

Solución de controversias en el marco de la Organización Mundial del Comercio: La experiencia dominicana



Ariel Gautreaux Guzmán

**SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS EN EL MARCO DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL
DEL COMERCIO: LA EXPERIENCIA DOMINICANA**

Ariel Gautreaux Guzmán



Solución de diferencias en el marco de la Organización Mundial del Comercio: la experiencia dominicana

Autor: Ariel Gautreaux Guzmán

Primera edición INESDYC: 2023

ISBN 978-9945-623-27-7

COMITÉ DE PUBLICACIONES DEL INESDYC:

Embajador José Rafael Espaillat
Rector

Embajadora Alejandra Liriano
Vicerrectora Académica

Lic. Roberto Rodríguez
Vicerrector administrativo

Arq. Milagros Nanita-Kennett
Directora de Investigación e Innovación

Ing. Rafael Martí
Encargado del Departamento de Planificación y Evaluación Institucional

Dr. Enrique Soldevilla Enríquez
Encargado de la División de Desarrollo de Material Intelectual

Cuidado de la edición: Enrique Soldevilla Enríquez

Diseño de portada: Yadira Paredes Ramírez

Santo Domingo, República Dominicana
2023

DEDICATORIA

A Rosa

AGRADECIMIENTOS

Quiero extender un agradecimiento especial a: Roberto Álvarez Gil, José Rafael Espailat, Enrique Soldevilla, Claire Guillemin, José R. Sánchez-Fung y Manuel Díaz Franjul, así como a aquellos que de alguna manera contribuyeron con esta obra.

ÍNDICE

DEDICATORIA	4
AGRADECIMIENTOS	5
PALABRAS INTRODUCTORIAS	9
PRÓLOGO.....	11
INTRODUCCIÓN.....	13
GLOSARIO DE TÉRMINOS FRECUENTES.....	16
CAPÍTULO I. LA SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS EN EL MARCO DE LA OMC: ¿UN MECANISMO EFICAZ?	17
1. Consideraciones acerca del sistema de solución de diferencias de la OMC	17
1.1.Trascendencia del sistema de solución de diferencias de la OMC	17
1.2. Acuerdos abarcados	21
A) Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio.....	22
B) Acuerdos Comerciales Multilaterales:	22
C) Acuerdos Comerciales Plurilaterales:.....	23
1.3. Estructura institucional	26
1.3.1. El Órgano de Solución de Diferencias.....	26
1.3.2. Los Grupos Especiales	29
1.2.1. El Órgano de Apelación	32
1.2. Los intervinientes en el proceso	36
2. Evolución del Régimen Multilateral de Solución de Diferencias Comerciales	37
2.1. El Régimen del GATT de 1947.....	37
2.2. Limitantes del Sistema de Solución de Diferencias del GATT	39
Artículo XXII – Consultas	39
Artículo XXIII – Anulación o Menoscabo	39
2.3. La Ronda de Uruguay de Negociaciones Comerciales	45
2.4 Reformas al Sistema de Solución de Controversias de la OMC: Una tarea pendiente .	46
Sección II. El Proceso de Solución de Diferencias en la OMC: Acceso y fases del procedimiento	52
1. Acceso al Sistema de Solución de Diferencias de la OMC y fundamentos de la reclamación	52
1.1. El acceso al mecanismo.....	53
1.2. Fundamentos de la reclamación	55
1.2.1. Tipos de reclamaciones en el GATT	56
1.2.2. Reclamaciones en los demás Acuerdos de la OMC.....	61
1.Etapas del procedimiento ante la OMC: Un vistazo al proceso	64

2.1. Fase de consultas	65
2.2. Grupos Especiales o Paneles	70
2.3. Apelación	75
2.4. Cuestiones de ejecución	79
CAPÍTULO II. LA REPÚBLICA DOMINICANA Y EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC: ¿UNA EXPERIENCIA EXITOSA?	83
Sección I. El Mecanismo de Solución de Diferencias de la OMC y los países en desarrollo	83
1. Los países en desarrollo en el contexto de la OMC	83
1.1. Trato especial y diferenciado	86
1.2. Asistencia jurídica	88
1.3. Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC	89
1. Casos exitosos: buenas prácticas de los países en desarrollo.....	91
2.1. Estados Unidos-Restricciones aplicadas a las importaciones de ropa interior de algodón y fibras sintéticas o artificiales	92
2.2. Estados Unidos–Gasolina	94
2.3. Comunidades Europeas–Denominación comercial de sardinas	96
2.4. Comunidades Europeas – Productos avícolas	98
Sección II. República Dominicana de cara al Órgano de Solución de Diferencias de la OMC: Conflictos y lecciones aprendidas.....	99
1.1. Los conflictos	99
1.1. República Dominicana como tercero ante los procesos de solución de diferencias de la OMC.....	100
1.1.1. Comunidades Europeas – Banano III (DS27).....	102
1.1.2. Estados Unidos-Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior (DS152)	106
1.1.3. Brasil — Protección Mediante Patente (DS199)	108
1.1.4. Estados Unidos — Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor (DS406)	109
1.1.5. China—Medidas relacionadas con los programas de bases de demostración y plataformas de servicios comunes (DS489)	114
1.2. República Dominicana como demandado ante los procesos de solución de diferencias de la OMC.....	115
1.2.1. Medidas que afectan a la importación de cigarrillos y medidas que afectan a la importación y venta interna de cigarrillos (DS300)	116
1.2.2. Comisión cambiaria que afecta a las importaciones procedentes de Costa Rica (DS333)	123
1.2.3. República Dominicana—Medidas de salvaguardia sobre las importaciones de sacos de polipropileno y tejido tubular (DS415-DS418).....	123
1.2.4.- República Dominicana — Medidas antidumping sobre barras de acero corrugadas (DS605)	126

1.3. República Dominicana como reclamante ante los procesos de Solución de Diferencias de la OMC	131
1.3.1 Australia — Empaquetado genérico del tabaco (DS441).....	131
1. Lecciones aprendidas: ¿Qué podemos extraer de nuestra experiencia?	145
CONCLUSIÓN.....	148
RECOMENDACIONES	150
ANEXO	152
APÉNDICE 1	185
APÉNDICE 2	186
APÉNDICE 3	188
APÉNDICE 4	191
BIBLIOGRAFÍA.....	193
<i>Textos jurídicos:</i>	193
<i>Doctrina:</i>	193
<i>Páginas Web:</i>	194
<i>Casos de la OMC citados y referenciados:</i>	194

PALABRAS INTRODUCTORIAS

El trabajo realizado por el Lic. Ariel Gautreaux, bajo el título arriba indicado, es digno de encomio al enfocar dicho autor, mediante un lenguaje llano, conjugado con una visión amplia, objetiva y excelente metodología didáctica, un tema de tan alta complejidad en su estructura normativa y operacional, con lo cual indudablemente ofrecerá al lector un valioso instrumento para adentrarse en el conocimiento de tan fundamental tema en el marco del sistema GATT- OMC de solución de diferencias.

En efecto, esta obra abarca, en su alcance temático, todos los aspectos concernientes a las bases constitutivas, doctrinales y operativas del sistema GATT-OMC de solución de diferencias, en sus diversas etapas desde el inicio de los procedimientos, la fase de consultas, la operación de los grupos especiales y el órgano de apelación, y la implementación de los fallos. Indudablemente esta obra resultará de gran utilidad como aporte muy valioso del autor a los usuarios en las tareas académicas, como también para especialistas, profesionales e instituciones que de algún modo tengan vinculación o inclinación al estudio de estos temas.

De particular singularidad, cabe destacar el contenido jurisprudencial que utiliza para ilustrar, de modo muy claro, el dinamismo interpretativo de las normas en ese ámbito de decisiones del órgano de solución de diferencias (OSD), según aplicable a los casos, en el transcurso de una tendencia hacia la consolidación de un procedimiento de solución de diferencias con mayor acento judicial, no obstante que esto conduce necesariamente a la necesidad de una revisión, o actualización, de su funcionamiento. De adicional valor, lo constituye la revisión comentada que incluye el estudio, hasta ahora inédita, de la participación de República Dominicana en varios casos en los que ha estado involucrada, en diferentes calidades, en dichas diferencias comerciales.

Constituye, por tanto, esta obra, un conjunto muy completo, formado de diversos niveles, según lo requiere el análisis de la esencia y aplicación que caracterizan esos mecanismos, a la vez que ofrece observaciones muy apropiadas del autor, que de manera muy bien manejadas en el desarrollo del tema, conducen a presentar la evolución de dicho sistema GATT-OMC de solución de diferencias, en el devenir del

mayor uso que los miembros de la OMC, particularmente los países en desarrollo, han estado haciendo del mismo.

Al mismo tiempo, también actualiza, como fue arriba indicado, en cuanto a los desafíos que se están presentando en dicha organización con respecto a este mecanismo de solución de diferencias y la evidente necesidad de su reforma, con miras a fortalecerlo, ya que es el eje que sustenta el debido equilibrio que subyace en el conjunto de derechos y obligaciones que han asumido los miembros de la OMC en el "todo incluido" paquete acordado en la Ronda Uruguay.

Esto implica que, bajo toda circunstancia, es preciso conservar los logros alcanzados hasta ahora para el correcto ordenamiento de las relaciones comerciales, que tuvo su inicio a partir de los acuerdos de Bretton Wood, a raíz de la postguerra, desde que en 1947 empezó a aplicarse el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, GATT, sustancialmente mejorado al concluirse la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales con la creación de la OMC, y hoy dicha organización se encuentra en un nuevo escenario de las relaciones internacionales que amerita continuar con los procesos que faciliten el mejor entendimiento basado en el derecho internacional.

Dr. Manuel B. Díaz Franjul¹

¹ Director de Negociaciones Comerciales, Viceministerio de Asuntos Económicos y Cooperación Internacional, Ministerio de Relaciones Exteriores.

PRÓLOGO

La especialización y el comercio internacional -aprovechando la ventaja comparativa explicada por David Ricardo- contribuyen con el desarrollo sostenible de una sociedad. Pero especializarse e intercambiar implica confrontar obstáculos. La teoría económica argumenta que el 'dilema del prisionero' puede resultar de las fricciones de un sistema de comercio global sin normas.

La comunidad internacional estableció el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés) en 1947 -la Organización Mundial del Comercio (OMC) desde 1995- para resolver esa falla de mercado utilizando los principios de reciprocidad y de la nación más favorecida. La OMC descansa en varios pilares: establecimiento y monitoreo de normas, vigilancia de la transparencia, y solución de diferencias. El libro de Ariel Gautreaux Guzmán -quien es funcionario del Ministerio de Relaciones Exteriores de la República Dominicana- ilumina la solución de diferencias derivadas del comercio internacional, con especial referencia sobre el caso de la República Dominicana.

El Órgano de Solución de Diferencias de la OMC es importante, pero su *modus operandi* es complejo. Iniciar un proceso oportunamente -desde la óptica de la legislación de la OMC- es una condición necesaria, aunque no suficiente para garantizar el éxito en una disputa. El costo derivado de un litigio ante la OMC puede ser oneroso para los países en desarrollo -particularmente los menos adelantados- por no gozar de instituciones desarrolladas, capital humano especializado y estadísticas confiables.

La buena noticia es que existen esfuerzos para contribuir con las disputas de los países en desarrollo. El Centro de Asesoría Legal sobre Asuntos de la OMC (ACWL por sus siglas en inglés) aporta en esa dirección. También existen entrenamientos de la OMC, vía su asistencia técnica relacionada con el comercio, y programas como los de la Universidad de Berna.

Lamentablemente, el sistema de solución de diferencias de la OMC enfrenta turbulencias. El Órgano de Apelación -uno de sus dos pilares- está inoperante por falta de personal. Las razones del *impasse* que genera esa deficiencia son múltiples y escapan el alcance de este prólogo -ver, por ejemplo, Davey (2022).²

El comercio es indispensable para el progreso de la economía global. En ese sentido la OMC contribuye a reducir la incertidumbre que deriva de la probabilidad de observar diferencias entre socios comerciales. El texto de Ariel Gautreaux Guzmán servirá de referencia para los estudiantes y profesionales en la materia tanto en la República Dominicana como en economías similares.

José R. Sánchez-Fung³

² Davey, W. (2022) WTO Dispute Settlement: ¿Crown Jewel or Costume Jewelry? *World Trade Review*, volumen 21, número 3, pp. 291-300. doi:10.1017/S147474562200010.

³ Embajador, representante permanente de República Dominicana ante la OMC-UNCTAD.

INTRODUCCIÓN

El sistema de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC) constituye uno de los logros más celebrados del sistema multilateral de comercio. Al concluir la Ronda de Uruguay de negociaciones comerciales el mundo celebró el hecho de que se estableciera una organización de la magnitud de la OMC. Pero cabe preguntarse: ¿de qué serviría tener la organización más perfecta del mundo si no se tienen normas eficaces para resolver las controversias que pudieran derivarse del ejercicio de las relaciones entre sus miembros?

La palabra controversia etimológicamente implica dos versiones encontradas o contrarias sobre un asunto en particular. Las partes difieren en su percepción de una cuestión: una parte alega que tal o cual medida es incompatible con cierta norma, mientras que la otra parte difiere al respecto, y en su opinión, tal medida no es contraria a la norma y se justifica su mantenimiento sobre la base de argumentos lógicos.

Dondequiera que haya relación entre dos o más personas, empresas, o en el caso que nos ocupa, Estados, siempre existirá la posibilidad de que ocurran controversias. En muchas ocasiones las controversias no pueden evitarse. Ahora bien, lo que sí puede evitarse es que esa controversia degenera en conflicto y que ese conflicto lleve a consecuencias potencialmente negativas para las partes en litigio y para los demás miembros de la Organización. Ahí es donde entra en juego el sistema de solución de diferencias de la OMC.

La OMC debe parte de su efectividad y éxito al mecanismo de solución de diferencias con que cuenta. Los números hablan por sí mismos, basta referirnos a las estadísticas (616 casos hasta marzo del 2023) para subrayar la confianza que han depositado los miembros en el sistema. Una cantidad considerable de estos casos se han resuelto en la etapa de consultas, lo que hace entrever que el sistema, a su vez, constituye un foro donde los miembros de la OMC pueden dialogar en confianza y encontrar una solución armoniosa a su diferencia.

Producto de la confianza y seguridad que reviste el sistema, los países en desarrollo, como el nuestro, han estado utilizando cada vez más el sistema, embarcándose en procesos que en algunas de las ocasiones pueden llevarlos por aguas turbulentas, pero que en definitiva, el riesgo asumido es recompensado cuando se prueban las mieles de la victoria.

Al igual que estos países, me propongo y asumo el reto, de realizar el presente trabajo, el cual espero que rinda los frutos esperados y contribuya a arrojar luz sobre un tema de marcada complejidad técnica y del cual nuestro país adolece de bibliografía especializada. Como se podrá comprobar en el cuerpo del trabajo, prácticamente la totalidad de las fuentes son de proveniencia extranjera, ya que en el país existe una laguna doctrinal en cuanto al tema que nos ocupa. Precisamente esta es una de las razones que me motivaron a emprender y desarrollar este proyecto, obviando las dificultades y los limitados recursos a mi alcance, para no desmayar en mi esfuerzo de rendir un producto de calidad y con la debida profundidad que se espera.

En el presente trabajo pretendemos hacer un recorrido por el sistema de solución de diferencias de la OMC, observando los aspectos esenciales y preliminares a considerar para entender su estudio. Para entender estos aspectos y ubicarnos en el contexto actual, haremos un repaso al trayecto que ha circulado el sistema multilateral de solución de diferencias, desde sus orígenes hasta nuestros días. Veremos aquí las razones que dieron paso del sistema del GATT al sistema de la OMC y porque se favoreció este último.

Descendiendo en materia, se estudiarán los aspectos relativos al acceso al sistema y la fundamentación de la reclamación. Veremos que aunque en principio el sistema es abierto para todos los miembros de la OMC, su acceso se encuentra sujeto a condiciones que deben ser consideradas y estudiadas. Luego nos adentraremos en el examen de los aspectos de procedimiento, profundizando en cada una de las etapas del proceso, de modo que podamos entender a cabalidad las implicaciones de cada una

de dichas etapas, tanto en materia de plazos, como de actuaciones de las partes y de ejecución de las decisiones.

En la segunda parte de nuestro estudio, nos abocaremos a explorar las ventajas que ofrece el sistema para aquellos miembros de la OMC que son países en desarrollo (dentro de los cuales ubicamos el nuestro), ilustrando con ejemplos destacables, la actuación de algunos países similares a la República Dominicana, que han tenido un desempeño notable en esta arena, ejemplos que deben servirnos tanto de referencia, como motivación para llevar a cabo nuestros propios procesos.

Por último, meditemos sobre el desempeño de la República Dominicana en el sistema de solución de diferencias de la OMC, viendo caso por caso, los aspectos más relevantes, planteando las debidas críticas y estableciendo las recomendaciones de lugar.

Exhorto a los estudiosos del tema a que realicen sus propias valoraciones respecto del presente trabajo y a que continúen la investigación comenzada aquí, recordando que un espíritu emprendedor y la dedicación tenaz son claves a la hora de realizar un estudio como este. Me sirvieron mucho a mí.

El autor

GLOSARIO DE TÉRMINOS FRECUENTES

OMC – Organización Mundial del Comercio

OSD – Órgano de Solución de Diferencias

ESD – Entendimiento sobre Solución de Diferencias

GATT – Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio

GATS – Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios

CE – Comunidades Europeas

ONG – Organización no Gubernamental

ADPIC - Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio

OTC – Obstáculos Técnicos al Comercio

CDC - Comisión Reguladora de Prácticas Desleales en el Comercio y sobre Medidas de Salvaguardias

SGP - Sistema Generalizado de Preferencias

PED – Países en Desarrollo

PMA – Países Menos Adelantados

ACWL - Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC

ACP – Grupo de países de África, Caribe y el Pacífico

CAPÍTULO I. LA SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS EN EL MARCO DE LA OMC: ¿UN MECANISMO EFICAZ?

Sección I. Conflictos comerciales y la solución de controversias: las cuestiones esenciales

1. Consideraciones acerca del sistema de solución de diferencias de la OMC

1.1. Trascendencia del sistema de solución de diferencias de la OMC

Para entender la importancia otorgada al arreglo de las diferencias en la Organización Mundial del Comercio (OMC) tenemos necesariamente que enfocarnos en su fin, tomando en cuenta los criterios históricos y de practicidad. En primer lugar, debemos tener en cuenta el objetivo que se ha perseguido al incluir en la estructura de la OMC todo un conjunto de reglas e instituciones para encargarse específicamente de la cuestión relativa a los conflictos entre los interlocutores comerciales, el tratamiento a tales conflictos y la búsqueda de una salida que ponga fin a la diferencia, tomando como base el derecho de la OMC.

Todo acuerdo o tratado internacional, por más perfecto que sea en cuanto a su redacción, podrá verse afectado en el desarrollo de su aplicación si no cuenta con reglas especiales que garanticen el respeto de su letra por parte de los suscribientes del mismo.⁴ El compromiso llevado a cabo por las Partes a la hora de firmar todo acuerdo internacional es el de cumplir fielmente sus disposiciones, en el entendido de que la voluntad y el consentimiento de las Partes han quedado claramente plasmados y definidos en la letra del Tratado.

En ocasiones la voluntad propia de cumplir con un acuerdo no es suficiente para garantizar su fiel cumplimiento y el funcionamiento deseado. Es aquí donde surgen las primeras dificultades: ¿Qué sucede si uno de los contratantes no cumple con lo pactado? Más aún, ¿cómo se aborda la cuestión si una parte entiende que otro socio

⁴ Organización Mundial del Comercio (2004). *Manual sobre el Sistema de Solución de Diferencias de la OMC*. Quebec: Éditions Ivon Blais. p. 1.

ha incurrido en acciones que constituyen violaciones a lo acordado? En este último caso, ¿qué sucederá si la parte contra la cual se alega incumplimiento entiende que su acción no constituye una inobservancia al acuerdo?⁵ Inexorablemente estas cuestiones pueden derivar en controversias.

Dado que la OMC cuenta con una membresía tan diversa y con un extenso volumen de acuerdos con miles de páginas de textos con alto contenido técnico y jurídico, es natural que en ocasiones los miembros no coincidan en la interpretación o ejecución de las disposiciones de los acuerdos. Máxime cuando se trate de situaciones especiales en las que entren en juego intereses económicos, comerciales, estratégicos, ambientales, laborales, de salud, etc., en una dinámica en la que intervienen una multiplicidad de actores.

Es oportuno hacer un paréntesis para precisar el significado del término controversia en el ámbito del comercio mundial. Puede definirse la controversia internacional, como «(...) un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, una oposición de tesis jurídicas o de intereses entre personas (...)».⁶ La manera en cómo se aborde la controversia es determinante a la hora de procurar su solución.

La sociedad internacional se ha encargado de promover la resolución de las controversias a través de medios pacíficos y alternativos. Así, el Artículo 2.3 de la Carta de las Naciones Unidas encomienda a los miembros a «(...) arreglar sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales, ni la justicia (...)». Por su lado, el Artículo 33.1 de

⁵ Notables han sido los esfuerzos en la comunidad internacional para abordar la problemática. En el sistema de las Naciones Unidas la Corte Internacional de Justicia ha jugado un papel significativo a la hora de manejar estos asuntos. Creada bajo los auspicios de la Carta de las Naciones Unidas, para servir como el brazo judicial del sistema de la ONU, la Corte, en virtud de su Estatuto, goza de competencia para conocer de controversias de orden jurídico que versen sobre asuntos relativos a la interpretación de Tratados, hechos que constituyan violación a una obligación internacional o en cuestiones que traten sobre derecho internacional (Art. 36.2 del Estatuto de la CIJ). La Corte también podrá decidir sobre las cuestiones que le sean sometidas conforme a las Convenciones internacionales, ya sean generales o particulares, que establezcan reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes (Art. 38.1 del Estatuto de la CIJ).

⁶ Opinión de la Corte Permanente de Justicia Internacional, citado por Remiro Brotons, Antonio et al. (2007). *Derecho Internacional*. Valencia: Tirant Lo Blanch. p. 671.

la Carta de las Naciones Unidas establece que «(...) Las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección (...)».⁷

Nuestro país también reconoce la validez y eficacia de estos mecanismos de solución pacífica de controversias. Así encontramos en la Ley 630-16, Ley orgánica del Ministerio de Relaciones Exteriores y del Servicio Exterior, una serie de principios que consagran el uso de mecanismos alternos y pacíficos para la solución de disputas internacionales. Es entonces como el Artículo 2, Numeral 7 de dicha Ley expone como fundamento de nuestras relaciones internacionales “el diálogo, la negociación y demás mecanismos para la solución pacífica de conflictos y el mantenimiento del clima de paz mundial, contemplados en el Artículo 33 de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas”.

Estas provisiones subrayan además el interés de la comunidad internacional para que los conflictos no degeneren en mayores dificultades que conlleven un trastorno en el devenir cotidiano de las relaciones internacionales. Interesante es la acotación del énfasis que se le otorga a los medios alternativos de arreglo de diferencias y el papel que éstos juegan en la resolución de los conflictos. Ahora bien, en el planteamiento subyace la dificultad de cómo abordar el manejo de las diferencias, de modo que los involucrados puedan encontrar una solución que restaure el orden internacional y a la vez logre satisfacer las legítimas aspiraciones de los litigantes.

Las dificultades señaladas no escapan a ningún esquema, incluyendo el Acuerdo de la OMC. Los Estados negociadores en la Ronda de Uruguay, en el mejor ánimo de fortalecer el sistema multilateral de comercio, decidieron que la manera más eficaz de asegurar la observancia y el respeto de las normas que se adoptarían al final de la

⁷ Van Den Bossche, Peter (2005). *The Law and Policy of the World Trade Organization*. Cambridge University Press. P. 175.

Ronda, sería posible mediante la adopción de reglas especiales que garantizaran que, una vez ocurrida una contravención al Acuerdo de la OMC (considerado en su conjunto), se seguiría un proceso ordenado, expedito y uniforme para su solución⁸. Este conjunto de reglas especiales relativas a las diferencias y su solución constituyen una herramienta de coerción para avalar el cumplimiento de los compromisos, a la vez que “aumentan el valor práctico de los compromisos contraídos por los signatarios en un acuerdo internacional”.⁹

Animados por las razones antes expuestas, las partes en el Acuerdo de la OMC decidieron incorporar las normas de solución de diferencias como elemento integrante del Acuerdo mismo. Estas normas se encuentran contenidas en el Entendimiento Sobre Solución de Diferencias (ESD),¹⁰ el cual forma parte integral del Acuerdo de la OMC.

El Artículo II del Acuerdo de la OMC dispone que los Anexos 1, 2 y 3 forman parte integral del Acuerdo de la OMC y son vinculantes para todos sus Miembros. Esto significa que si un país pasa a ser miembro de la OMC, de conformidad con los artículos XII y XIV del Acuerdo de la OMC, automáticamente y por vía de consecuencia, se adhiere a los citados Anexos.¹¹

Solo en condiciones expresamente delimitadas en el Acuerdo de la OMC, podrá un nuevo miembro de la Organización sustraerse del ámbito de aplicación de los Anexos. Se trata de la posibilidad que brinda el Artículo XIII del Acuerdo de la OMC, para que los miembros que pasen a formar parte de la OMC puedan formular reservas respecto a la aplicación del Acuerdo de la OMC y los Anexos 1 y 2.

Uno de los objetivos del ESD es proporcionar a la OMC un sistema integrado para el

⁸ Artículo 3.3 del ESD.

⁹ Organización Mundial del Comercio (2004). Ob. Cit., p. 1.

¹⁰ El nombre completo de este texto se denomina: Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias. Estas normas se encuentran específicamente en el Anexo 2 del Acuerdo de la OMC.

¹¹ Esta provisión implica una marcada diferencia con el tradicional acercamiento de aceptar una jurisdicción de solución de diferencias mediante una declaración o documento separado. Esta particularidad del Acuerdo de la OMC, de procurar una amplia adhesión a los Acuerdos multilaterales que abarca ha sido denominada como el “todo único”.

tratamiento de todas las disputas que surgieran con motivo de la aplicación e interpretación de los acuerdos abarcados. Esto contribuye a lograr otro de los objetivos del sistema de solución de diferencias de la OMC, el cual es proporcionar previsibilidad que permita una solución satisfactoria de la cuestión.¹²

Otra meta fue la de establecer un sistema basado en normas y en derecho, sin necesariamente tener que dejar de lado los esquemas basados en negociación y diplomacia. El cambio del mecanismo utilizado durante los años del GATT 47 supuso también un reconocimiento de las limitaciones de los medios diplomáticos, cuando se configuran en una disputa internacional tantos intereses económicos y particulares. El beneficio en términos de previsibilidad, estabilidad y seguridad que brinda el sistema de la OMC, le proporciona una plataforma idónea para que sea este el “estándar dorado” de los foros de resolución de disputas internacionales.

En efecto, el foro de la OMC ha sido el de mayor utilización y éxito de los diferentes mecanismos de solución de diferencias internacionales entre Estados, sin distinción de las materias que aborden. Tal es la cuestión que se presenta si comparamos el sistema de la OMC con los foros de la Corte Internacional de Justicia o el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, entre otros, que de costumbre se utilizaron en los años posteriores al debut de la OMC, pero no al nivel ni en la misma frecuencia con que se ha recurrido a este último.¹³

1.2. Acuerdos abarcados

Por Acuerdos abarcados, en el sentido del Entendimiento Sobre Solución de Diferencias, se entienden aquellos acuerdos enumerados en el Apéndice 1 del ESD, de conformidad con el Artículo 1.1 del propio Entendimiento. Estos acuerdos son:

¹² Artículo 3, Párrafos 2 y 4 del ESD.

¹³ Entre enero de 1995 y marzo de 2023 en la CIJ se habían iniciado 88 casos, mientras que el TIDM contabilizó 31 casos iniciados en el mismo período. En cambio, en ese lapso se iniciaron 616 casos en la OMC.

A) Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio

B) Acuerdos Comerciales Multilaterales:

Anexo 1A: Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías: Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994

Acuerdo sobre la Agricultura

Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias

Acuerdo sobre los Textiles y el Vestido¹⁴

Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio

Acuerdo sobre las Medidas en Materia de Inversiones Relacionadas con el Comercio

Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (Antidumping)

Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (Valoración en Aduanas)

Acuerdo sobre Inspección Previa a la Expedición

Acuerdo sobre Normas de Origen

Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias

Acuerdo sobre Salvaguardias

Anexo 1B: Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios

Anexo 1C: Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio

Anexo 2: Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias

¹⁴ En vigor hasta el 1ro. de enero del 2005.

Anexo 3: Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales

C) Acuerdos Comerciales Plurilaterales:¹⁵

Anexo 4:

Acuerdo sobre el Comercio de Aeronaves Civiles

Acuerdo sobre Contratación Pública¹⁶

Acuerdo Internacional de los Productos Lácteos¹⁷

Acuerdo Internacional de la Carne de Bovino¹⁸

Hay que agregar dentro de los Acuerdos Abarcados por el ESD uno de más reciente data: el Acuerdo sobre Facilitación del Comercio, que fue negociado por mandato de la Conferencia Ministerial de Bali (2013), entrando en vigor el 22 de febrero de 2017. El mismo prevé periodos especiales de gracia para la aplicación del mecanismo de solución de controversias, que van de dos a ocho años, según la categoría de compromisos y para los casos de miembros que sean países en desarrollo o menos adelantados.

El hecho de que los acuerdos antes mencionados cuenten con normas homogéneas para el tratamiento de las controversias le otorga bastante flexibilidad y practicidad al sistema. Esta peculiaridad del mecanismo de la OMC se corresponde con una partida del antiguo sistema de solución de controversias de los llamados “Códigos” de la Ronda de Tokio. En ese entonces cada código contaba con sus propios miembros y sus propias reglas. Este sistema, con sus miembros y reglas particulares, fue llamado en un momento el “GATT á la Carte”.¹⁹

¹⁵ El Párrafo del Apéndice 1 del ESD dispone que: «(...) La aplicabilidad del presente Entendimiento a los Acuerdos Comerciales Plurilaterales dependerá de que las partes en el Acuerdo en cuestión adopten una decisión en la que se establezcan las condiciones de aplicación del Entendimiento a dicho Acuerdo, con inclusión de las posibles normas o procedimientos especiales o adicionales a efectos de su inclusión en el Apéndice 2, que se hayan notificado al Órgano de Solución de Diferencias (...)».

¹⁶ En el mismo orden de ideas de la cita anterior, el Comité de Contratación Pública ha tomado una decisión al respecto: Notificación en virtud del Apéndice 1 del ESD, comunicación del Presidente del Comité de Contratación Pública, WT/DSB/7, 12 de Julio de 1996.

¹⁷ Es importante señalar que este Acuerdo ya no se encuentra en vigor.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Organización Mundial del Comercio (2004). Ob. Cit., p. 12.

Una de las luminarias del sistema de solución de diferencias de la OMC es que el mismo contribuye a evitar las medidas comerciales unilaterales por parte de los miembros en caso de supuestas o reales violaciones a las normas multilaterales de comercio, reduciendo (aunque no impidiendo del todo) así el riesgo de las denominadas “guerras comerciales”.²⁰ El ESD obliga a los miembros de la OMC a acatar sus normas y regirse por el procedimiento previsto en el mismo a la hora de procurar el reparo del «(...) incumplimiento de obligaciones u otro tipo de menoscabo de las ventajas resultantes de los Acuerdos abarcados(...)».²¹

Para lograr sus objetivos el ESD dispone en el Artículo 23.2 que «(...) cualquier medida que adopte el miembro reclamante debe tener como base las conclusiones del informe del Grupo Especial, el Órgano de Apelación o el laudo arbitral correspondiente (...)». En definitiva, toda medida que implique la suspensión de concesiones en el marco de un procedimiento ante la OMC debe contar con la autorización del Órgano de Solución de Diferencias.²² El ESD asegura así su imperio sobre todas las cuestiones relativas a la solución de controversias que impliquen a uno o varios de los Acuerdos abarcados.

En el actual sistema de la OMC, al lado de las reglas “generales” del ESD coexisten las “normas y procedimientos adicionales o especiales”. Estas normas especiales vienen a considerar las particularidades de las controversias que pueden derivarse de un Acuerdo abarcado en particular. El ESD dispone que «(...) Las normas y procedimientos del presente Entendimiento se aplicarán sin perjuicio de las normas y procedimientos especiales o adicionales que en materia de solución de diferencias contienen los Acuerdos abarcados y se identifican en el Apéndice 2 del presente Entendimiento (...)».²³

²⁰ En la década de 1980, EEUU utilizó con frecuencia sanciones unilaterales para hacer cumplir las provisiones del GATT 47, alegando que los mecanismos de solución de disputas de ese entonces “eran muy débiles”. Veinte años después impusieron sanciones unilaterales contra China, lo que provocó una guerra comercial.

²¹ Artículo 23.1 del ESD.

²² Artículo 23.2, Literal c) del ESD.

²³ Artículo 1.2 del ESD.

A la hora de aplicar tanto las reglas generales como las específicas se tiene que tomar en cuenta lo dispuesto en el Artículo 1.2 del ESD, en el sentido de que la existencia de una discrepancia entre las normas y procedimientos generales del ESD y las normas y procedimientos especiales o adicionales enunciados en el Apéndice 2, hará que prevalezcan las normas y procedimientos especiales y adicionales enunciados en el referido Apéndice, es decir, la norma del Acuerdo específico abarcado.²⁴

El alegato de un miembro de la OMC que implique que otro miembro incurre en una violación a una norma o principio en particular deberá ir acompañado de la provisión o provisiones específicas contenidas en uno o varios de los Acuerdos abarcados. Así pues, los Acuerdos abarcados constituyen la base legal para toda controversia en el ámbito de la OMC.²⁵

El Artículo 6.2 del ESD es claro cuando dispone que: «(...) en las peticiones para el establecimiento de Grupos Especiales...se identificarán las medidas concretas en litigio y se hará una breve exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación, que sean suficientes para presentar el problema con claridad (...)».

El anterior requisito obliga a los reclamantes en una controversia a indicar expresamente las normas supuestamente violadas, so pena de ser desestimada su pretensión por escapar al derecho de la OMC y al mandato del Grupo Especial que conozca del asunto, en virtud de lo dispuesto por el Artículo 7 del ESD.²⁶

²⁴ En el párrafo 65 del Informe del Órgano de Apelación, Guatemala–Cemento I (WT/DS60/AB/R), dicha instancia determinó que «(...) Solo podrá llegarse a la conclusión de que una disposición especial adicional *prevalece* sobre una disposición del ESD en el supuesto de que el cumplimiento de una disposición lleve aparejada la vulneración de la otra, es decir, en caso de *conflicto* entre ellas (...)». Continuó el Órgano de Apelación, en el párrafo 66, disponiendo que «(...) solo en el caso concreto de que una disposición del ESD y una disposición especial o adicional de otro acuerdo abarcado sean mutuamente incompatibles cabe interpretar que la disposición especial o adicional *prevalece* sobre la disposición del ESD(...)».

²⁵ Palmeter, David y Mavroidis, Petros C. (2004). *Dispute Settlement in the World Trade Organization, Practice and Procedure*. Cambridge University Press, Second Edition. P.51.

²⁶ En el caso Canadá – Créditos a la Exportación y Garantías de Préstamos para las Aeronaves Regionales, el informe del Grupo Especial (WT/DS222/R) estableció en el Párrafo 7.49: «(...) Observamos que la alegación 2 no contiene absolutamente ninguna referencia a disposiciones de la OMC y, en consecuencia, resulta claro que no se cumple ni siquiera el "requisito previo mínimo" del párrafo 2 del artículo 6. El Brasil no ha suministrado los elementos necesarios para que la alegación 2 quede comprendida en nuestro mandato. En consecuencia, constatamos que la alegación 2 del Brasil no está comprendida en nuestro mandato (...)».

1.3. Estructura institucional

El sistema de solución de diferencias de la OMC también cuenta con una estructura institucional. Dentro de este conjunto de instituciones podemos distinguir dos categorías: un primer grupo, constituido por las llamadas “instituciones políticas”, tales como el Órgano de Solución de Diferencias; y un segundo grupo, conformado por “instituciones de tipo judicial”, tal es el caso de los Grupos Especiales o el Órgano de Apelación.²⁷

1.3.1. El Órgano de Solución de Diferencias

El Órgano de Solución de Diferencias (OSD) es el encargado de «(...) administrar las normas y procedimientos y las disposiciones en materia de solución de consultas y solución de diferencias de los Acuerdos abarcados, salvo disposición en contrario en uno de ellos(...)».²⁸ Por vía de consecuencia, el OSD tiene la facultad para: «(...) establecer Grupos Especiales, adoptar los informes de los Grupos Especiales y del Órgano de Apelación, vigilar la aplicación de las resoluciones y recomendaciones; y autorizar la suspensión de concesiones y otras obligaciones en el marco de los acuerdos abarcados (...)», según expresa el Artículo 2.1 del ESD.

El OSD constituye el vehículo mediante el cual el Consejo General lleva a cabo sus responsabilidades emanadas del ESD.²⁹ Al igual que el Consejo General, el OSD está representado por delegados de todos los países miembros de la OMC, normalmente funcionarios del gobierno de los Ministerios de Relaciones Exteriores o de Comercio

²⁷ Van Den Bossche, Peter (2005). *The Law and Policy of the World Trade Organization*. Cambridge University Press. P. 228.

²⁴ Es importante resaltar en este punto lo dispuesto por el Artículo 2.1 del ESD, el cual en su parte *in fine* dispone que: «(...) Cuando el OSD administre las disposiciones sobre solución de diferencias de un Acuerdo Comercial Plurilateral -uno de los Acuerdos del Anexo 4 del Acuerdo de la OMC- solo podrán participar en las decisiones o medidas que adopte el OSD, con respecto a la diferencia planteada, los miembros que sean partes en dicho Acuerdo(...)».

²⁸

²⁹ Artículo IV, Párrafo 3 del Acuerdo de la OMC.

con categoría diplomática.

De conformidad con el Artículo 2, Párrafo 3 del ESD, el OSD se reúne con la frecuencia que sea necesaria para llevar a cabo sus funciones. Normalmente el OSD lleva a cabo una reunión periódica por mes. En caso de que la situación lo amerite, también se pueden celebrar reuniones especiales. El aumento exponencial del número de casos en los últimos años ha disparado la periodicidad de las reuniones del OSD, siendo habitual que se celebren dos y hasta tres reuniones formales por mes.

Las reuniones del OSD son siempre llevadas a cabo en Ginebra, Suiza. A estas reuniones asisten en promedio unos 50 representantes de los países miembros de la OMC. Por regla, los miembros estarán representados en las reuniones por el diplomático permanente de más alto rango en Ginebra.³⁰

Para el manejo del protocolo de las reuniones del OSD existe un reglamento operativo.³¹ Este reglamento dispone lo relativo a la incorporación de los temas a la agenda de las reuniones del OSD. Los puntos del programa deben incluirse, por lo menos, con un día hábil de antelación respecto de la fecha en que sea publicada la convocatoria a la reunión, la cual deberá preceder a la reunión por lo menos en diez días civiles.³² En dado caso y para fines prácticos, los puntos deben incluirse en el programa el undécimo día anterior a la reunión del OSD.

Las decisiones del OSD son adoptadas mediante consenso. Este es el principio fundamental que encontramos en texto del ESD. Sin embargo, es necesario establecer una distinción primordial entre dos tipos de consenso: en primer lugar, el consenso positivo y en segundo orden, el consenso negativo. Dependiendo la clase de decisión a tomar, el OSD decidirá mediante uno u otro tipo de consenso.

³⁰ Van Den Bossche, Peter (2005). Ob. Cit. P. 230.

³¹ Marcado con el número: WT/DSB/9.

³² Artículo 3 del Reglamento.

En un primer grupo de decisiones, las que se adoptan mediante consenso positivo, ubicamos las que establece el Artículo 2.4 del ESD. Este Artículo dispone una norma general, para todo un conjunto de decisiones que se encuentran a lo largo del ESD. Dispone el citado Artículo que: «(...) en los casos en que las normas y procedimientos del presente Entendimiento establezcan que el OSD debe adoptar una decisión, se procederá por consenso(...)». Esta disposición parece ser bastante clara, pero puede dejar entrever diversas interpretaciones en torno a la cuestión del consenso propiamente dicho, más específicamente cuál es el tipo de consenso al que hace referencia.

Para despejar cualquier incertidumbre respecto al consenso a que hace referencia el Artículo 2.4 del ESD se incluyó en este una nota al pie, la cual viene a aportar una explicación clara del sentido del referido consenso, de modo que no queden dudas al respecto o sea sujeto a interpretaciones que escapen del objeto y fin del ESD.

La nota al pie al Artículo 2.4 establece que: «(...) se considerará que el OSD ha adoptado una decisión por consenso sobre un asunto sometido a su consideración cuando ningún Miembro presente en la reunión del OSD en que se adopte la decisión se oponga formalmente a ella(...)». En la práctica, en las reuniones donde se toman decisiones bajo esta modalidad no se procede a una votación, ni a interrogar individualmente a cada uno de los presentes para determinar el consenso, sino que se pregunta de manera general si hay alguna objeción entre los presentes. En caso de que no exista al menos una objeción, la propuesta quedará adoptada.

En el segundo grupo de decisiones, aquellas que se adoptan mediante el consenso negativo, encontramos el grupo de resoluciones que versan sobre el establecimiento de los Grupos Especiales (Artículo 6, Párrafo 1 del ESD), sobre la adopción de los informes de los Grupos Especiales (Artículo 16, Párrafo 4 del ESD) o el Órgano de Apelación (Artículo 17, Párrafo 14 del ESD), o cuando se autoriza una medida de retorsión (Artículo 22, Párrafo 6 del ESD). En las situaciones antes descritas el OSD pasa de manera “automática” una decisión que implica la adopción de la medida en

cuestión, a menos que por consenso de todos los miembros del OSD se decida en contrario.

Dicho de otra manera, para que se evite el establecimiento de un Grupo Especial, la adopción del informe del Grupo Especial o del Órgano de Apelación y las medidas de retorsión, todos los miembros del OSD (incluyendo las partes interesadas en el asunto) deberán expresamente consentir en que no se adopte tal o cual medida. Desde el punto de vista teórico, y según lo previsto en el mismo ESD, esta situación es posible, pero en la práctica y hasta la fecha no se ha verificado la primera decisión mediante consenso negativo. Esta fórmula de toma de decisiones representa una partida del modelo vigente en el GATT de 1947, cuando las decisiones claves en torno al proceso de solución de diferencias, a saber, el establecimiento de los Grupos Especiales, la adopción de los informes y la autorización de las medidas de retorsión, se adoptaban mediante la modalidad del consenso positivo.³³

La evolución de un modelo a otro fue uno de los aspectos claves en la reforma del sistema multilateral de solución de diferencias comerciales y supuso una reflexión de las lecciones aprendidas en el antiguo esquema, que vino a fortalecer y hacer más eficientes estos mecanismos. Los procesos bajo el modelo del GATT de 1947 se vieron plagados de continuos bloqueos y contrabloqueos de parte de los Miembros, que al fin y al cabo hicieron más daño al sistema como conjunto, que el daño particular que se pudiera haber causado a alguno de los miembros por una medida de retorsión o contramedida.

1.3.2. Los Grupos Especiales

En cuanto a los Grupos Especiales (también llamados Paneles), como bien se indicara en una oportunidad anterior, se trata de una institución de tipo judicial o cuasijudicial. Es un órgano que tiene carácter de primera instancia para resolver las diferencias entre los miembros de la OMC. Los integrantes de los Grupos Especiales deberán ser personas

³³ Organización Mundial del Comercio (2004). Ob. Cit., p. 23.

con una alta capacidad y competencia en la materia, pudiendo ser funcionarios gubernamentales o no. Un estudio del 2015,³⁴ en el cual se analizaron los datos de composición de los Paneles durante 15 años (1999-2014), determinó que los miembros de los Grupos Especiales de la OMC en el período estudiado contaban con antecedentes sustanciales en el gobierno (88%). Este hallazgo es consistente con la creencia de que, al tener que conocer y decidir sobre asuntos de interés público, los integrantes de los Grupos Especiales deben comprender muy bien las dinámicas de las políticas públicas.

La experiencia para estos fines es bienvenida, ya sea adquirida por haber integrado anteriormente uno o más Grupos Especiales, haber presentado alegato ante él, haber representado a un miembro de la OMC en algún comité de algunos de los Acuerdos abarcados, haber trabajado para la Secretaría de la OMC o dedicarse a la actividad docente o doctrinal con bastante proliferación, así como a las actividades de política comercial de uno de los miembros (Artículo 8.1 del ESD).

Ahora bien, para que en una diferencia en particular puedan participar como miembros del Panel personas que sean nacionales de uno o más países envueltos en el diferendo, deberán las partes en el caso acordar a favor de la inclusión de tales personas (Artículo 8.3 del ESD).

Los integrantes del Grupo Especial serán escogidos de una lista, que a tales fines será mantenida por la Secretaría (Artículo 8.4 del ESD). Las personas que conformen esta lista deberán cumplir con las condiciones y tener las aptitudes que se mencionan en el Artículo 8.1 del ESD. Algunas listas especiales que se incluyen expresamente como parte de esta lista son: a) La lista de expertos no gubernamentales, establecida el 30 de noviembre de 1984 (IBDD 31S/9) y; b) Las listas de expertos y las listas indicativas establecidas en virtud de un Acuerdo abarcado.

Adicionalmente, los miembros de la OMC pueden proponer de manera periódica

³⁴ Pauwelyn, Joost (2015). "WTO Panelists Are From Mars, ICSID Arbitrators Are From Venus Why? And Does It Matter?".

personas que tengan el perfil adecuado y reúnan las condiciones del Artículo 8.1 del ESD para que conformen la lista, una vez sea otorgada la aprobación por parte del OSD. Se han dado casos, en los que han sido propuestas como integrantes de Grupos Especiales, personas que no figuran en la lista.³⁵

Los Grupos Especiales en una controversia en particular están conformados generalmente, en la mayoría de los casos, por tres integrantes. En ocasiones excepcionales podrán ser cinco los integrantes, cuando las Partes involucradas en la diferencia así lo acuerden (Artículo 8.5 del ESD). El trabajo de proponer los candidatos a integrantes de los Grupos Especiales está a cargo de la Secretaría (Artículo 8.6 del ESD), decisión que no podrá ser discutida por las partes envueltas en la controversia, a menos que no fuera por causas imperiosas.

Hay que señalar que los Grupos Especiales son seleccionados específicamente para cada caso en particular. Contrario a lo que ocurre con el Órgano de Apelación, el cual sí está integrado por miembros permanentes y que conocen de todas las controversias por igual, un Grupo Especial es conformado para conocer la controversia que le da origen y es disuelto una vez que decide sobre dicha controversia. En este sentido, los Grupos Especiales o Paneles son muy parecidos a los Tribunales Arbitrales, cuyo mandato termina una vez que han rendido el correspondiente laudo.

El mandato de los Grupos Especiales establece que estos deberán auxiliar al OSD para que pueda cumplir con sus compromisos derivados del ESD y de los Acuerdos abarcados. De este modo, el Grupo Especial que sea establecido como consecuencia de una controversia está facultado para realizar un examen de hecho y de derecho del asunto a la luz del derecho de la OMC y de los Acuerdos abarcados, a los fines de formular las conclusiones al OSD, que permitan a este último materializar las recomendaciones o dictar las resoluciones con motivo de las controversias (Artículo 11 del ESD). Claro está, en todo momento el Grupo Especial deberá procurar que la diferencia llegue a una solución que sea de mutua satisfacción para las partes y para

³⁵ Organización Mundial del Comercio (2004). Ob. Cit., p. 26.

esos fines podrá consultar con ellas.

La Secretaría de la OMC asiste a los Grupos Especiales en todo lo relativo a los trámites de los procedimientos, las labores administrativas, el apoyo técnico, la logística y demás funciones de Secretaría (Artículo 27.1 del ESD). La Secretaría a su vez brinda apoyo sobre aspectos jurídicos e históricos, mediante la orientación acerca de asuntos de índole jurídica asociada a las diferencias, sirviendo al mismo tiempo de “memoria institucional”,³⁶ ya que los Grupos Especiales no son órganos permanentes y se necesita conservar cierto encadenamiento y consistencia en las decisiones de los Paneles, que permitan lograr el objetivo del ESD y del sistema de solución de diferencias, que consiste en “aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio” (Artículo 3.2 del ESD).

1.2.1. El Órgano de Apelación

El Órgano de Apelación constituye la segunda y final instancia de la etapa jurisdiccional de un proceso de solución de diferencias ante la OMC. Su jurisdicción se limita a las cuestiones de derecho que han sido tratadas en el informe del Grupo Especial y a las interpretaciones jurídicas hechas por aquel (Artículo 17.6 del ESD).

El Órgano de Apelación al rendir su decisión, podrá confirmar, modificar o revocar las constataciones y conclusiones jurídicas del Grupo Especial. Las actuaciones del Órgano de Apelación en sí son confidenciales. Al igual que ocurre con los Grupos Especiales, no se permiten las comunicaciones *ex parte* con el Órgano de Apelación sobre asuntos sometidos a su consideración.

Contrario a los Grupos Especiales, el Órgano de Apelación es un organismo de carácter permanente conformado por siete miembros, tres de los cuales actúan en un caso en particular. El Órgano de Apelación fue establecido formalmente en el año 1995, por intermedio de una decisión del OSD, que nombró a sus primeros siete miembros.³⁷

³⁶ Organización Mundial del Comercio (2004). Ob. Cit., p. 27.

³⁷ Marcado con el número: WT/DSB/1.

Los miembros son designados por un período de cuatro años, pudiendo su mandato ser renovado al término del nombramiento por un período adicional de cuatro años (Artículo 17.2 del ESD). Es importante señalar que los miembros del Órgano de Apelación son escogidos y designados por el OSD mediante decisión consensuada.³⁸

Algunas de las aptitudes que deben reunir las personas que vayan a conformar el Órgano de Apelación son las siguientes: deben contar con una trascendencia, experiencia y prestigio reconocido; deben ser titulares de una competencia probada en derecho, en comercio internacional y en los Acuerdos abarcados de la OMC. Además, se les exige que no estén vinculados a ningún gobierno de los países parte. Desde su concepción, la mayoría de los miembros del Órgano de Apelación han sido personas vinculadas a las temáticas comerciales y legales, tales como profesores universitarios, abogados en ejercicio, exfuncionarios gubernamentales o magistrados con experiencia.

Aunque el ESD no impide que los miembros del Órgano de Apelación puedan realizar otras actividades profesionales conjuntamente con sus labores en el Órgano, el ESD sí les requiere que deben estar disponibles en todo momento para llevar a cabo las tareas del Órgano, lo cual deberán acompañar con un seguimiento continuo a las labores de la OMC en materia de solución de diferencias.⁵⁹ Estas disposiciones, sumadas a la carga de trabajo propia del Órgano, han conllevado en la práctica a que los miembros del Órgano de Apelación se dediquen de facto a tiempo completo a sus actividades dentro de este.³⁹

Se entiende que la experiencia y capacidad de los miembros del Órgano de Apelación debe permitirles resolver los asuntos de derecho abordados en el informe del Grupo Especial y las interpretaciones legales desarrolladas por el

³⁸ En este caso nos encontramos con una decisión tomada por consenso positivo (Artículo 2.4 del ESD).

³⁹ Sobre este particular, en fecha 14 de Enero del 2009, el Representante Comercial de los Estados Unidos (USTR) anunció que había planteado formalmente una propuesta para reestructurar el Órgano de Apelación. La propuesta va en la dirección reconocer y formalizar el hecho de que los miembros del Órgano trabajan a tiempo completo. De esta forma también se logra que profesionales de alto perfil se sientan atraídos para desempeñar esas funciones.

Panel.⁴⁰ Mientras que el mayor enfoque y preocupación a la hora de escoger los miembros del Órgano de Apelación se concentra en contar con miembros altamente capacitados, se ha establecido que la composición del Órgano debe obedecer a su vez a criterios de representatividad de todos los Miembros de la OMC (Artículo 17.3 del ESD).

Lo anterior se ha comprobado en las diferentes composiciones que ha presentado el Órgano, en las cuales se han designado miembros de distintas clases de países, adelantados y menos adelantados, desarrollados y en vías de desarrollo; y de diferentes regiones geográficas y sistemas legales.⁴¹ Normalmente se escogen los representantes tomando en cuenta la región geográfica, de modo que se logre cierta equidad con respecto a cada región/grupo de países.

Durante su existencia, los miembros del Órgano de Apelación han provenido de las siguientes regiones geográficas: Norteamérica, América Latina, Europa, África, Asia y Oceanía. Estados Unidos es el país cuyos nacionales han ocupado más asientos en el Órgano, con cuatro miembros. De América Latina han servido como miembros tres personas.

Desde finales de noviembre del 2020 el Órgano de Apelación carece de miembros, en una situación inusual y sin precedentes en la OMC. La razón de ello ha sido la falta de voluntad del gobierno de Estados Unidos de brindar el voto decisivo para que puedan ser renovados los mandatos que se van venciendo. Aunque la nueva administración de ese país ha manifestado que cambiaría esta política, a marzo de 2023 aún persiste el impase en torno al Órgano de Apelación.

De conformidad con el Artículo 17.1 del ESD, el Órgano de Apelación también cuenta con unos procedimientos de trabajo.⁴² Este documento contiene disposiciones relativas

⁴⁰ WT/DSB/1, Párrafo 5.

⁴¹ WT/DSB/1, Párrafo 6.

⁴² El nombre completo de este texto se denomina: "Procedimientos de Trabajo para el Examen en Apelación". La última versión de estos procedimientos y que se encuentra vigente en estos momentos es de fecha 16 de agosto

al funcionamiento del Órgano que hay que considerar.

En primer lugar, el Reglamento dispone que el Órgano deberá contar con un presidente, elegido de entre los miembros del Órgano de Apelación por común acuerdo entre ellos (Artículo 5.1 del Reglamento). La duración de su mandato será de un año, el cual puede prorrogarse únicamente un año adicional. El presidente tiene como misión principal la dirección general de los diferentes asuntos propios del Órgano. Otras responsabilidades del presidente son la supervisión del funcionamiento interno del Órgano de Apelación y la de llevar a cabo cualquier función o misión que los miembros del Órgano le encomienden.

Además, el Reglamento contiene disposiciones relativas al procedimiento mismo del examen en apelación. Vale hacer mención de que el Reglamento es a su vez contentivo de las normas de conducta⁴³ que deberán observar los miembros del Órgano de Apelación, así como también las personas que desempeñen las funciones en un Grupo Especial en un proceso arbitral o como experto en algún proceso de solución de diferencias. Estas normas de conducta están encaminadas a asegurar la imparcialidad en las actuaciones y las garantías procesales debidas en los procedimientos que abarca. La no observancia y violación de estas normas de conducta puede tener como consecuencia la impugnación y exclusión del proceso de las personas que hayan incurrido en tal o cual contravención.

La Secretaría del Órgano de Apelación facilita la asistencia jurídica y administrativa que se requiera o se necesite. Esta Secretaría sostiene un vínculo tal con el Órgano de Apelación que le permite realizar la labor encomendada, a la vez que mantiene su independencia como instancia aparte y separada del Órgano. La Secretaría se encuentra ubicada junto a la Secretaría de la OMC. En la sede de la Secretaría es que se celebran las reuniones de los Grupos Especiales y del Órgano de Apelación.

de 2010 (modificado) y se encuentra marcada con el número WT/AB/WP/6.

⁴³ Estas normas se encuentran en el Anexo II del Reglamento. Su título es "Normas de Conducta para la Aplicación del Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias".

