autor y no necesariamente a las Naciones Unidas, OMC, OMPI, CIADI, CNUDMI o al Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC.

Los títulos empleados y la presentación del material no implican una expresión de ningún tipo de opinión por parte de las Naciones Unidas, en relación con el estatus legal de cualquier país, territorio, ciudad, o área o de sus autoridades, o en relación con las delimitaciones de sus fronteras o límites geográficos. En las citas de documentos oficiales y en la jurisprudencia de organizaciones y tribunales internacionales, los países son designados según se reporta.

La UNCTAD agradece a SIECA (Secretaría de Integración Económica Centroamericana) por la traducción al español de cuatro módulos del curso.

Esta es una traducción no oficial al español; solo se utilizará para fines referenciales. Las Naciones Unidas posee derechos de autoría sobre este documento. El curso también se encuentra disponible en formato electrónico en la página web de UNCTAD (www.unctad.org).

Se pueden bajar copias gratuitas en el entendido que se usarán para la enseñanza o el estudio y no para fines comerciales. Se requiere que se rindan los créditos apropiados.

UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.23

Copyright © Naciones Unidas, 2003
Ginebra y Nueva York
Todos los derechos reservados

TABLA DE CONTENIDO

Nota	ii
Lo que usted aprenderá	1
1. Aplicación de Recomendaciones y Resoluciones	3
1.1 Pronto Cumplimiento	3
1.2 Plazo Prudencial para la Aplicación	5
1.2.1 Aprobación por parte del OSD	6
1.2.2 Mutuo Acuerdo entre las partes	7
1.2.3 Arbitraje	7
1.2.4 Asignación de un Árbitro	7
1.2.5 Obligaciones del Árbitro	8
1.2.6 Carga de la Prueba	10
1.3 Factores que determinan el plazo prudencial	11
1.3.1 Menor período posible para un Miembro dentro del Sistema Legal	11
1.3.2 Factores legales versus otros factores	12
1.3.3 Complejidad de la aplicación de medidas y procedimientos	14
1.3.4 Medios para la aplicación	15
1.3.5 Flexibilidad del Proceso Legal	16
1.3.6 Pasos tomados para aplicar las Resoluciones del OSD	17
1.3.7 Países en Desarrollo Miembro	17
1.4 Compruebe sus conocimientos	18
2. Solución de Diferencias Concernientes a la Apliación	19
2.1 Informe de la Situación	19
2.2 Uso del Artículo 21.5 del ESD	20
2.3 Alcance de los Procedimientos según el Artículo 21.5 del ESD	20
2.3.1 Consistencia con las Normas de la OMC	20
2.3.2 Medidas	21
2.4 Uso repetido del Artículo 21.5 del ESD	22
2.5 Consultas según los Procedimientos del Artículo 21.5	23
2.6 Revisión de Apelación según los Procedimientos del Artículo 2.15	24
2.7 Relación entre los Artículos 21.5 y 22.2 del ESD	24
2.8 Compruebe sus Conocimientos	27
3. Compensación y Suspensión de Concesiones	29
3.1 Falta de Cumplimiento	29
3.2 Compensación	29
3.3 Suspensión de Concesiones	30
3.4 Principios y Procedimientos que rigen la Suspensión	32
3.4.1 Suspensión en el mismo Sector bajo el mismo Acuerdo	32
3.4.2 Suspensión en Otro Sector bajo el mismo Acuerdo	33
3.4.3 Suspensión bajo otro Acuerdo sobre la OMC	34
3.5 Condiciones Generales a Cumplir	34

3.5.1 Alcance del Artículo 22.3 (a) del ESD	35
3.5.2 Alcance de la discrecionalidad del Miembro Reclamante	36
3.5.3 Valoración Objetiva según el artículo 22.3 (b) y (c)	37
3.6 Alcance del Artículo 22.3 (d) del ESD	38
3.7 Equivalencia	40
3.7.1 Diferencias bajo el SMC	41
3.7.2 Cálculo de la Anulación y el Menoscabo	42
3.7.3 Carga de la Prueba	44
3.7.4 Suspensión Compatible con los Acuerdos Abarcados	45
3.8 Arbitraje	46
3.8.1 Solicitud de Arbitraje	46
3.8.2 Asignación de los Árbitros	48
3.8.3 Funciones del Árbitro	48
3.8.4 Decisión del Árbitro	49
3.9 Vigilancia y Conclusión	50
3.10 Compruebe sus Conocimientos	50
4. Estudio de Caso	51
5. Lectura Adicional	53
5.1 Libros y Artículos	53
5.2 Documentos e Información	53

LO QUE USTED APRENDERÁ

Una de las características que distingue al mecanismo de solución de diferencias de la OMC cuando se compara con otros mecanismos de solución de diferencias administrados por otras organizaciones internacionales, es el grado relativamente elevado de cumplimiento por parte de los Miembros de la OMC en cuanto a las recomendaciones y resoluciones de los Grupo Especiales del Órgano de Apelación según lo adoptó el Órgano de Solución de Diferencias. Este grado relativamente elevado de cumplimiento ha aumentado la confianza en el mecanismo de solución de diferencias y ha motivado su uso por parte de un significativo número de Miembros de la OMC, incluyendo países en desarrollo.

Este Módulo proporciona una perspectiva detallada del proceso de aplicación bajo el Entendimiento de Solución de diferencias a partir del momento en que el OSD adopte un informe del Grupo Especial y/o un informe del Órgano de Apelación hasta el momento en que el Miembro demandado ponga sus medidas en conformidad con las normas de la OMC.

La primera sección de este Módulo recuerda que es una obligación fundamental de los Miembros de la OMC implementar oportunamente las recomendaciones y resoluciones del OSD. Sin embargo, cuando al Miembro involucrado no le sea posible implementar oportunamente las recomendaciones y resoluciones del OSD, deberá otorgársele el derecho de realizarlo en un plazo prudencial. La primera sección contiene una discusión detallada del procedimiento a seguir al determinar el plazo prudencial para la aplicación, así como los factores a tomar en cuenta en la determinación de la misma.

La segunda sección del Módulo tiene que ver con el procedimiento establecido en el Artículo 21.5 del ESD para solucionar los desacuerdos sobre la existencia o consistencia de medidas usadas por la OMC para aplicar las recomendaciones y las resoluciones del OSD.

La tercera Sección del Módulo explica las circunstancias bajo las cuales el Miembro reclamante podría hacer uso de recursos alternativos de compensación y suspensión de concesiones u otras obligaciones para con el Miembro demandado. Se enfatiza que tanto la compensación como la suspensión de concesiones son medidas temporales para promover el total cumplimiento. La tercera sección describe con detalle los principios y procedimientos que deben seguir los Miembros que deseen valerse del derecho de suspender concesiones al Miembro demandado, a la vez que revisa la jurisprudencia emergente correspondiente a la solución de este caso.

1. APLICACIÓN DE RECOMENDACIONES Y RESOLUCIONES

Objetivos

Al concluir esta sección, el lector será capaz de:

- apreciar que se requiere el cumplimiento oportuno de las recomendaciones y resoluciones del Órgano de Solución de Diferencias; sin embargo, cuando sea imposible cumplir inmediatamente, el Miembro involucrado deberá contar con un plazo prudencial en el cual pueda realizarlo
- explicar de qué forma se toma la decisión acerca del plazo prudencial para la aplicación y cuáles factores determinan la duración de dicho plazo para la aplicación.

1.1 Pronto Cumplimiento

Artículo 3.7 ESD

La credibilidad del mecanismo de solución de diferencias de la OMC depende en gran parte de la oportuna aplicación de las recomendaciones y resoluciones del Órgano de Solución de Diferencias (“OSD”). En otras palabras, en procura del buen funcionamiento del mecanismo de solución de diferencias, es necesario que los Miembros cuyas medidas han sido halladas incompatibles con sus obligaciones bajo el acuerdo abarcado por la OMC las ajusten a conformidad. El artículo 3.7 del Entendimiento Relativo a las Normas y los Procedimientos por los que se rige la Solución de diferencias (“ESD”) estipula que en ausencia de una solución a la diferencia que resulte mutuamente satisfactoria, el objetivo preferido del mecanismo de solución de diferencias:

...será en general conseguir la supresión de las medidas de que se trate si se constata que éstas son incompatibles con las disposiciones de cualquiera de los acuerdos abarcados.

Artículo 21.1

El artículo 21.1 del ESD estipula que:

Para asegurar la eficaz solución de las diferencias en beneficio de todos los Miembros, es esencial el pronto cumplimiento de las recomendaciones o resoluciones del OSD...

El ESD aclara que la solución alternativa de compensación es temporal y que debería recurrirse a ella únicamente cuando no es posible retirar las medidas incompatibles.¹

Además, estipula que debería recurrirse a la suspensión de concesiones u otras obligaciones como última instancia.²

Artículo 21.3 ESD

Con el fin de asegurar el cumplimiento oportuno de las recomendaciones y resoluciones del OSD, el ESD estipula que dentro de los treinta días posteriores a la aprobación del informe del Grupo Especial y/o del Órgano de Apelación por parte del OSD, el Miembro demandado deberá informar en una reunión del OSD la forma en que tratará de implementar las recomendaciones y resoluciones del OSD.³ Es en esta reunión del OSD que el Miembro afectado debe señalar las dificultades que podrían presentársele para implementar oportunamente las recomendaciones y resoluciones, así como indicar la necesidad de un plazo prudencial para cumplir con sus obligaciones. Contemplando dicha situación, el ESD estipula que cuando sea imposible para el Miembro afectado el cumplimiento inmediato, deberá otorgársele un plazo prudencial para realizarlo. El artículo 21.3 del ESD estipula que:

En una reunión del OSD que se celebrará dentro de los 30 días⁴ siguientes a la adopción del informe del grupo especial o del Órgano de Apelación, el Miembro afectado informará al OSD de su propósito en cuanto a la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD. En caso de que no sea factible cumplir inmediatamente las recomendaciones y resoluciones, el Miembro afectado dispondrá de un plazo prudencial para hacerlo.

El alcance del Artículo 21.3 del ESD ha sido visto en una serie de casos de arbitraje. Generalmente, los árbitros han indicado que es únicamente en casos precisos que el Miembro afectado deberá ser excusado de la pronta aplicación de las recomendaciones y resoluciones de OSD. En otras palabras, los Miembros no poseen discrecionalidad para decidir cuando desean cumplir oportunamente con las recomendaciones y resoluciones del OSD. En el caso *Australia – Salmon*, el Árbitro afirmó que el objetivo principal del ESD radica

¹ Artículo 3.7 del ESD.

² *Ibid.*

³ Debe notarse que el Artículo 4.12 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias estipula que "...con excepción de los períodos de tiempo específicamente prescritos en este Artículo, los períodos de tiempo que se apliquen bajo el ESD para el manejo de tales conflictos deberán ser de la mitad del tiempo que se prescribe en ese respecto". Algunos Miembros sostienen que en casos relacionados con la prohibición de subsidios de exportación, el Miembro demandado tiene 15 días para informar al OSD acerca de la forma en que pretende traer dichas medidas a conformidad con las recomendaciones y resoluciones del OSD y los acuerdos abarcados. Este punto de vista no lo comparten algunos Miembros que afirman que el Artículo 4.12 solo es aplicable a los procesos anteriores a la fase de aplicación.

⁴ Si no hay prevista una reunión del OSD durante ese período, el OSD celebrará una reunión a tal efecto dentro del plazo establecido.

en el retiro inmediato de las medidas que han sido halladas incompatibles con algún acuerdo abarcado. El Árbitro sostuvo que:

Consideradas conjuntamente, estas disposiciones definen con claridad los derechos y obligaciones del Miembro afectado en lo que respecta a la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD. A falta de una solución mutuamente convenida, el primer objetivo en general es la supresión inmediata de la medida juzgada incompatible con cualquiera de los acuerdos abarcados. Solamente si no es factible esa supresión, el Miembro afectado tiene derecho a un plazo prudencial para la aplicación.⁵

De igual forma en el caso Canadá – Patentes Farmacéuticas, el Árbitro recalcó el hecho de que no siempre es el caso de que a un Miembro demandado se le otorgue un plazo prudencial para implementar las recomendaciones y resoluciones del OSD. El derecho a un plazo prudencial dependería de las circunstancias de cada caso. No se trataba de un derecho automático al que podría apelarse a voluntad por los Miembros demandados. El Árbitro en el caso Canadá -Patentes Farmacéuticas afirmó:

Además, y sobre todo, no se dispone incondicionalmente de un "plazo prudencial". El párrafo 3 del artículo 21 deja claro que sólo puede disponerse de un plazo prudencial para la aplicación "[e]n caso de que no sea factible cumplir inmediatamente las recomendaciones y resoluciones" del OSD.²⁴ En mi opinión, en el texto del párrafo 3 del artículo 21 está implícito el supuesto de que, de ordinario, los Miembros cumplirán las recomendaciones y resoluciones del OSD "inmediatamente". Por tanto, el "plazo prudencial" a que hace referencia el párrafo 3 del artículo 21 es un período de tiempo en el que implícitamente no concurren unas circunstancias ordinarias, sino unas circunstancias en las que no es "factible cumplir inmediatamente....."⁶

1.2 Plazo prudencial para la aplicación

Si el Miembro demandado es capaz de establecer que no puede implementar oportunamente las recomendaciones y resoluciones del OSD, deberá otorgársele el "plazo prudencial" para realizarlo. Con el fin de prevenir demoras excesivas, el Artículo 21.3 del ESD define un "plazo prudencial" de la siguiente forma:

El plazo prudencial será:

a) el plazo propuesto por el Miembro afectado, a condición de que sea aprobado por el OSD; de no existir tal aprobación,

⁵ *Resolución del Árbitro*, Australia-Medidas que afectan la Importación del Salmon ("Australia-Salmon"), WT/DS18/9, para. 30

⁶ *Resolución del Árbitro*, Canadá-Medidas para proteger las patentes de productos farmacéuticos (Canadá-Productos Farmacéuticos), WT/DS114/13, para. 45

b) un plazo fijado de común acuerdo por las partes en la diferencia dentro de los 45 días siguientes a la fecha de adopción de las recomendaciones y resoluciones; o, a falta de dicho acuerdo,

c) un plazo determinado mediante arbitraje vinculante dentro de los 90 días siguientes a la fecha de adopción de las recomendaciones y resoluciones.⁷ En dicho arbitraje, una directriz para el árbitro⁸ ha de ser que el plazo prudencial para la aplicación de las recomendaciones del grupo especial o del Órgano de Apelación 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.

1.2.1 Aprobación por parte del OSD

Artículo 21.3(a) ESD

Ningún Miembro ha tenido que recurrir a la primera opción. Esto sucede probablemente debido a que es necesario obtener el consentimiento del Miembro que prevalece dado el hecho que el OSD decide por consenso.⁹ Si el consentimiento del Miembro no se obtiene de antemano, es probable que no se logre un consenso para aprobar el plazo razonable solicitado por el Miembro demandado, a menos que el período de tiempo solicitado sea de hecho muy “razonable”. En algunos casos, sin embargo, la propuesta por parte del Miembro afectado de una extensión del plazo prudencial decidido mediante arbitraje fue aceptada por el OSD.¹⁰ Es necesario aclarar, sin embargo, que en todos estos casos, el Miembro demandado haya indicado razones muy persuasivas por las cuales le fue imposible aplicar las medidas a conformidad con los acuerdos abarcados dentro del período de tiempo originalmente contemplado, así como que haya indicado en su solicitud que ha obtenido la aprobación tácita de los Miembros que prevalecen.

⁷ Si las partes no llegan a un acuerdo en cuanto al árbitro dentro de los diez días posteriores en que se hizo la referencia de la situación al arbitraje, el árbitro deberá ser nombrado por el Director General dentro de los diez días posteriores a la consulta con las partes.

⁸ La expresión “árbitro” deberá interpretarse como referencia ya sea a un individuo o a un grupo.

⁹ El Artículo 2.4 del ESD. Nota al pie de página 1 del ESD estipula que “se considerará que el OSD ha decidido por consenso sobre un asunto que le ha sido enviado para su conocimiento, si ningún Miembro que se halle presente en la reunión del OSD cuando se toma dicha decisión objeta formalmente la resolución propuesta”.

¹⁰ Véase, e.g., EE.UU. – Tratamiento Tributario para “Corporaciones de Ventas al Extranjero” (“US – FSC”), WT/DS108/11, fechado 2 de octubre, 2000; E.E.U.U. – Sección 110(5) del “Copyright Act” de E.E.U.U. (“US – Section 110(5) Copyright Act”), WT/DS160/14, fechado 18 de Julio, 2001; y E.E.U.U. – Ley Antidumping de 1916 (“US – 1916 Act”), WT/DS136/13, fechado 18 de Julio, 2001.

1.2.2 Mutuo acuerdo entre las partes

Artículo 21.3(b) ESD

Es posible que las partes recurran a la segunda opción, de la cual se ha hecho uso con mayor frecuencia que las otras opciones, en casos relativamente claros en donde podría efectuarse el cumplimiento sin que necesariamente se atravesara por un complicado proceso legislativo. Debe lograrse un acuerdo entre las partes en los siguientes 45 días a partir de la fecha de aprobación del Grupo Especial y/o del informe del Órgano de Apelación, a pesar de que ellos podrían decidir prolongar el tiempo y continuar esforzándose por llegar a un acuerdo. Cuando las partes no consigan llegar a un acuerdo, podrán recurrir a la tercera opción.