1.2. Los intervinientes en el proceso

Existe una multiplicidad de actores que interceden en las disputas ante la OMC. El mecanismo está diseñado para que, en teoría, todos los miembros puedan participar en una controversia dada. De cierto modo es lo que hacen cuando se reúne el OSD, y en el seno del mismo se plantean las distintas cuestiones y decisiones relativas a los procesos de solución de diferencias.

En un caso en la OMC pueden participar los miembros en la calidad de reclamante, de demandado o de tercero. Puede haber uno o más reclamantes, así como uno o varios terceros, pero siempre será un solo demandado en la controversia. Además de estos, ciertos actores, tales como las ONG, universidades, académicos, grupos empresariales y demás, pueden presentar documentaciones y escritos *amicus curiae* en una disputa en particular. En época reciente, al igual que en otros foros internacionales de solución de diferencias, el número de este tipo de intervenciones ante la OMC ha ido *in crescendo*. Aquellos actores *ex parte* que deseen activar el mecanismo de solución de controversias de la OMC, deberán necesariamente hacerse valer de un miembro de la Organización para que entable una reclamación. No es extraño en ese sentido, que sea un sector con un interés económico sustancial el que recurra al gobierno de su país para que levante la bandera en su nombre, muy al estilo de la protección diplomática.

Esta posibilidad también plantea la cuestión del financiamiento de las controversias por el sector privado. Este accionar no se encuentra explícitamente prohibido por la OMC, ni existe la obligación de reportar o facilitar información al respecto. No obstante, en los últimos años la complejidad de los casos, unida a otros factores como los costos (en firmas de abogados internacionales, informes de expertos, pruebas, etc.) y las limitaciones presupuestarias de algunos miembros, ha provocado en más de un caso la aparición de “patrocinadores” dispuestos a costear todo o parte de los gastos en un proceso.

Algunos países, tal es el caso de Estados Unidos, se han ido más lejos y cuentan con

normativas internas para reglamentar el acceso de personas interesadas en que el gobierno de ese país active el mecanismo a nombre de ellos. Esta solicitud “indirecta” no debe entenderse jamás como una renuncia del miembro a la dirección o control que le corresponde como actor en el proceso, o bajo ninguna instancia queda condicionada la estrategia legal del caso.

Es por lo tanto de suma importancia que el miembro de la OMC se identifique con el objeto de la disputa, puesto que la intervención en un proceso es una decisión política, con implicaciones que van más allá de lo comercial. Por demás está subrayar el hecho de que también en la OMC, al igual que en otros foros de resolución de disputas, se puede manifestar el denominado *treaty shopping* o compra de foro. Sin embargo, este último tampoco está expresamente regulado o prohibido por la OMC.

2. Evolución del Régimen Multilateral de Solución de Diferencias Comerciales

2.1. El Régimen del GATT de 1947

El sistema de solución de diferencias de la OMC es reconocido como uno de los logros más sustanciales de la Ronda de Uruguay de negociaciones. Pero, como veremos en el desarrollo de este apartado, han existido desde el origen mismo del GATT de 1947 provisiones que se han dedicado al tratamiento de las diferencias entre los socios comerciales.

El recorrido de casi 50 años en los que se desarrolló y evolucionó el sistema de solución de diferencias del GATT de 1947 sirve de memoria histórica para el actual sistema, a la vez que este último recoge los principios emanados de los Artículos XXII y XXIII del GATT de 1947.

En un principio, el sistema de solución de diferencias del GATT reflejaba marcadamente sus raíces diplomáticas. El término de “solución de diferencias” originalmente no fue favorecido en los comienzos del sistema, en cambio fue referido como “conciliación”. Siguiendo el espíritu conciliador, en los primeros años las diferencias fueron resueltas

por el presidente del Consejo.⁴⁴

Eventualmente, las responsabilidades anteriores fueron remitidas a grupos de trabajo conformados por las Partes contratantes interesadas en el asunto, incluidas las partes contrincantes. Estos grupos de trabajo decidían por consenso. Sin embargo, esta metodología de resolver los conflictos fue pronto suplantada a principios de la década de 1950 por los llamados Paneles de Expertos, integrados por tres o cinco miembros independientes y no vinculados a las Partes en la disputa.

Los miembros de estos Paneles, en la mayoría de los casos eran diplomáticos y no abogados, de ahí que en la letra de sus decisiones se encontraba un marcado espíritu diplomático. Así el proceso estaba más enfocado en encontrar una salida mutuamente acordada entre las partes envueltas en el conflicto, en vez de llegar a una decisión jurídica sobre el asunto objeto de la disputa.⁴⁵ Las recomendaciones y resoluciones que emitía el Panel, una vez preparadas, debían ser remitidas al Consejo del GATT para su aprobación y de esta forma tenían fuerza vinculante entre las partes.

Durante los años del GATT anteriores a la Ronda de Uruguay los miembros, en el mejor ánimo de fortalecer el sistema de solución de conflictos, se enmarcaron en un proceso gradual de “codificación” de las normas que gobernarían los procedimientos relativos a las diferencias.⁸³ De este modo las reglas se fueron transformando paulatinamente, a medida que evolucionaban las nuevas prácticas o se consideraban nuevos puntos de vista con respecto al sistema. Vale hacer mención especial de los siguientes instrumentos que introdujeron marcadas diferencias durante estos años:

1) Decisión del 5 de abril de 1966 sobre los procedimientos en virtud del Artículo XXIII

⁴⁴ En la primera diferencia de este tipo, presentada en el verano de 1948 por los Países Bajos contra Cuba, se le preguntaba al Presidente del Consejo: La obligación del trato de Nación Más Favorecida del Artículo I (GATT) se aplica a los impuestos consulares?. El presidente respondió en esta oportunidad que si se aplicaban, por lo tanto, aclarando una duda y a la vez sentando un precedente.

⁴⁵ Davey, William J. (1987). *Dispute Settlement in GATT*. 11 *Fordham International Law Journal*, citado por Palmeter, David y Mavroidis, Petros C. (2004). *Ob. Cit.*, p. 7.

del GATT.⁴⁶

2) Entendimiento relativo a las notificaciones, las consultas, la solución de diferencias y la vigilancia, de fecha 28 de noviembre de 1979.⁴⁷

3) Decisión sobre la solución de diferencias, contenida en la Declaración Ministerial del 29 de noviembre de 1982.⁴⁸

4) Decisión sobre la solución de diferencias, de fecha 30 de noviembre de 1984.

2.2. Limitantes del Sistema de Solución de Diferencias del GATT

Durante los años del GATT existieron dos provisiones principales que estuvieron dedicadas a la resolución de conflictos entre los socios comerciales: el Artículo XXII (Consultas) y el Artículo XXIII (Anulación o Menoscabo) del GATT. A modo ilustrativo incluimos el texto de los referidos artículos en esta sección:

Artículo XXII – Consultas

1. Cada parte contratante examinará con comprensión las representaciones que pueda formularle cualquier otra parte contratante, y deberá brindar oportunidades adecuadas para la celebración de consultas sobre dichas representaciones, cuando éstas se refieran a una cuestión relativa a la aplicación del presente Acuerdo.

2. Las PARTES CONTRATANTES podrán, a petición de una parte contratante, celebrar consultas con una o más partes contratantes sobre toda cuestión para la que no haya sido posible hallar una solución satisfactoria por medio de las consultas previstas en el párrafo 1.

Artículo XXIII – Anulación o Menoscabo

1. En caso de que una parte contratante considere que una ventaja resultante para ella directa o indirectamente del presente Acuerdo se halle anulada o menoscabada o

⁴⁶ Marcado con el número IBDD 14S/18.

⁴⁷ IBDD 26S/210.

⁴⁸ IBDD 29S/13.

que el cumplimiento de uno de los objetivos del Acuerdo se halle comprometido a consecuencia de:

a) que otra parte contratante no cumpla con las obligaciones contraídas en virtud del presente Acuerdo; o

b) que otra parte contratante aplique una medida, contraria o no a las disposiciones del presente Acuerdo; o

c) que exista otra situación, dicha parte contratante podrá, con objeto de llegar a un arreglo satisfactorio de la cuestión, formular representaciones o proposiciones por escrito a la otra u otras partes contratantes que, a su juicio, estime interesadas en ella. Toda parte contratante cuya intervención se solicite de este modo examinará con comprensión las representaciones o proposiciones que le hayan sido formuladas.

2. Si las partes contratantes interesadas no llegan a un arreglo satisfactorio en un plazo razonable o si la dificultad surgida es una de las previstas en el apartado c) del párrafo 1 de este artículo, la cuestión podrá ser sometida a las PARTES CONTRATANTES. Estas últimas efectuarán rápidamente una encuesta sobre toda cuestión que se les someta al respecto y, según el caso, formularán recomendaciones apropiadas a las partes contratantes que consideren interesadas, o dictarán una resolución acerca de la cuestión. Las PARTES CONTRATANTES podrán, cuando lo juzguen necesario, consultar a partes contratantes, al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas y a cualquier otra organización intergubernamental competente. Si consideran que las circunstancias son suficientemente graves para que se justifique tal medida, podrán autorizar a una o varias partes contratantes para que suspendan, con respecto a una o más partes contratantes, la aplicación de toda concesión o el cumplimiento de otra obligación resultante del Acuerdo General cuya suspensión estimen justificada, habida cuenta de las circunstancias. Cuando se suspenda efectivamente esa concesión u otra obligación con respecto a una parte contratante, ésta podrá, en un plazo de sesenta días a contar de la fecha de aplicación de la suspensión, notificar por escrito al secretario ejecutivo⁴⁹ de las PARTES

⁴⁹ Por Decisión del 23 de marzo de 1965, las Partes Contratantes han cambiado el título del cargo de jefe de la Secretaría del GATT, que antes era de "secretario ejecutivo" por el de "director general" (Nota al pie No. 3).

CONTRATANTES que es su propósito denunciar el Acuerdo General; esta denuncia tendrá efecto cuando expire un plazo de sesenta días a contar de aquél en que el secretario ejecutivo de las PARTES CONTRATANTES haya recibido dicha notificación.

Las normas anteriores tenían un carácter general y a la vez limitado, porque no se encontraban lo suficientemente detalladas como para prever el gran abanico de posibilidades y problemáticas que pudieran suscitarse en el futuro.⁵⁰ Cuando se aprobaron los Artículos XXII y XXIII del GATT de 1947 se estaba esperando que en un futuro no muy lejano la Organización Internacional del Comercio vería la luz del día.⁵¹ Esta Organización en su Carta o Acuerdo constitutivo contenía provisiones bien puntuales sobre los asuntos relativos a solución de diferencias, que vendrían a servir de complemento a las normas del GATT, ya que el propio GATT era considerado como un paso provisional hacia la formación de la Organización.

Pese a las mejores expectativas que se tenían sobre la Organización Internacional del Comercio, esta institución encontró numerosos obstáculos, principalmente de parte de Estados Unidos, y finalmente se desistió de su creación a inicios de la década de 1950. Las normas del GATT de 1947, que en un principio no fueron pensadas con un carácter definitivo, se aplicaron “provisionalmente” durante aproximadamente 50 años.

Como se puede observar, las provisiones de los artículos XXII y XXIII eran las únicas herramientas con las que contaban los signatarios del GATT para abordar sus diferencias. Durante los primeros años, esta situación no significó mayores inconvenientes para las Partes Contratantes, ya que el GATT de aquellos años era esencialmente un club reducido de unos cuantos países, cuyos representantes ante el organismo habían sido los mismos que negociaron el Acuerdo y lo administraban. Por

⁵⁰ Cierta formalidad fue lograda en la conclusión de la Ronda de Tokio con el Entendimiento relativo a las notificaciones, las consultas, la solución de diferencias y la vigilancia, de fecha 28 de noviembre de 1979, que contenía un anexo sobre las prácticas de costumbre del GATT en el campo de la solución de disputas.

⁵¹ Palmeter, David y Mavroidis, Petros C. (2004). Ob. Cit., p. 7.

lo tanto, estos oficiales sabían la letra y espíritu de lo acordado y compartían el mismo enfoque de interpretación.

Esta realidad pronto cambió, en la medida en que un mayor número de países formaban parte del GATT. A partir de la década de 1980 una nueva generación de funcionarios y representantes ante el GATT comenzó a forjar una concepción renovada del mecanismo de solución de diferencias, que se apartaba de su visión diplomática, para llevarlo más al terreno de lo jurídico.

El giro hacia la esfera legalista fue reforzado con la presencia de oficiales paralegales que asistían a la Secretaría del GATT en las labores de redacción de las opiniones y de los borradores de los Paneles. Más adelante, específicamente en el año 1983, se abrió dentro de la Secretaría del GATT una oficina para asuntos legales, con personal altamente calificado, que sirvió de apoyo al trabajo de los Paneles. Todos estos progresos contribuyeron a aumentar la confianza de las Partes en las decisiones rendidas en materia de solución de diferencias. Ya no se trataba de decisiones meramente diplomáticas, ni de resolver los litigios *ex aequo et bono*, sino que asistíamos a verdaderas resoluciones jurídicas basadas en los textos de los Acuerdos.

Durante estos años se fue formando una importante y rica jurisprudencia de las decisiones de los Paneles, que sirvió para aclarar muchas dudas, e incluso, todavía algunas de ellas son usadas como “precedente” para diversos casos que se suscitan en el seno del sistema de solución de diferencias de la OMC.

No obstante estos avances y la tarea de codificación y enmienda de que fueron objeto las normas complementarias del sistema de solución de diferencias del GATT, existían debilidades intrínsecas que minaban la efectividad de todo el sistema en su conjunto. Es decir, desde el interior del sistema que hasta ese entonces probó ser resiliente, comenzaron a brotar las semillas de su propia destrucción. Estas fallas estructurales, por lo tanto, ponían en el sendero de insostenibilidad la integridad de todo el mecanismo de solución de disputas.

La dificultad esencial radicaba en el hecho de que las decisiones claves de las distintas etapas del proceso se debían adoptar mediante consenso positivo. Las decisiones a que hacemos referencia son las siguientes:

- a) El establecimiento y composición del Panel;
- b) La adopción del informe del Panel;
- c) La autorización para la suspensión de las concesiones.

Esto significaba que, para que una de las decisiones anteriores pudiera ser adoptada, debía contar con el consentimiento de todas las partes contratantes del GATT, incluyendo los interesados en el asunto, a saber, la(s) parte(s) demandante(s) y la parte demandada. Una parte que no estuviera interesada en que el asunto llegara a conocerlo el Panel, o que no quisiera que se adoptara el informe, o más aún, que si una vez adoptado el mismo, no quisiera que se le impusiera una contramedida, lo único que debía hacer era votar en contra de tal decisión y de esa forma, bloquear el asunto del todo.

Aunque en la mayoría de los asuntos la parte demandada no bloqueaba el establecimiento del Panel y estuviera conforme a su establecimiento, la situación también significaba una preocupación considerable para el Panel que debía preparar el informe. En ocasiones los paneles se vieron compelidos a buscar soluciones “salomónicas” que fueran aceptables para las partes contrincantes, sin tomar en cuenta que dichas conclusiones contarán o no con un aval jurídico de peso.⁵² Por lo tanto, los Paneles perseguían resoluciones que se ubicaban más en el campo de la diplomacia.

No obstante, muchas de las decisiones de solución de diferencias fueron adoptadas por las Partes Contratantes. Inclusive las partes que en el proceso tenían mucho que perder, dejaron el camino abierto para la aprobación de las resoluciones. El ánimo detrás de esta conducta, fue sobre todo, preservar el interés de la colectividad en que

⁵² Van Den Bossche, Peter (2005). Ob. Cit., p. 180.; Organización Mundial del Comercio (2004). Ob. Cit., p. 18.

el sistema pudiera ser sostenible en el largo plazo. Se estima que desde el año 1947 hasta el año 1992 las partes perdidosas, en un 90 por ciento de los casos, aceptaban los resultados del informe del Panel.⁵³

Sin embargo, comenzando en la década de 1980 se registró una tendencia cada vez más enfocada en bloquear el establecimiento de los Paneles y la adopción de sus informes, sobre todo en aspectos claves o sensibles como el de las medidas antidumping.⁵⁴ Esta situación, sumada al hecho de que numerosas reclamaciones nunca llegaron a materializarse, por la creencia del demandante de que el demandado utilizaría su derecho de veto para frenar cualquier medida, contribuyó a poner en evidencia las debilidades del sistema.

Estas discapacidades dieron al traste con la confianza de las partes en el sistema, en especial, para los asuntos más sensibles y críticos. Las medidas unilaterales para tratar los asuntos de esta índole fue la preferida, en lugar de recurrir al sistema de solución de diferencias del GATT, ya que aquellas probaron ser más efectivas a la hora de reclamar los derechos. Esto, a su vez, motivaba a la otra parte a establecer sus propias contramedidas, generándose en ocasiones las llamadas “guerras comerciales”, que era precisamente lo que perseguía evitar el sistema.⁵⁵

Para complicar más el cuadro, los códigos de la Ronda de Tokio contenían sus propias provisiones sobre solución de diferencias. Los signatarios de estos códigos podían optar por el mecanismo previsto en uno de los códigos o por el mecanismo general del GATT. Escogían el más conveniente a sus intereses o en ocasiones utilizaban ambas vías. Pero aún estos códigos sufrían del mal original: se necesitaba el consenso positivo para adoptar las decisiones. Por consiguiente, muchas de las medidas fueron bloqueadas, inclusive en una proporción mayor que el sistema de solución de diferencias del GATT.

⁵³ Palmeter, David y Mavroidis, Petros C. (2004). Ob. Cit., p. 9.

⁵⁴ Organización Mundial del Comercio (2004). Ob. Cit., p. 17.

⁵⁵ En los tiempos del GATT (47 años) solo llegaron a realizarse 132 informes de panel, mientras que entre 1995 y 2020 (25 años) se realizaron 448 informes de grupos especiales, informes del Órgano de Apelación y laudos o decisiones arbitrales en el marco de la OMC (casi tres veces y media la cantidad de casos que en los años del GATT).

2.3. La Ronda de Uruguay de Negociaciones Comerciales

La Ronda de Uruguay, que comenzó en Punta del Este, Uruguay, en septiembre de 1986, fue hasta ese entonces la ronda de negociaciones comerciales multilaterales más larga y de mayor alcance en toda la historia. Las negociaciones cubrieron virtualmente todos los aspectos tratados en la Ronda de Tokio, así como temas nuevos o que quedaron pendientes, tales como los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, los subsidios agrícolas, la inversión, banca y seguros, entre otros.⁵⁶

Naturalmente, uno de los temas de la agenda de Uruguay fue la solución de diferencias. Tan temprano como en la Declaración Ministerial de Punta del Este, al inicio de los trabajos en 1986, los ministros resaltaron la importancia de contar con normas eficientes y confiables que fortalecieran el sistema multilateral de solución de diferencias en su conjunto.

En el año 1989, exactamente a mitad de camino en las negociaciones, se acordó aplicar provisionalmente una serie de reglas que se habían convenido de forma preliminar.⁵⁷ Estas normas se implementarían experimentalmente durante los años subsiguientes, hasta que entrara en vigor el ESD. Estas normas contenían provisiones que luego se hallarían en el propio ESD, como lo relativo a los Grupos Especiales y los rigurosos plazos del proceso. Pese a estos avances, todavía no se había llegado a un acuerdo sobre los asuntos más espinosos, como la manera de adoptar los informes y demás decisiones claves, que se mantenían supeditadas al consenso positivo de todos los miembros.

Ya una vez concluida la Ronda de Uruguay y aprobados los Acuerdos negociados en ese evento, se puede concluir que el sistema multilateral de solución de diferencias comerciales quedó grandemente fortalecido con la adopción del ESD como parte del paquete de Acuerdos de la OMC.

⁵⁶ Organización Mundial del Comercio (2008). *Entender la OMC*. Suiza: Publicaciones de la OMC. p. 18.

⁵⁷ Decisión del 12 de Abril de 1989, sobre las mejoras de las normas y procedimientos de solución de diferencias del GATT. Marcado con el número: IBDD 36S/61.

Los logros más destacados de la Ronda de Uruguay en materia de solución de diferencias, que se encuentran contenidos en el ESD, son los siguientes:

- a) Plazos estrictos para las diferentes fases de los procesos que aseguren una solución expedita del asunto, y al mismo tiempo, previsión en las actuaciones.
- b) El ESD es un Acuerdo que prevé un único proceso, con variaciones mínimas, para los diversos Acuerdos abarcados. Marca la diferencia con los códigos de la Ronda de Tokio y sus procedimientos *sui generis* para cada código. Contribuye a lograr armonía dentro del mismo sistema.
- c) La adopción de las decisiones claves mediante consenso negativo. Sin duda, es uno de los mayores logros, ya que evita que una parte bloquee unilateralmente una resolución. Las decisiones trascendentales tenían a partir de ese momento una aprobación cuasiautomática.
- d) Las reglas para el examen en apelación de los informes de los Grupos Especiales. La apelación, como tal, no se contemplaba en el viejo sistema del GATT, y constituye una cierta garantía procesal para las partes el hecho de que el Órgano de Apelación examine las decisiones de los Paneles.

2.4 Reformas al Sistema de Solución de Controversias de la OMC: Una tarea pendiente

El sistema multilateral de comercio se encuentra desde años en un proceso de reflexión acerca del tipo de reformas que se ameritan para actualizar y adecuar el sistema a la realidad imperante en el siglo XXI. Así es como el trabajo de la Ronda de Uruguay no constituyó la culminación de un proceso de 47 años, sino más bien un cambio de paradigma que, a la vez, se debe renovar periódicamente.

El sistema de solución de controversias de la OMC ha sido denominado como “la piedra angular” o la “joya de la corona” del sistema multilateral de comercio, y no es para menos.

Podemos considerarlo también como el cemento que mantiene todo el sistema unido y le otorga la consistencia necesaria. La robustez viene dada no solo por el número de casos (más de 600 hasta marzo del 2023), pero también por el mismo valor que le reconocen los miembros, la comunidad jurídica, académica y empresarial. Más aún, otros actores y partes interesadas, no necesariamente las élites económicas e intelectuales, observan cómo este mecanismo impacta a sus intereses.

La Ronda de Doha, iniciada en el 2001, supuso el inicio de una nueva cruzada en las negociaciones comerciales, con una batería de temas y agendas tanto o más ambiciosas que la Ronda anterior. Los avances de la Ronda de Uruguay, el final de la guerra fría y el auge de la globalización marcaron la pauta de un optimismo renovado para impulsar reformas en materia de agricultura, subsidios, barreras no arancelarias, entre otros temas, a los que luego se le agregó la readecuación del manejo de las disputas comerciales.

Si bien la Ronda de Doha se lanzó con mucho ímpetu, las diferencias comenzaron a aflorar una vez que los temas más espinosos produjeron estancamientos en las negociaciones. Los logros en materia de facilitación del comercio y de tecnologías de información marcaron estos años con sendos Acuerdos que permitieron renovar las esperanzas depositadas en las negociaciones multilaterales sobre comercio.

El mecanismo de solución de diferencias, siendo uno de los principales hitos de la Ronda de Uruguay, con todas sus luces y reconocimientos, también ha sido objeto de críticas. Algunos países pueden entender que el sistema funciona perfectamente bien y de manera efectiva, no obstante se vean beneficiados o perjudicados por las decisiones emanadas de los diferentes estamentos que componen el mecanismo de solución de controversias de la OMC. Sin embargo, otros miembros pueden entender que las determinaciones adversas de los órganos de resolución de disputas comerciales, así como la dilación propia de la creciente complejidad de los casos, son razones suficientes para pedir la reestructuración completa de todo el sistema.

Otro elemento, de creciente preocupación para algunos miembros, es el impacto que han tenido ciertas decisiones emanadas de los Grupos Especiales y del Órgano de Apelación, que ha provocado un efecto sistémico en cómo se interpretan y aplican los Acuerdos Abarcados. En ocasiones, ciertas determinaciones han contribuido positivamente a avanzar temas comerciales que, por distintos motivos, se encontraban estancados en las negociaciones multilaterales. Aunque este último efecto del sistema de solución de controversias de la OMC puede tener sus luces y contribuciones al régimen multilateral de comercio, también ha sido objeto de críticas por algunos miembros.

Aunque en época reciente se han hecho más notorias las voces acentuado las necesidades de cambio, la realidad es que los trabajos para reformar el mecanismo de solución de controversias tienen varias décadas discutiéndose. Al menos desde 1998 hasta la fecha se han circulado varias propuestas para mejorar los procesos. Entre ellas figuran o figuraron las siguientes:

1. Establecer Grupos Especiales con carácter permanente, en lugar del sistema imperante en la actualidad, el cual manda a constituir un Panel diferente para cada disputa comercial. Esto ayudaría a darle mayor consistencia y coherencia a las decisiones emanadas de los Paneles, ya que operarían de manera similar al actual Órgano de Apelación, con un número determinado de miembros nombrados por un período determinado (5, 10 años, etc.). Un sistema así permitiría a la vez las consultas entre los miembros de un Grupo Especial (que serían 3 panelistas) y aquellos que no conocen de la controversia, para robustecer la elaboración de criterios.

2. Mayor control de los miembros sobre los informes de los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación, que vayan más allá de la adopción de los informes. Esto con miras a tratar los asuntos especialmente delicados y políticamente susceptibles de los informes, ya que algunas decisiones han impactado sensiblemente en intereses de los Estados.

3. Reducción de los plazos en las distintas fases del proceso, desde las consultas que pueden tomar hasta 60 días, pasando por el establecimiento del Panel y el propio procedimiento ante este y el Órgano de Apelación, así como la adopción de los informes y su ejecución. Estas reformas podrían potencialmente cortar a la mitad los plazos que se encuentran “en papel”, pero requieren un trabajo más profundo de carpintería para reducir aún más unos procesos que pueden tardar varios años o incluso décadas.

4. Mejoras para el acceso de los miembros al proceso de consultas, con miras a facilitar la incorporación e intercambio de información de las otras partes o incluso de los terceros. Con el tiempo la participación de los terceros ha ido en aumento a la par con la complejidad de los casos y los intereses envueltos. En el caso Australia-Tabaco, en el cual República Dominicana participó como reclamante, el número de terceras partes interviniente instauró un récord con 41 miembros.

5. Hacer más eficiente el procedimiento de notificar las soluciones mutuamente acordadas entre las Partes en una controversia, con miras a dos objetivos esenciales: primero, poner un punto final en términos jurídicos a procesos que en los hechos han sido convenidos mutuamente; y segundo, dar certeza a los terceros y al público en general de que efectivamente una controversia ha llegado a su fin por un acuerdo entre dos o más intervinientes.

6. Facilitar la composición de los Grupos Especiales, esto es, construyendo sobre la base de la propuesta de los Paneles con carácter permanente, contar con un listado fijo de expertos (nombrados por períodos de 5 o 10 años), para así de ese modo hacer más eficiente la composición y, por ende, el establecimiento de los Grupos Especiales.

7. El aumento de los derechos de los terceros, que va de la mano con las mejoras en el acceso a los distintos procesos y fases del procedimiento. El mecanismo de solución de controversias de la OMC está llamado a ser más participativo y plural, en el que se incrementen las facultades que tienen los terceros, así como otros actores (como partes no contendientes, *amicus curiae*, etc.). Los intereses comerciales en juego y la

naturaleza del sistema de resolución de conflictos, los efectos expansivos de las determinaciones de los Paneles y del Órgano de Apelación, más que justifican el involucramiento de otros actores en los procesos, más allá de las partes directamente contendientes.

8. Robustecer la protección de la información confidencial, incluyendo los datos empresariales sensibles. En los procesos ante la OMC frecuentemente se dilucidan temas sensitivos que atañen tanto a los países como a las empresas. Por la naturaleza del sistema de solución de controversias de la OMC, que es un mecanismo plural, orientado a la transparencia y la rendición de cuentas, lo cual permea no solo a la Organización, sino también a todos los intervinientes en el proceso, es evidente que el manejo de la información sensible es uno de los temas más apremiantes dentro del abanico de asuntos pendientes en las reformas del mecanismo de solución de disputas. Por lo tanto, será todo un reto balancear los intereses particulares con los intereses colectivos, ya que la sociedad civil contemporánea demanda y espera rendición de cuentas, transparencia y acceso a la información, siendo los gobiernos conscientes de esta realidad.