1.2.3 Arbitraje

Artículo 21.3(c) ESD

La tercera opción i.e., recurrir al arbitraje, ha de ser utilizada en casos donde existen marcadas diferencias entre las partes en cuanto a los pasos necesarios que debe seguir el Miembro demandado para cumplir con las recomendaciones y resoluciones de la OSD. Usualmente, las partes son propensas a recurrir al arbitraje cuando han fracasado en su intento por lograr un mutuo acuerdo conforme al Artículo 21.3 (b) del ESD. Como regla general, el árbitro debería determinar el plazo prudencial para la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD en los siguientes 90 días a partir de la fecha de aprobación del Grupo Especial y/o del Órgano de Apelación por el OSD. Cuando las partes estén de acuerdo, pueden prolongar la fecha límite o solicitarle al árbitro que suspenda su trabajo de manera que se les brinde la oportunidad de alcanzar un acuerdo mutuamente satisfactorio en cuanto a una fecha para la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD.¹¹

1.2.4 Asignación de un Árbitro

Aparte de la indicación de que un árbitro puede ser un individuo o un grupo de individuos, el ESD no señala quien puede servir como un árbitro con el propósito de determinar un plazo prudencial conforme al Artículo 21.3(c). Desde que el ESD entró en vigencia en 1995, el árbitro siempre ha sido un Miembro del Órgano de Apelación. Si las partes en conflicto no estuvieran de acuerdo en cuanto al árbitro dentro de los diez días posteriores a haber referido la situación a arbitraje, el árbitro deberá ser asignado por el Director General de la OMC dentro de los diez días posteriores a la consulta con las partes.¹²

¹¹ Véase, e.g., *E.E.U.U – “Medidas de Seguridad Definitivas para la Importación de Tubería Circular Soldada de Calidad proveniente de Corea (“US – Line Pipe”)*, WT/DS202/17.

¹² Nota al pie de página 12 del ESD.

1.2.5 Obligaciones del Árbitro

El asunto del alcance de la autoridad del árbitro ha sido motivo de discusión conforme al Artículo 21.3(c) del ESD. Básicamente, el asunto ha girado en torno a si se encuentra dentro del mandato del árbitro sugerir formas y medios a través de los cuales el Miembro demandado pueda poner en conformidad sus medidas con el acuerdo abordados. Un grupo de árbitros ha indicado que no consideran que este asunto forme parte de su mandato, así como que el único tema que ellos deben determinar es cuál será el plazo prudencial para que el Miembro afectado implemente sus medidas de conformidad con un acuerdo abarcado tomando en cuenta todos los hechos relevantes y sus respectivas circunstancias. En el caso CE – Hormonas, el Árbitro aclaró que no corresponde a las obligaciones de los árbitros sugerir formas y medios a través de los cuales el Miembro demandado podría poner sus medidas en conformidad con las leyes de la OMC. Sus tareas, de acuerdo con el Artículo 21.3 (c) del ESD, consisten en determinar cuál sería un plazo prudencial para que el Miembro demandado ponga sus medidas en conformidad con las leyes de la OMC tomando en cuenta los hechos relevantes y sus respectivas circunstancias. El Árbitro afirmó:

No corresponde a mi mandato, conforme al apartado c) del párrafo 3 del artículo 21 del Entendimiento, sugerir a las Comunidades Europeas la forma en que podrían aplicar las recomendaciones y resoluciones del Informe del Órgano de Apelación y los informes del Grupo Especial. Mi misión consiste en determinar el plazo prudencial en que debe llevarse a cabo esa aplicación. El párrafo 7 del artículo 3 del Entendimiento dispone, en su parte pertinente, que "el primer objetivo del mecanismo de solución de diferencias será en general conseguir la supresión de las medidas de que se trate si se constata que éstas son incompatibles con las disposiciones de cualquiera de los acuerdos abarcados" (la cursiva es nuestra). Aunque la supresión de una medida incompatible es la forma preferida para dar cumplimiento a las recomendaciones y resoluciones del OSD en caso de violación, no es forzosamente la única forma de aplicación compatible con los acuerdos abarcados. Así pues, todo Miembro que deba aplicar recomendaciones y resoluciones, tiene cierto margen de discreción para elegir la forma de aplicación, siempre que la forma elegida sea compatible con las recomendaciones y resoluciones del OSD y con los acuerdos abarcados.¹³

De la misma forma en el caso EE.UU. – “Hot Rolled Steel”, el árbitro afirmó que si bien es cierto que la complejidad de una legislación propuesta podría resultar relevante en la determinación del plazo prudencial a conceder al Miembro demandado, no era obligación del árbitro llegar a una determinación en cuanto al alcance y contenido adecuados de la legislación propuesta para la aplicación. El Árbitro en este caso sostiene que:

¹³ Resolución del Árbitro, EC – Medidas concernientes a la Carne y Productos Cárnicos (“EC – Hormonas”), WT/DS26/15, para. 38.

No considero que un árbitro que actúe en virtud del párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD tenga competencia para formular una determinación acerca del ámbito y contenido adecuados de la legislación de aplicación, por lo que no tengo el propósito de ocuparme de esa cuestión. Aunque el grado de complejidad de la legislación de aplicación prevista puede ser pertinente para el árbitro, en la medida en que su complejidad influya en la duración del plazo que puede destinarse razonablemente a la promulgación de la legislación de que se trate, la determinación del ámbito y contenido adecuados de la legislación prevista corresponde, en principio, al Miembro de la OMC que ha de proceder a la aplicación.¹⁴

La posible razón por la cual los Árbitros se han negado constantemente a verse envueltos en la toma de determinaciones acerca de la adecuación de las medidas para ser implementadas por el Miembro demandado con el fin las medidas estén de conformidad al debido proceso de acuerdo con el artículo 21.5 del ESD, según el cual la suficiencia de las medidas podría ser objetada.¹⁵ Como fue señalado por el Árbitro en el caso Canadá – Patentes Farmacéuticas, el Artículo 21.5 del ESD se volvería superfluo si los árbitros fuesen a tomar las determinaciones tomando en cuenta la consistencia que poseen las medidas propuestas para la aplicación con respecto a los acuerdos abarcados. El Árbitro sostiene que:

En mi calidad de árbitro según las disposiciones del párrafo 3 c) del artículo 21, no cabe duda de que entre mis responsabilidades se incluye examinar detalladamente la pertinencia y la duración de cada una de las etapas necesarias para la aplicación, con el fin de determinar cuál ha de ser un "plazo prudencial" para dicha aplicación. Sin embargo, entre mis responsabilidades no figura en ningún sentido determinar la compatibilidad de la medida de aplicación propuesta con las recomendaciones y resoluciones del OSD. Lo que justamente debe preocupar a un árbitro nombrado de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 es cuándo, no qué ha de hacer el Miembro en cuestión... Qué ha de hacer un Miembro para dar cumplimiento a las recomendaciones y resoluciones del OSD en un caso concreto es una cuestión abordada en otras disposiciones del ESD... En caso de que se plantee alguna cuestión acerca de si la forma de aplicación que elija un Miembro (qué hará) permitirá cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD, y no acerca de cuándo se propone hacerlo ese Miembro, la disposición aplicable es el párrafo 5 del artículo 21, y no el párrafo 3 de dicho artículo.¹⁶

Sin embargo, en los casos donde no exista violación, el Artículo 26.1 (c) estipula que de acuerdo con el Artículo 21.3 (c) un árbitro podría:

¹⁴ Laudo Arbitral, E.E.U.U – Medidas “Anti-Dumping” (Competencia Desleal) sobre ciertos Productos de Acero Fundido provenientes de Japón (“E.E.U.U. – “Acero Fundido”), WT/DS184/13, para. 30.

¹⁵ Véase, Sección 2.2.

¹⁶ Laudo Arbitral, Canadá – Patentes Farmacéuticas, paras 41 y 42.

“a petición de cualquiera de las partes,... podrá abarcar la determinación del nivel de las ventajas anuladas o menoscabadas y en él podrán sugerirse también los medios de llegar a un ajuste mutuamente”

Existe la disposición adicional de que “tales sugerencias no deberán ser vinculantes para las partes en la diferencia”.¹⁷

Si bien los árbitros no han considerado como obligación suya sugerir las formas y medios mediante los cuales el Miembro demandado podría poner en conformidad sus medidas con un acuerdo abarcado, el Árbitro en el caso Argentina – Pieles y Cueros indicó, en términos generales, el tipo de medidas que un Miembro demandado necesita poner en práctica para poner las medidas de no-conformidad en conformidad con las leyes de la OMC:

Es preciso poner la medida no conforme en conformidad con las disposiciones específicas del acuerdo ya sea mediante la supresión total de la medida o mediante su modificación, para eliminar o rectificar sus aspectos lesivos. Cuando la medida no conforme es una norma legal, suele ser necesaria otra norma legal que la derogue o modifique. Cuando la medida en cuestión es un reglamento administrativo, puede o no ser necesario una nueva norma legal, pero generalmente es necesario un reglamento que derogue o modifique el primero. Se pone por consiguiente de manifiesto que el concepto de cumplimiento o aplicación prescrito en el ESD es un concepto técnico que tiene un contenido específico: la supresión o modificación de una medida o de parte de una medida, cuya adopción o aplicación por un Miembro de la OMC haya supuesto la violación de una disposición de un acuerdo abarcado.¹⁸

1.2.6 Carga de la Prueba

En el caso Canadá – Patentes Farmacéuticas, el Árbitro señaló que, de acuerdo con el ESD, la obligación fundamental de los Miembros era el cumplimiento inmediato de las recomendaciones y resoluciones de la OSD, y que el Miembro que desee gozar de un plazo prudencial para cumplir deberá proporcionar sus razones. El Árbitro afirmó:

... que el cumplimiento inmediato es la opción preferida por el párrafo 3 del artículo 21, en mi opinión corresponde al Miembro que deba aplicar las resoluciones y recomendaciones soportar la carga de la prueba (“[e]n caso de que no sea factible cumplir inmediatamente”) de que la duración del plazo que se proponga para la aplicación, incluidas todas las supuestas etapas componentes del mismo, representa un “plazo prudencial”. Y cuanto más largo

¹⁷ Artículo 26.1(c) del ESD.

¹⁸ *Laudo Arbitral, Argentina – Medidas que Afectan la Exportación de Pieles Bovinas y la Importación de Cuero Acabado (“Argentina – Pieles y Cueros”), WT/DS155/10, paras. 40 y 41.*

sea el plazo propuesto para la aplicación, más pesada será la carga de la prueba.¹⁹

Anteriormente, el Arbitraje en el caso CE – Hormonas había resuelto:

A mi juicio, según el apartado c) del párrafo 3 del artículo 21, corresponde la carga de la prueba a la parte que pretende demostrar que las "circunstancias del caso" justifican un plazo más breve o más largo. Así pues, en este arbitraje corresponde a las Comunidades Europeas demostrar que concurren circunstancias del caso que exigen un plazo prudencial de 39 meses, y asimismo corresponde a los Estados Unidos y el Canadá demostrar que las circunstancias del caso llevan a la conclusión de que un plazo de 10 meses es razonable.²⁰

En el caso Canadá – Patentes Farmacéuticas, el Árbitro rechazó el alegato de Canadá, el Miembro demandado en este caso, de que debido a que se le había obligado a cumplir en un tiempo significativamente menor al contemplado por los lineamientos del Artículo 21.3(c), la obligación de establecer que existían “circunstancias particulares” para justificar un período de tiempo aún más corto, “claramente” correspondía a las Comunidades Europeas en su calidad de Miembro Reclamante.

1.3 Factores que determinan el plazo prudencial

1.3.1 Menor período posible para un Miembro dentro del Sistema Legal

Está bien establecido por la jurisprudencia que al Miembro demandado únicamente se le otorgaría el derecho al período más corto posible dentro de su sistema legal con el fin de que implemente las recomendaciones y resoluciones del OSD. En otras palabras, en la determinación del período de tiempo que se le otorgaría al Miembro para cumplir con las recomendaciones y resoluciones del OSD, se tomarán en cuenta los procedimientos legislativos y administrativos con los que debe cumplirse para poner sus medidas de conformidad con los acuerdos abarcados. Por lo tanto, cuando haya que seguir un procedimiento muy extenso para enmendar la medida que ha estado en conflicto con las normas de la OMC, al Miembro demandado se le otorgará el derecho a un período de tiempo más extenso. Por otra parte, si las recomendaciones y resoluciones del OSD pueden aplicarse dentro de un período específico y de forma consistente con las regulaciones y leyes internas del Miembro, entonces este hecho se tomará en cuenta cuando se adopte la decisión acerca del plazo prudencial. En el caso CE –Hormonas, el árbitro denegando la solicitud de las Comunidades Europeas de que se les otorgara 39 meses para la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD, declaró que a un Miembro se le

¹⁹ *Laudo Árbitro, Canadá – Patentes Farmacéuticas, para. 47.*

²⁰ *Laudo Árbitro, EC – Hormonas, para. 27.*

otorgaría un período de tiempo más corto únicamente dentro de su sistema legal. El Árbitro dispuso:

El apartado c) del párrafo 3 del artículo 21 debe interpretarse además en este contexto y a la luz del objeto y el propósito del ESD. A este respecto, deben tenerse en cuenta otras disposiciones pertinentes del Entendimiento, en particular, el párrafo 1 del artículo 21 y el párrafo 3 del artículo 3... Leído en su contexto, está claro que el plazo prudencial a que se refiere el apartado c) del párrafo 3 del artículo 21 debe ser el plazo más breve posible, en el marco del ordenamiento jurídico del Miembro, para aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD. En un caso normal, no debe ser superior a 15 meses, aunque puede ser inferior.²¹

Si bien a un Miembro se le obliga a aplicar las recomendaciones y disposiciones del OSD en el menor tiempo posible que su sistema legal permita, no se le requiere recurrir a procedimientos legislativos extraordinarios con el fin de poner en conformidad sus medidas con las normas de la OMC. Dicho de otro modo, el Miembro demandado debe seguir los procedimientos normales para enmendar su legislación con el propósito de ponerla en conformidad con un acuerdo abarcado. En el caso Corea – Bebidas Alcohólicas, los Estados Unidos de América y las Comunidades Europeas alegaron que Corea podría poner sus medidas en conformidad en un período de tiempo menor, si enviaba la ley tributaria a una sesión extraordinaria de la Asamblea General. Al denegar este alegato de los Estados Unidos de América y las Comunidades Europeas, el Árbitro observó que no era necesario que Corea hiciera uso de un procedimiento legislativo extraordinario para poner sus medidas en conformidad con las normas de la OMC. El Árbitro resolvió:

Aunque el plazo prudencial debe ser el plazo más breve posible, en el marco del ordenamiento jurídico del Miembro, para aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD, ello, en mi opinión, no obliga a un Miembro a recurrir en todos los casos a un procedimiento legislativo extraordinario en vez de seguir el procedimiento legislativo normal. Teniendo en cuenta todas las circunstancias que concurren en el presente caso, considero razonable permitir a Corea que siga su procedimiento legislativo normal para el examen y aprobación de un proyecto de Ley tributaria con consecuencias presupuestarias.²²

1.3.2 Factores legales versus otros factores

Al decidir si existen circunstancias particulares que justifiquen un período menor o mayor a los 15 meses que dictan los lineamientos del Artículo 21.3(c) del ESD, un grupo de Árbitros han señalado que únicamente se tomarán en

²¹ *Laudo Arbitral, CE - Hormonas, para. 26.*

²² *Laudo Arbitral, Corea – Taxes on Alcoholic Beverages (“Corea – Alcoholic Beverages”), WT/DS75/16, para. 42.*

cuenta las consideraciones legales importantes. En otras palabras, situaciones externas tales como el probable impacto de la nueva legislación sobre una industria o consideraciones políticas será ignorado. En el caso Canadá – Patentes Farmacéuticas, Canadá argumentó que necesitaría 11 meses para poner sus medidas en conformidad con las normas de la OMC. Ella justificaba su solicitud inter alia con base en que tendría que revocar las “Regulaciones sobre la Manufacturación y Almacenamiento de Medicinas Patentadas”, lo cual era “una situación política muy delicada en Canadá” y requería extensas consultas con los accionistas, grupos interesados, así como con la población en general. Al denegar la solicitud de Canadá y fijar el plazo prudencial en seis meses a partir de la fecha de aprobación del Informe del Grupo Especial del OSD, el Árbitro recalcó que únicamente las consideraciones legales relevantes serían tomadas en cuenta al decidir la extensión del plazo prudencial. El Árbitro en el caso Canadá – Patentes Farmacéuticas resolvió:

Muy bien puede haber otras "circunstancias del caso" que tengan trascendencia en un caso concreto. Sin embargo, en mi opinión, las "circunstancias del caso" mencionadas en el párrafo 3 del artículo 21 no incluyen factores que no tengan relación con la evaluación del plazo más breve posible para la aplicación, en el marco del ordenamiento jurídico de un Miembro. Los factores de este tipo que no tengan relación con esa evaluación carecerán de trascendencia para determinar el "plazo prudencial" para la aplicación. Por ejemplo, de acuerdo con las resoluciones de anteriores arbitrajes de conformidad con el párrafo 3 del artículo 21, cualquier plazo que se proponga con la finalidad de permitir el "reajuste estructural" de una rama de producción nacional afectada carecerá de importancia para evaluar el proceso legal. La determinación sobre el "plazo prudencial" ha de ser un juicio basado en el examen jurídico de las disposiciones legales pertinentes...

Ninguna disposición del párrafo 3 del artículo 21 indica que la supuesta "conflictividad" en el ámbito interno de un país de una medida adoptada para cumplir una resolución de la OMC sea de algún modo uno de los factores que hayan de considerarse para determinar el "plazo prudencial" para la aplicación. Todas las diferencias que se plantean en la OMC son "conflictivas" en el ámbito interno de los países, al menos hasta cierto punto; si no lo fueran, los Miembros de la OMC no tendrían necesidad de recurrir al mecanismo de solución de diferencias.²³

Del mismo modo, en el caso EE.UU. – Ley de 1916, el Árbitro desechó el alegato de los Estados Unidos de América de que recientes cambios políticos ocurridos en Washington eran relevantes en la determinación del plazo prudencial dentro del cual debería poner las medidas en conformidad con las recomendaciones y resoluciones del OSD.

²³ *Laudo Arbitral, Canadá – Patentes Farmacéuticas, paras. 52 y 60.*

El Árbitro estipuló:

Habida cuenta de estas obligaciones fundamentales contraídas por los Miembros de la OMC, factores tales como el volumen de la legislación proyectada y el elevado porcentaje de proyectos que nunca se convierten en leyes, no pueden tenerse en cuenta para ampliar el plazo necesario para la aplicación. En cuanto al argumento de que la legislación que es aprobada por el Congreso de los Estados Unidos, lo es habitualmente al final del período legislativo de sesiones, esto, asimismo, puede ser una práctica habitual de ese Congreso, pero no es el resultado de un requisito jurídico. ..

Los Estados Unidos también me instan a tener en cuenta las "otras circunstancias especiales" presentes en este caso, es decir, la necesidad de un período de transición debido a la existencia de un nuevo Presidente, una nueva Administración y un nuevo Congreso, y el consiguiente desplazamiento de la relación de fuerzas entre los dos principales partidos políticos del país. Incluso teniendo en cuenta estas circunstancias extraordinarias, señalo que es importante para el caso de que se trata que el primer período de sesiones del 107° Congreso de los Estados Unidos está en curso desde el 3 de enero de 2001. Es posible, por tanto, que los Estados Unidos presenten una propuesta legislativa y la hagan aprobar por el Congreso lo más rápidamente posible, utilizando, como ya he indicado, toda la flexibilidad de que disponen dentro de sus procedimientos legislativos normales.²⁴

1.3.3 Complejidad de la aplicación de medidas y procedimientos

En el caso Canadá – Patentes Farmacéuticas, el Árbitro indicó que uno de los factores que deben tomarse en cuenta en la determinación del plazo prudencial es la complejidad de las medidas propuestas para la aplicación. Si debieran introducirse medidas extensivas las cuales pudieran afectar a muchos sectores de actividad, entonces podría propiciarse un caso obligatorio para conceder un período de tiempo más amplio. Por otra parte, si las recomendaciones y dictámenes se efectuaran mediante un simple cambio en la ley, entonces sería oportuno un período de tiempo menor. El Árbitro en la disputa anterior declaró:

Igualmente, la complejidad de la aplicación propuesta puede ser un factor trascendente. Si la aplicación se logra mediante una multitud de reglamentos nuevos que afectan a muchos sectores de la actividad económica, se necesitará el tiempo suficiente para redactar los cambios, consultar con las partes afectadas, y hacer las modificaciones consiguientes que se consideren necesarias. Por otra parte, si la aplicación propuesta consiste, por ejemplo, en la simple derogación de una sola disposición de quizá una o dos oraciones, es evidente que en tal caso se necesitará menos tiempo para la redacción, las

²⁴ *Laudo Arbitral*, Estados Unidos de América – Ley de 1916 Antidumping (US – 1916 Act), *WT/DS136/11*, paras. 38-40.

consultas y la finalización del procedimiento. A decir verdad, la complejidad no se cifra únicamente en el número de páginas de un proyecto de reglamento; sin embargo, parece razonable suponer que, en la mayoría de los casos, cuanto más breve sea un proyecto de reglamento, menor será su probable complejidad.²⁵

En el caso CE – Bananos III, el Árbitro declaró sin lugar el alegato de las partes reclamantes de que las Comunidades Europeas requerían un período de tiempo menor para poner las medidas en conformidad con las normas de la OMC. Afirmó que se sentía satisfecho de que la complejidad del procedimiento de aplicación en las Comunidades Europeas justificara un período de tiempo más allá de los 15 meses que estipula el Artículo 21.3(c) del ESD. El Árbitro sostuvo:

Las partes reclamantes no me han persuadido de que haya en este asunto "circunstancias del caso" que justifiquen un plazo más breve que el estipulado por la directriz que enuncia el ESD en el párrafo 3 c) de su artículo 21. Al mismo tiempo, la complejidad del proceso de aplicación, demostrada por las Comunidades Europeas, parece aconsejar la observancia de la directriz, con una pequeña modificación, de modo que el "plazo prudencial" para la aplicación expire el 1º de enero de 1999.²⁶

1.3.4 Medios para la aplicación

Uno de los factores que serían tomados en cuenta en la determinación del plazo prudencial corresponde a los medios de aplicación de las recomendaciones y dictámenes del OSD. Si estos pudieran implementarse a través de una decisión administrativa, entonces el plazo prudencial disminuiría considerablemente por debajo de los 15 meses indicados. Por el contrario, si pudieran implementarse a través de un engorroso procedimiento legislativo, entonces el plazo prudencial podría ser mayor. El Árbitro en el caso Canadá –Patentes Farmacéuticas resolvió:

Si la aplicación se lleva a cabo por medios administrativos, como un reglamento, el "plazo prudencial" normalmente será más breve que si la aplicación se realiza por medios legislativos. Parece razonable suponer, salvo que se demuestre lo contrario en función de las circunstancias inusuales que concurren en un caso concreto, que se podrán modificar los reglamentos con más rapidez que las leyes. A decir verdad, a veces el procedimiento administrativo puede ser largo; pero el proceso legislativo muchas veces puede ser más largo todavía...Además, debe tenerse en cuenta el carácter jurídicamente vinculante, y no discrecional, de las etapas componentes del proceso de aplicación. Si la legislación de un Miembro establece un plazo

²⁵ *Laudo Arbitral, Canadá – Patentes Farmacéuticas, para. 50.*

²⁶ *Laudo Arbitral, comunidades Europeas – Régime para la Importación, Venta y Distribución de Bananos ("EC – Bananas III"), WT/DS27/15, para. 19.*

imperativo para una parte obligatoria del proceso que ha de seguirse necesariamente para introducir un cambio en los reglamentos, esa parte del plazo propuesto será razonable a no ser que se demuestre lo contrario en función de las circunstancias inusuales que concurren en el caso concreto. Por otra parte, si no existe una disposición imperativa de este tipo, el Miembro que afirme la necesidad de un determinado plazo habrá de hacer frente a una carga de la prueba mucho más exigente.²⁷

1.3.5 Flexibilidad del Proceso Legal

Si los procedimientos legislativos del Miembro demandado son lo suficientemente flexibles de manera que puedan influir el tiempo en que la ley para la aplicación podría ser promulgada a fin de poner sus medidas en conformidad con los acuerdos abarcados, se esperaría hacerlo considerando que la responsabilidad principal de los Miembros según el ESD es el cumplimiento oportuno. En el caso Canadá – Vigencia de Patentes, el Árbitro afirmó que la flexibilidad del proceso legislativo es factor que debiera tomarse en cuenta en la determinación del plazo prudencial que se le otorgaría al Miembro reclamante para que ajuste sus medidas en conformidad. En el caso en mención el Árbitro declinó a acceder a Canadá su solicitud de 14 meses y dos días y le solicitó ajustar sus medidas en conformidad dentro de diez meses a partir de la fecha en que el OSD aprobó el grupo especial y los informes del Órgano de Apelación. El Arbitro brindó las siguientes razones:

Los diversos trámites de este proceso y el orden de esos trámites están claramente estructurados y definidos. En cambio, en lo que respecta a los plazos y momentos, el proceso es flexible, como ha reconocido el Canadá en la audiencia. Para aprovechar esa flexibilidad no es necesario recurrir a un procedimiento extraordinario.⁴⁴ De conformidad con anteriores laudos arbitrales, considero que esta flexibilidad es un importante elemento que debe tenerse en cuenta al establecer el "plazo prudencial". En último término, el "plazo prudencial" parece estar en función de la prioridad que el Canadá atribuya a la modificación de su Ley de Patentes para ponerla en conformidad con sus obligaciones en virtud del artículo 33 del Acuerdo sobre los ADPIC... considero que la cuestión analizada pertenece al género de cuestiones en las que el Parlamento canadiense debe tratar de cumplir las obligaciones internacionales del Canadá tan pronto como sea posible, aprovechando el margen de flexibilidad que le brinda el procedimiento legislativo normal.²⁸

²⁷ *Laudo Arbitral, Canadá – Patentes Farmacéuticas, paras. 49 y 51.*

²⁸ *Laudo Arbitral, Canadá – Plazo de la Protección de Patentes (“Canadá – “Plazo de Patentes”), WT/DS170/10, paras. 63 y 64. Véase además, Laudo Arbitral, Estados Unidos de América – Sección 110 (5) Propiedad Intelectual, y Laudo Arbitral, Canadá – Ciertas Medidas que Afectan la Industria Automotriz (“Canadá – Autos”), WT/DS139/12.*

1.3.6 Pasos tomados para aplicar las Resoluciones del OSD

Cierto número de Árbitros ha indicado que uno de los factores que se tomarían en cuenta en la determinación del plazo prudencial que sería concedido al Miembro demandado son los pasos a seguir por este último después de la aprobación de un informe del Grupo Especial o el informe del Órgano de Apelación y antes de que se recurra al arbitraje, esto con el fin de asegurar el pronto cumplimiento. En el caso EE.UU. – Sección 110(5) Ley de Propiedad Intelectual, el árbitro advirtió a los Miembros que los pasos que asumieron, como resultado de la aprobación por parte del OSD de un Grupo Especial o de Apelación los Árbitros, serían sometidos a un cuidadoso escrutinio con el propósito de determinar el plazo prudencial a concederles. El Árbitro en este caso sostuvo:

...el párrafo 1 del artículo 21 establece que para asegurar la eficaz solución de las diferencias en beneficio de todos los Miembros es esencial el "pronto cumplimiento". Es evidente que la prontitud es fundamental. En consecuencia, el Miembro que procede a la aplicación debe aprovechar el período posterior a la adopción del informe de un grupo especial y/o del Órgano de Apelación para iniciar la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD. Los árbitros examinarán concienzudamente los actos relacionados con la aplicación realizados por el Miembro que ha de proceder a ella en el período que media entre la adopción del informe de un grupo especial o del Órgano de Apelación y la iniciación de un arbitraje. Hay que esperar que el árbitro, en caso de advertir que el Miembro que ha de proceder a la aplicación no ha dado comienzo de forma adecuada a ésta con miras al "pronto cumplimiento", tras la adopción del informe tenga en cuenta ese hecho al determinar "el plazo prudencial".²⁹

1.3.7 Países en desarrollo

Si un país en desarrollo va a llevar a cabo la aplicación, las circunstancias particulares de dicho país deben tomarse en cuenta, de acuerdo con el Artículo 21.2 del ESD. Si, por ejemplo, el país estuviera enfrentando una crisis económica y existiera evidencia de que la aplicación oportuna de las recomendaciones y resoluciones del OSD podría agravar la crisis, se le podría otorgar un plazo ampliado para dicho cumplimiento. Este fue el razonamiento del Árbitro en el caso Indonesia– Autos, donde tomó en cuenta las condiciones económicas en deterioro en Indonesia y le concedió seis meses adicionales para traer las medidas en conformidad con los acuerdos abarcados. El Árbitro resolvió:

Indonesia no sólo es un país en desarrollo; es un país en desarrollo que se encuentra actualmente en una situación económica y financiera extremadamente

²⁹ *Laudo Arbitral, US – Sección 110(5) de la Ley de Propiedad Intelectual, WT/DS160/12, párraf. 46. Véase además, Laudo Arbitral, Canada – Plazo de Patentes, párraf. 62.*

grave. La propia Indonesia afirma que su economía está al "borde del colapso". En esas circunstancias sumamente especiales, considero oportuno prestar la máxima atención a las cuestiones que afectan a los intereses de Indonesia como país en desarrollo, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 21 del ESD. Por consiguiente, he llegado a la conclusión de que un período adicional de seis meses, sumado al plazo de seis meses necesario para completar el proceso normativo interno de Indonesia constituye un plazo prudencial para la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD en el presente caso.³⁰

Cuando un país en desarrollo Miembro eleva el asunto, el ESD dispone que "el OSD considerará qué otras disposiciones puede adoptar que sean adecuadas a las circunstancias."³¹ Considerará en este contexto "no sólo el comercio afectado por las medidas objeto de la reclamación sino también su repercusión en la economía de los países en desarrollo Miembros de que se trate."³²

1.4 Compruebe sus conocimientos

- 1. ¿Se cumplirán las recomendaciones y resoluciones del OSD de forma inmediata o en un plazo prudencial?**
- 2. ¿Quién decide cuál es el plazo prudencial para la aplicación en un conflicto en particular?**
- 3. ¿Se encuentra dentro de las obligaciones de un árbitro de acuerdo con el artículo 21.3 (c) del ESD determinar si aplicación propuesta de las recomendaciones y resoluciones es consistente con la OMC?**
- 4. ¿Es relevante la complejidad de las medidas de aplicación y proceso de enmienda o retiro, para determinar el plazo prudencial para la aplicación? Si es así, explique de qué forma.**
- 5. ¿ Son relevantes el desorden político o la privación económica, derivadas de la aplicación de recomendaciones y resoluciones, para la determinación del plazo prudencial correspondiente a la aplicación? Con respecto a esto, ¿es importante si el Miembro demandando es un país en vías de desarrollo?**

³⁰ *Laudo Arbitral*, Indonesia – *Ciertas Medidas que Afectan la Industria Automotriz* ("Canadá – Autos"), WT/DS54/15, párraf. 24.

³¹ *Artículo 21.7 del ESD.*

³² *Artículo 21.8 del ESD.*

2. SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS CONCERNIENTES A LA APLICACIÓN

Objetivos

Al completar esta Sección, el lector podrá:

- **discutir acerca de los procedimientos estipulados en el Artículo 21.5 del ESD para resolver conflictos entre las partes en relación con la consistencia existente entre la OMC y las medidas que están aplicando.**

2.1 Informe de la Situación

Artículo 21.6 ESD

Para asegurar que el Miembro demandado cumpla con las recomendaciones y resoluciones del OSD en el plazo prudencial establecido en conformidad con las disposiciones del artículo 21.3(c), el ESD estipula que el OSD deberá mantener bajo observación la aplicación de las recomendaciones y resoluciones aprobadas. Además, estipula que cualquier Miembro puede tratar el tema de la aplicación de recomendaciones y resoluciones en cualquier momento, después de su aprobación por parte del OSD. El Artículo 21.6 del ESD estipula el mecanismo para verificar si el Miembro demandado aplica las recomendaciones o resoluciones del OSD. El Artículo estipula:

A menos que el OSD decida otra cosa, la cuestión de la aplicación de las recomendaciones o resoluciones será incluida en el orden del día de la reunión que celebre el OSD seis meses después de la fecha en que se haya establecido el período prudencial de conformidad con el párrafo 3 y se mantendrá en el orden del día de sus reuniones hasta que se resuelva. Por lo menos 10 días antes de cada una de esas reuniones, el Miembro afectado presentará al OSD por escrito un informe de situación sobre los progresos realizados en la aplicación de las recomendaciones o resoluciones.

A partir del informe de la situación de un Miembro, debería ser posible determinar si este sería capaz de cumplir con las recomendaciones y resoluciones del OSD en el plazo prudencial. Sin embargo, aquellos que los Miembros demandados han enviado tienden a ser muy superfluos en lugar de informativos. Bajo circunstancias ordinarias, si a los informes les faltara detallar o fuesen imprecisos en cuanto a los pasos a seguir para cumplir con las recomendaciones y resoluciones del OSD, el Miembro reclamante o cualquier otro Miembro podría hacer una observación al OSD acerca de que el Miembro demandado no está siguiendo los pasos adecuados para el cumplimiento y que el OSD debería solicitarle cumplir con sus obligaciones en el plazo previsto. En la práctica, sin embargo, los Miembros se reservan sus comentarios hasta el

día posterior al vencimiento del plazo prudencial, ya que es posible que las medidas sean implementadas el último día de dicho plazo.

2.2 Uso del Artículo 21.5 del ESD

Artículo 21.5 ESD

Si el Miembro demandado adoptara medidas con las que pretendiera implementar las recomendaciones y resoluciones del OSD en el período de tiempo recomendado, y existiera un conflicto con respecto a su consistencia con un acuerdo abarcado, el Miembro reclamante podrá solicitar el establecimiento de un Grupo Especial para determinar si las medidas de aplicación cumplen las normas de la OMC. Además, cuando exista un desacuerdo con respecto a la existencia de las medidas de aplicación, el Miembro reclamante podrá solicitar el establecimiento de un Grupo Especial para solucionar este desacuerdo. Cuando esta solicitud se haga, el asunto será referido al Grupo Especial original, si fuese posible, el cual debe distribuir al Grupo especial el informe en 90 días a partir de la fecha de la referencia del asunto. Cuando el Grupo Especial no pueda proporcionar el informe en el plazo establecido, se espera que informe al OSD por escrito las razones del atraso y que indique cuando le será posible enviar su informe. El Artículo 21.5 del ESD estipula que:

En caso de desacuerdo en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones o a la compatibilidad de dichas medidas con un acuerdo abarcado, esta diferencia se resolverá conforme a los presentes procedimientos de solución de diferencias, con intervención, siempre que sea posible, del grupo especial que haya entendido inicialmente en el asunto. El grupo especial distribuirá su informe dentro de los 90 días siguientes a la fecha en que se le haya sometido el asunto. Si el grupo especial considera que no le es posible presentar su informe en ese plazo, comunicará por escrito al OSD los motivos del retraso, indicando el plazo en que estima podrá presentarlo.