9. El sometimiento de escritos *amicus curiae* por actores e intervinientes ex parte que puedan tener algún interés en el asunto en discusión. Esta vía proporciona un vehículo de acceso a ciertos sujetos que de otra manera no pudieran hacer llegar al Panel o al Órgano de Apelación sus opiniones y puntos de vista, ya que, a diferencia de las partes intervinientes o los terceros, no gozan en la actualidad de un mecanismo estable que les permita pronunciarse. Aunque desde siempre estos actores pueden hacer llegar su mensaje a través de otros (por ejemplo, de un tercero o incluso de una de las partes contendientes), el limitado alcance de estas vías desincentiva su uso.

10. La suspensión de los procedimientos ante el Grupo Especial y el Órgano de Apelación, ya que es necesario institucionalizar aquello que ocurre en los hechos cuando por diferentes motivos (conversaciones entre las partes contendientes, acuerdos informales, etc.), los procesos entran en una fase de letargo, que puede ser temporal o

incluso permanente. Otro aspecto vinculado a la suspensión es el abandono del proceso por el o los reclamantes, lo que también debe ser objeto de una regulación puntual, con miras a cerrar casos que sean “abandonados” por los reclamantes. Para ello se puede disponer de un plazo de prescripción (por ejemplo, 3 años sin nuevas actuaciones) al fin del cual se le dé un punto final a una controversia. Un mecanismo de este tipo daría mayor claridad, estabilidad y previsibilidad al sistema de solución de diferencias de la OMC.

11. La cuestión de la remisión del asunto al Grupo Especial cuando: a) El Órgano de Apelación considere que determinadas cuestiones *de hecho* y *de derecho* no fueron tomadas en cuenta por el Panel en su informe; b) Que no fueron lo suficientemente analizadas o resueltas por el Grupo Especial; c) Así como que contengan errores o ameriten corrección y precisión de análisis. A diferencia de lo que ocurre en las jurisdicciones nacionales, donde un tribunal superior puede hacer este tipo de remisión (por ejemplo, cuando en casación la Suprema Corte de Justicia remite el caso a un tribunal de primera instancia), actualmente el mecanismo de solución de controversias de la OMC no prevé esta vía. El Órgano de Apelación cuenta con limitados poderes para complementar las decisiones de los Grupos Especiales, pero las demás cuestiones se escapan a su competencia y alcance. Esta fórmula permite aumentar la calidad de los informes, y al mismo tiempo alivia la carga de trabajo y responsabilidad del Órgano de Apelación, que en los últimos años ha sido objeto de críticas.

12. El tema de la “secuencia”, el cual se evidencia cuando en la fase de ejecución de las determinaciones del Panel o Grupo Especial se presenta el dilema entre tomar el camino de las medidas de retorsión (tales como la suspensión de las concesiones) o del procedimiento para el cumplimiento de las determinaciones (para el cumplimiento de los compromisos o para el cese de las medidas incompatibles con la OMC). En la actualidad el ESD no es lo suficientemente claro respecto a qué secuencia debe continuarse, por lo que en la práctica las partes contendientes han optado por acuerdos para resolver la cuestión. Sin embargo, con un set de reglas más claras la cuestión de la secuencia puede dar pie a un proceso más estructurado de ejecución o posiblemente a discusiones más

constructivas sobre las vías para restablecer el orden y la armonía entre las partes.

13. Mejorar los remedios disponibles para asegurar el cumplimiento efectivo y rápido de las decisiones de los Paneles y del Órgano de Apelación. De nuevo, al hacer más oneroso el incumplimiento mediante compensaciones pecuniarias se puede contribuir a la ejecución de las determinaciones y al restablecimiento del equilibrio entre las Partes contendientes. Al establecer un elemento pecuniario que recaea directamente sobre el bolsillo del incumplidor se puede contrarrestar la práctica del *laissez faire, laissez passer* cuando un miembro no estime conveniente cumplir oportunamente con una decisión. Si a esto se le añade el astreinte -el efecto acumulativo de las sanciones monetarias- puede tener un efecto muy disuasivo sobre el incumplidor.

14. Fortalecer el régimen del trato especial y diferenciado para los países en desarrollo. Dada la significativa brecha entre los países adelantados y los países en desarrollo (incluyendo los países menos adelantados), la que tiende a incrementarse con cada episodio de crisis dimensional, el sistema multilateral para el arreglo de controversias comerciales amerita un mecanismo más inclusivo y asertivo que tome en cuenta las necesidades de los miembros que cuentan con limitados recursos disponibles. Dada sus limitaciones actuales, el régimen completo de trato especial y diferenciado amerita una profunda revisión, que evidentemente deben estar orientada hacia mejoras sustantivas en los procesos de solución de controversias contribuyendo de esa manera a “nivelar la cancha” cuando un país en desarrollo se enfrente a un país desarrollado.

Sección II. El Proceso de Solución de Diferencias en la OMC: Acceso y fases del procedimiento

1. Acceso al Sistema de Solución de Diferencias de la OMC y fundamentos de la reclamación

Luego de haber dado un recorrido por la evolución histórica del sistema multilateral de solución de diferencias comerciales en la sección anterior, en el siguiente apartado nos dedicaremos a pasar revista al proceso que rige actualmente en la OMC. Este nuevo

esquema supuso más que una mera evolución, pues significó verdaderamente la llegada de una nueva era para todo un proceso, una época caracterizada por su amplio espíritu legalista en contraposición al uso de los medios diplomáticos tradicionales, que habían agotado su efectividad.

Antes de tocar la parte procedimental es necesario agotar una etapa preliminar para estudiar aquellas cuestiones igualmente esenciales para el análisis del proceso, tales como las causales que pueden dar lugar a que los miembros puedan acceder al sistema de solución de diferencias de la OMC. Por igual, se estudiará aquello que debe constituir el fundamento de una demanda en la OMC, una cuestión que tiene sus propias particularidades.

1.1. El acceso al mecanismo

En primer lugar, cabe referirnos al acceso al mecanismo de solución de diferencias y a quiénes pueden hacer uso del mismo. Así pues, encontramos que solo los miembros de la OMC pueden hacer uso del mecanismo, partiendo del entendido de que la celebración de las consultas es el inicio del proceso y que se encuentra restringida solo a los Miembros, así como numerosas referencias a lo largo del ESD.⁵⁸

A pesar de que queda despejado el hecho de que solo los miembros pueden acceder al mecanismo y valerse de este, subsiste la necesidad de esclarecer aún el significado del término “miembro” en el marco de los Acuerdos de la OMC y del ESD.

El Artículo XI del Acuerdo de la OMC, en su Párrafo 1, dispone cuáles son los miembros iniciales de la OMC, es decir, aquellos que formaron parte de la Organización desde su mismo nacimiento. Establece este articulado que serán miembros de la OMC aquellos miembros del GATT de 1947 que al momento de la entrada en vigor del Acuerdo de la OMC acepten este Acuerdo, así como sus Anexos y el GATT de 1994. De esta forma verificamos que existe una especie de sucesión de Tratados, ya que las Partes del

⁵⁸ Artículos 1.1, 3 y 4 del ESD.

GATT de 1947 pasaron a ser los miembros iniciales de la OMC.

Por su lado, el Artículo XII del Acuerdo de la OMC relativo a la Adhesión, prevé que podrán incorporarse al Acuerdo y ser Partes: “(...) todo Estado o territorio aduanero distinto que disfrute de plena autonomía en la conducción de sus relaciones comerciales exteriores (...)».⁵⁹ De este modo podemos resumir estableciendo que el mecanismo de solución de diferencias está disponible únicamente para los miembros de la OMC, y que estos miembros solo pueden ser Estados o territorios aduaneros independientes.

Esta afirmación ha quedado demostrada en repetidas oportunidades. En el informe del Órgano de Apelación en el caso Estados Unidos–Camarones, el Órgano concluyó que: «(...) el acceso al procedimiento de solución de diferencias de la OMC está limitado a los miembros de la OMC (...)».⁶⁰ Continúa estableciendo el Órgano de Apelación que solo pueden ser partes en un proceso ante un Grupo Especial aquellos que se consideren miembros y excluye toda posibilidad de acceso al sistema a las personas, ya sean físicas o jurídicas, y a las organizaciones internacionales, gubernamentales o no gubernamentales. Inclusive, si intervienen terceros en un proceso, estos a su vez solo pueden ser miembros de la OMC.

Una persona, una empresa o cualquier tipo de organización que tuviera algún interés en movilizar una acción ante el sistema de solución de diferencias, pudiera optar por acudir ante su gobierno para que sus funcionarios actuaran en consecuencia, pero no podría actuar al lado de este en los procesos, ni participar en las deliberaciones. Efectivamente, un número considerable de acciones son incitadas por intereses económicos influyentes, o inclusive, en algunos casos, por cuestiones sociales. Algunos ejemplos ilustrativos son los casos Japón–Películas y Comunidades Europeas–Banano III.

⁵⁹ La letra de este Artículo es similar a la del Artículo XXXIII del GATT de 1947, que preveía la posibilidad de adhesión al GATT de todo gobierno o territorio aduanero que disfrutara de autonomía en sus relaciones comerciales internacionales.

⁶⁰ El nombre completo de este caso es: Estados Unidos – Prohibición de las Importaciones de Determinados Camarones y Productos del Camarón, marcado con el número WT/DS58/AB/R. La provisión específica a que se hace referencia se encuentra en el Párrafo 101 del mencionado documento.

Como vimos en un apartado anterior, se pueden dar los casos de que ciertos intervinientes se involucren en un proceso ante la OMC. Algunas de estas interacciones (por ejemplo, *amicus curiae*) se encuentran reguladas, mientras que otras tantas no. Pendiente hay todo un debate acerca del financiamiento del sector privado para cubrir gastos legales y otros costos incurridos en los procesos, ya sean éstos iniciados por un miembro o contra un miembro como consecuencia de acciones tendentes a proteger a los sectores productivos.

En resumen, podemos concluir que el derecho a acceder al sistema de solución de diferencias de la OMC es una facultad exclusiva de los gobiernos de los Estados miembros, en sentido general, y en sentido estricto, de los territorios aduaneros que cuenten con plena autonomía en sus relaciones comerciales internacionales y es ejercido por estos a título propio e indelegable.

1.2. Fundamentos de la reclamación

Toda acción ante el sistema de solución de diferencias de la OMC debe estar debidamente fundamentada, es decir, contar con las correspondidas motivaciones y referencias que tengan como base el derecho de la OMC. El propio ESD aclara que sus disposiciones son aplicables a las diferencias planteadas en virtud de lo establecido en los Acuerdos abarcados. Esto significa, que el fundamento o base de la acción debe buscarse en los Acuerdos abarcados por el ESD y los derechos y compromisos que los miembros tienen en virtud de tales disposiciones. Bajo este entendido, en principio, una norma que no estuviese abarcada por el ESD no podría ser usada como fundamento para una acción y en caso de que sea utilizada, el Grupo Especial o el Órgano de Apelación que conozca esa actuación puede desestimarla por dicha causa.

Las acciones u omisiones que un miembro atribuya a otro miembro pueden provenir del gobierno central, de dependencias del mismo, así como de instancias regionales y locales. Incluso, pueden originarse en actuaciones u omisiones de entes privados, cuando éstos actúen a instancia de algún poder público. Por vía de consecuencia

también se desprende que las actuaciones u omisiones de cualquier órgano o poder público también pudieran comprometer al miembro: por ejemplo, decisiones judiciales, administrativas, actos del poder legislativo, etc. Esta lógica es debatible, aunque en el Derecho Internacional Público es ampliamente aceptada la responsabilidad del Estado por actos u omisiones de los poderes públicos, o inclusive, de actores privados de dicho Estado.

Las acciones pueden incluir aquellas que se encuentran “escritas”, ya sea en una normativa, ley, reglamento, etc., así como las que no encontrándose expresamente redactadas en algún lugar, se verifiquen en los hechos. Las omisiones en cambio, se configuran cuando partiendo de un compromiso específico en algún Acuerdo abarcado, el miembro falle en su cumplimiento.⁶¹ En el caso de reclamaciones basadas en normativas, estas se pueden atacar aunque no se encuentren en aplicación. Para ser más específicos, las medidas que se alegan incompatibles con la OMC pueden ser atacadas “en sí mismas” o “en su aplicación”.

Hay que tomar en cuenta también que una misma diferencia puede hacer referencia a uno o varios Acuerdos abarcados. En este caso, la exigencia de la base jurídica debe verificarse en relación a cada Acuerdo abarcado. Por igual, cada Acuerdo abarcado contiene sus provisiones especiales que establecen los casos en los que puede tener lugar una acción al amparo de dicho Acuerdo y del ESD. A continuación elaboraremos al respecto.

1.2.1. Tipos de reclamaciones en el GATT

En el caso del GATT, el Artículo XXIII, numeral 1, es el que dispone las causales que dan lugar a que un miembro pueda hacer valer una reclamación en el sistema de solución de diferencias de la OMC. El citado Artículo establece tres escenarios posibles en los que una Parte afectada puede ejercer la acción:

⁶¹ Una acción puede incluir la adopción de una norma que sea expresamente contraria a algún Acuerdo abarcado o que menoscabe su objetivo, mientras que la omisión puede tratarse, usando el mismo ejemplo, de la no adopción de una normativa que vaya en cumplimiento de un Acuerdo abarcado.

- a) En el caso de que otra parte contratante no cumpla con las obligaciones contraídas en virtud del presente Acuerdo; o
- b) Cuando otra parte contratante aplique una medida, contraria o no a las disposiciones del presente Acuerdo; o
- c) Cuando exista otra situación.

Con arreglo al Artículo XXIII, numeral 1, parte *in fine*, si se verifican una u otra de las causales anteriores, un miembro tendrá la facultad de someter un escrito a la contraparte en donde se detalle lo que a su entender son las acciones que constituyen una anulación o menoscabo de los derechos y obligaciones en virtud de uno o varios de los Acuerdos abarcados, o en dado caso, las razones que a su entender comprometen los objetivos del Acuerdo o acuerdos en cuestión. La contraparte deberá analizar y responder el escrito, con sus debidas formulaciones.

La anulación o el menoscabo de una ventaja, es de especial interés, ya que se encuentra en el epicentro mismo de cada uno de los casos posibles enumerados en el Artículo XIII, Párrafo 1. El derecho de la OMC, así como la doctrina, se han encargado de realizar una yuxtaposición entre la existencia de una infracción, la anulación o menoscabo y los posibles escenarios disponibles en virtud de los cuales se puede realizar una reclamación. Para entender de fondo esta sinergia, se hace necesario tocar brevemente lo relativo a la existencia o no de una infracción.

El primer tipo de reclamaciones que trataremos, tiene lugar en aquellos casos en los que existe una infracción. Este tipo de reclamación es la más usualmente invocadas y guardan su relación con lo dispuesto en el Artículo XXIII, Párrafo 1, Literal a) del GATT. En estos casos, la infracción constituye la pieza clave, ya que si se verifica la misma, automáticamente se presume en consecuencia una anulación o menoscabo.⁶² Esta

⁶² Véase caso Uruguay – Recurso al Artículo XXIII, Informe del Grupo Especial, párrafo 15.

presunción implica que el demandado es el que tiene a su cargo el fardo de la prueba y es él que debe demostrar lo contrario, rebatiendo la acusación.

El segundo tipo de reclamaciones, las que tienen lugar en los casos en que no exista infracción, ocurren con menos frecuencia que las anteriores. El Artículo 26.1 del ESD, que hace referencia al Artículo XXIII, Párrafo 1 b) del GATT nos dice que en una reclamación de este tipo el reclamante debe demostrar satisfactoriamente que la medida de la contraparte, aun no estando en contradicción con el GATT, ha producido un desbalance que disminuye o menoscaba ciertas ventajas o compromete el objetivo del Acuerdo, de forma tal que la Parte reclamante se encuentra en situación de desventaja y que por lo tanto dicha situación debe ser corregida, o por lo menos, balanceada.

El desbalance o la diferencia que ha producido la medida y que se pretende corregir podrá ser objeto de un examen y apreciación por el Grupo Especial, el Órgano de Apelación, rectificadas mediante arbitraje o hasta por común entendimiento entre las Partes. Este tipo de reclamaciones, en esencia, tiene por finalidad restablecer el equilibrio perdido mediante un examen objetivo de la cuestión.

En un Acuerdo tan complejo como es el de la OMC, prever todas las posibilidades que puedan dar lugar a una disminución o menoscabo se hace bastante difícil. Por esta razón, los negociadores fueron previsores y cautelosos a la vez, de incluir la probabilidad de que los miembros pudieran contrarrestar o por lo menos disminuir en sus efectos, aquellas situaciones, actuaciones o medidas potencialmente nocivas para sus intereses, pero no contrarias a norma alguna prevista en la OMC y contra las que, de otro modo, no tendrían un fundamento jurídico para defenderse.

Sin embargo, hay que hacer la salvedad, de que la posibilidad de iniciar una acción ante el sistema de solución de diferencias de la OMC por esta causa debe considerarse como una acción excepcional, ya que de lo contrario, pudiera darse lugar a una avalancha de casos de miembros que se encuentren en situaciones de desventaja ante otros por

cuestiones de pura competencia.⁶³

El carácter excepcional de este tipo de reclamaciones implica también que los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación deben actuar con la debida prudencia a la hora de conocer y decidir sobre estos casos, debido al efecto sistémico que pueden provocar las decisiones, las cuáles se convierten en precedentes y fuente de derecho, vía la jurisprudencia de la OMC.

Por estas razones se recomienda a los miembros ejercer este tipo de acciones con sensatez y evitar las demandas temerarias, entendiendo que cada caso de esta naturaleza se trata de una situación extraordinaria y en la que el miembro reclamante deberá demostrar fehacientemente la reunión de ciertas condiciones.⁶⁴

Las medidas de parte de un miembro que han producido una anulación o menoscabo a otro deben provenir necesariamente de algún acto del gobierno del demandado. Los

⁶³ En un destacado caso, Japón–Películas, el Grupo Especial en el párrafo 36 de su Informe señaló que: «(...) aunque la acción por anulación o menoscabo sin infracción de disposiciones constituye un instrumento importante y aceptado del mecanismo de solución de diferencias de la OMC/GATT y ha figurado "en los textos" durante casi 50 años, solo en ocho asuntos grupos especiales o grupos de trabajo han realizado un examen sustantivo de reclamaciones formuladas al amparo del párrafo 1 b) del artículo XXIII. De ello se desprende que tanto las partes contratantes del GATT como los Miembros de la OMC han adoptado al respecto un enfoque prudente y que, de hecho, han considerado que esa acción es un instrumento excepcional de la solución de diferencias. A este respecto señalamos que en el asunto CE-Semillas oleaginosas las dos partes en ese asunto, las Comunidades Europeas y los Estados Unidos, confirmaron la necesidad de adoptar un enfoque prudente respecto de la acción por anulación o menoscabo sin infracción de disposiciones y de considerar que ese concepto es excepcional. La razón de esta prudencia es evidente. Los Miembros negocian las normas que convienen en seguir y solo excepcionalmente prevén la posibilidad de que se dirijan contra ellas impugnaciones por medidas que no infringen esas normas (...)».

Más adelante en el párrafo 37 del mismo texto, el Grupo Especial estableció: «(...) Aunque consideramos que la acción por anulación o menoscabo sin infracción de disposiciones debe ser objeto de un enfoque prudente y seguir siendo una acción excepcional, hay que analizar las circunstancias que concurren en cada caso, teniendo presente la necesidad a que antes se ha hecho referencia de preservar el proceso de negociación de concesiones arancelarias recíprocas. Nuestra misión en calidad de grupo especial encargado de examinar reclamaciones formuladas al amparo del párrafo 1 b) del artículo XXIII consiste, por consiguiente, en evaluar objetivamente si, a la luz de todos los hechos y circunstancias pertinentes al asunto que se nos ha sometido determinadas medidas adoptadas por el Japón han anulado o menoscabado ventajas resultantes para los Estados Unidos en el sentido del párrafo 1 b) del artículo XXIII (...)».

⁶⁴ En el caso CE–Amianto, el Grupo Especial dispuso en su Informe: «(...) Como lo recordó el Grupo Especial que se ocupó del asunto Japón – Películas, el texto del párrafo 1 b) del artículo XXIII establece tres elementos cuya existencia debe demostrar la parte reclamante para poder invocar esa disposición, a saber: i) la aplicación de una medida por un Miembro de la OMC; ii) la existencia de una ventaja resultante del acuerdo aplicable; y iii) la anulación o menoscabo de esa ventaja a consecuencia de la aplicación de la medida (...)», como expresa el informe en el párrafo 8.283.

actos privados, de personas o empresas particulares no cabrían dentro del alcance del Artículo XXIII, Párrafo 1, Letra b. Pero en el caso de que sea el gobierno el que impulse o apoye activamente las acciones particulares nocivas, si pudiera promover una reclamación.

En los años del GATT de 1947 se habían verificado unos 14 casos de este tipo de reclamaciones. De estas, unas 6 habían prosperado y en 3 oportunidades el informe fue adoptado por el consejo del GATT. En el ámbito de la OMC, este tipo de alegaciones tienen un grado de éxito muy reducido, como se puede verificar en algunos casos tales como Japón – Películas, Comunidades Europeas–Amianto, entre otros.

El tercer tipo de reclamaciones, las que tienen lugar en los casos en que exista otra situación, hasta la fecha, no se ha verificado la primera reclamación por este motivo ante el sistema de solución de diferencias de la OMC. En estas reclamaciones se entiende que nos encontramos ante un planteamiento distinto a los anteriores. Es decir, no es una reclamación en la que exista o no infracción, sin embargo, una o varias ventajas de uno o más Acuerdos abarcados se encuentran anuladas o menoscabadas, o de otra forma, el objetivo del Acuerdo en cuestión se ve comprometido.

Este tipo de reclamaciones se distancia bastante de las dos anteriores, pero a la vez comparte elementos comunes. Debe en este caso existir por igual un menoscabo o anulación de alguna ventaja contemplada en el GATT o alguna situación que pueda arriesgar su objetivo. En principio esta tercera opción fue pensada para circunstancias de emergencia macroeconómica, ya sean fuertes crisis, alto desempleo, caída estrepitosa del PIB, dificultades de la balanza de pago, entre otras. Como se puede observar, estas situaciones se evidencian con mayor frecuencia en los países menos adelantados y en los países en vías de desarrollo, por lo que podemos deducir que fue ideada con el objetivo de servir de especie de mecanismo de compensación para los socios comerciales que se encuentran respecto a otros miembros de la OMC en situaciones menos ventajosas.

El Artículo 26.2 del ESD establece en lo referente a reglas de procedimiento para estos casos, que serán aplicables las reglas del ESD hasta el momento en que se distribuya el informe del Grupo Especial a los miembros para que estos adopten o rechacen el informe. En lo que respecta a la toma de decisiones del Grupo Especial y el seguimiento a las recomendaciones y resoluciones que fueren en dado caso aprobadas, se deberán regir tales actuaciones por las normas y procedimientos estipulados en la Decisión del 12 de abril de 1989 (IBDD 36S/66-72). En ese entendido, al remitir el proceso a la citada Decisión, las resoluciones anteriores se encuentran supeditadas al consenso positivo de los miembros, lo que representa una excepción a la regla del ESD de adoptar los informes de los Grupos Especiales mediante consenso negativo.

Otra particularidad de las reclamaciones en estos casos que cabe hacer mención, es que en las mismas no se contempla la posibilidad de examen de la cuestión por parte del Órgano de Apelación. La apelación no se encuentra estipulada en el Artículo 26.2 del ESD y solo se dispone que en casos excepcionales se deberá preparar un informe al Órgano de Apelación, el cual deberá abordar las cuestiones presentadas en el caso. Este informe tiene un carácter puramente informativo y en nada involucra decisión o acción por parte del Órgano de Apelación.

1.2.2. Reclamaciones en los demás Acuerdos de la OMC

En sentido amplio, los Acuerdos multilaterales de la OMC, es decir, aquellos que figuran en el Anexo 1A del Acuerdo de la OMC, contienen provisiones que hacen referencia a los Artículos XXII y XXIII del GATT, específicamente, a las disposiciones sobre anulación o menoscabo y cuando el objeto del Acuerdo se ve comprometido. Esencialmente se verifican reclamaciones en los casos de infracción y en los casos en los que no exista una infracción. Por esta razón, lo expuesto en la sección anterior respecto al GATT puede ser entendido en los mismos términos para los demás Acuerdos.

En los demás Acuerdos abarcados encontramos las siguientes disposiciones que hacen

referencia a la solución de diferencias:

- Artículo 19 del Acuerdo sobre la Agricultura;
- Artículo 11 del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias;
- Párrafo 10 del artículo 8 del Acuerdo sobre los Textiles y el Vestido;
- Artículo 14 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio;
- Artículo 8 del Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio;
- Artículo 17 del Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del GATT de 1994;
- Artículo 19 del Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VII del GATT de 1994;
- Artículos 7 y 8 del Acuerdo sobre Inspección Previa a la Expedición;
- Artículos 7 y 8 del Acuerdo sobre Normas de Origen;
- Artículo 6 del Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación;
- Artículos 4 y 30 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias;
- Artículo 14 del Acuerdo sobre Salvaguardias;

- Artículos XXII y XXIII del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios;
- Artículo 64 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.
- Artículo 20 del Acuerdo sobre Facilitación del Comercio.

Hay que establecer ciertas salvedades en cuanto a algunos de los Acuerdos antes mencionados, que diferencian la resolución de conflictos de tales Acuerdos de las reglas generales en esta materia que dispone el GATT. El Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, por ejemplo, no requiere para el caso de las subvenciones prohibidas que se alegue menoscabo o anulación. Incluso la sospecha de que se encuentren presentes subvenciones prohibidas es motivo suficiente para validar la celebración de consultas.⁶⁵

El Acuerdo General sobre Comercio de Servicios, por su parte, prevé únicamente las reclamaciones en los casos en que exista infracción y en los casos en que no exista infracción (Artículo XXIII, Párrafos 1 y 3). Este Acuerdo no hace referencia a la presencia de anulación o menoscabo como condición adicional para presentar una reclamación.

El Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), contempla por igual, la referencia a los Artículos XXII y XXIII del GATT, es decir, se prevé la posibilidad de ejercer una acción ante el sistema de solución de diferencias por cualquiera de los tres tipos de casos, a saber, cuando exista infracción, cuando no exista infracción o cuando exista otra situación (Artículo 64.1 del Acuerdo del ADPIC). Esto significa, que lo explicado anteriormente respecto del GATT también debe entenderse en similares términos para el ADPIC.

Sin embargo, en el ADPIC se dispuso un período de gracia de 5 años, contados a partir

⁶⁵ Artículo 4, Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias.

de la entrada en vigencia del Acuerdo de la OMC, para que las acciones en los casos en que no exista infracción y las acciones en los casos en que exista otra situación fueran objeto de estudio por parte del Consejo del ADPIC y para que éste Órgano se encargara entonces de formular las recomendaciones de lugar en cuanto a procedimiento se refiere en las situaciones mencionadas. Durante el referido período, las acciones pertinentes no podían invocarse por los miembros.

No obstante el plazo indicado, el Consejo de los ADPIC no pudo adoptar las recomendaciones en los casos que debía estudiar por mandato del Acuerdo y cuyo plazo formal vencía a finales de 1999. El plazo fue extendido hasta 2003, pero todavía para esa fecha el Consejo no había adoptado ninguna medida al respecto. Por tales motivos, los miembros se han abstenido de invocar reclamaciones basadas en casos en que no existe infracción y casos en los que existe otra situación. Por consiguiente, los únicos casos que se han verificado a la fecha son aquellos en los que existe una infracción.

1.Etapas del procedimiento ante la OMC: Un vistazo al proceso

El proceso de solución de diferencias en la OMC típicamente puede comprender de cuatro fases:

- a) Las consultas.
- b) Los Grupos Especiales o Paneles.
- c) El examen en apelación; y
- d) La implementación de la decisión.