2.3 Alcance de los Procedimientos según el Artículo 21.5 del ESD

2.3.1 Consistencia con las Normas de la OMC

Se ha suscitado el tema de si el enfoque de un Grupo Especial del Artículo 21.5 se limita únicamente a comprobar si las medidas implementadas por el país demandado cumplen con las recomendaciones y resoluciones del OSD en ese caso en particular, o si este incluye además comprobar la conformidad de las medidas implementadas con las disposiciones relevantes del acuerdo(s) abarcado(s). En el caso Canadá – Aeronaves (Artículo 21.5 - Brasil), el Órgano de Apelación, en la revocación de la regla del Grupo Especial de los procedimientos del Artículo 21.5, sostuvo que los procedimientos según este Artículo establecen no solamente si las medidas adoptadas son compatibles con las recomendaciones y resoluciones del OSD, si no que también establece si

estas son compatibles con las disposiciones relevantes del acuerdo(s) abarcado(s).³³ Bajo circunstancias ordinarias, si las medidas adoptadas por un Miembro son compatibles con las recomendaciones y resoluciones del OSD, usualmente también serán compatibles con las disposiciones de los acuerdos abarcados. El Órgano de Apelación en el caso Canadá– Aeronaves (Artículo 21.5 -Brasil) resolvió:

Hemos indicado ya que el presente procedimiento, de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, se refiere a la "compatibilidad" del programa revisado del TPC con el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC. En consecuencia, no estamos de acuerdo con el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 en que el ámbito del presente procedimiento de solución de diferencias de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 se reduzca a la determinación de si el Canadá ha aplicado o no la recomendación del OSD... De ello se desprende que la función del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 consistía, en este caso, en determinar si la nueva medida -el programa revisado del TPC- era compatible con el párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC.³⁴

2.3.2 Medidas

Cuando la medida haya sido el tema de la resolución de un conflicto y se encuentre que es inconsistente con las disposiciones de un acuerdo abarcado, prosigue que la medida que se ha tomado en cumplimiento con las recomendaciones y resoluciones del OSD, necesariamente deberá ser diferente, de lo contrario, existe una gran probabilidad de que la medida adoptada sea inconsistente con las normas de la OMC. En el caso Canadá– Aeronaves (Artículo 21.5 - Brasil), el Órgano de Apelación recalcó las medidas en discusión en los procedimientos según el Artículo 21.5 del ESD:

Los procedimientos sustanciados de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 no tienen por objeto cualquier medida de un Miembro de la OMC, sino únicamente las "medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones" del OSD. En nuestra opinión, la expresión "medidas destinadas a cumplir" designa a aquellas medidas adoptadas o que deberían ser adoptadas por un Miembro para cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD. En principio, una medida "destinada a cumplir las recomendaciones y resoluciones" del OSD no será la misma que fue objeto de la diferencia inicial, por lo que habría dos medidas distintas y separadas³⁴: la medida inicial, que dio lugar a las recomendaciones y resoluciones del OSD y las "medidas destinadas a cumplir" las recomendaciones y resoluciones, adoptadas o que deberían adoptarse para aplicar dichas recomendaciones y resoluciones. En el

³³ Informe del Órgano de Apelación, Canadá – Medidas que Afectan la Exportación de Aeronaves Civiles– Uso del Artículo 21.5 del OSD por parte de Brasil (“Canadá – Aeronaves (Artículo 21.5 – Brasil)”), WT/DS70/AB/RW, aprobado el 4 de Agosto, 2000.

³⁴ Informe del Órgano de Apelación, Canadá – Aeronaves (Artículo 21.5 – Brasil), párraf. 40 -41.

presente procedimiento de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21, la medida en litigio es una nueva medida, el programa revisado del TPC, que comenzó a aplicarse el 18 de noviembre de 1999 y que el Canadá califica de "medida destinada a cumplir las recomendaciones y resoluciones" del OSD.³⁵

2.4 Uso repetido del Artículo 21.5 del ESD

A pesar de que no está explícitamente dispuesto en el ESD, algunos Miembros han recurrido nuevamente al uso del Artículo 21.5 del ESD a fin de objetar la consistencia con un acuerdo abarcado de las medidas que han sido implementadas por un Miembro demandado siguiendo un informe del Grupo Especial del Artículo 21.5, el cual ha llegado a la conclusión de que las medidas implementadas por dicho Miembro no cumplían con el informe del Grupo Especial/Órgano de Apelación tal como lo aprobó el OSD. En el conflicto entre Brasil y Canadá sobre los subsidios de exportación para la industria regional de fabricación de aviones, por ejemplo, las partes se valieron de los procedimientos del Artículo 21.5 en contadas ocasiones. Si bien recurrir al Artículo 21.5 del ESD sirve de propósito útil de aclarar aún más las obligaciones de los Miembros según el Acuerdo sobre la OMC y a resolver definitivamente los conflictos entre las partes, se ha expresado la opinión en el OSD de que existe el riesgo de que abusen de él algunos Miembros que, en lugar de poner sus medidas en total conformidad con las recomendaciones y resoluciones del OSD, podrían implementar una ley que solucione todos los defectos que su legislación anterior halló incompatibles con las obligaciones según el acuerdo abarcado.

Al parecer existe la aceptación general entre los Miembros de la OMC en cuanto a que un Miembro demandado ha aprobado una ley para la aplicación en respuesta a un informe del Artículo 21.5 y, existe un desacuerdo en cuanto a la incompatibilidad de las medidas implementadas respecto a las recomendaciones y resoluciones del OSD, siempre es posible que se haga uso del Artículo 21.5 sin tomar en cuenta el número de veces anteriores que se ha recurrido a esta disposición. En el caso Canadá –Lácteos, Nueva Zelanda y los Estados Unidos de América solicitaron un Grupo Especial del Artículo 21.5 por segunda ocasión, ya que consideraron que el Órgano de Apelación fracasó en su intento por resolver la disputa definitivamente entre ellos y Canadá.³⁶ En una declaración al OSD, el representante de Nueva Zelanda señaló que:

Nueva Zelanda sigue considerando que el Canadá no ha cumplido las recomendaciones y resoluciones iniciales del OSD. Como se ha destacado

³⁵ 35Ibid., para. 36.

³⁶ *Informe del Órgano de Apelación, Canadá – Medidas que Afectan la Importación de Leche y la Exportación de Productos Lácteos – Uso del Artículo 21.5 del ESD por parte de Nueva Zelanda y Estados Unidos de América* ("Canadá -Lácteos (Artículo 21.5 – Nueva Zelanda y E.E.U.U)", WT/DS103/AB/RW, WT/DS113/AB/RW, aprobada el 18 de diciembre, 2001.

anteriormente, y en más de una ocasión, en sustitución de las medidas aplicadas a la exportación de productos lácteos declaradas incompatibles con los compromisos contraídos por el Canadá en el marco de la OMC, el Canadá ha puesto en vigor "nuevas medidas" para la exportación de productos lácteos... Por lo que se refiere a los procedimientos anteriores de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21, en el informe del Órgano de Apelación se revocaban algunas de las constataciones del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21, pero el Órgano de Apelación no se pronunciaba sobre la compatibilidad de la medida en cuestión. En vez de ello, el Órgano de Apelación concluyó que, a la luz de las constataciones fácticas hechas por el Grupo Especial y de los hechos no controvertidos que constaban en el expediente del Grupo Especial, no podía completar el análisis de las alegaciones formuladas por Nueva Zelanda con respecto al párrafo 1 c) del artículo 9 y al párrafo 1 del artículo 10 del Acuerdo sobre la Agricultura. En su informe, el Órgano de Apelación puntualiza que su decisión "no equivale a constatar que la medida en cuestión es compatible con la OMC, sino simplemente que las constataciones del Grupo Especial están viciadas por un error de derecho" (párrafo 104 del informe del Órgano de Apelación).³⁷

Como respuesta, el representante de Canadá se mostró en desacuerdo con la decisión de Nueva Zelanda y Estados Unidos de América de recurrir por segunda ocasión al Artículo 21.5 del ESD.³⁸

2.5 Consultas según los Procedimientos del Artículo 21.5

El ESD no indica si las partes pueden consultar antes de hacer la solicitud de un Grupo Especial del Artículo 21.5. Algunos Miembros de la OMC comparten la opinión de que las consultas son requisito *sine qua non* al establecimiento de un Grupo Especial, así como que no deber negarse ninguna solicitud para obtener un Grupo Especial del artículo 21.5, a menos que la consulta planteada por las partes del conflicto no haya resuelto la diferencia entre las mismas. Los proponentes de este punto de vista señalan que el Artículo 21.5 estipula que los conflictos acerca de la aplicación "deberán resolverse mediante el uso de estos procedimientos para la solución de diferencias". Estos procedimientos para la solución de diferencias son los procedimientos manifiestos en el ESD. Según estos procedimientos, y en especial según el Artículo 6.2 del ESD, las consultas son obligatorias y deberían preceder a la solicitud del Grupo Especial. Quienes consideran que las consultas son obligatorias en el contexto de los procedimientos del Artículo 21.5 sostienen su alegato con el hecho de que las medidas en discusión que han sido implementadas podrían no ser exactamente las mismas a las que fueron consideradas por el Grupo Especial original y, por lo tanto, es necesario que las partes realicen un intercambio de puntos de vista con respecto a estas medidas

³⁷ WT/OSD/M/116, 31 de enero, 2002, paras. 52-53.

³⁸ *Ibid.*, para. 56.

antes de que se haga una solicitud para el establecimiento de un Grupo Especial.

Algunos Miembros no comparten este punto de vista pues consideran que los procedimientos del Artículo 21.5 son diferentes, y que si se les solicita a las partes efectuar consultas antes de realizar una solicitud para el establecimiento de un Grupo Especial del Artículo 21.5, se atrasará innecesariamente el procedimiento de solución de diferencias, especialmente tomando en cuenta que las partes habrían efectuado consultas antes de la solicitud inicial para el establecimiento de un Grupo Especial y, habrían dado parte a todos los hechos relevantes del caso. En otras palabras, el Miembro demandado no se vería perjudicado si las consultas no se efectuaran, ya que estaría al tanto de los fundamentos legales de la demanda. En ausencia de cualquier lineamiento definitivo del ESD, las partes en conflicto apegadas al Artículo 21.5 estarían llegando a un acuerdo con respecto a los procedimientos para agilizar dichos procedimientos. En el caso EE.UU. - FSC, las partes acordaron, mediante un *inter alia*, efectuar consultas en los siguientes 12 días a partir de que se realice la solicitud, y en caso de que ocurra un estancamiento en las consultas, llegar a un acuerdo con respecto al establecimiento de un Grupo Especial del Artículo 21.5 inmediatamente después, y así disminuir los períodos de tiempo según las provisiones relevantes del ESD.³⁹

2.6 Revisión de Apelación en los Procedimientos del Artículo 21.5

El Artículo 21.5 del ESD no estipula expresamente la posibilidad de apelar a los informes de Grupos Especiales del Artículo 21.5. Sin embargo, la jurisdicción del Órgano de Apelación en los procedimientos del Artículo 21.5 podría basarse en el Artículo 17.1 del ESD, el cual estipula que el “Órgano de Apelación deberá escuchar las apelaciones por parte de los casos de Grupo Especiales”, y en el Artículo 17.6 el cual estipula que “La apelación tendrá únicamente por objeto las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por éste”. En algunos conflictos, los Miembros han realizado acuerdos bilaterales para otorgarse entre sí el derecho a apelar un informe de Grupo Especial del Artículo 21.5 al Órgano de Apelación.

2.7 Relación entre los Artículos 21.5 y 22.2 del ESD

El tema ha surgido en cuanto a la relación entre los Artículos 21.5 y el Artículo 22.2 del ESD. Según el primero de ellos, si hubiera un desacuerdo en cuanto a la existencia de consistencia con la OMC de las medidas tomadas por parte del Miembro demandado a fin de cumplir con las recomendaciones y resoluciones

³⁹ Estados Unidos de América – Tratamiento Fiscal “Corporaciones de Ventas al Exterior”, *demanda hecha por la comunidades Europeas* (“E.E.U.U – FSC”), *WT/DS108/12*.

del OSD, el Miembro demandante puede solicitar el establecimiento de un Grupo Especial del Artículo 21.5 con el propósito de evaluar dichas medidas. Según el artículo 22.2 del ESD, si el Miembro demandado no logra que las medidas que no están en conformidad se cumplan en el plazo prudencial y las partes en conflicto son incapaces de llegar a un acuerdo en cuanto a la compensación en los 20 días posteriores a la fecha de expiración del plazo prudencial, el Miembro reclamante puede solicitar la autorización por parte del OSD para suspender la aplicación, al Miembro demandado, de las concesiones u otras obligaciones según los acuerdos abarcados. La cuestión es si el Miembro reclamante puede solicitar autorización al OSD para suspender las concesiones al Miembro demandado, antes de que haya sido establecido mediante un procedimiento del Artículo 21.5 que tampoco ha implementado del todo las recomendaciones y resoluciones del OSD y que no son compatibles con la OMC. El tema surgió porque, según el Artículo 22.6, el OSD debe otorgar la autorización para suspender las concesiones en los treinta días siguientes a la fecha de expiración del plazo prudencial, a menos que, por consenso, decida rechazar la solicitud de autorización. Mientras tanto, si se hubiera recurrido al Artículo 21.5, para entonces no se habrían completado los procedimientos para establecer si las medidas propuestas para la aplicación implementan correctamente las recomendaciones y resoluciones del OSD. Una solicitud de autorización en esta etapa implicaría que el Miembro reclamante habría llegado a la conclusión de que las medidas propuestas para la aplicación no son compatibles con la OMC. Sin embargo, conforme al Artículo 23 del ESD, los Miembros de la OMC deben haber hecho uso de los lineamientos y procedimientos del ESD para determinar si una medida es inconsistente con la OMC; los Miembros no pueden decidir de manera unilateral si una medida es inconsistente con la OMC.

En el caso CE – Bananas III, Estados Unidos de América aseguró que poseía el derecho de solicitar una autorización de la OSD para suspender las concesiones y otras obligaciones de las CE, no obstante el nuevo régimen de banano de las Comunidades Europeas, aprobado en respuesta a las recomendaciones y resoluciones del OSD. Las Comunidades Europeas se opusieron fuertemente a la solicitud de Estados Unidos de América sobre el alegato de si la solicitud era permitida, se llegaría a sancionar una determinación por parte de Estados Unidos de América en cuanto a que su nuevo régimen de banano no era consistente con las recomendaciones y resoluciones del OSD. Las Comunidades Europeas argumentó que el procedimiento adecuado consistía en que Estados Unidos de América solicitara un Grupo Especial del Artículo 21.5 con el fin de determinar si su nuevo régimen de banano era consistente con las recomendaciones y resoluciones del OSD. De acuerdo con las Comunidades Europeas, no fue sino hasta después de la resolución por parte del Grupo Especial del Artículo 21.5 que los Estados Unidos de América podrían ampararse al Artículo 22.2 del ESD. El representante de las Comunidades Europeas dijo en el OSD que:

...los Miembros se encuentran en un momento crítico de esta diferencia y advierte que la situación puede agravarse. O el OSD decide volver a situar esta cuestión en el contexto multilateral que le corresponde de conformidad con el procedimiento previsto en el párrafo 5 del artículo 21 o se enfrentará con una diferencia sumamente politizada en enero de 1999, si una de las partes solicita la autorización del OSD para suspender concesiones o cuando lo haga. Es ésta la primera ocasión en que el OSD considera la posibilidad de recurrir a los procedimientos previstos en el artículo 21 o en el artículo 22. En otros casos, no se ha impugnado la aplicación de las recomendaciones. En el contexto de este asunto, se están examinando cuidadosamente las disposiciones del ESD y sus posibles interpretaciones. Este proceso ha revelado que el ESD contiene varias ambigüedades que han de aclararse. Sin embargo, es necesario decidir ahora cómo se actuará en este asunto.⁴⁰

Las Comunidades Europeas y los Estados Unidos de América finalmente lograron llegar a un acuerdo que permitió a ambas solicitudes conforme a los acuerdos 21.5 y 22.2 proceder simultáneamente.

Después de este caso, se hizo costumbre para las partes en disputa llegar a un acuerdo siguiendo la secuencia de los procedimientos estipulados en los Artículos 21 y 22. En algunos casos, las partes acordaron iniciar con los procedimientos establecidos en los artículos 21.5 y 22 de una manera simultánea y suspender posteriormente los procesos de desagravio de acuerdo con el Artículo 22 hasta después de la terminación de los procedimientos del Artículo 21.5., en el entendido de que si el Grupo Especial de cumplimiento confirmara que la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD no hubieran sido puesta en práctica, el Miembro reclamante podría volver a activar el proceso de desagravio según el Artículo 22 del ESD.⁴¹ En algunos otros casos, las partes acordaron iniciar los procedimientos bajo el Artículo 21.5, antes de recurrir a los procesos de agravio estipulados en el artículo 22, con la condición de que el Miembro demandado no objetaría la solicitud de desagravio según se indica en el artículo 22, con el alegato de que el período de 30 días según el Artículo 22.6 había transcurrido. En el contexto de las negociaciones del ESD, un grupo de Miembros ha declarado que le brindan prioridad a este tema y que los acuerdos bilaterales a los que las partes habían llegado deberían formalizarse, en procura de la certeza y la capacidad de predicción.⁴²

⁴⁰ WT/OSD/M/51/Add.1, 26 de febrero de 1999, p 4. Véase también la solicitud de las Comunidades Europeas por un arbitraje según el Artículo 22.6 del ESD, WT/DS27/46; 3 de febrero de 1999.

⁴¹ Véase, por ejemplo, *Canadá – Lácteos*, WT/DS103/14; y *E.E.U.U. - FSC*, WT/DS108/12.

⁴² Véase las siguientes disposiciones: *TN/DS/W/1 por las Comunidades Europeas*; *TN/DS/W/8 por Australia*; *TN/DS/W/9 por Ecuador*; *TN/DS/W/11 por La República de Corea*; y *informe conceptual por Bolivia, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Japón, República de Corea, Nueva Zelanda, Noruega, Perú, Suiza, Uruguay y Venezuela con base en el "Asunto de Secuencia" de los Artículos 21.5/22 de la "Resolución del Entendimiento de Solución de diferencias"*; *Escrito(02)/45, del 27 de mayo del 2002.*

2.8 Compruebe sus Conocimientos

- 1. ¿Cuándo y por qué recurriría una de las partes al Artículo 21.5?**
 - 2. ¿Determina un Grupo Especial del Artículo 21.5 si el Miembro demandado ha adoptado una medida de aplicación que sea consistente con las recomendaciones y resoluciones del OSD?**
 - 3. ¿La referencia a un Grupo Especial del Artículo 21.5 debe ser precedida por consultas? ¿Pueden las partes recurrir a un informe del Grupo Especial del Artículo 21.5?**
 - 4. ¿Considera necesario que un Grupo Especial del Artículo 21.5 determine que el Miembro demandado no ha implementado las recomendaciones y resoluciones del OSD de forma consistente con la OMC, antes de que el Miembro reclamante pueda solicitar al OSD una autorización para suspender las concesiones u otras obligaciones según el Artículo 22 del ESD? ¿Es su posición consistente con los Artículos 21.5 y 22 tal como se encuentran redactados actualmente?**
-

3. COMPENSACIÓN Y SUSPENSIÓN DE CONCESIONES

3.1 Falta de Cumplimiento

Artículo 3.7 y 22.1 del ESD

Si la parte demandada no ajusta sus medidas en conformidad con un acuerdo abarcado en el plazo prudencial establecido conforme al Artículo 21.3 del ESD, el Miembro que prevalece puede procurar una compensación u obtener una autorización de parte del OSD para suspender las concesiones equivalentes u otras obligaciones hacia el Miembro.⁴³ El ESD recalca que no se prefiere la compensación ni la suspensión de concesiones en vez de la total aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD. Por consiguiente, dispone que aquellas son medidas temporales a las que se puede recurrir en caso de que se imposibilite la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD en el plazo prudencial conforme al Artículo 21.3 del ESD.

3.2 Compensación

Artículo 22.2 ESD

Según el Artículo 22.2 del ESD, el Miembro demandado está en la obligación de entrar en negociaciones con el Miembro reclamante si este último solicitara una compensación como consecuencia de la falta de aplicación de las recomendaciones y resoluciones en el plazo prudencial. Si bien se espera que la solicitud de compensación sea hecha por el Miembro reclamante, el Miembro demandado podría, por su propia voluntad, ofrecer una compensación como una forma de resolver el conflicto temporalmente, siempre y cuando sea aceptable para el Miembro reclamante.

No-Discriminación

Si las partes son capaces de lograr un acuerdo sobre compensación, las concesiones acordadas deben ser compatibles con los acuerdos abarcados. Esto significa, inter alia, que deben extenderse sobre la base de un NMF para otros Miembros de la OMC. Dicho de otra forma, una compensación no debería ser discriminatoria en el sentido que beneficie únicamente al Miembro reclamante.

⁴³ El Artículo 22.9 del ESD estipula que cuando no sea posible para el gobierno regional o local de un Miembro demandado cumplir prontamente con las recomendaciones y resoluciones del OSD, el Miembro podría negociar la compensación con el Miembro reclamante si lo solicitara, o como alternativa, el Miembro reclamante podría suspender las concesiones u otras obligaciones hacia dicho Miembro.

El requisito de que la compensación debe otorgarse con base en un MFN fue reconocido en un contexto diferente por el Órgano de Apelación en el caso Comunidades Europeas – Avicultura, donde señaló que:

No hay ningún pasaje del texto del artículo XXVIII del que se desprenda que la compensación negociada en el marco de ese precepto pueda estar exenta del cumplimiento del principio de no discriminación recogido en los artículos I y XIII del GATT de 1994.⁴⁴

Se han expresado inquietudes en el OSD acerca de que los acuerdos sobre compensación que son presentados por algunos Miembros podrían estar en incumplimiento con el principio de no-discriminación. En la reunión del OSD del 18 de enero del 2002, el representante de Australia expresó su inquietud acerca del acuerdo compensatorio propuesto entre Estados Unidos de América y las Comunidades Europeas. Indicó que era imperativo que cualquier compensación acordada entre las partes fuera consistente con las normas relevantes de la OMC incluyendo el principio de no-discriminación. El representante de Australia afirmó:

Australia desea dejar constancia de su gran preocupación por las disposiciones en materia de compensación que tiene entendido se han convenido entre los Estados Unidos y las CE. A Australia le preocupa que esas disposiciones sobre compensación puedan infringir las obligaciones sobre no discriminación dimanantes de las normas de la OMC. Parecen asimismo prever una demora de hasta tres años del cumplimiento por parte de los Estados Unidos de las recomendaciones del OSD. A Australia le preocupa especialmente el carácter evidentemente discriminatorio de las disposiciones en materia de compensación propuestas. A este respecto, observa que no se ha ofrecido compensación alguna a otros Miembros cuyos intereses se ven anulados o menoscabados por la continua infracción por parte de los Estados Unidos de sus obligaciones en el marco de la OMC.⁴⁵

3.3 Suspensión de Concesiones

Artículo 22.2 y 22.6 ESD

Cuando las partes sean incapaces de llegar a un acuerdo en cuanto a la compensación en los siguientes 20 días a partir de la fecha de expiración del plazo prudencial, el Miembro reclamante puede solicitar una autorización del OSD para suspender la aplicación al Miembro demandado de concesiones u otras obligaciones según los acuerdos abarcados.⁴⁶ Cuando se hace tal

⁴⁴ Informe del Órgano de Apelación EC – Measures Affecting Importation of certain Poultry Products (Comunidades Europeas – Medidas que Afectan la Importación de Ciertos Productos Avícolas Products) (“EC – Poultry”), WT/DS69/ABR, aprobado el 23 de Julio de 1998, para. 100.

⁴⁵ WT/OSD/M/117. 15 de febrero 2002, para. 32.

⁴⁶ Artículo 22.2 del ESD.

solicitud, el OSD deberá otorgar la autorización para suspender las concesiones u otras obligaciones en los siguientes 30 días a partir de la fecha de expiración del plazo prudencial a menos que el OSD decida por consenso denegar la solicitud.⁴⁷ En efecto, si las partes son incapaces de llegar a un acuerdo sobre la compensación en los siguientes veinte días después de la fecha de expiración del período de tiempo razonable, el OSD deberá otorgar la autorización en los siguientes 10 días después de dicha fecha al Miembro reclamante para que suspenda concesiones u otras obligaciones de forma discriminatoria hacia el Miembro demandado. La suspensión de concesiones u otras obligaciones también se le denomina “réplica”.

Artículo 3.7 ESD

Con respecto a la suspensión de concesiones, el Artículo 3.7 del ESD estipula:

El último recurso previsto en el presente Entendimiento para el Miembro que se acoja a los procedimientos de solución de diferencias es la posibilidad de suspender, de manera discriminatoria contra el otro Miembro, la aplicación de concesiones o el cumplimiento de otras obligaciones en el marco de los acuerdos abarcados siempre que el OSD autorice la adopción de estas medidas. (Énfasis agregado).

Se considerará que una de las partes está incumpliendo sus obligaciones según el OSD si este fuese a proceder unilateralmente a fin de suspender las concesiones u otras obligaciones hacia el Miembro demandado sin la autorización del OSD. En el caso US – Certain EC Products (EE.UU. – Ciertos Productos de las CE), el Órgano de Apelación afirmó la necesidad de los Miembros de buscar la aprobación previa del OSD antes de suspender las concesiones u otras obligaciones. El Órgano de Apelación sostuvo en ese caso:

La obligación de los Miembros de la OMC de no suspender las concesiones u otras obligaciones sin autorización previa del OSD se enuncia explícitamente en el párrafo 6 del artículo 22 y en el párrafo 2 c) del artículo 23, y no en el párrafo 7 del artículo 3 del ESD... Consideramos, sin embargo, que si un Miembro ha infringido el párrafo 6 del artículo 22 y el párrafo 2 c) del artículo 23 del ESD, dicho Miembro ha actuado también necesariamente, en vista del carácter y el contenido de la última frase del párrafo 7 del artículo 3, en forma contraria a esta última disposición.⁴⁸

⁴⁷ Artículo 22.6 del ESD.

⁴⁸ Informe del Órgano de Apelación, caso United States – Import Measures on Certain Products from the European Communities (Estados Unidos de América – Medidas para la Importación de Ciertos Productos Provenientes de las Comunidades Europeas (“US – Certain EC Products”), WT/DS165/ABR., aprobado el 10 de enero del 2001, para. 120.

3.4 Principios y Procedimientos que Rigen la Suspensión

Los Miembros de la OMC que deseen valerse de esta solución deben cumplir una cantidad de condiciones complicadas. El propósito en general parece prevenir que los Miembros abusen de esta solución para establecer barreras comerciales que ordinariamente podrían estar prohibidas bajo los acuerdos abarcados.

3.4.1 Suspensión en el mismo Sector según el mismo Acuerdo

Artículo 22.3 (a) ESD

Como regla general, primero se requiere que la parte reclamante procure la suspensión de concesiones u otras obligaciones con respecto al mismo(s) sector(es) como aquel en el que el Grupo Especial o el Órgano de Apelación haya encontrado una violación u otra anulación o menoscabo. De acuerdo con el Artículo 22.3(f) del ESD, “sector” significa:

- i) en lo que concierne a bienes, todos los bienes;
- ii) en lo que concierne a servicios, un sector principal de los que figuran en la versión actual de la "Lista de Clasificación Sectorial de los Servicios" en la que se identifican esos sectores;
- iii) en lo que concierne a derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, cualquiera de las categorías de derechos de propiedad intelectual comprendidas en la sección 1, la sección 2, la sección 3, la sección 4, la sección 5, la sección 6 o la sección 7 de la Parte II, o las obligaciones dimanantes de la Parte III o la Parte IV del Acuerdo sobre los ADPIC;

Por lo tanto, si la diferencia está relacionada con un trato discriminatorio con respecto al acceso al mercado de un producto agrícola en particular, la parte reclamante podría buscar la suspensión de concesiones u otras obligaciones con respecto a otro producto agrícola. En el caso EC– Bananas III, los Árbitros señalaron que si un informe del Grupo Especial o del Órgano de Apelación contiene conclusiones de incompatibilidades con la OMC en únicamente uno y el mismo sector dentro del sentido del Artículo 22.3(f) del ESD, la suspensión propuesta de concesiones equivalentes en ese sector por parte del Miembro reclamante era menos probable que fuese controversial que si se propiciara en diferentes sectores y bajo diferentes acuerdos. Los Árbitros resolvieron:

Si un informe del Grupo Especial o del Órgano de Apelación contiene conclusiones de incompatibilidades con la OMC únicamente con respecto a un mismo sector dentro del sentido del Artículo 22.3(f) del ESD, existe poca necesidad de una revisión multilateral de la elección con respecto a los productos o servicios o derechos de propiedad intelectual, según sea el caso, que un Miembro haya elegido la suspensión de concesiones sujeta a la autorización del OSD. Sin embargo, si un Miembro decide buscar la autorización para suspender concesiones bajo otro sector, o bajo otro acuerdo, fuera del alcance de

los sectores o acuerdos con los cuales las conclusiones de un Grupo Especial están relacionados, los párrafos (b)-(d) del Artículo 22.3 del ESD establecen un cierto grado de disciplina tal como el requisito de declarar las razones por las cuales dicho Miembro consideró la suspensión de concesiones dentro del mismo(s) sector(es) como aquellas donde las violaciones a las normas de la OMC se encontraron inviables e inefectivas.⁴⁹

No obstante, los Árbitros en el mismo caso recalcaron que el hecho de que se haya hecho una solicitud según el Artículo 22.3(a) para suspender las concesiones en un mismo sector como aquellas en las que se encontró una violación, no es una razón por la cual los Árbitros no deberían llevar a cabo una revisión a fin de determinar si los principios relevantes establecidos en el Artículo han sido cumplidos. Los Árbitros argumentaron que si a ellos se les había impedido llevar a cabo este ejercicio, sería relativamente fácil para los Miembros evitar sus obligaciones, un resultado que no fue provocado intencionalmente por quienes diseñaron el borrador del ESD. Los Árbitros sostuvieron:

Desde nuestro punto de vista, si se le va a dar efecto completo al Artículo 22.3 del ESD, la autoridad de los Árbitros para revisar, a solicitud, si se han seguido los principios y procedimientos de los subpárrafos (b) o (c) de dicho Artículo debe implicar la capacidad de un Árbitro para revisar si una solicitud hecha según el subpárrafo (a) debería haberse realizado (por completo o en parte) según los subpárrafos (b) o (c). Si los Árbitros fueren despojados de tal autoridad implícita, los principios y procedimientos del Artículo 22.3 del ESD podrían ser fácilmente obviados. Si no hubiera revisión alguna, cualquiera que sea, con respecto a las solicitudes de autorización para suspender concesiones hechas según el subpárrafo (a), los Miembros podrían verse tentados a recurrir siempre a dicho subpárrafo con el propósito de evitar la observación multilateral de la suspensión de concesiones u otras obligaciones a través de sectores, y además las disciplinas de los otros subpárrafos del Artículo 22.3 del ESD podrían caer en desuso por completo.⁵⁰

3.4.2 Suspensión en Otro Sector Bajo el Mismo Acuerdo

Artículo 22.3 (b) ESD

Si la parte reclamante considera que no es viable o efectivo suspender las concesiones con respecto a otro servicio financiero, por ejemplo, puede procurar la suspensión las concesiones u otras obligaciones en otros sectores, según el mismo acuerdo.

⁴⁹ *Decisión de los Árbitros*, European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, (Unión Europea – Regimen para la Importación, Venta y Distribución de Banano). Recurso de Arbitraje por las Comunidades Europeas según el Artículo 22.6 del ESD, WT7DS27/ARB, para. 3.6.

⁵⁰ *Ibid.*, para. 3.7.

Según el Artículo 22.3(g) del ESD, “acuerdo” significa:

- i) en lo que concierne a bienes, los acuerdos enumerados en el Anexo 1A del Acuerdo sobre la OMC, tomados en conjunto, así como los Acuerdos Comerciales Plurilaterales en la medida en que las partes en la diferencia de que se trate sean partes en esos acuerdos;
- ii) en lo que concierne a servicios, el AGCS;
- iii) en lo que concierne a derechos de propiedad intelectual, el Acuerdo sobre los ADPIC.

Así, cuando el Miembro reclamante crea que no es viable o efectivo que suspenda las concesiones u otras obligaciones con respecto a otro servicio financiero, deberá procurar la suspensión de concesiones en cuanto a servicios de transporte.

3.4.3 Suspensión Bajo otro Acuerdo sobre la OMC

Artículo 22.3 (c) ESD

Si la parte reclamante considera que no es viable o efectivo que suspenda las concesiones u otras obligaciones en un sector diferente bajo el mismo acuerdo, debe procurar la suspensión de concesiones u otras obligaciones según un acuerdo diferente. De esta forma, si la diferencia surge entorno a los productos, debe procurar la suspensión de concesiones u otras obligaciones según los AGCS o ADPIC.

3.5 Condiciones Generales a Cumplir

Artículo 22.3 (d) ESD

Debido a que la suspensión de concesiones generalmente se considera un paso extraordinario, el ESD además estipula en el Artículo 22.3(d) que el Miembro que busca recurrir a esta solución debe tomar en cuenta lo siguiente:

- i) el comercio realizado en el sector o en el marco del acuerdo en que el grupo especial o el Órgano de Apelación haya constatado una infracción u otra anulación o menoscabo, y la importancia que para ella tenga ese comercio;
- ii) los elementos económicos más amplios relacionados con la anulación o menoscabo y las consecuencias económicas más amplias de la suspensión de concesiones u otras obligaciones.