Un proceso característico se inicia con la celebración de consultas entre las partes, con miras a procurar una solución amigable y mutuamente satisfactoria del diferendo

planteado. Si no se llega a una solución convenida entre las partes, el proceso pasa a la siguiente etapa, en la cual el reclamante refiere el asunto a un Grupo Especial, el cual se encargará de examinar la cuestión. Del procedimiento ante el Panel resultará un informe, el cual podrá ser confirmado, modificado o desechado por el Órgano de Apelación en dado caso que sea recurrido. El informe definitivo será adoptado por el OSD, que velará por la implementación de las recomendaciones a la parte vencida. Esta última etapa constituye la fase final de un caso.

Para cada una de las etapas antes mencionadas el ESD dispone de plazos estrictos dentro de los cuales deberán realizarse las distintas actuaciones. Así pues, un proceso promedio desde el inicio de las consultas hasta la adopción del informe por parte del OSD puede tener una duración de un año aproximadamente. En caso de apelación, el período anterior puede extenderse por tres meses más, es decir, un proceso completo, incluida la apelación, tiene una duración aproximada de un año y tres meses.⁶⁶ Claro está, las partes pueden resolver amigablemente su diferendo llegando a un acuerdo en cualquier etapa del proceso.

En las siguientes secciones estudiaremos detalladamente cada una de estas etapas, paso por paso, describiendo cuales son las implicaciones para las partes, la labor del OSD, así como las cuestiones de naturaleza jurídica que tienen que considerarse en toda reclamación.

2.1. Fase de consultas

El proceso de solución de diferencias se inicia con la solicitud de consultas formales que hace una parte a otra. Estas consultas formales en muchos casos son precedidas de consultas informales entre las partes, que han procurado abordar el asunto y encontrar una salida satisfactoria a la cuestión planteada. La parte interesada da el paso hacia las consultas formales, una vez que sus esfuerzos por procurar un entendimiento

⁶⁶ Aunque el ESD establece estos plazos, en la práctica existe una multiplicidad de casos que han superado estos umbrales, llegando a los cinco, diez y más años.

no han sido fructíferos.

Las consultas sirven, pues, tanto para buscar una salida satisfactoria para las partes, como para recabar información útil respecto al caso que pueda contribuir a su solución y, en última instancia, para preparar el expediente en caso de que no se pueda llegar a una solución y sea necesario recurrir al Panel.⁶⁷

El ESD expresa claramente una preferencia porque los asuntos se resuelvan temprano en la fase de consultas y para ello regula ampliamente su contenido, otorgando un plazo flexible y razonable de hasta 60 días para que las partes puedan llegar a un acuerdo satisfactorio (Artículo 4 del ESD).

Las consultas constituyen a su vez un medio razonablemente económico para resolver las disputas, ya que las ulteriores etapas del proceso pueden acarrear -y de hecho es así en la mayoría de los casos- costos enormes para las partes envueltas que sobrepasan con creces las diligencias que pudieran hacer los propios interesados o la asistencia brindada por un mediador o conciliador. Por lo tanto, cabe concluir en este punto que las consultas brindan la mejor posibilidad costo-beneficio para que las partes puedan lograr una solución que satisfaga sus aspiraciones. Las consultas también tienen una función diagnóstica: sirven para que las partes evalúen los méritos de las reclamaciones y las perspectivas de éxito, así como las soluciones prácticas que pueden encontrarse al alcance de ellas. En todo caso, un acuerdo amigable que ponga fin a la disputa siempre estará al alcance de las partes en cualquier etapa del proceso ante la OMC.

Una particularidad que diferencia el proceso de solución de controversias de la OMC de otros sistemas similares, es el carácter de obligatoriedad que tiene la fase de las consultas. Las cuestiones siempre pasarán por esta etapa antes de ser conocidas por

⁶⁷ En el caso Corea – Impuestos a las Bebidas Alcohólicas, el Grupo Especial estableció en el párrafo 10.23 su informe: «(...) En realidad, a nuestro parecer, la verdadera finalidad de las consultas es que las partes puedan reunir una información exacta y pertinente que les ayude a llegar a una solución mutuamente convenida, o, en su defecto, a presentar información exacta al Grupo Especial (...)».

un Grupo Especial o el Órgano de Apelación en dado caso. La fase de consultas es obligatoria, más no así la celebración de consultas, las cuáles pueden tener lugar o no, siendo este último supuesto cuando la parte demandada las ignora o las rechaza de pleno. También, se prescinde de las consultas cuando las partes someten el asunto a arbitraje de conformidad con el Artículo 25, párrafo 2 del ESD.

Estadísticamente, la mayoría de las controversias son resueltas en la fase de consultas o mediante arreglo ulterior entre los contrincantes.⁶⁸ Las consultas también se clasifican dentro del grupo de instrumentos alternativos, no judiciales o diplomáticos para resolución de diferencias de la OMC. Junto a las consultas, integran este grupo los buenos oficios, la conciliación y la mediación (Artículo 5 del ESD).

Todo se inicia con la solicitud de celebración de consultas hecha por la parte reclamante o interesada, la cual se notificará al OSD y a los Consejos y Comités del Acuerdo o los Acuerdos a los que se hace referencia en la solicitud. En cuanto a la forma y el fondo, la solicitud de consulta deberá presentarse por escrito y contener las razones de lugar, con los argumentos y fundamentos jurídicos correspondientes (Artículo 4.4 del ESD). Aunque debe hacerse una precisión en cuanto a los fundamentos jurídicos (normas contenidas en los Acuerdos cuya infracción se alega), se ha admitido que esta precisión es flexible y se ha permitido la inclusión o ampliación de las referencias jurídicas originales.⁶⁹ El reclamante también deberá comunicar la solicitud a la contraparte, en los mismos términos anteriores.

La Secretaría se encarga de diseminar la información sobre el inicio de consultas a los demás Miembros de la OMC. La Secretaría deberá también distribuir la información relativa a las consultas entre los diferentes Comités encargados de darle seguimiento al Acuerdo o Acuerdos que se alegan en el escrito de la solicitud de consultas.⁷⁰

⁶⁸ De todos los casos conocidos en la OMC, el 40% no ha superado la etapa de consultas.

⁶⁹ En un célebre caso, México – Medidas Antidumping del Arroz, el Órgano de Apelación estableció que «(...) las consultas pueden conducir a una reformulación de la reclamación, ya que el demandante puede conocer informaciones adicionales o tener un mejor entendimiento de la medida que es cuestionada».

⁷⁰ Véase: Prácticas de actuación en los procedimientos de solución de diferencias convenidas por el OSD.

El miembro contra quien es dirigida la solicitud de consultas deberá responder a esta en un plazo de diez días (o en un plazo mutuamente convenido). Si no responde en este período el reclamante podrá solicitar entonces la constitución de un Grupo Especial. Si el demandado responde la solicitud en el plazo indicado, deberá entablar consultas de buena fe en el plazo de 30 días a partir de la recepción de la solicitud de consultas o en un plazo convenido mutuamente. Si al cabo de este término el demandado no ha sostenido consultas con el reclamante, éste último podrá solicitar el establecimiento de un Grupo Especial para que conozca del asunto. El plazo para la celebración de consultas podrá ser reducido a 10 días en casos de urgencia, cuando involucren productos percederos y demás; y en estos mismos casos el período global de la fase de consultas y la búsqueda de una solución en la misma se disminuye a 20 días. En caso de que el demandado no responda a la solicitud de consultas o las rechace, pierde todos los beneficios que se derivan del establecimiento de consultas.

Una característica del proceso de consultas es que se requiere que las mismas sean confidenciales, pero además, lo tratado en las consultas de ninguna manera compromete a una parte en caso de que el proceso avance a otra fase posterior. La confidencialidad significa que las partes no deberán divulgar fuera de ellas lo tratado en la fase de consultas. No obstante esta disposición, se han admitido excepciones.⁷¹

En cuanto a los terceros, el ESD contempla que los mismos pueden ser admitidos a participar en las consultas en ciertos casos. En caso de que la parte demandante base su reclamación en el Párrafo 1 del Artículo XXII del GATT, los terceros que tengan un interés comercial sustancial en el mismo asunto, podrán, en el plazo de diez días contados a partir de la circulación de la solicitud de celebración de consultas, notificar a las partes contrincantes y al OSD su intención de adherirse a las consultas. No obstante estas regulaciones y la rica jurisprudencia de la OMC, en la actualidad no existe una

⁷¹ Estas excepciones se han presentado en aquellos casos en los cuales hay terceros interesados y que tienen interés de adherirse a la reclamación principal. Véase, por ejemplo: caso México–Suero de Maíz y caso Estados Unidos – Cordero. No obstante, a los terceros también se les exige mantener la confidencialidad respecto a los demás miembros que no sean terceros en el asunto.

definición clara de lo que significa “interés comercial sustancial”.

Los terceros se sumarán a las consultas si la parte demandada en la cuestión no rechaza tal solicitud. Esto le brinda una posibilidad, aunque en ocasiones mínimas, a los terceros para poder informarse sobre lo que sucede en las consultas, contrario a lo que ocurre en el caso de que el reclamante base su demanda en el párrafo 1 del Artículo XXIII del GATT, el cual excluye toda posibilidad de que terceros puedan participar en las consultas. No obstante el rechazo de su petición de sumarse como tercero, un miembro siempre podrá solicitar consultas directamente con la parte demandada, si es de su interés proseguir con la acción.

Por lo tanto, la opción entre una u otra vía dependerá de la estrategia y táctica que desee adoptar el demandante en su acción, considerando que los terceros pueden constituir una fortaleza, con sus contribuciones a las causas del demandante o, por otro lado, pueden constituir una amenaza, ya que en el curso de la acción conocerán asuntos delicados de interés comercial importante para el reclamante. Si el reclamante busca con su solicitud de consultas provocar un acercamiento con el demandado para una salida mutuamente convenida, pues lo más lógico es que inicie las consultas bajo el párrafo 1 del Artículo XXIII del GATT, sin la intervención de terceros.

En caso de que las consultas sean exitosas y conduzcan a una solución mutuamente convenida entre las partes, todos los asuntos planteados en la misma y los acuerdos arribados deberán notificarse al OSD y a los Comités pertinentes. Estos acuerdos entre las partes deben ser consistentes y compatibles con el derecho de la OMC y no podrán plantear soluciones que vayan en detrimento de los Acuerdos abarcados ni del derecho de los demás miembros. Para asegurar este objetivo el ESD dispone que cualquier miembro podrá llamar la atención sobre los asuntos abordados en el acuerdo a que han arribado las partes contrincantes.

Las consultas se llevan a cabo en la sede de la OMC y en las mismas intervienen los representantes permanentes de los miembros envueltos, así como funcionarios de los

gobiernos involucrados y los abogados de las partes. Por tales motivos, es esencial para todo miembro contar desde el primer momento con expertos en la materia, así como fortalecer las capacidades humanas, técnicas y jurídicas de las misiones permanentes ante la OMC.

2.2. Grupos Especiales o Paneles

Los Grupos Especiales constituyen la segunda fase de un proceso de solución de controversias ante la OMC. También integran la primera instancia del proceso jurisdiccional o cuasijudicial de solución de diferencias, siendo la apelación la segunda y última instancia. La parte reclamante podrá tener acceso a solicitar la constitución de un Grupo Especial una vez que las consultas hayan fracasado o se hayan vencido los plazos de la misma.

La parte reclamante debe dirigir la solicitud de establecimiento del Grupo Especial mediante escrito al OSD. En este escrito se debe indicar si se han celebrado consultas entre las partes con anterioridad a esta solicitud. Debe incluir además las consideraciones jurídicas y concretas del litigio que sean lo suficientemente claras para poner en relieve la problemática planteada.

Luego de que la solicitud de establecimiento del Grupo Especial es incluida en la orden del día de las reuniones del OSD y es votada favorablemente la constitución del Panel, la Secretaría se encarga de proponer a las partes en litigio los candidatos a miembros del Grupo Especial. Si no hay oposición a estos candidatos por parte de los contrincantes, el Grupo Especial quedará formalmente constituido.

Cuando exista pluralidad de reclamantes, es decir, que dos o más miembros soliciten la constitución de un Grupo Especial respecto de una misma cuestión, se podrá, en la medida de lo posible, establecer un mismo Grupo Especial para agrupar las mencionadas reclamaciones y conocer de ellas por igual. Esta posibilidad depende en gran medida de que las distintas diferencias sean planteadas dentro de un periodo de

tiempo prudente entre una y otra. Además, si existe una reclamación que ya ha pasado a un estadio avanzado de las reuniones del Grupo Especial, no sería posible condensar las reclamaciones hechas posteriormente con la primera.

Las partes individualmente podrán solicitar que los informes del Grupo Especial se presenten de forma separada. La solicitud para rendir informes separados debe hacerse en un tiempo prudente o de lo contrario pudiera ser rechazada si se estima que pudiera perjudicar el proceso como un todo o los derechos de los demás reclamantes.⁷²

En caso de que no sea posible constituir un mismo Panel y se producen solicitudes conexas, podrán establecerse otros Grupos Especiales integrados, preferiblemente y siempre que sea oportuno, por los mismos panelistas, procurando que la agenda de cada uno de estos Grupos Especiales se armonice, de modo que no se perjudiquen las actuaciones.

Lo que se persigue con estas opciones de agrupar los procesos es garantizar que las decisiones rendidas por el Grupo Especial, o en su caso los diferentes Paneles sobre los mismos asuntos, sean lo más coherentes posibles, y así, disminuir el riesgo de que los distintos informes de los Paneles se diferencien mucho entre sí, o en el peor de los casos, sean marcadamente contradictorios.⁷³

Después de constituido formalmente el Grupo Especial que conocerá del asunto, se procederá a preparar la agenda de trabajo sirviendo de parámetro los procedimientos a que hace referencia el Artículo 12.1 del ESD y que se encuentran en

⁷² En el Caso Estados Unidos – Ley de Compensación, el grupo especial rechazó la petición de Estados Unidos de rendir un informe definitivo separado bajo el argumento de que: «(...) Tras haber examinado la petición de los Estados Unidos, hemos llegado a la opinión de que la elaboración de un informe separado sobre la diferencia planteada por México retrasaría la formulación del informe provisional del Grupo Especial. Si bien los Estados Unidos solo han pedido un informe separado definitivo, no estamos dispuestos a dictar un informe definitivo separado sin haber dictado antes por separado un informe provisional. Esto se debe a que no estamos facultados para dictar un informe definitivo sobre la diferencia planteada por México sin haber formulado un informe provisional a su respecto. De lo contrario, México quedaría privado de su derecho de pedir el reexamen de aspectos concretos de su informe provisional (...)», según el párrafo 2 del artículo 15 del ESD. Ver también los párrafos 7.5 y 7.6.

⁷³ Organización Mundial del Comercio. *Módulo de Formación sobre el Sistema de Solución de Diferencias*. Capítulo 6.3: Etapa del Grupo Especial. Disponible en: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/disp_settlement_cbt_s/c6s3p2_s.htm

el Apéndice 3 del ESD. Este Apéndice detalla unos procedimientos de trabajo bien definidos, así como también, un calendario ilustrativo de las distintas actuaciones del proceso ante el Grupo Especial y los plazos en los que deben realizarse tales actuaciones.

Aunque los procedimientos de trabajo mencionados anteriormente y contenidos en el Apéndice 3 del ESD deben servir de guía y ser los usados preferiblemente ante estos procesos, se concede cierta flexibilidad dependiendo de la naturaleza del caso, pudiendo inclusive modificarse los plazos según sea necesario en presencia de un caso fortuito. Todo cambio o acción que implique modificar los procedimientos o el calendario descrito en el Apéndice 3 debe ser consultado y acordado con las partes envueltas en el conflicto.

Una vez que queda establecido formalmente el calendario para los procedimientos ante el Grupo Especial, tienen comienzo las actuaciones. La primera actuación de las partes suele ser el intercambio de comunicaciones escritas sobre las cuestiones planteadas en la demanda. Por lo general, la parte reclamante es la primera en depositar sus escritos y luego lo hace el demandado, aunque también se pueden presentar otras combinaciones. Los terceros tienen derecho a recibir copias de las comunicaciones que depositen las partes principales. Por tal razón, los terceros suelen depositar sus propios escritos una vez que las partes han realizado sus comunicaciones y los terceros han tenido oportunidad de conocer su contenido.

La Secretaría tiene a su cargo la responsabilidad de remitir las comunicaciones escritas que le depositen las partes y los terceros al Grupo Especial que conocerá del asunto y a las demás partes en la diferencia. A menudo, y para fines prácticos, la Secretaría hace las veces de archivo, recibiendo las comunicaciones de las partes y de los terceros para fines de registro, mientras que las partes y los terceros se encargan ellos mismos de distribuir los documentos entre los interesados.

Las comunicaciones de las partes pueden incluir anexos y demás documentos que

sirvan de soporte para el caso. Al mismo tiempo se puede incluir cualquier referencia a la jurisprudencia anterior de los Grupos Especiales o el Órgano de Apelación. Es esencial para el proceso que las comunicaciones sean lo suficientemente detalladas y que incluyan los argumentos fácticos y jurídicos que se precisen.

Las comunicaciones son confidenciales, lo que significa que ni las partes en la controversia, ni el Grupo Especial podrán divulgarlas fuera de este círculo. Sin embargo, las partes contrincantes tienen la facultad de hacer públicas sus comunicaciones y posiciones expresadas. Las partes también pueden dentro de los documentos escritos, marcar como confidencial ciertos fragmentos de dichos documentos, dejando a la libre difusión las secciones que no estén indicadas expresamente como confidenciales.

Después que las partes, y los terceros en su caso, hayan realizado el intercambio y depósito de las comunicaciones escritas, tendrá lugar la primera audiencia del proceso ante el Panel, que se denomina primera reunión sustantiva. Esta reunión, que se celebrará a puertas cerradas, se lleva a cabo de ordinario en la sede de la OMC en Ginebra, Suiza. Las partes serán las primeras en exponer sus argumentos orales, primero el reclamante y luego el demandado. Luego de que las partes principales han externado sus opiniones, se les da oportunidad a los terceros, en caso que los hubiere, para que expliquen sus argumentos al Panel. A continuación, el Panel podrá formular preguntas y exigirles explicaciones sobre los asuntos tratados, las cuales, podrán ser respondidas en esta sesión o posteriormente mediante escrito dirigido al Grupo Especial.

Al cabo de algunas semanas (normalmente de 2 a 4 semanas) después de celebrada la primera reunión sustantiva, las partes intercambian escritos nuevamente, llamados réplicas formales, en las que responden a las interrogantes y amplían sus conclusiones planteadas en la primera reunión sustantiva.

A seguidas, el Grupo Especial celebra su segunda reunión sustantiva, en la cual se deberán presentar las réplicas formales de las partes. En esta reunión, las partes

vuelven a presentar sus argumentos, en esta ocasión, primero la parte demandada y luego el reclamante. Las partes deberán responder por igual cualquier pregunta que formule el Panel.

Por lo general, suelen celebrarse dos reuniones sustantivas del Grupo Especial, pero en dado caso en que el Panel estime que deban agotarse más reuniones, el mismo está facultado para celebrar todas las reuniones que considere de lugar para esclarecer el asunto. Claro está, para las reuniones adicionales se deberán seguir los lineamientos detallados para las reuniones sustantivas que se expusieron anteriormente.

Ya finalizadas todas las reuniones sustantivas el Grupo Especial se encargará de deliberar el asunto, haciendo una evaluación objetiva del caso, tomando en cuenta el derecho de la OMC, la jurisprudencia y los Acuerdos abarcados. Estas deliberaciones serán confidenciales y las partes no podrán participar de ninguna manera ni en estas ni en la redacción del informe. Cada integrante del Grupo Especial formulará sus opiniones en condición de anonimato.

Durante estas deliberaciones el Grupo Especial se encargará de elaborar un proyecto de informe. Este proyecto constituye la parte expositiva del informe del Grupo Especial y contiene todos los argumentos de hecho y de derecho pertinentes al caso. Este proyecto es compartido con las partes, quienes tendrán la oportunidad de realizar las observaciones de lugar.

El informe provisional contiene por igual las constataciones, las conclusiones y las recomendaciones a que ha llegado el Panel sobre la base de lo expuesto por las partes. Las constataciones suelen ser lo bastante detalladas, con argumentos jurídicos precisos sobre la cuestión, de modo que sirven de soporte a la conclusión. Las recomendaciones incluyen cualquier sugerencia que desee expresar el Panel sobre el caso en particular. Las partes tendrán derecho a solicitar al Panel que reexamine ciertos aspectos del informe provisional, antes de que se distribuya el informe definitivo entre los demás miembros.

Después de concluida la fase anterior el Grupo Especial rendirá su informe definitivo. Este informe definitivo es distribuido entre todos los miembros de la OMC. Los miembros tienen un plazo inicial de 20 días después de recibir el informe para estudiarlo. Después de transcurrido ese plazo, y hasta los 60 días después de haber recibido el informe, el OSD podrá adoptarlo definitivamente, a menos que una parte en la diferencia presente su apelación o que el Órgano decida por consenso en contrario no adoptar el informe.

Con la adopción del informe termina formalmente el proceso ante el Panel. En caso de que una parte no apele, el proceso jurisdiccional termina por igual en esta fase. A diferencia de lo que ocurre en la etapa de consultas, el informe del Panel es un documento oficial de carácter público y es distribuido entre todos los miembros de la OMC.

2.3. Apelación

El examen en apelación es la tercera fase de un proceso de solución de controversias ante la OMC. Es, por igual, la segunda y última instancia del proceso jurisdiccional o cuasijudicial de solución de diferencias, siendo los Grupos Especiales la primera instancia. Se estima que siete de cada diez informes del Panel son apelados. Es decir, después de concluida la fase del Grupo Especial el proceso de apelación se verifica en un 70 por ciento de los casos.

El plazo para interponer el recurso de apelación no se encuentra especificado propiamente en el ESD. Lo que sí está claro, es que la apelación debe realizarse antes de la adopción del informe por parte del OSD. La adopción del informe por parte del Órgano puede ocurrir en cualquier momento entre los 20 y los 60 días a partir de la distribución del informe final a los miembros. Esto proporciona un lapso efectivo de aproximadamente 20 días para apelar, tomando en cuenta el momento en que se distribuye el informe final.

El derecho a apelar un informe del Grupo Especial es una facultad reservada únicamente para las partes contrincantes. Los terceros no pueden interponer recursos de apelación, pero sí podrán presentar escritos al Órgano de Apelación y ser escuchados por éste, siempre que hayan participado como terceros en la fase del Grupo Especial. Es posible para una parte desistir de la apelación (ya sea para negociar o por otro motivo), en toda etapa del proceso, para lo cual el Órgano emite un correspondiente informe. El proceso concluye ahí, a menos que la otra parte apelante decida no desestimar las actuaciones y en cambio continúe con sus pretensiones.

Cualquier punto de derecho en un informe del Panel puede ser atacado en apelación. El demandando puede apelar aquellos puntos en los que el Panel ha concluido que mantiene una medida que menoscaba o anula el derecho del reclamante, o por otro lado el reclamante puede apelar bajo el argumento de que algunos de sus alegatos fueron desestimados.⁷⁴ Ambas partes pueden apelar el informe discrepando de los respectivos argumentos o conclusiones del Panel que no han sido de su satisfacción. En este caso, ambas partes serán al mismo tiempo apelante y apelado, en lo que se conoce como “apelación cruzada”.

La apelación solo puede refutar los aspectos de derecho y las interpretaciones jurídicas tratadas en el informe del Grupo Especial. Esto quiere decir, que la apelación basada en aspectos de hecho, sea hayan tratado o no en la fase de Panel o cualquier otra cuestión que se aparte de los aspectos jurídicos no tiende a prosperar. Si las cuestiones de derecho van ligadas a ciertos aspectos de hecho, el Órgano de Apelación puede examinar estas cuestiones, teniendo en cuenta el valor aportado por los elementos de hecho al esclarecimiento de los aspectos de derecho.

En cuanto al procedimiento que se sigue en la fase de apelación, el mismo está detallado en los procedimientos de trabajo para el examen en apelación, redactado y

⁷⁴ Organización Mundial del Comercio. Módulo de Formación sobre el Sistema de Solución de Diferencias. Capítulo 6.5: Examen en Apelación. Disponible en: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/disp_settlement_cbt_s/c6s5p1_s.htm

aprobado por el OSD y cuya versión vigente es la de fecha 16 de agosto del 2010,⁷⁵ entrando en vigor el 15 de septiembre de ese mismo año. Aunque los procedimientos tienden a ser bastante detallados y se actualizan con cierta frecuencia, el Órgano de Apelación puede tomar las medidas procedimentales que considere apropiadas, para complementar o suplir carencias en las reglas de trabajo del examen de apelación. Esta facultad se conoce como la “regla de subsanación de lagunas” y la misma se encuentra establecida en el Artículo 16 de las Reglas de procedimientos para el examen en apelación.

Así, en la misma fecha en la cual realizó su anuncio de apelación el apelante presentará a la Secretaría, con copia a las contrapartes y a los terceros, una comunicación escrita en la que detalle los motivos de la apelación, las alegaciones jurídicas del informe del Panel que pretende objetar, incluyendo lo que a su entender constituyen errores legales en la apreciación del Panel, así como las provisiones de los Acuerdos abarcados y demás consideraciones *de derecho*, incluyendo el pedimento formal que el apelante solicita al Órgano de Apelación. Las demás partes en la diferencia tienen un plazo de 5 días, contados a partir de la fecha del anuncio de apelación, para sumarse a esa apelación bajo los mismos argumentos que el apelante, o presentar una apelación con sus propios méritos.

El apelado tiene un plazo de 18 días, después del anuncio de apelación, para presentar comunicación, respondiendo a las alegaciones planteadas por el apelante en su escrito de apelación. Esta comunicación deberá contener las argumentaciones de derecho pertinentes, así como las referencias al derecho de la OMC y los Acuerdos abarcados, incluyendo su pedido formal al Órgano de Apelación respecto al fallo de éste. Los terceros tienen plazo de 21 días a partir de la presentación del anuncio de apelación para someter sus escritos y los argumentos que consideren, así como para indicar si desean participar en la audiencia y hacer pronunciamientos orales. En caso de que no deseen hacer uso de estas prerrogativas, tienen igual plazo para informarlo.

⁷⁵ Documento marcado con el número WT/AB/WP/6.

Entre los 30 y los 45 días después de la fecha del anuncio de apelación se celebrará una audiencia, en la cual los participantes exponen oralmente sus declaraciones y responden a las preguntas formuladas por el Órgano de Apelación. Podrán formularse preguntas oralmente o por escrito y de estas mismas formas podrán responderse. Esta audiencia se asemeja a las reuniones sustantivas del Panel, pero tiene sus propias particularidades: a) se celebra una sola audiencia, b) las declaraciones de los participantes son sucintas y c) no se permiten los interrogatorios directos entre los participantes.

Típicamente, en la audiencia el apelante inicia sus argumentos, seguido por el apelado y finalmente los terceros (de ser el caso). El Órgano de Apelación los escucha y a continuación puede realizarles preguntas, así como permitirles pronunciar argumentos de cierre. No hay una duración específica para la audiencia, pero en términos de días, pueden extenderse dos, tres o más días, dependiendo de la complejidad del caso. Las audiencias se reservan para los participantes, no obstante, si estos consienten, es posible permitir que el público pueda observar la audiencia, guardando el debido cuidado para algunos aspectos que requieran confidencialidad.

Luego de la audiencia, los miembros del Órgano de Apelación que conocieron del asunto intercambian sus opiniones al respecto con los demás miembros del Órgano que no participan del caso, para escuchar el parecer de los otros miembros, con el objetivo de garantizar el principio de coherencia y unidad de las decisiones, en base al principio de colegialidad del Órgano de Apelación. Estas deliberaciones tienen carácter privado y exclusivo para los miembros del Órgano de Apelación, por lo que nadie, ni siquiera las partes pueden participar en ellas. A continuación, los miembros del Órgano que conocieron del asunto se disponen a preparar el informe. Hay que recordar que, en su informe, el Órgano puede confirmar, modificar o rechazar las conclusiones del Grupo Especial. Las determinaciones se tomarán por consenso, siempre que sea posible, pero en caso contrario se someterá a decisión de la mayoría.