Si la parte que trata de obtener la autorización para suspender las concesiones u otras obligaciones en un sector diferente bajo el mismo acuerdo o bajo otro Acuerdo sobre la OMC como se especifica en los Artículos 22.3(b) y (c), respectivamente, se verá obligado a proporcionar las razones de su solicitud al OSD. La solicitud razonada, al mismo tiempo, deberá enviarse al Concejo de la

OMC encargado del caso o al órgano sectorial para su consideración, según sea el caso.⁵¹

3.5.1 Alcance del Artículo 22.3(a) del ESD

En el caso EC – Bananas III, surgió el tema en cuanto al alcance apropiado del Artículo 22.3(a) del ESD. Las Comunidades Europeas había argumentado que Estados Unidos de América no tenían el derecho de solicitar la autorización de suspender las concesiones en el comercio de bienes, pues este último no tenía ningún interés en este sector. Según las Comunidades Europeas, Estados Unidos de América debería haber solicitado una autorización para suspender las concesiones en el sector de distribución de servicios o cualquier otro sector de servicios dado la conclusión de violación al AGCS que hicieron el Grupo Especial y el Órgano de Apelación, asumiendo que tales violaciones aún continuarían bajo su régimen revisado de banano. Los Árbitros rechazaron el alegato de las CE y declararon que se trataba de una mala interpretación de la lectura de las disposiciones pertinentes del ESD:

Recordamos que el apartado a) del párrafo 3 del artículo 22 del ESD se refiere a la suspensión de "concesiones u otras obligaciones relativas al mismo sector (los mismos sectores) en que el grupo especial o el Órgano de Apelación haya constatado una infracción u otra anulación o menoscabo". Observamos que las palabras "mismo sector (los mismos sectores)" abarcan el singular y el plural. Con arreglo al apartado i) del inciso f) se entiende por "sector[es]", en lo que concierne a bienes, todos los bienes, y con arreglo al apartado ii) de ese mismo inciso, en lo que concierne a servicios un sector principal de los que figuran en la "Lista de Clasificación Sectorial de los Servicios". En consecuencia, llegamos a la conclusión de que los Estados Unidos tienen derecho a pedir la suspensión de concesiones en cualquiera de esos dos sectores o en ambos, dentro del límite del nivel global de anulación o menoscabo sufridos, en caso de que en el régimen revisado de las CE no se hayan eliminado completamente las incompatibilidades que se constataron en la diferencia inicial con las obligaciones de las CE en virtud del GATT y del AGCS. En este caso "el mismo sector (los mismos sectores)" serían, respectivamente, "todos los bienes" y el sector de los "servicios de distribución". Nuestra conclusión, basada en el sentido corriente del párrafo 3 a) del artículo 22, es además concorde con el hecho de que las constataciones de infracciones en el marco del GATT y del AGCS formuladas en la diferencia inicial estaban estrechamente relacionadas y se referían todas ellas a un único régimen de importación, aplicable a un único producto, el banano.⁵²

⁵¹ Artículo 22.3(e) del ESD.

⁵² Decisión de los Árbitros, EU – Bananas III., Recurso de Arbitraje por las Comunidades Europeas según el Artículo 22.6 del ESD, WT7DS27/ARB, para. 3.10.

3.5.2 Alcance del Albedrío del Miembro Reclamante

También ha surgido el tema de la sola prerrogativa del Miembro reclamante según los Artículos 22.3(b) y (c) para decidir si no es viable o efectivo que suspenda las concesiones en el mismo sector o en diferentes sectores bajo el mismo acuerdo. En el caso EC– Bananas III, Ecuador argumentó que el lenguaje en estos artículos era permisivo y que era la prerrogativa del Miembro reclamante decidir si era o no viable o efectivo que suspendiera las concesiones en el mismo sector o en sectores diferentes según el mismo acuerdo. Este, por lo tanto respondió al alegato de las Comunidades Europeas que no se había seguido los principios y procedimientos declarados en el Artículo 22.3 y que debería negársele la autorización de suspender las concesiones bajo un acuerdo diferente. Los Árbitros aceptaron el alegato de Ecuador de que el lenguaje en los Artículos 22.3(b) y (c) le confería algún grado de discreción al Miembro reclamante, pero continuó sosteniendo que cuando se leía en su totalidad, el Artículo 22 contemplaba la revisión por parte de los Árbitros para establecer si los principios y procedimientos pertinentes habían sido cumplidos por el Miembro que trataba de obtener la suspensión de concesiones u otras obligaciones bajo un sector diferente según el mismo acuerdo o según un acuerdo diferente. Los Árbitros en el caso EC – Bananas III ratificaron:

La utilización de los términos "si la parte considera" en los apartados b) y c) se desprende que éstos dejan a la parte reclamante afectada cierto margen de apreciación para sacar sus propias conclusiones de una evaluación de determinados elementos fácticos, es decir, si es practicable y eficaz la suspensión en el mismo sector o en el marco del mismo acuerdo y si las circunstancias son graves. Sin embargo, de la utilización de los términos "al considerar qué concesiones u otras obligaciones va a suspender, la parte reclamante aplicará los siguientes principios y procedimientos" en la introducción del párrafo 3 del artículo 22 se desprende igualmente que ese margen de apreciación de que dispone la parte reclamante afectada está sujeto al examen de los Árbitros. En nuestra opinión, el margen de examen de los Árbitros entraña la facultad de juzgar en un sentido amplio si la parte reclamante de que se trata ha considerado objetivamente los hechos necesarios y si, sobre la base de estos hechos, podría creíblemente llegar a la conclusión de que sería impracticable o ineficaz buscar una suspensión dentro del mismo sector en el marco de los mismos acuerdos, o únicamente en el marco de otro acuerdo a condición de que las circunstancias fueran suficientemente graves. El empleo de los términos "la parte tendrá en cuenta" en el apartado d) pone en claro que los Árbitros están facultados para examinar cabalmente si la parte reclamante ha tenido en cuenta los factores enumerados en los incisos i) y ii) del apartado d) del párrafo 3 del artículo 22 al aplicar los principios y procedimientos establecidos en los apartados a) a c). Por la misma razón, el empleo de los términos "indicará [&] las razones en que se funde" en el apartado e) implica que los Árbitros han de examinar las razones indicadas por la parte reclamante

como fundamento de una petición formulada al amparo de los apartados b) o c).⁵³

3.5.3 Valoración Objetiva Según el Artículo 22.3 (b) y (c)

En el caso EC – Bananas III, las Comunidades Europeas objetaron el derecho de Ecuador a solicitar la suspensión de concesiones u otras obligaciones bajo el Acuerdo ADPIC, pues el Grupo Especial y el Órgano de Apelación no habían encontrado incompatibilidades de su régimen de banano con este Acuerdo. Ecuador alegó que su solicitud estaba justificada por el Artículo 22.3 (c) del ESD pues no era viable o efectivo que suspendiera las concesiones u otras obligaciones en las áreas donde el Grupo Especial y el Órgano de Apelación había encontrado violaciones. Los Árbitros iniciaron su evaluación mediante la revisión del significado ordinario de los términos “viable” y “efectivo” y prosiguió con la consideración de los méritos de fondo de los alegatos de las partes. Los Árbitros afirmaron:

Notamos que el significado ordinario de “viable” es “disponible o útil en la práctica; capaz de ser usado” o “dispuesto a, o propio para la acción como opuesto a la especulación etc.”.⁵⁴ Dicho de otro modo, una evaluación de la “viabilidad” de una suspensión alternativa involucra la cuestión de si tal alternativa está disponible para ponerse en práctica así como propia para ser usada en un caso en particular. Por el contrario, el término “efectivo” implica “poderoso en efecto”, “lograr una fuerte impresión”, “tener un efecto o resultado”. Por lo tanto, la fuerza de este criterio posibilita a la parte en busca de la suspensión para asegurar que el impacto de dicha suspensión es fuerte y trae los resultados deseados, sobre todo el inducir el cumplimiento del Miembro que no haya traído sus medidas incompatibles con la OMC en conformidad con las resoluciones del OSD en un plazo prudencial. Uno podría preguntarse si este objetivo alguna vez podrá alcanzarse en una situación donde existe un enorme desequilibrio en términos del volumen comercial y poder económico entre la parte reclamante en busca de la suspensión y la otra parte que no ha logrado ajustar sus medidas incompatibles con la OMC en conformidad con las normas de la OMC. En tal caso, y en situaciones en donde la parte reclamante es extremadamente dependiente de las importaciones de la otra parte, podría suceder que la suspensión de ciertas concesiones u otras obligaciones signifique más efectos dañinos para la parte que busca la suspensión que para la otra parte.⁵⁵ En estas circunstancias, una consideración de la parte reclamante acerca de cuál sector o según cuál acuerdo debe esperarse que la suspensión sea menos

⁵³ *Decisión de los Árbitros, EC – Bananas III, Recurso de Arbitraje por las Comunidades Europeas según el Artículo 22.6 del ESD, WT7DS27/ARB/ECU, paras. 52-53.*

⁵⁴ *El Nuevo y más pequeño Diccionario de Inglés Oxford (“Diccionario de Inglés Oxford”), Oxford (1993), p.2317.*

⁵⁵ *Por supuesto, la suspensión de concesiones u otras obligaciones siempre es probable que también resulte dañina, hasta cierto punto, también para la parte reclamante que solicita la autorización del OSD.*

dañina nos parecería suficiente a fin de encontrar que una consideración hecha por la parte reclamante en cuanto al criterio de efectividad es compatible con el requisito de seguir los principios y procedimientos establecidos en el Artículo 22.3.⁵⁶

Como un rechazo adicional al alegato de las Comunidades Europeas de que Ecuador no había seguido los principios y procedimientos establecidos en el Artículo 22.3 del ESD, los Árbitros señalaron que, contrario a la demanda de las Comunidades Europeas, los Artículos 22.3(b) y (c) no requieren que el Miembro reclamante establezca que la suspensión de concesiones u otras obligaciones sería efectiva y viable en el mismo sector y/o en el mismo acuerdo. En otras palabras, los Árbitros indicaron que los artículos 22.3(b) y (c) establecen el criterio pertinente en el sentido negativo. Los Árbitros en el caso EC – Bananas III afirmaron:

Subrayamos que los apartados b) y c) del párrafo 3 del artículo 22 no imponen al Ecuador ni a nosotros la obligación de establecer que la suspensión de concesiones u otras obligaciones es practicable y/o eficaz en el marco de otro acuerdo (esto es, el Acuerdo sobre los ADPIC) distinto de aquellos en que se han constatado infracciones (es decir, el GATT y el AGCS). Recae en las Comunidades Europeas la carga de establecer que la suspensión en el mismo sector (los mismos sectores) y/o en el marco del mismo acuerdo (los mismos acuerdos) es eficaz y practicable. Sin embargo, de conformidad con el apartado c) del párrafo 3 del artículo 22, nuestra tarea consiste en examinar la consideración del Ecuador de que las "circunstancias son suficientemente graves" para justificar la suspensión en el marco de varios acuerdos.⁵⁷

3.6 Alcance del Artículo 22.3(d) del ESD

Artículo 22.3(d) ESD

Los Árbitros en el caso EC – Bananas III también evaluaron el alcance del Artículo 22.3(d). Ellos pensaban que el Artículo no debía leerse de forma aislada y que debía darse la consideración debida a las disposiciones del Artículo 22. En relación con el subpárrafo (i) del Artículo 22.3 (d), el cual estipula que “en la aplicación de los principios que anteceden, ...[el Miembro reclamante] deberá tomar en cuenta...el comercio realizado en el sector o en el marco del acuerdo en que el grupo especial o el Órgano de Apelación haya constatado una infracción u otra anulación o menoscabo, y la importancia que para ella tenga ese comercio”, las Comunidades Europeas habían argumentado que la frase “la importancia de...la actividad comercial” debería interpretarse como comercial en el sector(es) y/o acuerdo(s) pertinentes en su totalidad.

⁵⁶ *Decisión de los Árbitros, EC - Bananas III, Recurso de Arbitraje de las Comunidades Europeas según el Artículo 22.6 del ESD, WT7DS27/ARB/ECU, paras. 52-53.*

⁵⁷ *Ibid., para. 78.*

Ecuador no estuvo de acuerdo y alegó que eso únicamente podría significar comercio de bienes y servicios en el sector bananero. Los Árbitros llegaron a un acuerdo con Ecuador en el siguiente punto. Ellos resolvieron:

Sin embargo, consideramos que los criterios relativos a "ese comercio" y a la "importancia que [&] tenga ese comercio" para la parte reclamante guardan relación ante todo con el comercio anulado o menoscabado por la medida en cuestión incompatible con la OMC. A la luz de esta interpretación, atribuimos una importancia particular a los factores enumerados en el inciso i) en el caso que nos ocupa, en el que la parte que trata de lograr la suspensión es un país en desarrollo Miembro para el cual el comercio del banano y el suministro de servicios al por mayor relacionados con el banano tienen una importancia mucho mayor que para el Miembro al cual se aplicaría la suspensión solicitada.⁵⁸

Artículo a notar 22.3 (d) (i) y (ii)

El Grupo Especial recalcó las diferentes consideraciones que deben tomarse en cuenta según el Artículo 22.3(d)(i) y (ii). Señaló que mientras el subpárrafo (i) se relaciona principalmente con el Miembro que ha sufrido la anulación y el menoscabo y procuraba la suspensión, el subpárrafo (ii) podría estar relacionado con ambas partes, ya que la suspensión de concesiones y otras obligaciones podría afectar tanto al Miembro contra el que se ejercen "represalias" como al Miembro que toma la acción. Los Árbitros en el caso EC – Bananas III en este respecto declararon:

El inciso ii) del apartado d) del párrafo 3 del artículo 22 exige a la parte reclamante que tenga en cuenta además "los elementos económicos más amplios" relacionados con la anulación o menoscabo, así como también "las consecuencias económicas más amplias" de la suspensión de concesiones u otras obligaciones. El hecho de que el criterio mencionado en primer término esté relacionado con la "anulación o menoscabo" indica, en nuestra opinión, que este factor atañe ante todo a "los elementos económicos más amplios" relacionados con el Miembro que sufre dicha anulación o menoscabo, es decir, el Ecuador en este caso. Estimamos, no obstante, que el hecho de que el criterio mencionado en último término esté relacionado con la suspensión de concesiones u otras obligaciones no constituye necesariamente una indicación de que "las consecuencias económicas más amplias" estén relacionadas exclusivamente con la parte con respecto a la cual se constató un incumplimiento de la normativa de la OMC, es decir, las Comunidades Europeas en este caso. Como se ha señalado supra, la suspensión de concesiones puede afectar no sólo a la parte que es objeto de medidas de retorsión, sino que también puede tener, por lo menos hasta cierto punto, efectos desfavorables para la parte reclamante que trata de lograr la suspensión, en especial cuando entre

⁵⁸ Ibid., para. 84.

una y otra parte hay un gran desequilibrio en cuanto al volumen del comercio y al poder económico, como sucede en el caso presente, en que son sustanciales las diferencias entre el Ecuador y las Comunidades Europeas en lo que respecta al tamaño de sus economías y al nivel de desarrollo socioeconómico.⁵⁹

3.7 **Equivalencia**

Artículo 22.4 ESD

Con el propósito de asegurarse de que los Miembros no abusen de su derecho a imponer restricciones comerciales al Miembro demandado, el Artículo 22.4 del ESD estipula que:

“El nivel de la suspensión de concesiones u otras obligaciones autorizado por el OSD será equivalente al nivel de la anulación o menoscabo.”.

En el caso EC – Bananas III, los Árbitros declararon que la equivalencia solo puede ser establecida después de la comparación del valor monetario de la suspensión de concesiones propuesta con el nivel de anulación y menoscabo sufrido por el Miembro reclamante. Los Árbitros dieron las siguientes razones:

Es evidente que este sentido connota una correspondencia, identidad o equilibrio entre dos niveles, en este caso concreto, entre el nivel de las concesiones que han de suspenderse de una parte, y el nivel de la anulación o menoscabo, de otra... El primero de esos niveles, es decir el de la suspensión de las concesiones propuesta resulta claramente discernible, tanto en lo que respecta al valor global (520 millones de dólares EE.UU.) indicado por los EE.UU., como en lo que respecta a los productos a los que afectaría.⁶⁰ En cambio, respecto del segundo, es decir del nivel de anulación o menoscabo sufridos, no existe la misma claridad. Es imposible cerciorarse de la correspondencia o identidad de dos niveles si uno de ellos no ha sido establecido claramente. Por consiguiente, como condición previa para cerciorarnos de la equivalencia entre los dos niveles de que se trata hemos de determinar el nivel de anulación o menoscabo.⁶¹

Los Árbitros continuaron y afirmaron que antes de que ellos pudieran establecer el nivel de anulación y menoscabo sufrido por Estados Unidos de América, era imperativo que evaluaran si el nuevo régimen de banano de las Comunidades Europeas era compatible con los acuerdos abarcados. Los Árbitros sostuvieron:

...no podemos cumplir nuestra función de evaluar la equivalencia entre los dos niveles citados si no llegamos antes a una conclusión acerca de si el régimen revisado de las CE es, sobre la base de nuestras constataciones y de las

⁵⁹ Ibid., paras 85-86.

⁶⁰ WT/DS27/43.

⁶¹ WT/DS27/43.

constataciones del Órgano de Apelación en la diferencia inicial, plenamente compatible con la OMC. La causa básica de cualquier anulación o menoscabo sufrido por los Estados Unidos sería la incompatibilidad con la OMC del régimen revisado de las CE. Puesto que el nivel de la suspensión de concesiones propuesta ha de ser equivalente al nivel de anulación o menoscabo, es necesario, por lógica, que el examen que hemos de realizar en calidad de Árbitros se centre en primer lugar en el último de esos niveles para que podamos estar en condiciones de evaluar su equivalencia con el nivel de la suspensión de concesiones propuesta por los Estados Unidos.⁶²

3.7.1 Diferencias bajo el SMC

En el caso Brazil – Aircraft (Brasil – Aeronaves), surgió el tema en cuanto a si el principio de equivalencia tenía alguna relevancia en las diferencias según el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (“Acuerdo SMC”). Brasil y Canadá estaban en desacuerdo en este caso en cuanto a si las contra medidas en forma de suspensión de concesiones u otras obligaciones deberían ser equivalentes al nivel de anulación o menoscabo sufrido por la parte reclamante. Los Árbitros se pronunciaron en contra de Brasil en este punto, señalando que el concepto de equivalencia no estaba planteado en el Acuerdo SMC. Los Árbitros afirmaron:

Recordamos que el concepto de anulación o menoscabo brilla por su ausencia en los artículos 3 y 4 del Acuerdo SMC. Habida cuenta de ello, no hay obligación jurídica de que las contramedidas en forma de suspensión de concesiones u otras obligaciones sean equivalentes al nivel de la anulación o el menoscabo. Por el contrario, requerir que las contramedidas en forma de suspensión de concesiones u otras obligaciones sean equivalentes al nivel de la anulación o el menoscabo sería contrario al principio de eficacia en tanto que limitaría significativamente la de las contramedidas en el caso de las subvenciones prohibidas. En efecto, como demuestra el presente asunto, la aplicación de medidas distintas de la suspensión de concesiones u obligaciones puede no ser siempre viable, debido a sus posibles efectos para otros Miembros. Tal sería el caso de una contrasubvención otorgada en un sector donde Miembros distintos de las partes compiten con los productos de éstas. En un caso así, el Miembro que adopta la contramedida puede no estar en condiciones de inducir el cumplimiento. Somos conscientes de que nuestra interpretación puede, a primera vista, ocasionar algún riesgo de desproporcionalidad cuando hay varios demandantes. Sin embargo, en un caso así el Árbitro podría distribuir el valor de las contramedidas apropiadas entre los demandantes en proporción a su comercio del producto de que se trate. Es muy probable que el efecto de "estimulación" fuera muy parecido... para hacer frente a una subvención a la

⁶² Ibid., para. 4.8.

exportación prohibida, un valor de las contramedidas que corresponda a la cuantía total de la subvención es "apropiado".⁶³

Del mismo modo, en el caso US – FSC, los Árbitros rechazaron el alegato de Estados Unidos de América de que el Artículo 4.10 del Acuerdo SMC exigiera que las contra medidas adoptadas no sean desproporcionales al impacto comercial sobre el Miembro reclamante de las medidas infringidas. Los Árbitros dieron las siguientes razones:

Así pues, tal y como interpretamos el párrafo 10 del artículo 4 del Acuerdo SMC, un Miembro está autorizado a adoptar con contramedidas que tengan en cuenta adecuadamente la gravedad de la infracción y la naturaleza de la alteración del equilibrio de derechos y obligaciones en cuestión, lo que no puede reducirse a una prescripción que limite las contramedidas a los efectos sobre el comercio... Al mismo tiempo, el párrafo 10 del artículo 4 del Acuerdo SMC no equivale a un cheque en blanco. Ninguna disposición del texto o de su contexto sugiere una autorización para adoptar medidas manifiestamente punitivas. Por el contrario, la nota 9 nos previene expresamente contra tal interpretación sin límites, al aclarar que no se puede entender que la expresión "apropiadas" permita contramedidas "desproporcionadas". Sin embargo, interpretar esta indicación como si reintrodujera efectivamente en la disposición un límite cuantitativo equivalente al que se encuentra en otras disposiciones del Acuerdo SMC o en el párrafo 4 del artículo 22 del ESD significaría hacer una lectura del texto que excluiría los términos específicos del párrafo 10 del artículo 4 del Acuerdo SMC. En términos estrictos, las contramedidas que se adopten de conformidad con el párrafo 10 del artículo 4 del Acuerdo SMC ni siquiera tienen que ser "proporcionadas" sino no ser "desproporcionadas". Los Miembros no sólo están autorizados a adoptar contramedidas destinadas expresamente a compensar el acto ilícito original y la alteración del equilibrio de derechos y obligaciones que ese acto ilícito supone, sino que, al evaluar el carácter de "apropiadas" de estas contramedidas en función de la gravedad de la infracción, ha de aceptarse un margen de apreciación, en función de la gravedad de esa infracción.⁶⁴

3.7.2 Cálculo de la Anulación y el Menoscabo

En el caso EC – Hormones, los Árbitros tenían la opinión de que la fecha pertinente a tomar en consideración al calcular la anulación y el menoscabo de los beneficios era la fecha de expiración del plazo prudencial. Los Árbitros resolvieron:

⁶³ Decisión Arbitral, Brazil – Export Financing Programme for Aircraft (Brasil – Programa Financiado para la Exportación de Aeronaves), Recurso de Arbitraje por Brasil según el Artículo 22.6 del ESD y el Artículo 4.11 del Acuerdo SMC, WT/DS46/ARB, paras. 3.57-3.60.

⁶⁴ Decisión del Árbitro, .US – FSC, Recurso de Arbitraje por Estados Unidos de América según el Artículo 22.6 del ESD, WT/DS108/ARB, paras 5.60 – 5.62.

Habiendo examinado cuidadosamente las alegaciones y argumentos de las partes, consideramos que nuestro punto de partida es el siguiente: ¿cuáles serían las exportaciones anuales prospectivas de carne de bovino y productos de carne de bovino tratada con hormonas de los Estados Unidos a las CE si las CE hubieran suprimido la prohibición el 13 de mayo de 1999? El 13 de mayo de 1999 fue la fecha en que expiró el plazo prudencial concedido a las CE para aplicar los informes del Grupo Especial y el Órgano de Apelación. De conformidad con lo dispuesto en el ESD, el 13 de mayo de 1999 era la fecha en la que las CE debían poner su régimen de importación de carne de bovino en conformidad con el Acuerdo MSF. No podemos dar por supuesto que, a partir de 1989, es decir, desde el momento en que impusieron la prohibición, las CE tenían la obligación jurídica de suprimir esa prohibición. Observamos, a este respecto, que las infracciones constatadas eran infracciones de las disposiciones del Acuerdo MSF, que sólo existe desde el 1º de enero de 1995.⁶⁵

En el caso Estados Unidos de América – Sección 110(5) Ley de Propiedad Intelectual, los Árbitros, sin embargo, eligieron un punto de referencia diferente debido a las circunstancias particulares del caso. Ellos opinaban que no era posible confiar en la fecha en que el plazo prudencial expiraba y que era apropiado confiar en la fecha en la cual el asunto había sido referido a ellos. Los árbitros resolvieron:

En el presente asunto, se había supuesto que el plazo prudencial expiraría el 27 de julio de 2001. No obstante, el 24 de julio de 2001, el OSD convino en prorrogar ese plazo hasta finales del período de sesiones en curso del Congreso de los Estados Unidos o hasta el 31 de diciembre de 2001, optándose por la fecha anterior. En estas circunstancias, los Árbitros consideran que no es viable utilizar como fecha límite la fecha del final del plazo prudencial, tanto más por cuanto ello incrementaría la inseguridad de sus estimaciones... debido a la necesidad de suposiciones adicionales en cuanto a la situación existente al final de un período que, a su vez, tampoco se conoce con certeza...consideran conveniente calcular el nivel de las ventajas de las CE que han quedado anuladas o menoscabadas debido a la aplicación ininterrumpida del artículo 110(5)(B) con referencia a una fecha lo más próxima posible a aquella en la que se les sometió el asunto. En el presente caso, dada la información estadística de que se dispone, su estimación se basará en la situación existente el 30 de junio de 2001.⁶⁶

⁶⁵ *Decisión de los Árbitros, EC - Hormones, Recurso de Arbitraje por Las Comunidades Europeas bajo el Artículo 22.6 del ESD, para. 38. Véase también Decisión del Árbitro, US – FSC, para. 2.15, donde el Árbitro sostuvo que la fecha pertinente para valorar la suspensión propuesta de concesiones era la fecha cuando Estados Unidos de América debería haber retirado su subvención prohibida: En el caso Brasil – Programa para el Financiamiento de Exportación de Aeronaves, Recurso de Arbitraje por Brasil según el Artículo 22.6 del ESD y el Artículo 4.11 del Acuerdo SMC, los Árbitros basaron sus cálculos en el número de entregas y ventas que se dieron entre la conclusión del período de aplicación y el último período para el cual las cifras estaban disponibles (18 de noviembre de 1999 – 30 de junio del 2000).*

⁶⁶ *Estados Unidos de América – Sección 110(5) de la Ley de Propiedad Intelectual de E.E.U.U., Recurso de Arbitraje según el Artículo 25 del ESD, WT/DS160/ARB25/1, paras. 4.20 y 4.25.*

3.7.3 Carga de la Prueba

Está bien establecido en la jurisprudencia de la OMC que un Miembro que alegue que otro Miembro ha actuado de forma incompatible con las normas de la OMC tiene la carga de la prueba. En consecuencia, en el contexto de los procedimientos de arbitraje según el Artículo 22 del ESD, si el Miembro demandado alega que la suspensión de concesiones y otras obligaciones propuesta no es equivalente al nivel de anulación y menoscabo, entonces este tendrá la carga de la prueba. En el caso EC – Hormonas, los Árbitros declararon que los Miembros de la OMC, como estados soberanos, se presumiría que habían cumplido con sus obligaciones y que dependía del Miembro que alegara lo contrario aducir evidencia para tal efecto. En el momento en que se cumpla con esta condición, dependería de la otra parte entregar los alegatos y la evidencia suficiente para refutar la presunción. Los Árbitros en el caso EC – Hormonas dieron las siguientes razones:

Cabe presumir que los Miembros de la OMC, como entidades soberanas, actúan en conformidad con sus obligaciones en el marco de la OMC. Corresponde a la parte que sostenga que un Miembro ha actuado de forma incompatible con normas de la OMC la carga de demostrar la incompatibilidad de sus actos con esas normas. El acto que examinamos es la propuesta estadounidense de suspensión de concesiones. La norma de la OMC de que se trata es el párrafo 4 del artículo 22, que prescribe que el nivel de suspensión ha de ser equivalente al nivel de la anulación o menoscabo. Las CE impugnan la conformidad de la propuesta estadounidense con esa norma de la OMC. En consecuencia, incumbe a las CE probar que la propuesta estadounidense es incompatible con el párrafo 4 del artículo 22. De ello se infiere, conforme a una jurisprudencia consagrada de la OMC, que las CE han de exponer argumentos y presentar pruebas suficientes para establecer una presunción prima facie de que el nivel de la suspensión propuesta por los Estados Unidos no es equivalente al nivel de la anulación o menoscabo causados por la prohibición comunitaria de las hormonas. No obstante, una vez que las CE hayan establecido esa presunción, corresponde a los Estados Unidos exponer argumentos y presentar pruebas suficientes para refutarla. Si hubiera un equilibrio entre las pruebas y argumentos presentados, considerados globalmente, las CE, en su calidad de parte a la que incumbe inicialmente la carga de la prueba, serían la parte vencida. Las mismas reglas son aplicables cuando se alega la existencia de un hecho determinado (por ejemplo, en este caso, si una parte se basa en la disminución del consumo de carne de bovino en las Comunidades Europeas o en la utilización de despojos comestibles de bovino como alimento para animales. La carga de probar la existencia de un hecho corresponde a la parte que lo alega. pero, al mismo tiempo, los Estados Unidos están obligados también a presentar, tan pronto como les sea posible, pruebas que aclaren la vía

que han seguido para llegar a su propuesta y las razones por las que el nivel propuesto es equivalente al del menoscabo de los intercambios comerciales sufridos. De hecho, es posible que algunas de esas pruebas (como los datos relativos al comercio con terceros países, la capacidad de exportación y los exportadores afectados) o bien exclusivamente en poder de los Estados Unidos, que son la parte que ha sufrido el menoscabo de los intercambios comerciales. Esa es la razón por la que solicitamos a los Estados Unidos que presentara el denominado documento.⁶⁷

En el caso EE.UU. – FSC, los Árbitros confirmaron la decisión del Órgano de Apelación en el caso EE.UU. – Blusas y Camisas de Lana, y declararon que siendo el Miembro que objeta la compatibilidad de la cantidad propuesta para la suspensión de concesiones, a Estados Unidos de América le correspondía la carga de la prueba⁶⁸:

Recordamos que los principios generales aplicables a la carga de la prueba, según lo establecido por el Órgano de Apelación, exigen que la parte que alegue una infracción de una disposición del Acuerdo sobre la OMC por otro Miembro debe afirmar y probar su alegación. Consideramos que estos principios son también aplicables a los procedimientos de arbitraje a que hace referencia el párrafo 6 del artículo 22 del ESD y el párrafo 10 del artículo 4 del Acuerdo SMC. En el presente procedimiento corresponde a los Estados Unidos, que han impugnado la compatibilidad de la cuantía de la suspensión de concesiones propuesta por las Comunidades Europeas de conformidad con el párrafo 10 del artículo 4 del Acuerdo SMC y el párrafo 4 del artículo 22 del ESD, la carga de la prueba de que la cuantía propuesta no es compatible con esas disposiciones. Observamos también, sin embargo, que en general corresponde a la parte que alega un hecho, sea el demandante o el demandado, aportar la prueba correspondiente. A este respecto, por consiguiente, corresponde también a las Comunidades Europeas aportar las pruebas de los hechos que alegue. Además, consideramos que ambas partes en general tienen el deber de cooperar en el procedimiento con el fin de ayudarnos a cumplir nuestro mandato, aportando la información pertinente.

3.7.4 Suspensión Compatible con los Acuerdos Abarcados

El Miembro reclamante no puede suspender las concesiones u otras obligaciones si un acuerdo abarcado prohíbe tal suspensión. En otras palabras, el hecho de que la parte demandada haya adoptado una medida incompatible no autoriza a la parte reclamante a adoptar la misma medida. En su solicitud para la suspensión de concesiones en el caso EE.UU. – Ley 1916, las Comunidades Europeas y Japón propusieron adoptar una legislación similar a la Ley 1916 Antidumping

⁶⁷ *Decisión de los Árbitros, EC - Hormones, Recurso de Arbitraje por las Comunidades Europeas según el Artículo 22.6 del ESD, paras 9-11.*

⁶⁸ *Decisión de los Árbitros, US – FSC, Recurso de Arbitraje por Estados Unidos de América según el Artículo 22.6 del ESD, paras. 2.10-2.11.*

de Estados Unidos de América, la cual el Grupo Especial y el Órgano de Apelación encontraron incompatible con el Acuerdo sobre Antidumping de la OMC. Un grupo de Miembros expresó su inquietud acerca de la solicitud de las Comunidades Europeas y Japón. Brasil señaló que:

...al abordar las medidas correctivas previstas en el mecanismo de solución de diferencias, los redactores del ESD no se proponían permitir soluciones abiertas que permitieran a un Miembro llegar al punto de promulgar legislación "espejo" declarada incompatible con las normas de la OMC. Por consiguiente, la cuestión que se plantea es la siguiente: si la Ley de 1916 es incompatible con las normas de la OMC porque contiene medidas específicas contra el dumping no previstas en el Acuerdo, ¿cómo puede la OMC aprobar una solución al incumplimiento de las obligaciones que tampoco sea compatible con el mismo Acuerdo? Esa solución "espejo" tendría efectos nocivos en el sistema y distorsionaría los principios fundamentales de buena fe y observancia de las normas.⁶⁹

3.8 Arbitraje

Artículo 22.6 ESD

De acuerdo con el Artículo 22.6 del ESD, cuando exista una diferencia entre las partes en cuanto al nivel propuesto de suspensiones, o cuando existan reclamaciones de que la parte en busca de la suspensión no ha seguido los principios y procedimientos establecidos en el Artículo 22.3(b) y (c), la situación puede ser referida a un arbitraje. Los procedimientos de arbitraje deben completarse en los 60 días posteriores a la fecha de expiración del plazo prudencial.⁷⁰ Se pueden suspender las concesiones u otras obligaciones únicamente después de haber completado los procedimientos de arbitraje. En otras palabras, no se pueden suspender las concesiones u otras obligaciones en el transcurso de los procedimientos de arbitraje.⁷¹

3.8.1 Solicitud de Arbitraje

Del mismo modo que una solicitud de Grupo Especial según el Artículo 6.2 del ESD, una solicitud de Arbitraje según el Artículo 22 del ESD debe cumplir con ciertos requisitos mínimos. Como ha sido declarado por cierta cantidad de Grupos Especiales y por el Órgano de Apelación en el contexto del Artículo 6.2 del ESD, estos requisitos han sido impuestos como resultado de consideraciones en relación con el debido proceso legal. Debido a una larga lista de casos, se ha establecido en dicho contexto que el Miembro demandado debería ser notificado acerca de todos los hechos relevantes en el momento apropiado con el fin de habilitarlo para defenderse en contra de los cargos presentados por la parte

⁶⁹ WT/DSB/M/117;15 de febrero de 2002,párraf. 21 t p5.

⁷⁰ Artículo 22.6 del ESD.