El informe del Órgano de Apelación se divide en dos partes: la parte expositiva, donde

se recogen los antecedentes de hecho y los argumentos de las partes; y la sección de las constataciones, donde se detallan las cuestiones objeto de la apelación y las conclusiones a que ha llegado el Órgano. Éstas pueden variar o no de la opinión del Grupo Especial. Así mismo, el Órgano de Apelación puede complementar o expandir las argumentaciones del Panel, cuando las mismas sean marcadamente insuficientes para justificar una decisión. El informe también incluye las recomendaciones y sugerencias a seguir por el miembro que mantenga medidas incompatibles con la OMC.

Finalmente, el Órgano de Apelación distribuye el informe final entre todos los miembros de la OMC para que estos decidan acerca de su adopción. Se recuerda que el informe del Órgano de Apelación se da por adoptado, a menos que, por consenso, los miembros decidan lo contrario, es decir, se adopta mediante la regla del consenso negativo. En la práctica los informes del Órgano de Apelación quedan adoptados en la siguiente reunión del Órgano de Solución de Diferencias.

2.4. Cuestiones de ejecución

Una vez que es adoptado el informe del Grupo Especial, o en dado caso, el informe del Órgano de Apelación, es decir, cuando se haya adoptado una decisión definitiva, se procede a la fase de ejecución o implementación de las recomendaciones y resoluciones a que haya llegado el Panel o el Órgano de Apelación.

Las partes, aun en esta etapa, pueden llegar a un mutuo acuerdo sobre la implementación de las recomendaciones y conclusiones contenidas en el informe final, pudiendo arribarse a una solución satisfactoria de la diferencia. Las demás posibilidades que contempla el ESD en cuanto a la ejecución de las decisiones son las siguientes:

1) En caso de que no se llegara a un acuerdo mutuo, procurar la supresión de las medidas incompatibles;

2) Como medida provisional, mientras no se han suprimido las medidas incompatibles, se podrá recurrir a la compensación;

3) Como último recurso, en caso de que las medidas anteriores no resulten efectivas, se podrán suspender, previa autorización por parte del OSD, los derechos y obligaciones al miembro que mantenga las medidas incompatibles.

En cuanto a la implementación el ESD dispone que corresponde al miembro afectado (parte perdidosa) informar al OSD su propósito de cumplir con las recomendaciones y resoluciones, lo que debe ocurrir dentro de los 30 días luego de adoptado el informe correspondiente. Cuando no sea factible su aplicación inmediata, la parte afectada podrá proponer un plazo alternativo y prudente para el cumplimiento. Si este plazo no es aceptado por el OSD, las partes en la diferencia podrán acordar mutuamente el plazo (generalmente dentro de los 45 días después de adoptado el informe); y en caso de que esto último no sea posible, un árbitro decidirá respecto al plazo de aplicación.

La labor de supervisión y seguimiento en la fase de implementación es una tarea del OSD. El Órgano, sirve sobre todo, de soporte institucional que garantiza la correcta y equitativa adopción de las medidas y contramedidas que puedan derivarse de una decisión. Procura que la implementación sea un proceso que restaure el orden de cosas a su estado anterior, que permita recuperar la armonía perdida en las relaciones comerciales entre los socios.

Evidentemente, al tratarse de cuestiones comerciales que pueden ser más o menos sensibles o que sencillamente la implementación entrañe dificultades de carácter político, técnico o legal, pueden surgir diferencias entre las partes en cuanto a la propia aplicación de las recomendaciones emanadas del informe. En ese sentido, una cuestión común en estos casos es la discusión sobre la compatibilidad o no con las reglas de la OMC de las medidas adoptadas para implementar las recomendaciones.

El Artículo 21.5 del ESD dispone que el Grupo Especial que conoció originalmente de la cuestión se debe reunir y rendir su informe sobre las cuestiones de implementación en el plazo de 90 días, luego de haberse apoderado del expediente. No obstante esta

disposición, generalmente los procedimientos se extienden mucho más allá, incluso hasta tres veces el plazo establecido por el ESD. Estos “informes de cumplimiento” al igual que los informes originales, deben ser aprobados por el Órgano de Solución de Diferencias para volverse legalmente vinculantes.

Con respecto al informe de cumplimiento, el mismo debe ser ejecutado inmediatamente quede adoptado por el Órgano de Solución de Diferencias. Es decir, al igual que los informes originales, el perdedor debe implementarlo al momento y cuanto antes, pero con la diferencia de que ya no puede beneficiarse de un “período razonable de implementación” como si lo contemplan los informes originales. Esto también da pie a que el reclamante pueda solicitar al Órgano de Solución de Diferencias, una vez adoptado el informe de cumplimiento, las medidas de retorsión que se encuentran a disposición (compensación, suspensión de beneficios y obligaciones, etc.).

Sobre las medidas de retorsión en sí, pueden surgir diferencias en cuanto al alcance de las mismas o respecto del procedimiento para aplicarlas. En estos supuestos, el Panel original se volverá a reunir (a instancia de la parte perdedora, generalmente) para conocer y decidir la cuestión. Si el Grupo Especial no se puede constituir por cualquier motivo (por ejemplo, no se encuentran disponibles los integrantes), entonces el director general de la OMC puede nombrar un árbitro, según lo dispuesto por el Artículo 22 del ESD.

Otras dificultades que pueden surgir en cuanto a la imposición de medidas de retorsión son las denominadas “cuestión de la secuencia” y “cuestión de la post-retorsión”. La primera comprende la complicación que se puede dar cuando se solapan los plazos del conocimiento de la causa por parte del “panel de cumplimiento” y el plazo efectivo que tiene el reclamante para solicitar y conseguir la aprobación de las medidas de retorsión, luego de adoptado el informe original. En este caso ocurre una marcada contradicción entre los Artículos 21 y 22 del ESD, que en los hechos se ha traducido en soluciones pragmáticas, como ocurrió en el caso UE–Bananas III.

La cuestión de la post-retorsión se presenta cuando un reclamante no se encuentra satisfecho con las acciones emprendidas por el demandado para ajustarse a sus obligaciones emanadas de los Acuerdos abarcados de la OMC. En este caso, el reclamado que ha obtenido una autorización de suspensión de derechos y obligaciones, extiende la aplicación de estas medidas más allá del plazo autorizado por el Órgano de Solución de Diferencias. Es evidente que este accionar va en contra el espíritu “temporal” de las medidas de retorsión, que tienen por objetivo restaurar el equilibrio de las relaciones comerciales. Dos casos emblemáticos en este sentido son: CE–Hormonas y EU/Canadá–Mantenimiento de la Suspensión.

CAPÍTULO II. LA REPÚBLICA DOMINICANA Y EL SISTEMA DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC: ¿UNA EXPERIENCIA EXITOSA?

Sección I. El Mecanismo de Solución de Diferencias de la OMC y los países en desarrollo

1. Los países en desarrollo en el contexto de la OMC

La OMC es un foro que acoge a una gran diversidad de países con idiomas, culturas, extensiones territoriales y poblaciones diferentes. Estos países también comparten asimetrías en el tamaño de sus economías y el desarrollo socioeconómico que alcanzan. Por lo tanto, encontramos miembros que pueden ser países desarrollados, de economías avanzadas y estables, frente a otros países que pueden ser menos desarrollados, con economías más pequeñas, en transición o inestables. Estos últimos países, al formar parte de la membresía de la OMC, también han aceptado y se han obligado por el ESD, por lo cual no escapan de participar en un proceso, ya sea en calidad de demandado, de tercero o como reclamante.

Hay que hacer establecer un preliminar para estudiar el concepto de país en desarrollo. En la OMC no hay una definición exacta para los conceptos *país desarrollado* y *país en desarrollo*. Son los propios miembros los que deciden libremente clasificarse como uno u otro. Sin embargo, los demás miembros de la OMC podrán oponerse a que un miembro que no reúna ciertas condiciones y cualidades, pretenda clasificarse a sí mismo como país en desarrollo. Esto quiere decir que, aunque no existe una definición exacta de este concepto, sí se cuenta con unos parámetros y una costumbre que han aceptado a determinados miembros como países en desarrollo y a otros no.⁷⁶

La cuestión de los países en desarrollo ha traído numerosos e intensos debates en los últimos años, incluso llegando a configurarse un movimiento que propugna por cambios a lo interno de la OMC con respecto a la forma en la que se determina si un miembro es o no un país en desarrollo. La autclasificación como país en desarrollo puede

⁷⁶ Para más información, véase página web OMC: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/devel_s/d1who_s.htm

implicar que algunos miembros que han obtenido un nivel suficiente de desarrollo y en consecuencia se hayan “graduado” a una escala superior, o que sencillamente su peso específico en la economía mundial los convierte en términos absolutos en economías avanzadas, puedan en la práctica continuar beneficiándose de un trato especial, incluyendo plazos más largos para cumplir con los Acuerdos de la OMC y que otro país le pueda otorgar beneficios unilaterales bajo el Sistema Generalizado de Preferencias (SGP).

Esto puede hasta operar en detrimento de otros países que sí necesitan estas facilidades, como es nuestro propio caso (por ejemplo, la asistencia técnica que brinda la OMC, que de por sí es de limitada capacidad, debe ser repartida con un criterio de equidad entre todos los países en desarrollo). La OMC contempla una fórmula para considerar a los países menos adelantados (PMA), que son aquellos designados como tales por las Naciones Unidas. A marzo de 2023, 32 de los 50 países que figuran en la lista de PMA de Naciones Unidas son también miembros de la OMC. Estos 32 países disfrutaban de un tratamiento aún más preferencial que el concedido a los países en desarrollo.

Un indicador que pudiera ser tomado como base o punto de referencia para la discusión sobre el estatus de los países en desarrollo es el Índice de Desarrollo Humano (IDH) del PNUD. Según el Informe sobre el Desarrollo Humano publicado en el año 2019, 36 países figuraron con IDH medio (un buen referente para PED). Curiosamente, la República Dominicana alcanzó el puesto 89 (IDH alto), por lo que, según este criterio, quedaríamos fuera del tratamiento especial y diferenciado de la OMC.

La cuestión de los países en desarrollo en la OMC debe ser parte de una discusión seria y objetiva. La reforma es necesaria, el mundo ha cambiado mucho y no es el mismo de 1995, cuando se inició la OMC. Por ejemplo, China e India han pasado de ser países pobres en 1995 a ser de las mayores y más pujantes economías del mundo. No obstante, en términos de IDH, en el 2019 la India se encontraba en el puesto 129 (IDH medio), mientras que China se ubicaba en el puesto 85 (IDH alto), por lo que el criterio

que describimos anteriormente puede admitir sus excepciones.

El sistema de solución de diferencias de la OMC pone en un mismo plano y bajo las mismas reglas, tanto a países desarrollados como a países en desarrollo y los menos adelantados. Sin las reglas equitativas del ESD, los países en desarrollo y los menos adelantados se verían en grandes aprietos para hacer valer sus derechos, frente a países más adelantados que si cuentan con los mecanismos de presión para imponer sus intereses. Este hecho, sin dudas, constituye un beneficio para los países en desarrollo y los menos adelantados, ya que estos se encuentran en una posición natural de debilidad frente a los países desarrollados.

Aunque se entiende que en la OMC se aplica el adagio de que “la ley es igual para todos” y los países menos desarrollados cuentan con igualdad de derechos ante la OMC, también es cierto que los países en desarrollo y los menos adelantados todavía encuentran numerosos obstáculos a superar. La falta de personal y especialistas capacitados que participen en las diferencias, los recursos económicos y tecnológicos escasos, unidos al potencial perjuicio económico de una medida incompatible, son solo algunas de las dificultades que presentan los países en desarrollo y los menos adelantados, que de una u otra manera influyen en el devenir del proceso de solución de diferencias.

No obstante las dificultades mencionadas anteriormente, los países en desarrollo han tenido una actuación prolífica en el sistema de solución de diferencias de la OMC. Se estima que, desde el año 1995 hasta el 2003, los países en desarrollo han sido reclamantes en un tercio de todos los casos y demandados en dos quintas partes de los casos aproximadamente. Solo en 2001 el 75% de las reclamaciones fueron iniciadas por países en desarrollo.⁷⁷

En el período comprendido entre 2000 y 2005 los países en vías de desarrollo, como

⁷⁷ Organización Mundial del Comercio. *Módulo de Formación sobre el Sistema de Solución de Diferencias*. Capítulo 11.1: Países en Desarrollo Miembros en la Solución de Diferencias. Disponible en: http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/disp_settlement_cbt_s/c11s1p1_s.htm

conjunto, han elevado más disputas que los Miembros que son países desarrollados.⁷⁸ Brasil, México, Argentina, Tailandia, China, Chile y la India están entre los grandes usuarios del mecanismo de solución de diferencias. Como terceros, también es destacada la intervención de estos países en los procesos. Muchos de estos, han adquirido experiencia y conocimiento del proceso, mediante la participación como tercero en una diferencia dada. Hasta marzo del 2023, todavía no se había presentado la primera reclamación en contra de un miembro que sea a la vez un país menos adelantado (PMA).

Así, estos países, que han tenido una actuación rica en los procesos de solución de diferencias ante la OMC, cuentan por su condición de países en desarrollo con dos prerrogativas principales en el sistema de solución de diferencias, a saber: a) el trato especial y diferenciado; y b) la asistencia jurídica.

1.1. Trato especial y diferenciado

En cuanto al trato especial y diferenciado en el proceso de solución de diferencias, el ESD contempla varias provisiones que se refieren al tratamiento especial que habrá de ser otorgado a aquellos miembros en la diferencia que sean países menos desarrollados.

En primer lugar, el ESD establece que si un país en desarrollo somete una acción contra otro miembro y éste último es un país desarrollado, el primero podrá optar por las disposiciones de los Artículos 4 (consultas), 5 (buenos oficios, conciliación y mediación), 6 (establecimientos de los Grupos Especiales) y 12 (procedimientos de los Grupos Especiales) del ESD o prevalecerse de las disposiciones pertinentes de la Decisión del 5 de Abril de 1966 (IBDD 14S/20). Esta alternativa, sin embargo, todavía no ha sido invocada por un país en desarrollo en una diferencia, ya que las provisiones en el ESD son equiparables a aquellas contenidas en la Decisión y brindan las

⁷⁸ Van Den Bossche, Peter (2005). Ob. Cit. P. 225.

suficientes (en algunas opiniones, hasta mayores) garantías.⁷⁹

En la fase de consultas, se exhorta a los miembros a «(...) prestar especial atención a los problemas e intereses particulares de los países en desarrollo miembros (...)», según el artículo 4.10 del ESD. Si el demandado es un país menos desarrollado las partes en la diferencia podrán acordar mutuamente en ampliar los plazos de la fase de consultas. Adicionalmente, si una vez expirado el plazo para las consultas las partes todavía no han concluido un acuerdo, el presidente del OSD podrá, previa consulta con las partes contrincantes, autorizar la extensión del plazo de las consultas.

En la etapa de los Grupos Especiales, cuando una de las partes contrincantes sea un país en desarrollo y la otra un país desarrollado, por lo menos un integrante del Panel podrá ser nacional de un país en desarrollo miembro, si así lo solicita el miembro en la controversia cuyo país sea menos desarrollado. Además, los Grupos Especiales deberán conceder a las partes en la diferencia que sean países en desarrollo, el tiempo necesario para que preparen y expongan sus alegatos.

Cuando una parte en una diferencia sea un país en desarrollo y este ha invocado su derecho a un trato especial y diferenciado, el informe del Grupo Especial deberá contener la explicación correspondiente, que especifique la forma en que el Panel tomó en consideración la condición de ese miembro. Esta provisión ha servido para explicar cómo en la práctica se han aplicado las disposiciones de trato diferenciado y más favorable de que gozan los países en desarrollo.

En la fase de implementación, el ESD dispone que se deberá prestar «(...) especial atención a las cuestiones que afecten a los intereses de los países en desarrollo miembros con respecto a las medidas que hayan sido objeto de solución de diferencias (...)». Eso quiere decir, que en la aplicación de las recomendaciones, el OSD debe velar

⁷⁹ Van Den Bossche, Peter (2005). Ob. Cit. P. 226.

porque los países en desarrollo, que pueden ser la parte ganadora como la parte perdedora en una contienda, puedan obtener un resarcimiento rápido y efectivo, en caso de que hayan sido reclamantes; o un plazo de transición razonable para el retiro de las medidas incompatibles, en caso de que sean demandados.

El ESD además establece que en la ejecución de las recomendaciones y sugerencias el OSD considerará que «(...) otras disposiciones puede adoptar que sean adecuadas a las circunstancias (...)» y para este fin deberá «(...) tener en consideración no solo 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 (...)».

No obstante las ventajas prácticas que implican estas disposiciones para los países en desarrollo y los menos adelantados, en los hechos han tenido poca relevancia. Todo esto, a pesar de las discusiones al margen con respecto a las reformas del sistema de solución de diferencias de la OMC. Sin embargo, las conversaciones conducentes a un sistema que garantice soluciones prontas, efectivas y robustas a los conflictos comerciales, también deben incluir la de contar con un mecanismo más justo y equitativo para todos.

1.2. Asistencia jurídica

En cuanto a la asistencia jurídica, existe un principio de aplicación general, que establece que la Secretaría brindará asesoramiento y ayuda legal a los miembros que así lo soliciten, sobre los asuntos relacionados a la materia de solución de diferencias. Además de esta disposición general, aplicable a todos los miembros de la OMC por igual, encontramos una disposición especial que establece que se prestarán servicios adicionales sobre las cuestiones antes mencionadas, en los casos en que la solicitud provenga de un miembro que sea un país en desarrollo.

También, los miembros que sean países en desarrollo podrán contar con la asistencia de un experto jurídico y demás personal del Instituto de Formación y Cooperación

Técnica de la OMC (no afiliado a la Secretaría), para que este le asista y de ese modo la Secretaría, al mismo tiempo, no compromete su imparcialidad.

La Secretaría de la OMC organiza actividades especiales, tales como cursos de formación y entrenamiento especial sobre las prácticas y los procesos de solución de diferencias, para capacitar a los miembros en estas materias. Los miembros que sean países en desarrollo pueden verse muy beneficiados con estas iniciativas, mediante las cuales obtienen adiestramiento y entrenamiento por parte de personal altamente capacitado.

En resumen, estas ventajas (trato especial diferenciado y asistencia jurídica) de que gozan los miembros por su condición de países en desarrollo, constituyen herramientas que pueden servir para que estos países mejoren su desempeño en los procesos de solución de diferencias, y de cierta manera, también recortan la “brecha intelectual” que divide a países desarrollados y países en desarrollo.

Por último, cabe mencionar que la República Dominicana, como país en desarrollo y miembro de la OMC, puede muy bien valerse de estos mecanismos preferenciales para posicionar mejor sus intereses ante la OMC. Una buena estrategia por parte del Estado dominicano en un caso dado, pudiera incluir la opción de proponer un integrante del Panel proveniente de un país en desarrollo similar al nuestro, así como también optar por un plazo especial y razonable para el cumplimiento de las recomendaciones del informe.

La asistencia jurídica y la capacitación pueden ser utilizadas igualmente para preparar y adiestrar al personal y los funcionarios dominicanos en los temas de solución de diferencias, de modo que se forme un equipo especializado en el tema y sean éstos los defensores de los intereses del país, en lugar de acudir a oficinas de abogados externas, que de por sí son costosísimas, sobre todo las más especializadas.

1.3. Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC

Los países menos adelantados y en vías de desarrollo también cuentan con un mecanismo alternativo para asesorarse y hacerse representar legalmente en la OMC. El Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC (ACWL por sus siglas en inglés), constituido en 2001 por iniciativa de Colombia y Países Bajos, entre otros, es un ente que brinda servicios jurídicos especializados en derecho de la OMC, de manera similar a como lo ofrecen las firmas legales internacionales que tradicionalmente son contratadas por Estados miembros para su representación en los procesos ante la OMC.

El ACWL ofrece algunas ventajas prácticas a los miembros que opten por sus servicios. La primera y tal vez la más determinante es la de carácter económico, ya que éste tiene tarifas muy competitivas y atractivas para los países de escasos recursos. Bien es sabido que un proceso ante la OMC, aún uno de corta duración, puede acarrear gastos exorbitantes para un interviniente. Si a los gastos ordinarios, le sumamos la representación o el apoyo de firmas legales externas, el proceso ante la OMC puede hacerse bastante prohibitivo para cualquier miembro menos adelantado o en desarrollo.

Precisamente teniendo en cuenta este sensible factor el ACWL brinda prioridad en sus colaboraciones a los países menos adelantados. Dichos países pueden optar por los servicios del ACWL, ya sean miembros o no de este. El Centro también da preferencia en sus servicios a los países menos adelantados sobre los países en desarrollo cuando ambos se enfrentan en un proceso ante la OMC. Por igual, cuando dos países en desarrollo se enfrentan en un proceso, quien solicite y asegure primero los servicios del ACWL es quien tendrá la preferencia de trabajar y hacerse representar legalmente por el Centro, y el otro miembro deberá procurar otra asistencia jurídica, ya que el ACWL no puede trabajar en un mismo caso con un reclamante y un demandado.

La participación del ACWL en los procesos de solución de diferencias ante la OMC se ha incrementado con el pasar los años. Se estima que alrededor del 20% de los casos que son llevados en la OMC interviene el Centro, ya sea enteramente representando a

un miembro o como parte de su equipo legal. En ese mismo orden, el ACWL emite cada año, en promedio, unas 200 opiniones consultivas, según requieran los miembros del Centro. Estas solicitudes pueden tratar sobre medidas, normativas, leyes, entre otros temas de interés para evaluar la conformidad o no con el derecho de la OMC. Claro está, estas opiniones no son vinculantes con la OMC, aunque le brindan al miembro consultante una idea y elementos para considerar en la posible implementación de una medida o para evaluar la compatibilidad de una medida adoptada por otro miembro.

El ACWL ha ido incrementando su caudal de asistencia en los últimos años y se espera que continúe esta tendencia en la medida que la OMC completa su matrícula de miembros y se incrementan el número de casos, incluso aquellos iniciados por los países en desarrollo. Hasta marzo del 2023, 43 países menos adelantados miembros de la OMC o en proceso de adhesión cuentan con derecho para acceder a los servicios del Centro, lo mismo que 39 países en desarrollo, para un total de 82 países. República Dominicana es miembro del ACWL, para lo cual se ha valido de sus servicios tanto para opiniones consultivas como para la representación ante procesos en la OMC, notablemente en el caso Australia-Tabaco. En el referido caso el país se hizo representar y defender, además, por una firma de abogados internacional y con abogados de la Dirección de Comercio Exterior del Ministerio de Industria, Comercio y MIPYMES.

1.Casos exitosos: buenas prácticas de los países en desarrollo

Como vimos en el apartado anterior, los países en desarrollo han tenido una actuación cada vez más proactiva en los procesos de solución de diferencias de la OMC. En los primeros cinco años (1995-1999) los países desarrollados fueron los usuarios más prolíficos del sistema, pero a partir del año 2000 los países en desarrollo muestran una cuota cada vez más elevada de participación.

A veces actuando en calidad de reclamantes y en otras ocasiones como terceros, lo cierto es que los países en desarrollo se encuentran cada vez más animados en

participar en estos procesos. La motivación que necesitan la pueden encontrar en la mejor preparación y capacitación que han logrado producto de los años, así como por la experiencia adquirida participando en distintos procesos como terceros (casos de China, Brasil y otros) y los éxitos importantes que han conquistado, en algunos casos, frente a grandes potencias comerciales y económicas.

Como veremos a continuación, en algunos casos selectos, gracias al imperio de la ley y la igualdad de reglas para todos los miembros de la OMC, es posible para los países en desarrollo, por más pequeños y débiles que puedan parecer (o ser de hecho), obtener victorias frente a los más poderosos, al mejor estilo de David contra Goliat.

2.1. Estados Unidos-Restricciones aplicadas a las importaciones de ropa interior de algodón y fibras sintéticas o artificiales

Este caso, celebrado al amparo del Acuerdo sobre los Textiles y el Vestido de la OMC (que expiró el 1ero de enero del 2005), enfrentó por un lado a Costa Rica, como reclamante y por otro lado, a Estados Unidos como demandado. La India participó en calidad de tercero.

En la solicitud de celebración de consultas,⁸⁰ el gobierno de Costa Rica expuso que las mismas se realizaban en razón de que Estados Unidos mantenía restricciones cuantitativas a las exportaciones de ropa interior de algodón y de fibras sintéticas o artificiales provenientes de Costa Rica, mediante la aplicación de una medida de salvaguardia invocada por Estados Unidos al amparo del Artículo 6 (salvaguardia) del Acuerdo sobre los Textiles y el Vestido (ATV), sin reunir esta medida los requisitos necesarios para su puesta en marcha.

Costa Rica en su solicitud de celebración de consultas, presentó datos adicionales para sostener su alegato, incluyendo la información relativa a la constatación hecha por el

⁸⁰ Marcado con el número: WT/DS24/1.

Órgano de Supervisión de los Textiles, en la cual éste Órgano encontró que Estados Unidos no había demostrado la existencia de un perjuicio grave para la rama de producción nacional, conforme con el Artículo 6, Párrafo 2 y 3 del ATV, una condición que es necesaria para la adopción de una medida de salvaguardia en virtud del Acuerdo. Sin embargo, el Órgano de Supervisión de Textiles dejó abierta la cuestión de la amenaza real de perjuicio grave, para que las partes encontraran una salida mutuamente convenida. La fase de consultas concluyó sin un acuerdo entre las partes.

En el subsecuente informe del Grupo Especial, el Panel llegó a las siguientes constataciones:

- i) Los Estados Unidos incumplieron las obligaciones que les corresponden en virtud de los párrafos 2 y 4 del artículo 6 del ATV al imponer una restricción a las importaciones costarricenses sin haber demostrado que esas importaciones causaban un perjuicio grave o una amenaza real de perjuicio grave a la rama de producción de los Estados Unidos.
- ii) Los Estados Unidos incumplieron las obligaciones que les corresponden en virtud del párrafo 6 d) del artículo 6 del ATV, al no conceder a las reimportaciones costarricenses el trato más favorable previsto en esa disposición.
- iii) Los Estados Unidos incumplieron las obligaciones que les corresponden en virtud del párrafo 4 del artículo 2 del ATV, al imponer una restricción de manera incompatible con las obligaciones que les incumben en virtud del artículo 6 del ATV; y
- iv) Los Estados Unidos incumplieron las obligaciones que les corresponden en virtud del párrafo 2 del artículo X del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (el "Acuerdo General") y el párrafo 10 del artículo 6 del ATV, al establecer el período de limitación a partir de la fecha de la solicitud de consultas, y no de la posterior fecha de publicación de la información relativa a la limitación.

Costa Rica apeló el informe del Grupo Especial, alegando ciertas inconformidades con algunas interpretaciones jurídicas que había hecho el Panel en su informe. Estados Unidos y la India presentaron sus comunicaciones como demandado y tercero respectivamente. El Órgano de Apelación concluyó rectificando las conclusiones del Panel, pero admitió que el Grupo Especial cometió un error al considerar que una medida podría aplicarse retroactivamente en el tiempo. El Órgano recomendó a Estados Unidos poner la medida que restringía las exportaciones de ropa interior de Costa Rica en conformidad con los compromisos del ATV. El informe del Órgano fue adoptado el 25 de febrero del 1997 y la medida incompatible de los Estados Unidos expiró el 27 de marzo del 1997. La medida no fue renovada, por lo cual Estados Unidos cumplió automáticamente las recomendaciones del informe.