⁷¹ Ibid.

reclamante. La puntualidad es esencial para que los Miembros demandados no sean sorprendidos. En el caso EC – Bananas III, los Árbitros declararon que a los requisitos según el Artículo 6.2 del ESD se aplicaban mutatis mutandis a las solicitudes según los Artículos 22.2 y 22.6 del ESD:

El ESD no dispone expresamente que los requisitos de concreción, previstos en el párrafo 2 del artículo 6 para las solicitudes de establecimiento de grupos especiales⁷², se apliquen mutatis mutandis a los procedimientos de arbitraje previstos en el artículo 22. Sin embargo, consideramos que las peticiones de suspensión previstas en el párrafo 2 del artículo 22, así como las peticiones de arbitraje previstas en el párrafo 6 del artículo 22, persiguen los mismos objetivos en cuanto al debido proceso que las peticiones previstas en el párrafo 2 del artículo 6.8 En primer lugar, sirven de aviso a la otra parte y le permiten responder a la petición de suspensión o la petición de arbitraje, respectivamente. En segundo lugar, la petición presentada de conformidad con el párrafo 2 del artículo 22 por una parte reclamante define la competencia del OSD para autorizar la suspensión por la parte reclamante. Del mismo modo, una petición de que se someta un asunto a arbitraje presentada con arreglo al párrafo 6 del artículo 22 define el mandato de los Árbitros. Por consiguiente, consideramos que los criterios de concreción que están consagrados en la jurisprudencia de la OMC relativa al párrafo 2 del artículo 6, son pertinentes a las peticiones de suspensión previstas en el párrafo 2 del artículo 22, y a las peticiones de que se someta un asunto a arbitraje previstas en el párrafo 6 del artículo 22, según el caso. Sin embargo, no se aplican a un documento que se presente durante el procedimiento de arbitraje y en el que se exponga la metodología utilizada para calcular el nivel de la anulación o el menoscabo.⁷²

En el mismo caso, los Árbitros confirmaron la declaración hecha por los Árbitros en el caso EC – Hormones, de que una solicitud según el Artículo 22 debe cumplir al menos con dos requisitos básicos:

la petición debe establecer un nivel específico de suspensión, equivalente al nivel de la anulación o menoscabo causados por la medida incompatible con la OMC, con arreglo al párrafo 4 del artículo 22.15; y 2) debe especificarse en la petición el acuerdo y el sector o sectores en cuyo marco se suspenderían concesiones u obligaciones, conforme a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 22.3.⁷³

⁷² Decisión de los Árbitros, EC – Bananas III, *Recurso de Arbitraje por las Comunidades Europeas según el Artículo 22.6 del ESD*, WT/DS26/ARB/ECU, para. 20.

⁷³ Decisión de los Árbitros, EC – Hormones, *Recurso de Arbitraje por las Comunidades Europeas según el Artículo 22.6 del ESD*, WT/DS26/ARB, para. 16. Los Arbitros observaron que “[e]ntre más precisa sea una solicitud de suspensión en términos de la cobertura del producto, tipo y grado de suspensión, etc...., será mejor. Tal prescripción solo puede ser motivada en conformidad con los objetivos del ESD de ‘proporcionar seguridad y predictabilidad al sistema comercial multilateral’ (Artículo 3.2) y buscar soluciones positivas y oportunas de diferencias (Artículos 3.3 y 3.7). También sería bien recibido a la luz

3.8.2 Asignación de los Árbitros

El ESD establece que el arbitraje entre las partes debe ser llevado a cabo por el Grupo Especial original, si los Miembros están dispuestos, o por un árbitro asignado por el Director General de la OMC. Cuando un Miembro del Grupo Especial original no esté disponible, deberá asignarse a otra persona como su reemplazo. Debería observarse que el término árbitro es usado para referirse tanto al Grupo Especial original como a un individuo que podría ser asignado por el Director General de la OMC para cumplir con los propósitos del Artículo 22.6 del ESD.

3.8.3 Funciones del Árbitro

Artículo 22.6 y 22.7 ESD

Ha surgido el tema en cuanto al alcance del mandato de los Árbitros según los Artículos 22.6 y 22.7 del ESD. En el caso EC – Bananas III, los Árbitros consideraban que su mandato según el Artículo 22.7 era más amplio que el que se les confería según el Artículo 22.6:

El párrafo 7 del artículo 22 del ESD faculta a los Árbitros para examinar todas las reclamaciones relativas a los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3 del artículo 22 del ESD, mientras que el párrafo 6 de ese mismo artículo del ESD parece restringir la competencia de los Árbitros en ese examen a los casos en que la solicitud de autorización para suspender concesiones se haya formulado al amparo de lo dispuesto en los párrafos 3 b) o 3 c) del artículo 22 del ESD. No obstante, consideramos que no hay ninguna contradicción entre los párrafos 6 y 7 del artículo 22 del ESD, y que esas disposiciones pueden interpretarse conjuntamente de forma armónica.⁷⁴

No es función del Árbitro revisar la naturaleza de las concesiones y obligaciones propuestas para suspensión por el Miembro que prevalece, sino determinar si el nivel de suspensión es equivalente al nivel de anulación y menoscabo.⁷⁵ En el caso EC – Hormones, los Árbitros se negaron a acceder a la solicitud de las Comunidades Europeas de solicitar a Estados Unidos de América “una lista de la suspensión de concesiones propuesta que fuera equivalente con el nivel de anulación y menoscabo, una vez que este nivel hubiera sido determinado por el Árbitro”. Después de observar que no había bases textuales para esta solicitud, los Árbitros declararon que:

de la declaración en el Artículo 3.10 de que “todos los Miembros entablarán este procedimiento de buena fe y esforzándose por resolver la diferencia.”.

⁷⁴ Decisión de los Árbitros, EC– Bananas III, ...

⁷⁵ Artículo 22.7 del ESD.

Se prohíbe explícitamente que los Árbitros “revis[en] la naturaleza de las concesiones u obligaciones a suspender” (aparte de la establecida en los Artículos 22.3 y 22.5). Basados en esto, no podemos exigir que EE.UU. amplíe la especificación de la naturaleza de la suspensión propuesta. Como se acordó por todas las partes involucradas en la diferencia, en el caso de que una propuesta para la suspensión estuviera dirigida, por ejemplo, solo a los biscuits(biscochitos) con un ad valorem del 100 por ciento, no le correspondería a los Árbitros decidir que, por ejemplo, el queso y no los biscuits deberían ser el objetivo de la suspensión; que debería imponerse un arancel del 150 por ciento en vez de un arancel del 100 por ciento; o que los aumentos en los aranceles deberían ser impuestos según el peso del producto, no ad valorem. Todos estos son aspectos cualitativos de la suspensión propuesta con respecto a la “naturaleza” de las concesiones a ser retiradas. Estas quedan fuera de la jurisdicción de los árbitros. Lo que sí tenemos que determinar, sin embargo, es si el nivel general de suspensión propuesto es equivalente al nivel de anulación y menoscabo. Esto abarca un avalúo cuantitativo y no cualitativo de la suspensión propuesta.⁷⁶

De esta forma, si el Miembro que prevalece ha propuesto suspender concesiones que totalizan \$1.000 millones, el árbitro, a solicitud del Miembro demandado, puede determinar si su inhabilidad para implementar las recomendaciones y resoluciones del OSD han menoscabado o anulado los beneficios del Miembro reclamante al nivel de la cantidad propuesta. No es obligación del Árbitro determinar cuáles concesiones tienen que ser suspendidas por el Miembro predominante. El Árbitro también podría determinar si la suspensión propuesta está permitida bajo un acuerdo abarcado. Cuando haya una demanda de que no se han seguido los principios y procedimientos establecidos en el Artículo 22.3, al Árbitro se le otorgará el derecho de hacer un examen, y en caso de llegar a la conclusión de que de hecho no se han seguido, al Miembro reclamante se le exigirá que los aplique de forma compatible con las disposiciones del párrafo.

3.8.4 Decisión del Árbitro

Las partes en arbitraje según el Artículo 22.6 del ESD están en la obligación de aceptar la decisión del Árbitro como final en el sentido que no pueden apelarla al Órgano de Apelación o procurar un segundo arbitraje. Se espera que la decisión del Árbitro sea comunicada oportunamente al OSD el cual deberá, a solicitud de la parte que prevalece, otorgar la autorización de suspender las concesiones u otras obligaciones cuando la solicitud sea compatible con la decisión del Árbitro. Sin embargo, el OSD podría decidir por consenso rechazar la solicitud del Miembro que prevalece.

⁷⁶ *Decisión de los Árbitros, EC – Hormones, ...*

3.9 Vigilancia y Conclusión

Artículo 22.8 ESD

El Artículo 22.8 del ESD recalca el hecho de que la medida correctiva principal del mecanismo de solución de diferencias de la OMC es la aplicación de recomendaciones y resoluciones del OSD tan oportunamente como sea posible. Este establece que la suspensión de concesiones u otras obligaciones es temporal y debería recurrirse a ella únicamente cuando no sea posible aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD. Con el fin de facilitar la aplicación de recomendaciones y resoluciones aprobadas, también estipula que el OSD debería mantener bajo vigilancia tales recomendaciones y resoluciones hasta que el tiempo en que la medida que ha sido encontrada incompatible con un acuerdo cubierto sea removida, o cuando las partes negocien una solución para el problema mutuamente satisfactoria. El Artículo 22.8 del ESD establece que:

La suspensión de concesiones u otras obligaciones será temporal y sólo se aplicará hasta que se haya suprimido la medida declarada incompatible con un acuerdo abarcado, hasta que el Miembro que deba cumplir las recomendaciones o resoluciones ofrezca una solución a la anulación o menoscabo de ventajas, o hasta que se llegue a una solución mutuamente satisfactoria. De conformidad con lo establecido en el párrafo 6 del artículo 21, el OSD mantendrá sometida a vigilancia la aplicación de las recomendaciones o resoluciones adoptadas, con inclusión de los casos en que se haya otorgado compensación o se hayan suspendido concesiones u otras obligaciones pero no se hayan aplicado las recomendaciones de poner una medida en conformidad con los acuerdos abarcados.

3.10 Compruebe sus Conocimientos

- 1. ¿Puede una compensación acordada mutuamente dentro del contexto del Artículo 22.2 del ESD constituir una solución definitiva de una diferencia?**
- 2. ¿Puede la suspensión de concesiones u otras obligaciones autorizada por el OSD según el Artículo 22.6 del ESD constituir una solución definitiva de una diferencia?**
- 3. Si un informe de un Grupo Especial o del Órgano de Apelación únicamente contiene conclusiones de incompatibilidades con respecto al comercio de textiles, ¿puede el Miembro reclamante solicitar la suspensión de concesiones con respecto al comercio de productos agrícolas? ¿En cuáles circunstancias podría el Miembro reclamante procurar una compensación según el Acuerdo AGCS o el ADPIC?**
- 4. ¿De qué forma se determina el nivel apropiado de suspensión de concesiones u otras obligaciones? ¿Quién determina el nivel apropiado de suspensión de concesiones u otras obligaciones en caso de desacuerdo entre las partes? ¿Tendrá que demostrar la parte reclamante que el nivel propuesto para la suspensión es apropiado?**

4. ESTUDIO DE CASO

En su reunión del mes pasado, el OSD adoptó el Informe del Órgano de Apelación y el Informe del Grupo Especial como ratificado por el Informe del Órgano de Apelación en el caso Farland – Anti-Dumping Duties Imposed on Handheld Computers (Obligaciones Antidumping impuestas a Computadoras de mano), reclamado por Richland. El Órgano de Apelación y el Grupo Especial resolvieron que las obligaciones antidumping impuestas por Farland a las computadoras de mano de Richland eran incompatibles con el Acuerdo Antidumping. Además, resolvieron que la legislación antidumping de Farland, la Ley de Protección al Comercio de 1994, también era incompatible con el Acuerdo Antidumping. El Órgano de Apelación recomendó que OSD solicitara que Farland ajustara sus medidas encontradas en su Informe, y ratificadas en el Informe del Grupo Especial, a que estén en conformidad con sus obligaciones bajo el Acuerdo Antidumping.

Farland, un país en desarrollo con una pequeña industria de computadoras con mucho esfuerzo, está muy decepcionado con este resultado. En la reunión del OSD de la semana pasada, Farland anunció que cumpliría con las recomendaciones y resoluciones aprobadas por el OSD pero alegó que no necesitaba cumplir inmediatamente. En su opinión, tenía el derecho a un plazo prudencial para retirar las medidas antidumping impuestas a las computadoras de mano y para enmendar su legislación antidumping. Farland alegó que para el retiro de las medidas antidumping necesitaría seis meses con el fin de permitirle a sus fabricantes de computadores adaptarse a la nueva situación. Para la enmienda de su legislación antidumping, Farland alega que necesitara al menos 20 meses, i.e., hasta después de las siguientes elecciones, debido a que en ese momento en el Parlamento no hay la mayoría para cambiar la legislación antidumping. De acuerdo con Farland, éste tenía el derecho a un plazo prudencial para la aplicación debido a que es un país en desarrollo con una crisis económica. Farland y Richland son incapaces de lograr un acuerdo en el plazo prudencial para la aplicación y Farland se opone a la asignación de un árbitro.

¿Qué puede hacer Richland? ¿Cuáles factores pueden y/o deben ser tomados en cuenta en la determinación del plazo prudencial para la aplicación?

El Grupo Especial en el caso Lowland – Medidas Concernientes a la Seguridad de Bicicletas, reclamación realizada por Sealand, había encontrado que la Ley sobre Seguridad de Bicicletas de Lowland era incompatible con el Acuerdo OTC, y, en particular, con el Artículo 2.4 de este acuerdo. Algunas de las regulaciones técnicas establecidas en la Ley sobre Seguridad de Bicicletas no estaban basadas en las normas internacionales pertinentes en relación con la seguridad para asientos de bicicleta. Lowland no apeló el informe del Grupo Especial y llegó a un acuerdo con Sealand en cuanto a un plazo prudencial de 15 meses para la aplicación. Unos días antes de la expiración de este plazo prudencial, Lowland modificó la Ley sobre Seguridad de Bicicletas para cumplir con las recomendaciones y resoluciones del OSD. Sin embargo, Sealand consideró que la legislación de Lowland, según fue modificada, era incompatible con el Acuerdo OTC y demandó que Lowland pagara una compensación por la aún existente incompatibilidad con la OMC de la Ley sobre Seguridad de Bicicletas. Lowland se negó a entrar en negociaciones acerca de una compensación pues opinaba que la enmienda de la Ley sobre

Seguridad de Bicicletas ya no era incompatible con el Acuerdo OTC. El día 21 posterior a la expiración del plazo prudencial para la aplicación, Sealand solicita una autorización del OSD para suspender a Tierra Baja la aplicación de concesiones u otras obligaciones por un monto de US\$30 millones por año. Sealand solicita a la OSD autorización para suspender la solicitud de Lowland por concesiones u otras obligaciones por una cantidad de \$30 millones por año. Sealand procura la suspensión de concesiones u otras obligaciones relacionadas con el comercio de productos agrícolas y servicios financieros. Lowland se opone a esta suspensión de concesiones u otras obligaciones no solo porque considera que la Ley sobre Seguridad de Bicicletas ahora es compatible con la OMC, sino también por que el nivel de suspensión propuesto es excesivo y no se han seguido las resoluciones pertinentes con respecto a la suspensión de las normas pertinentes.

¿De qué forma debería proceder ya sea Sealand o Lowland?

5. LECTURA ADICIONAL

5.1 Libros y Artículos

- . **Anderson, K.**, “Peculiarities of Retaliation in OMC Dispute Settlement, Centre for International Economic Studies Discussion Paper No. 0207 (Adelaide University, 2002).
- . **Charnovitz, S.**, “Rethinking OMC Trade Sanctions, American Journal of International Law, 2001, 792-832.
- . **Hufbauer, G., Schott, J. and Elliott, K.**, Economic Sanctions Reconsidered, 2nd edition (Institute for International Economics, Washington, 1990).
- . **Jackson, J.**, “Designing and Implementing Effective Dispute Settlement Procedures: OMC Dispute Settlement, Appraisal and Prospects”, in Krueger, A. (ed.), The OMC as an International Organization (University of Chicago Press, 1998).
- . **Komura, N.**, “The EC Banana Regime and Judicial Control”, Journal of World Trade, 2000, 1-87.
- . **Mavroidis, P.**, “Remedies in the OMC Legal System: Between a Rock and a Hard Place”, European Journal of International Law, 2000, 763- 813.
- . **Monnier, P.**, “The Time to Comply with an Adverse OMC Ruling: promptness within Reason”, Journal of World Trade, 2001, 825-845.
- . **Reif, T. and Florestal, M.**, “Revenge of the Push-Me, Pull-In: The Implementation Process under the OMC Dispute Settlement Understanding”, The International Lawyer, 1998, 755-793.
- . **Salas, M. and Jackson, J.**, “Procedural Overview of the OMC ECBanana Dispute”, Journal of International Economic Law, 2000, 145-66.
- . **Valles, C.M. and McGiven, B.**, “The Right to Retaliate under the OMC Agreement: The ‘Sequencing’ Problem”, Journal of World Trade, 2000, 63-84.

5.2 Documentos e Información

Para obtener información acerca de las actividades de la OMC, véase **www.wto.org**. Se pueden obtener documentos oficiales de la OMC mediante la búsqueda en la base de datos de documentos en la página Web de la OMC, disponible en: <http://docsonline.wto.org>. Una página web muy útil acerca de la solución de diferencias de la OMC es www.worldtradelaw.net.