Aunque se trató de un caso sobre un Acuerdo de la OMC que ya no está vigente, fue una buena demostración del potencial del mecanismo para satisfacer los intereses comerciales de un país en desarrollo Miembro. Costa Rica demostró una sorprendente habilidad ganando en su primer caso ante los Estados Unidos, indudablemente un Goliat económico. La India, en uno de sus primeros casos (apenas el cuarto en que participaba), siguió de cerca y brindó apoyo a Costa Rica sobre un caso que envolvía uno de sus principales intereses: los textiles y confecciones (una cantidad considerable de los casos de la India como reclamante y tercero envuelven este tema).

2.2. Estados Unidos–Gasolina

Cuando Venezuela solicitó consultas a Estados Unidos sobre el particular, en fecha 24 de enero del 1995, fue en ese entonces apenas el segundo caso sometido al sistema de solución de diferencias de la OMC. Más tarde, en fecha 10 de abril de ese mismo año, Brasil también solicitó la celebración de consultas con los Estados Unidos sobre el mismo asunto.

Los reclamantes en su solicitud de consultas alegaban que Estados Unidos mantenía medidas (reglamentaciones de gasolinas) distintas para las gasolinas producidas internamente y para las importadas, por lo tanto, violando los compromisos en materia de trato nacional a que estaban obligados todos los miembros de la OMC. Las partes en conflicto no pudieron llegar a una solución mutuamente satisfactoria en las consultas.

El grupo especial en su informe constató lo siguiente:⁸¹

a) «(...) A la luz de las constataciones anteriores, el Grupo Especial llegó a la conclusión que los métodos de establecimiento de líneas de base recogidos en la Parte 80 del Título 40 del Code of Federal Regulations no eran compatibles con el párrafo 4 del artículo III del Acuerdo General (Trato Nacional), ni podían justificarse al amparo de lo dispuesto en los apartados b), d) y g) de su artículo XX, sobre excepciones generales (...)».

b) «(...) El Grupo Especial recomienda al Órgano de Solución de Diferencias que pida a los Estados Unidos que pongan esta parte de la Reglamentación sobre Gasolinas en conformidad con las obligaciones que incumben a ese país en virtud del Acuerdo General (...)».

Estados Unidos apeló el informe del Panel. El Órgano de Apelación concluyó estableciendo que:

a) El Panel había incurrido en error al decidir que las medidas de Estados Unidos eran incompatibles con el Artículo XX, letra g, del GATT.

b) También, el Panel incurrió en error, porque falló en establecer que las medidas de Estados Unidos eran incompatibles con lo dispuesto en el preámbulo del Artículo XX del GATT. Por consiguiente, el Órgano constató que tales medidas, no se justificaban

⁸¹ Marcado con el número: WT/DS2/R, Párrafos 8.1 y 8.2.

al amparo del citado artículo.

El Órgano recomendó a Estados Unidos a que ajustara sus normas internas a sus obligaciones dimanantes del GATT. El informe del Órgano de Apelación y el del Grupo Especial fueron adoptados por el OSD el 20 de mayo de 1996 (un año y tres meses aproximadamente del inicio de las consultas). Estados Unidos anunció su voluntad de aplicar las recomendaciones al cabo de un plazo prudencial de 15 meses.

Tanto para Venezuela como para Brasil este caso revestía una especial importancia. Ambos países productores de petróleo y de gasolina, vieron amenazados sus intereses en el mercado americano, por una regulación marcadamente proteccionista de la industria nacional estadounidense. En un tiempo considerado expedito (un año y tres meses del proceso, más los quince meses de plazo de aplicación de las recomendaciones), Venezuela y Brasil pudieron hacer que Estados Unidos retirara la medida que lesionaba sus intereses y al mismo tiempo sentar un importante precedente, en uno de los casos más citados y referenciados en el derecho de la OMC y el sistema multilateral de solución de diferencias. Esta victoria sirvió como ejemplo para otros países similares de que el sistema funcionaba y si se podían defender intereses nacionales, económicos y comerciales importantes, como es el caso de Venezuela con el petróleo, su principal fuente de divisas y un elemento de peso en su economía.

2.3. Comunidades Europeas–Denominación comercial de sardinas

Este caso enfrentó a Perú, el reclamante, contra las Comunidades Europeas (CE), el demandado. Perú alegaba en su solicitud de consultas⁸² que las CE mantenían un Reglamento, mediante el cual se negaban a reconocer como “sardinas” a una especie de sardinas presente en las costas de Perú y Chile.

Perú, en su solicitud de consultas, expresó que la especie *sardinops sagax sagax* que

⁸² Documento marcado con el número: WT/DS231/1.

el Perú capturaba y exportaba, se encontraba entre las especies denominadas como “sardinias”, según las normas del Codex Alimentarius (STAN 94-181 rev. 1995) y por lo tanto, la acción de las CE constituían un obstáculo injustificado al comercio, además de ser un acto discriminatorio, por lo cual infringía varias disposiciones del Acuerdo sobre OTC y el GATT. Como terceros participaron Chile, Colombia, Ecuador, Venezuela, Estados Unidos y Canadá. En esta fase las partes no pudieron llegar a un acuerdo.

En el informe del Grupo Especial se concluyó lo siguiente:

a) El Reglamento de las CE era incompatible con el párrafo 4 del artículo 2 del Acuerdo OTC.

b) Conforme al párrafo 8 del artículo 3 del ESD, según el cual "en los casos de incumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de un Acuerdo abarcado, se presume que la medida constituye un caso de anulación o menoscabo", el Panel llegó a la conclusión de que el Reglamento de las CE anuló o menoscabó las ventajas dimanantes para el Perú del Acuerdo sobre la OMC, en particular del Acuerdo OTC.

c) El Panel recomendó al OSD pedir a las CE que colocara su medida en conformidad con sus obligaciones derivadas del Acuerdo OTC.

Las CE manifestaron su deseo de apelar determinadas cuestiones del informe del Grupo Especial. El Órgano de Apelación concluyó confirmando las constataciones hechas por el Grupo Especial en su informe y recomendó a las CE a poner sus reglamentaciones en consonancia con sus compromisos, en virtud del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio. El informe del Grupo Especial y el del Órgano de Apelación, respectivamente, fueron adoptados por el OSD.

Con posterioridad, Perú y las CE comunicaron al OSD que sobre la base del Artículo 3,

Párrafo 6 del ESD, habían llegado a una solución mutuamente satisfactoria.

Perú en esa oportunidad demostró una gran habilidad en un caso de amplia complejidad (como la mayoría de los casos de obstáculos técnicos), haciendo valer eficientemente sus derechos, contra una potencia como las CE, sobre un producto sensible para ambos contrincantes. Además de Perú, participaron como terceros cuatro países en desarrollo: Chile, Colombia, Ecuador y Venezuela. Chile fue quizás el más interesado de los cuatro, ya que la especie de sardina en cuestión es bastante importante para sus intereses comerciales.

En noviembre del 2006 Perú obtuvo el derecho de usar el término “sardina” para la especie *sardinops sagax sagax*, asegurando la comercialización de este producto en todo el mundo.

2.4. Comunidades Europeas – Productos avícolas

Este caso enfrentó por un lado a Brasil como reclamante, y del otro lado, a las CE como demandados. Además de estos participantes intervinieron en calidad de terceros Tailandia y los Estados Unidos.

Brasil, en su escrito de consulta, expresó su inconformidad respecto del régimen de importación de determinados productos avícolas y la aplicación de contingentes arancelarios por parte de las CE. Estas medidas, según Brasil, producían una anulación y menoscabo de sus derechos, pues eran incompatibles con los compromisos del GATT. En la fase de consultas, las partes no pudieron llegar a una solución mutuamente convenida.

El informe del Grupo Especial concluyó que Brasil no pudo demostrar que las CE habían aplicado una medida contraria a la OMC, es decir, la aplicación de un contingente arancelario para aves de corral contrario a lo dispuesto en el GATT. El Panel sí encontró que las CE no habían notificado la información necesaria con respecto al contingente

para aves de corral al Comité de Licencias de Importación de la OMC, con arreglo al párrafo 4 a) del artículo 1 del Acuerdo sobre Licencias de Importación. También el Panel constató que las CE incumplieron con ciertas disposiciones del Acuerdo sobre la Agricultura, en lo que se refiere a las importaciones de productos avícolas fuera del contingente.⁸³

Brasil apeló el informe del Grupo Especial. El Órgano de Apelación en su informe, confirmó la mayoría de las constataciones del informe del Grupo Especial, pero concluyó que en determinados casos el precio utilizado por las CE para el cálculo de los derechos adicionales de salvaguardia era incompatible con el párrafo 5 del artículo 5 del Acuerdo sobre la Agricultura. El Órgano, por lo tanto, recomendó a las CE ceñirse a las obligaciones dimanantes de la OMC y, en consecuencia, retirar esas medidas.

Posteriormente el OSD adoptó los informes del Panel y del Órgano de Apelación. Finalmente, las partes en el conflicto informaron que habían llegado a un plazo mutuamente convenido para la aplicación de las recomendaciones y sugerencias.

En otra victoria más para Brasil, este país demostró que ya entraba en madurez respecto al uso del mecanismo de solución de diferencias de la OMC, siendo su segunda victoria consecutiva (después del caso Estados Unidos – Gasolina). Brasil, con su tenacidad hasta el final, no desmayó en su esfuerzo por conseguir una salida satisfactoria. No estando conforme con el informe del Panel, apeló y logró una decisión favorable del Órgano de Apelación, que reconoció méritos en determinados puntos que Brasil había expuesto en primera instancia y que no habían sido considerados oportunamente por el Grupo Especial.

Sección II. República Dominicana de cara al Órgano de Solución de Diferencias de la OMC: Conflictos y lecciones aprendidas

1.1. Los conflictos

⁸³ El término contingente significa en este ámbito el límite dentro del cual se aplican ciertos aranceles.

La República Dominicana, hasta marzo del 2023, ha tenido 18 actuaciones ante el sistema de solución de diferencias de la OMC. En nueve de esos casos el país ha actuado como tercero y en otros ocho ha actuado en calidad de demandado. Como reclamante, la República Dominicana ha iniciado apenas un proceso, pero el número de casos en los que ha participado como tercero nos puede dar una idea de cómo el país ha abordado las problemáticas planteadas y ha apoyado con sus escritos y opiniones la posición de los reclamantes principales, en asuntos de común importancia comercial para estos países.

De modo que en esta sección nos abocaremos a estudiar los distintos casos en que ha intervenido la República Dominicana en sus distintas calidades, primero en los casos en que ha actuado como tercero, luego en los casos en los que ha participado en calidad de demandado y finalmente en el único caso en que ha intervenido como reclamante.

1.1. República Dominicana como tercero ante los procesos de solución de diferencias de la OMC

Hasta marzo del 2023 la República Dominicana solo había participado como reclamante ante un proceso de la OMC, como fue señalado anteriormente. No obstante, esto no ha impedido que el país defienda activamente sus intereses comerciales si estos se ven amenazados.

La posibilidad de actuar como tercero en un proceso de solución de diferencias de la OMC, sin duda, le ofrece al mecanismo una ventana de posibilidades que pueden ser aprovechadas por numerosos países. Aunque no tienen el mismo carácter que los reclamantes, los terceros ofrecen, con su apoyo y opiniones, valiosas contribuciones que pueden ayudar al retiro de medidas incompatibles, cuya eliminación no solo beneficia al reclamante principal, sino que también derrama las ganancias sobre los demás actores secundarios del proceso.

Además, como veremos en algunos de los casos, el país de hecho contribuyó a la defensa del demandado (como fue en el caso CE – Bananos III), lo que significa que la

calidad de tercero suele tener diferentes connotaciones que pueden implicar el apoyo a una u otra parte en el proceso.

Los nueve casos en los que la República Dominicana ha actuado como tercero son:

- 1) Comunidades Europeas — Banano III (DS27).
- 2) Estados Unidos — Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior (DS152).
- 3) Brasil — Protección mediante patente (DS199).
- 4) Estados Unidos — Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor (DS406).
- 5) Australia — Determinadas medidas relativas a las marcas de fábrica o de comercio y otras prescripciones de empaquetado genérico aplicables a los productos de tabaco y al empaquetado de esos productos (DS434).
- 6) Australia — Determinadas medidas relativas a las marcas de fábrica o de comercio, indicaciones geográficas y otras prescripciones de empaquetado genérico aplicables a los productos de tabaco y al empaquetado de esos productos (DS435).
- 7) Australia — Determinadas medidas relativas a las marcas de fábrica o de comercio, indicaciones geográficas y otras prescripciones de empaquetado genérico aplicables a los productos de tabaco y al empaquetado de esos productos (DS458).
- 8) Australia — Determinadas medidas relativas a las marcas de fábrica o de comercio, indicaciones geográficas y otras prescripciones de empaquetado genérico aplicables a los productos de tabaco y al empaquetado de esos productos (DS437);⁸⁴ y
- 9) China — Medidas relacionadas con los programas de bases de demostración y plataformas de servicios comunes (DS489).

Como podemos observar, de estos nueve casos, cinco de ellos han envuelto al tabaco, un producto de relevancia comercial para República Dominicana, siendo su principal rubro de exportación fuera de la minería. De los cinco casos enumerados anteriormente, cuatro corresponden a la misma controversia (Australia – Tabaco), en la cual República Dominicana también actuó en calidad de reclamante, siendo, de hecho, la primera

⁸⁴ Los aspectos relativos a los cuatro casos contra Australia por las medidas aplicadas a los productos de tabaco serán analizados más adelante en el apartado sobre la actuación de nuestro país como reclamante.

ocasión que interviene en dicha calidad. En ese sentido abordaremos el estudio del referido caso desde la perspectiva de nuestra condición de reclamante.

1.1.1. Comunidades Europeas – Banano III (DS27)

Este caso enfrentó por un lado a Ecuador, Guatemala, México, Honduras y Estados Unidos, como reclamantes, y a las CE como demandado. Veintitrés países (incluyendo la República Dominicana) participaron como terceros en esta diferencia. Por su alto número (tanto reclamantes como terceros), el lapso de tiempo que ha agotado la controversia (más de diez años) y la importancia económica del rubro objeto de la diferencia, se considera que este es uno de los casos de mayor complejidad que han sido sometidos al sistema de solución de diferencias de la OMC.

Todo comenzó con la solicitud de celebración de consultas realizada conjuntamente por los gobiernos de Ecuador, Guatemala, México, Honduras y Estados Unidos, en la que exponían su inconformidad con el régimen para la importación, venta y distribución de bananos, establecido en virtud del Reglamento 404/93 (JO L 47 de 25 de febrero de 1993) de las CE y medidas posteriores que, a juicio de los reclamantes, eran incompatibles con las obligaciones de la OMC, específicamente con las del GATT, con el Acuerdo sobre Agricultura y con el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS), entre otros. Estas medidas, según los reclamantes, producían distorsiones en el comercio que anulaban y menoscababan sus derechos en virtud de la OMC y afectaban los objetivos de los Acuerdos abarcados pertinentes. Las partes en el conflicto no pudieron llegar a una solución satisfactoria en esta etapa.

La República Dominicana, habiendo asegurado su participación como tercero, pudo asistir a las reuniones sustantivas del Grupo Especial. El informe del Grupo Especial señala que la República Dominicana se reservó su derecho en calidad de tercero para presentar comunicaciones y ser oído por el Grupo Especial, de conformidad con el artículo 10 del ESD.

En el informe del Grupo Especial se estableció también que, dentro de los países que integran el grupo África, Caribe y Pacífico (ACP), la República Dominicana se encuentra entre los principales productores y exportadores de banano a las CE. Los países ACP (también signatarios del Convenio Lomé IV) manifestaron, en conjunto, que la cuestión es de particular interés para ellos, ya que en algunos de los países ACP el banano es una fuente importante de divisas y empleos.

Atendiendo a las razones expuestas en el párrafo V del informe del Grupo Especial, los países ACP (incluyendo a la República Dominicana) concluyeron lo siguiente:

Que la exención relativa al Convenio de Lomé era el fundamento legal del trato preferencial otorgado a las exportaciones de banano ACP a la CE y cumplía ampliamente su finalidad de garantizar la seguridad jurídica. En consecuencia, el Grupo Especial debía constatar que el régimen del banano de la CE no infringía el artículo I del GATT, por estar comprendido dicho régimen en el ámbito de aplicación de la exención relativa al Convenio de Lomé.

Que las asignaciones de cuotas del contingente arancelario a los Estados ACP y las medidas relativas a las licencias no infringían las disposiciones pertinentes del GATT y de los demás instrumentos del Anexo 1A del Acuerdo sobre la OMC.

Que el régimen del banano de la CE era plenamente compatible con el AGCS y, en cualquier caso, no establecía discriminaciones entre los proveedores de servicios por razón de que se tratara o no de proveedores ACP.

Estas conclusiones de los países ACP significaban una evidente defensa de las CE y las medidas que estas mantenían. Esta actitud se explica, desde luego, por el interés de los países ACP en mantener sus ventajas dimanantes del Acuerdo de Lomé IV, que les otorgaban una posición más ventajosa respecto a los demás países.

En sus observaciones finales el Grupo Especial admitió que en el curso de sus actuaciones había sido consciente de los efectos económicos y sociales de las medidas de la CE que se examinan en el presente caso, especialmente para los países ACP y de América Latina exportadores de banano. Reconociendo ese hecho habían decidido

conceder a los terceros, en el procedimiento, derechos de participación considerablemente más amplios que los que normalmente se les conceden de conformidad con el ESD.⁸⁵

El Panel concluyó que las medidas de las CE eran incompatibles con los compromisos adquiridos en virtud del Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación y con los Artículos II y XVII del GATS. El Grupo Especial, por lo tanto, recomendó al OSD que pidiera a las CE que ajustaran su régimen de importación de banano conforme a los compromisos emanados de la OMC.

Las CE manifestaron su intención de apelar el informe del Grupo Especial, sobre determinadas cuestiones de derecho e interpretaciones jurídicas.⁸⁶ En el informe del Órgano de Apelación la República Dominicana, como parte del conjunto de países ACP, manifestó su desacuerdo con el informe del Grupo Especial y con las conclusiones y constataciones en él contenidos, en los mismos términos que las CE. Pidieron también al Órgano de Apelación que tomara en consideración las cuestiones que revisten interés para los países ACP.⁸⁷ Las alegaciones de los terceros ACP se resumen a continuación:

- a) Afirmaban que el Panel incurrió en error en cuanto a los requisitos necesarios para la constitución del Grupo Especial.
- b) Argumentaron que sus derechos como terceros fueron menoscabados por el Panel al no permitírseles una representación plena y adecuada en las reuniones sustantivas.
- c) Sostuvieron que el Panel cometió un error de interpretación respecto del Convenio de Lomé y los derechos que les asisten a los países ACP.

⁸⁵ WT/DS27/R/ECU, GTM, HND, MEX, USA, párrafo 8.2.

⁸⁶ WT/DS27/AB/R.

⁸⁷ Ibid, párrafo 106.

d) Alegaron que las licencias eran necesarias, ya que los bananos ACP no podían competir con los bananos de terceros países por diversas razones de costo y condiciones del mercado.

e) Expresaron que la interpretación que había hecho el Panel del GATS había sido errónea.

El Órgano de Apelación, en su informe, concluyó confirmando la mayoría de las constataciones del Grupo Especial, sin embargo, reconoció válidamente que las CE otorgan un tratamiento diferente a los países ACP en virtud de sus compromisos derivados del Convenio de Lomé. El Órgano de Apelación recomendó al OSD que solicitara a las CE poner las medidas que se habían encontrado como incompatibles, conformes a sus compromisos en virtud del GATT y el GATS. Los informes respectivos del Órgano de Apelación y del Grupo Especial fueron adoptados en fecha 25 de septiembre de 1997.

Las CE manifestaron su intención de cumplir con las recomendaciones de los informes, para lo cual solicitaron consultas con las contrapartes para la determinación del plazo prudencial de aplicación de las recomendaciones y sugerencias. Las partes en la controversia no pudieron llegar a un acuerdo sobre el plazo prudencial y fue necesaria la intervención de un árbitro para que este determinara el plazo.⁸⁸ El árbitro, después de escuchar a las partes envueltas, concluyó a favor del plazo propuesto por las CE, el cual vencía a principios de enero de 1999.⁸⁹ Finalmente, el 2 de julio del 2001 las CE notificaron al OSD que habían llegado a una solución mutuamente satisfactoria con Estados Unidos y Ecuador sobre el asunto.

Este caso continuó teniendo ramificaciones hasta finales del año 2008. Lo importante que podemos extraer para la República Dominicana es que, siendo nuestro primer caso como país, pudimos ser partícipes de la defensa de nuestros intereses comerciales. La

⁸⁸ Arbitraje en virtud del Artículo 21, párrafo 3 c) del ESD.

⁸⁹ Véase laudo del árbitro, marcado con el número WT/DS27/15.

República Dominicana es un gran productor de banano orgánico y uno de los principales exportadores a Europa, que a su vez se encuentra entre los principales consumidores a nivel mundial.

El hecho de que el país defendiera sus intereses en el marco del Convenio de Lomé, también es uno de los puntos a destacar. El asunto iba más allá del banano, se trataba de la defensa del régimen preferencial de Lomé IV considerado en su conjunto. Los países ACP, pequeños y pobres en su mayoría, lograron aprovechar las sinergias para salvaguardar el interés común, demostrando que por más pequeños que puedan ser la unión hace la fuerza. Sin duda, aunque las CE pudieran haber salido perdedoras, la República Dominicana ganó importantes puntos de experiencia en un caso bastante complejo y de múltiples ramificaciones.

1.1.2. Estados Unidos-Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior (DS152)

Este caso enfrentó, por un lado, a las CE como reclamante, y por el otro a Estados Unidos como demandado. Unos 18 países, incluida la República Dominicana, actuaron en calidad de terceros. Las CE en su escrito de solicitud de consultas, alegaban que ciertas disposiciones de la Ley de Comercio Exterior del 1974 (Artículos 301 al 310) de los Estados Unidos, disponían sobre plazos y sanciones comerciales, sin observar las normas del ESD, ni contando con la autorización previa del OSD. Por lo tanto, la referida Ley americana infringía las normas dispuestas por el ESD, el Acuerdo para el establecimiento de la OMC y el GATT, que menoscababan y anulaban los derechos de las CE, además de que comprometían los objetivos de los Acuerdos. Las partes en esta etapa no pudieron llegar a una solución convenida.

La República Dominicana ya había solicitado adherirse a las consultas mediante una comunicación fechada el 7 de diciembre de 1998 (WT/DS152/2). En el informe del Grupo Especial, se expresó que «(...) la República Dominicana acoge con satisfacción la oportunidad de participar como tercero en este procedimiento a fin de sumar su voz en apoyo de un procedimiento multilateral único para la solución de las

diferencias comerciales (...)».⁹⁰

En sus argumentos de derecho la República Dominicana manifestó que apoyaba la opinión de Brasil, en el sentido de que una ley nacional podía ser impugnada por ser contraria a una norma de la OMC. Además, el país se sumó a la posición de las CE, que a su juicio establecía que era necesario seguir y respetar las normas del ESD para garantizar la seguridad y previsibilidad en el sistema multilateral de solución de diferencias.⁹¹

También se sumó a la opinión de Japón, que recordaba el principio de que los miembros de la OMC deben abstenerse de tomar medidas unilaterales que impliquen la suspensión de las concesiones. Igualmente, la República Dominicana se adhirió a la posición de Brasil argumentando que la referida Ley americana contravenía el Artículo 23 del ESD, ya que facultaba una determinación de infracción fuera de lo dispuesto por el propio ESD. En fin, el país se unió a las opiniones de la India, Corea y Hong Kong, que abogaban por el respeto de los compromisos internacionales suscritos por todos los miembros de la OMC.

La República Dominicana expresó al Panel su consideración respecto a los derechos conferidos en virtud de la cláusula de habilitación. El país también expresó que el procedimiento llevado a cabo por Estados Unidos, y que en este caso era sujeto de impugnación, suponía un riesgo constante para los exportadores dominicanos, ya que no tenían seguridad ni previsibilidad, cosa de que sí gozan mediante el sistema de solución de diferencias de la OMC.

El Grupo Especial concluyó estableciendo que los artículos 301 al 310 de la Ley de Comercio Exterior de Estados Unidos no eran compatibles con las obligaciones emanadas de la OMC. Concretamente, dijo que las disposiciones mencionadas se encontraban en contravención a las normas del ESD, especialmente al Artículo 23

⁹⁰ Informe del grupo especial, párrafo 5.141, marcado con el número WT/DS152/R.

⁹¹ WT/DS152/R, párrafo 5.143.

(Fortalecimiento del sistema multilateral), que insta a los miembros a recurrir al sistema de solución de diferencias de la OMC en caso de menoscabo o anulación de sus derechos, en lugar de optar por las vías unilaterales. El informe del Grupo Especial fue adoptado en fecha 27 de enero del 2000, sin Estados Unidos apelar.

El presente caso nos demuestra una cierta madurez del país en estos procesos. Ya en esta ocasión República Dominicana pudo presentar sus criterios individualmente, aunque en la mayoría de los puntos se adhería a las opiniones expresadas por otros países que compartían similares intereses. Esto nos puede dar una idea de la estrategia que utilizó el país en esos momentos. Aunque el caso puede parecer que fue sometido con el fin de adquirir experiencia (no se puede extraer un producto de interés en específico, como el banano, por ejemplo), no es menos cierto que la medida atacada ponía bajo amenaza los intereses colectivos de muchos productores y exportadores dominicanos.

Por igual, el hecho de que las medidas en cuestión puedan utilizarse como un mecanismo de sanción unilateral por parte de Estados Unidos (sin autorización de la OMC), es en sí una justificación para que un país con alta dependencia de ese mercado (como el nuestro), cuestione la existencia de este tipo de mecanismos. A pesar de estos cuestionamientos, Estados Unidos mantiene la Sección 301 de la Ley de Comercio Exterior, haciendo uso de sus disposiciones de manera reiterativa, lo que ha generado a su vez disputas que han sido llevadas a la OMC, e incluso, su utilización fue uno de los factores que provocó la guerra comercial entre Estados Unidos y China que estalló en el 2018.

1.1.3. Brasil — Protección Mediante Patente (DS199)

Este caso enfrentó a Estados Unidos como reclamante y a Brasil como demandado. La República Dominicana, al igual que Honduras, India y Japón, participaron como terceros.

En su escrito de consultas Estados Unidos manifestaba que la Ley de Propiedad Industrial de 1996 de Brasil, que exigía un requisito de explotación local de los derechos de patente, solo podía cumplirse a través de la producción nacional y no consideraba la importación de materia patentada. La medida del Brasil, por lo tanto, violentaba lo dispuesto por el Artículo III del GATT (Trato Nacional), así como los Artículos 27 (Materia Patentable) y 28 (Derechos Conferidos) de los ADPIC.

La etapa de consultas terminó sin que las partes hubieran llegado a un acuerdo, por lo cual el OSD estableció un Grupo Especial. Los terceros, incluyendo a la República Dominicana, se reservaron sus derechos. Sin embargo, posteriormente, el 5 de julio del 2001, las partes en la controversia notificaron al Órgano que habían llegado a una solución mutuamente satisfactoria. El acuerdo entre las partes puso fin al asunto y los terceros no establecieron posteriores consultas de manera individual con Brasil.

1.1.4. Estados Unidos — Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor (DS406)

Este caso enfrentó a Indonesia como reclamante y a Estados Unidos como demandado, siendo Indonesia el primer productor a nivel mundial de cigarrillos de clavo de olor y el principal proveedor de Estados Unidos en este rubro. Brasil, Colombia, República Dominicana, Unión Europea, Guatemala, México, Noruega y Turquía intervinieron como terceros. Este caso es relevante porque marcó el inicio de una actuación más proactiva por parte de República Dominicana para proteger uno de sus mayores intereses comerciales: el tabaco, específicamente los cigarrillos premium, que a su vez tienen por principal destino a Estados Unidos.

El objeto de la presente controversia fue la Ley de control del tabaco y prevención del tabaquismo en la familia, de 2009 de Estados Unidos. Esta legislación prohibía la venta y producción de cigarrillos con ciertos aditivos, tales como el clavo de olor, pero no afectaba a los cigarrillos que contenían mentol. Por lo tanto, Indonesia alegaba un trato discriminatorio, ya que al tratarse de productos similares, es decir, cigarrillos con clavo de olor y cigarrillos con mentol, al prohibirse la venta (por consiguiente la importación) de

éstos últimos, se contraviene con el principio de Trato Nacional (Artículo III, Párrafo 4 del GATT), el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC) y el Acuerdo sobre Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (MSF).

Esta controversia es muy pertinente al país, ya que Estados Unidos trajo a colación el caso República Dominicana-Importación y venta de cigarrillos, una disputa que nos enfrentó contra Honduras y en la que Estados Unidos intervino como tercera parte. Según este último, apoyándose en los informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación del referido caso, "cuando un supuesto efecto perjudicial para un producto importado no es atribuible a su origen extranjero, sino a algún otro factor, ese efecto no constituye prueba de trato menos favorable". Estados Unidos también referenció con la misma opinión rendida por los sendos informes del caso CE-Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos.

El Panel consideró en su informe que, más allá de establecer la incompatibilidad de la medida bajo cuestionamiento, también se debe demostrar la relación causal entre los efectos desfavorables de dicha medida y el factor "origen" del producto en cuestión. Estados Unidos, igualmente tomando como base el informe del Órgano de Apelación del caso República Dominicana - Importación y venta de cigarrillos, consideró que el análisis bajo el Artículo III, Párrafo 4 del GATT, es decir para determinar el trato menos favorable, debe hacerse en dos fases: i) debe determinarse que los productos importado y nacional similares han recibido un trato diferente en función del origen nacional, y ii) debe determinarse si ese trato diferente constituye un trato menos favorable para el producto importado.

Indonesia por su parte rechazó la caracterización del trato menos favorable de Estados Unidos. Por el contrario, Indonesia y algunos terceros entienden que los productos nacionales y los importados pueden recibir un trato diferente, pero ese trato será "menos favorable" si tiene el efecto de modificar las condiciones de competencia en perjuicio de los productos importados.

El Panel, en sus determinaciones, encontró que la medida de Estados Unidos era incompatible con el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, específicamente el Artículo 2, Párrafo 1 de dicho Acuerdo. Para el Grupo Especial los cigarrillos de clavo de olor y los mentolados son “productos similares”, por lo tanto, la medida de Estados Unidos constituye una discriminación de los primeros frente a los segundos. No obstante, en un revés sumamente importante no solo para Indonesia, sino también para toda la industria del tabaco, el Panel determinó que la medida de Estados Unidos de prohibir la venta de cigarrillos de clavo de olor (y de otros sabores) sí contribuye a disminuir el consumo de tabaco en los usuarios, incluyendo a los jóvenes.

También el Grupo Especial constató que Estados Unidos había incumplido sus compromisos en virtud del Acuerdo OTC al faltar en su obligación de notificar a los miembros de la OMC sus reglamentos técnicos, así como de otorgar un plazo prudencial entre dicha notificación y la recepción de comentarios a las medidas en cuestión. No obstante, favoreció a Estados Unidos en otros cuestionamientos igualmente importantes, tales como los compromisos que impone el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio a los miembros de la OMC de explicar y detallar el alcance de las reglamentaciones, así como de tener en especial cuenta las realidades y necesidades de los países en desarrollo miembros de la Organización.

Estados Unidos procedió a apelar el informe del Grupo Especial. Para esta oportunidad, República Dominicana manifestó su intención de participar en la audiencia en su calidad de tercera parte. Sin embargo, en el informe del Órgano de Apelación no figuran los argumentos de República Dominicana, aunque sí los de otros seis intervinientes en calidad de terceros, lo que llama la atención sobre este proceder del país, que tampoco tuvo una voz cantante cuando se conoció la fase del Grupo Especial.

Los argumentos de Estados Unidos se basaron en que el Panel había cometido errores al determinar que este país había actuado en contravención con el Artículo 2, Párrafo 1 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio. En esencia, planteó que el Grupo Especial se equivocó al considerar similares los cigarrillos de clavo de olor y los

cigarrillos mentolados. Por lo tanto, tampoco se podía hablar de un trato discriminatorio entre un producto y otro. Terminó rechazando las demás constataciones del Panel que le fueron adversas, incluyendo la relativa al plazo prudencial entre la publicación de la norma técnica y sus plazos para comentarios y puesta en ejecución.

No obstante, el Órgano de Apelación ratificó la determinación del Grupo Especial en el sentido de que Estados Unidos había actuado en contravención con el Artículo 2, Párrafo 1 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, reconociendo que los cigarrillos de clavo de olor y los cigarrillos mentolados son productos similares. Pero ahí mismo, el Órgano no coincidió con el Panel sobre su interpretación de los términos “productos similares” y “trato no menos favorable”. Para ello, el Órgano de Apelación determinó que para considerar similares dos productos se requiere hacer una evaluación respecto a las características físicas, a los usos finales, a los gustos y costumbres de los consumidores, así como de la clasificación arancelaria del rubro en cuestión.

Por igual, el Órgano de Apelación también constató que Estados Unidos, con su medida, había colocado en una posición más desfavorable a los cigarrillos de clavo de olor con respecto a los cigarrillos mentolados, es decir, una discriminación entre productos similares a la luz del Acuerdo OTC. Así mismo, al otorgar tres meses entre el anuncio de la medida y su entrada en vigor (y no, digamos, seis meses) también había incumplido sus compromisos en virtud del referido Acuerdo. Por último, en una importantísima determinación el Órgano consideró que el Párrafo 5.2 de la Decisión Ministerial de Doha constituye un “acuerdo ulterior entre las partes” en el sentido del párrafo 3 a) del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

No obstante la victoria estratégica de Indonesia, este caso tuvo un desenlace muy peculiar. Luego de la decisión del Órgano de Apelación, Estados Unidos procedió a entablar conversaciones con Indonesia tendientes a acordar un plazo prudencial para la implementación de las recomendaciones, lo que posteriormente sería notificado al Órgano de Solución de Diferencias de la OMC para su constatación y conocimiento de

todos los miembros de la Organización. Este plazo prudencial fue acordado en 15 meses, que vencían en julio del 2013. Sin embargo, expirado el referido plazo Estados Unidos no había colocado las medidas en disputa en consonancia con sus compromisos derivados de la OMC. Por tanto, Indonesia al mes siguiente, es decir, en agosto del 2013, solicitó autorización al Órgano de Solución de Diferencias para suspender las concesiones y obligaciones respecto a Estados Unidos.

A continuación, Estados Unidos manifestó su oposición al alcance de las suspensiones encaminadas por Indonesia, para lo cual procedió a someter esta cuestión a arbitraje bajo el Artículo 22.6 y 22.7 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC. Al margen de este procedimiento se produjeron acercamientos entre ambas partes, tendientes a encontrar una salida mutuamente satisfactoria. Por ese motivo, en junio del 2014 el árbitro que conocía del proceso bajo los artículos antes mencionados notificó al OSD el hecho de que recibió una solicitud conjunta de las dos partes contendientes para suspender la distribución de su laudo.

Más adelante, en octubre de ese mismo año, los contrincantes notificaron que habían llegado a una solución mutuamente convenida, mediante una comunicación al OSD. Esto provocó también que tanto Indonesia, como Estados Unidos retiraran todos los demás procesos que habían encaminado luego de la determinación del Órgano de Apelación, a saber, la solicitud de suspensión de concesiones (incoada por Indonesia) y la objeción a dicha suspensión (solicitada por Estados Unidos).

En definitiva, y a pesar de haber obtenido una victoria sumamente significativa frente a Estados Unidos en un caso de relevancia comercial, Indonesia prefirió manejar la solución fuera de la OMC mediante la firma de un Memorando de Entendimiento (MOU). Este hecho trae varias lecturas, una de ellas es el criterio o costo de oportunidad que pudo haber contemplado Indonesia, producto de las limitaciones del mecanismo de solución de diferencias de la OMC. El MOU también le permitió a Indonesia avanzar en otras agendas con Estados Unidos, es decir, la victoria en el caso fue utilizada como comodín de negociación para procurar ventajas diplomáticas y comerciales con Estados

Unidos. Por lo tanto, el beneficio de obtener una victoria en un caso ante la OMC puede tener ramificaciones, más allá del propio ecosistema de la organización, para la parte gananciosa. A pesar de que este tipo de acuerdos favorecen posiciones y agendas particulares, estos pueden resultar contraproducentes a la hora de conferir estabilidad y previsibilidad al sistema de solución de diferencias, así como al objetivo primordial del mecanismo, que es asegurar el imperio de la ley y la prevalencia del derecho de la OMC.

1.1.5. China—Medidas relacionadas con los programas de bases de demostración y plataformas de servicios comunes (DS489)

Este caso enfrentó por un lado a Estados Unidos como reclamante y a la República Popular China como demandado. Unión Europea, Australia, Canadá, India, República de Corea, Brasil, Japón, Federación de Rusia, Colombia, Singapur, Taipei Chino (nombre designado por la OMC como territorio aduanero), Arabia Saudita, Reino de la y República Dominicana intervinieron en calidad de terceras partes. Las alegaciones de Estados Unidos se basaron en torno a ciertas medidas que mantenía la República Popular China, mediante las cuales se otorgaban subsidios a varias empresas, encontrándose dichas ayudas sujetas a requisitos de desempeño, como lo eran la exportación. En ese sentido, planteaba Estados Unidos, que las medidas de la República Popular China se encontraban dentro del conjunto de “subvenciones prohibidas” previstas en el Artículo 3, Párrafo 1 a) y Párrafo 2 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC.

Bajo esta lógica Estados Unidos entendía que la República Popular China mantenía dos programas incompatibles con el derecho de la OMC, a saber: 1) "bases de demostración para la transformación y la mejora del comercio exterior" ("bases de demostración"); y 2) "plataformas de servicios comunes". El primero de éstos programas, del cual partió el nombre que lleva la controversia, según se desprende de la solicitud de consultas de Estados Unidos, comprenden agrupaciones industriales de varias ramas de producción (textiles, agriculturas, productos médicos, la industria ligera, la ingeniería química especial, los nuevos materiales y los artículos de ferretería y materiales de construcción, a las que China le confiere ciertas subvenciones, que van atadas al requisito de

exportación. Estados Unidos también incluyó en su reclamación a las llamadas plataformas de servicios comunes, que son proveedores que otorgan servicios a las empresas de las bases de demostración.

Aunque este caso no llegó a mayores desenlaces, puesto que luego de constituido el Grupo Especial ambas partes contrincantes notificaron al Órgano de Solución de Diferencias que habían llegado a una solución mutuamente convenida en la forma de un Memorando de Entendimiento, la controversia volvió a poner en relieve la creciente tensión comercial, económica y política entre Estados Unidos y China. Pese a que en esta ocasión los tambores de guerra comercial no se hicieron sentir como si ocurrió apenas tres años después, la disputa subrayó una preocupación latente de Estados Unidos acerca de las sospechas de programas encubiertos a las subvenciones, cuyo blanco aparte de China ha apuntado a otros países.

1.2. República Dominicana como demandado ante los procesos de solución de diferencias de la OMC

Hasta el mes de marzo del 2023 República Dominicana ha intervenido en ocho ocasiones en calidad de demandando por ante el sistema de solución de diferencias de la OMC. Seis de estos casos tienen elementos conexos, por lo cual los examinaremos conjuntamente.

Los casos en los que el país ha sido demandado son los siguientes:

- 1) República Dominicana – Medidas que afectan a la importación de cigarrillos (DS300);
- 2) República Dominicana - Medidas que afectan a la importación y venta interna de cigarrillos (DS302).
- 3) República Dominicana – Comisión cambiaria que afecta a las importaciones procedentes de Costa Rica (DS333).
- 4) República Dominicana — Medidas de salvaguardia sobre las importaciones de sacos de polipropileno y tejido tubular (Cuatro casos: DS415-DS418).
- 5) República Dominicana — Medidas antidumping sobre barras de acero corrugadas (DS605).

Cada uno de estos casos presenta sus complejidades, por lo que merece de nuestra parte un estudio analítico de la problemática que entrañan y la importancia para el país de las medidas atacadas.

1.2.1. Medidas que afectan a la importación de cigarrillos y medidas que afectan a la importación y venta interna de cigarrillos (DS300)

Este caso enfrentó a nuestro país con Honduras. En la solicitud inicial de celebración de consultas de fecha 8 de agosto del 2003 (Medidas que afectan a la importación de cigarrillos), Honduras expresó los puntos de vista del objeto de su solicitud con los argumentos de hecho y de derecho (DS300). Sin embargo, posteriormente, en fecha 8 de octubre del mismo año, Honduras volvió a solicitar consultas con la República Dominicana, sobre la base de los mismos argumentos de la solicitud inicial, pero ampliando el espectro para incluir también el tema de la venta interna de cigarrillos. En vista de la relación entre una y otra solicitud de consultas, nos referiremos a los puntos de su segunda solicitud (DS302).

Además de la República Dominicana y de Honduras, en el segundo caso actuaron como terceros: Chile, China, las CE, El Salvador, Guatemala, Nicaragua y Estados Unidos. En su solicitud Honduras consideró que la República Dominicana, al exigir el estampillado de los cigarrillos extranjeros (hondureños en este caso), los requisitos de fianza necesarios para la importación de mercancías (incluyendo los cigarrillos) y otras medidas que según Honduras distorsionaban el comercio, daban un trato menos favorable a los productos hondureños que a los producidos locales (Trato Nacional) y respecto a los demás interlocutores comerciales (Trato Nación Más Favorecida). Las Partes en la controversia no pudieron llegar a una solución mutuamente convenida en la fase de consultas.

En la fase del Panel, la actuación de la República Dominicana puede resumirse de la siguiente manera:

En la primera comunicación escrita al Grupo Especial, el país alegó que las

reclamaciones de Honduras se basaban en “medidas muertas” (medidas que ya habían expirado y no se encontraban vigentes), medidas aplicables al cumplimiento de las leyes tributarias internas y medidas transitorias sobre las importaciones.

Entre las medidas muertas se encontraban la determinación de la base imponible del Impuesto Selectivo al Consumo ad valorem aplicables a los cigarrillos y las encuestas sobre los precios de los cigarrillos. Estas medidas fueron derogadas el día que fue establecido el Grupo Especial, por lo cual, Honduras no tiene base para atacarlas.

Entre las medidas aplicables al cumplimiento de las leyes tributarias internas están: el requisito de adherir una estampilla fiscal a los cigarrillos en el territorio de la República Dominicana y el requisito de depositar una fianza para garantizar el cumplimiento de las leyes tributarias de la República Dominicana. El país expresó que esas medidas se aplican por igual a nacionales y extranjeros, por lo que no tienen un carácter discriminatorio.

Entre las medidas transitorias sobre las importaciones se encuentran el recargo transitorio sobre las importaciones y la comisión cambiaria transitoria. El país alegó que había registrado estos derechos en la lista de concesiones de la República Dominicana.

Debido a las razones expuestas anteriormente, ampliadas y sustentadas con argumentaciones jurídicas, la República Dominicana solicitó al Panel rechazar todos los argumentos y consideraciones planteados por Honduras.

Posteriormente, en la declaración oral ante la primera reunión sustantiva del Grupo Especial, la República Dominicana continuó defendiendo sus argumentos y atacando las opiniones de Honduras, poniendo en relieve la jurisprudencia de la OMC.⁹² La República Dominicana también explicó la naturaleza de las medidas y las razones para su

⁹² WT/DS302/R, párrafo 4.156, para ampliar su explicación en torno al Artículo III del GATT el país utilizó las opiniones del órgano de apelación y del grupo especial en los casos CE–Amianto y Canadá –Publicaciones, respectivamente.

mantenimiento, señalando que los requisitos que impone a los productores hondureños son universales y se aplican por igual a los dominicanos. El país argumentó también que las medidas atacadas por Honduras no han provocado la disminución de las importaciones de cigarrillos hondureños, y que por el contrario, estas habían aumentado en los últimos años.

En su segunda comunicación, entregada por escrito al igual que la primera, la República Dominicana amplió sus consideraciones en torno a los tres tipos de medidas que había desarrollado, a saber: a) medidas muertas, b) medidas sobre la aplicación de las leyes tributarias y c) medidas transitorias. En esta oportunidad el país también se dedicó a refutar las explicaciones de Honduras sobre las citadas medidas, concluyendo con el pedimento al Grupo Especial de que descarte los alegatos de Honduras con base en las argumentaciones expuestas.

Más adelante, en la declaración oral ante la segunda reunión sustantiva del Panel, la República Dominicana volvió a referirse a cada una de las medidas atacadas por Honduras, ofreciendo su explicación al respecto. De nuevo, el país justificó las medidas bajo razones de aplicación interna de leyes y como medidas cautelares contra el contrabando y la evasión del pago de impuestos de los cigarrillos. En esta oportunidad, y como soporte a sus argumentaciones, el país nuevamente utilizó la rica jurisprudencia de la OMC para ilustrar con ejemplos vivos sus opiniones.⁹³

En la sección de constataciones de su informe el Grupo Especial se refirió a la defensa y razonamientos expuestos por la República Dominicana, tanto en sus comunicaciones escritas como en las declaraciones orales ante el Panel en las reuniones sustantivas. El Panel se avocó a examinar las cuestiones en litigio, observando las argumentaciones de las partes y exponiendo sus propias consideraciones y análisis.

Las conclusiones a las que llegó el Grupo Especial en su informe fueron las siguientes:

⁹³ Algunos de los casos citados son: Estados Unidos - Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior (WT/DS302/R, párrafos 4.335 y 4.336), Corea - Diversas medidas que afectan a la carne vacuna (Párrafo 4.343), Estados Unidos - EVE (Párrafo 4.344), Estados Unidos - Determinados productos procedentes de las CE (Párrafo 4.347), Chile -- Bebidas alcohólicas (Párrafo 4.348) y Argentina - Textiles y prendas de vestir (Párrafo 4.349).

“a) La República Dominicana ha registrado en su Lista la medida relativa al Impuesto Selectivo al Consumo, pero no ha establecido que dicha medida tenga la naturaleza de los "demás derechos o cargas" en el sentido del párrafo 1 b) del artículo II del GATT de 1994. Por consiguiente, el registro de esta medida no puede utilizarse para justificar la compatibilidad de las actuales medidas en concepto de demás derechos y cargas (es decir, el recargo transitorio de estabilización económica y la comisión cambiaria) con las disposiciones del párrafo 1 b) del artículo II del GATT de 1994.

El recargo transitorio de estabilización económica aplicado por la República Dominicana es uno de los "demás derechos o cargas" y dicho recargo es incompatible con las disposiciones del párrafo 1 b) del artículo II del GATT de 1994.

La comisión cambiaria aplicada por la República Dominicana es uno de los "demás derechos o cargas" y dicha comisión es incompatible con las disposiciones del párrafo 1 b) del artículo II del GATT de 1994.

d) La incompatibilidad de la comisión cambiaria de la República Dominicana con las disposiciones del párrafo 1 b) del artículo II del GATT de 1994 no pueden justificarse en virtud del párrafo 9 a) del artículo XV del GATT de 1994 porque la comisión no constituye una restricción de cambio en el sentido del párrafo 9 a) del artículo XV y la República Dominicana no ha demostrado que la comisión "se ajuste" al Convenio Constitutivo del FMI.

e) El requisito de la República Dominicana de que se adhiera una estampilla a todos los paquetes de cigarrillos en su territorio y bajo la supervisión de las autoridades fiscales locales es incompatible con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994 y no está justificado en virtud del apartado d) del artículo XX del GATT; y

f) Honduras no ha demostrado que el requisito de la República Dominicana de que los importadores y productores nacionales de cigarrillos deben depositar una fianza es

incompatible con el párrafo 1 del artículo XI del GATT o, subsidiariamente, con el párrafo 4 del artículo III”.

El Grupo Especial recomendó al OSD que le pidiera a la República Dominicana que adecuara las medidas incompatibles (la comisión cambiaria, el recargo transitorio y el requisito de estampillado) de conformidad con sus compromisos en virtud de la OMC, específicamente con el GATT.

En fecha 25 de enero del 2005 la República Dominicana comunicó su intención de apelar ciertas consideraciones de derecho e interpretaciones jurídicas expresadas por el Panel en su informe. El 7 de febrero del mismo año Honduras manifestó su intención de apelar igualmente el informe del Panel.

En el informe del Órgano de Apelación, se recogen las consideraciones manifestadas por la República Dominicana respecto al informe del Grupo Especial. El país alegó que el Panel incurrió en error al no tomar en cuenta ciertos aspectos y factores esenciales en su informe y de los cuáles, ahora solicitaban su reparo al Órgano de Apelación. En esta ocasión, también se recogió el hecho de que el país utilizó distintos medios de prueba para soportar sus alegaciones, incluyendo las pruebas documentales.

El Órgano de Apelación realizó un planteamiento de las cuestiones tratadas en la apelación. Su análisis se fundamentó en las alegaciones de las partes y en sus propios argumentos. El Órgano de Apelación se valió de la amplia jurisprudencia de la OMC para exponer sus ideas.⁹⁴

Basado en sus explicaciones y razonamientos esbozados en el informe el Órgano estableció las siguientes conclusiones y constataciones:

“a) No constata error alguno en la interpretación y aplicación por el Grupo Especial del

⁹⁴ Se incluyen referencias a los siguientes casos: Estados Unidos - Artículo 337 (Párrafo 67), CE – Amianto (Párrafo 68), Estados Unidos - Juegos de azar (Párrafo 69), entre otros.

término "necesarias" que figura en el apartado d) del artículo XX del GATT de 1994; constata que es innecesario completar el análisis de la defensa formulada por la República Dominicana al amparo del apartado d) del artículo XX del GATT de 1994; y, en consecuencia, confirma la constatación del Grupo Especial, expuesta en los párrafos 7.232, 7.233 y 8.1 e) de su informe, de que el requisito de estampillado no está justificado con arreglo al apartado d) del artículo XX del GATT de 1994.

Constata que el Grupo Especial hizo una evaluación objetiva de los hechos, como exige el artículo 11 del ESD, en su examen de las Pruebas documentales 8 y 29 presentadas por la República Dominicana.

Confirma la constatación del Grupo Especial, expuesta en los párrafos 7.311, 7.316 y 8.1 f) de su informe, de que Honduras no demostró que el requisito de fianza conceda un trato menos favorable a los cigarrillos importados que el concedido a los productos nacionales similares, de manera incompatible con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994.

Constata que el Grupo Especial hizo una evaluación objetiva del asunto que se le había sometido, como exige el artículo 11 del ESD, en su examen de la alegación de Honduras contra el requisito de fianza "en sí mismo"; y

No constata error alguno en el trato dado por el Grupo Especial a las afirmaciones de Honduras con respecto al momento del pago del Impuesto Selectivo al Consumo".

En síntesis, el Órgano de Apelación concluyó que el requisito de estampillado de cigarrillos, dispuesto por la República Dominicana, no estaba conforme a los compromisos del país asumidos en virtud del GATT. Tampoco se le dio razón al país en cuanto al requisito de fianza, pues el órgano constató que este era contrario al Artículo III (Trato Nacional) del GATT.

Después de plantear sus conclusiones el Órgano de Apelación recomendó pedir a la

República Dominicana que colocara las medidas incompatibles de conformidad con sus compromisos en virtud de la OMC.

Posteriormente, el 19 de mayo del 2005, el OSD adoptó el informe del Órgano de Apelación y el informe del Grupo Especial. La República Dominicana notificó en fecha 13 de junio del mismo año su intención de cumplir con el dictamen, y a tales efectos, solicitó un plazo prudencial para aplicar las recomendaciones y sugerencias. Sin embargo, las partes no pudieron llegar a un acuerdo sobre el plazo prudencial y en fecha 12 de julio del 2005 Honduras solicitó que el plazo fuera determinado mediante arbitraje conforme al Artículo 21, Párrafo 3, Letra c del ESD.

Finalmente, en el curso del proceso de arbitraje, las partes pudieron llegar a un acuerdo sobre el plazo prudencial y así lo comunicaron al árbitro pertinente. No se necesitó de un laudo al respecto y el árbitro adjuntó a su informe la carta en la figura el acuerdo arribado por las partes.

En este caso la República Dominicana demostró una habilidad de defensa en la que hay que destacar la riqueza y cuidado en la elaboración de los argumentos. El uso de las referencias a casos anteriores por igual fue bienvenida, ya que la jurisprudencia de la OMC (y en algunos casos del GATT) es reconocida como una fuente que contribuye a aclarar las interpretaciones de las partes, además de que los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación las valoran por la previsibilidad y seguridad que brindan al sistema.

Por otro lado, el país pudo tener un mejor desempeño en la segunda fase del proceso (apelación). Los argumentos fueron en su mayoría en la dirección de justificar las medidas atacadas, utilizando las consideraciones expresadas en la etapa anterior (Grupo Especial). En la fase de apelación la defensa debe concentrarse en los aspectos jurídicos principalmente. De hecho, varios de los argumentos se basaron en especulaciones y conjeturas (tales como el razonamiento del contrabando, como justificación del requisito de estampillado) que no lograron convencer al Órgano de Apelación.

Sin embargo, podemos concluir estableciendo que, a pesar de la derrota, la República Dominicana mostró un desempeño por encima de lo esperado para un país en desarrollo en su primer caso como parte, frente a Honduras, que ya en ese entonces había tenido una considerable experiencia ofensiva en estos procesos, como reclamante en 4 casos y en calidad de tercero en 10 casos.

1.2.2. Comisión cambiaria que afecta a las importaciones procedentes de Costa Rica (DS333)

Costa Rica solicitó consultas con la República Dominicana con respecto al cobro de la comisión cambiaria de un 13% calculada sobre la tasa de cambio para la venta de divisas aplicable a las importaciones de Costa Rica y demás países.

Costa Rica consideró que esta medida constituye una carga a la importación, por lo que contraviene el Artículo II del GATT. Guatemala y El Salvador solicitaron adherirse a las consultas como terceros; la República Dominicana aceptó dichas peticiones. Sin embargo, el caso concluyó con la fase de consultas sin que Costa Rica en su oportunidad solicitara el establecimiento de un Grupo Especial.

Las partes tampoco notificaron que habían llegado a un acuerdo mutuamente satisfactorio. En realidad lo que sucedió fue que la República Dominicana retiró unilateralmente la medida en discusión, como una salida un tanto preventiva al problema, y además atendiendo a preocupaciones similares respecto a la medida en litigio que habían externado los socios del Tratado de Libre Comercio República Dominicana–Centroamérica–Estados Unidos (DR-CAFTA). En ese sentido fue una postura inteligente de República Dominicana el ponerle fin a la comisión cambiaria, pues desactivó potenciales conflictos en el marco de su principal esquema de integración comercial, que es el DR-CAFTA.

1.2.3. República Dominicana—Medidas de salvaguardia sobre las importaciones de sacos de polipropileno y tejido tubular (DS415-DS418)

La presente controversia enfrentó por un lado a República Dominicana, parte

demandada, contra Costa Rica, El Salvador, Guatemala y Honduras, en calidad de reclamantes. Aunque estos últimos cuatro países solicitaron consultas individualmente, un mismo Panel conoció de las reclamaciones de los cuatro miembros, por tratarse de una controversia cuyos alegatos, medidas cuestionadas y fundamentos eran esencialmente los mismos, así como por la concurrencia en términos de tiempo y por economía procesal.

Una anécdota personal sobre este caso es que, muy al principio, en la génesis de la problemática, tuve la oportunidad de participar en una visita de verificación de origen a varias empresas en Costa Rica, como integrante de una delegación oficial del gobierno dominicano. En ese entonces laboraba en el Ministerio de Industria, Comercio y MIPYMES, siendo este mi primer caso en el que trabajé en la defensa del país ante foros internacionales de solución de controversias comerciales y de inversión. Luego de los resultados de la visita de verificación de origen la autoridad nacional responsable de defensa comercial y medidas de salvaguardias fue apoderada de una solicitud de investigación que finalmente determinó imponer una salvaguarda (consistente en un arancel más elevado) a las importaciones de sacos de polipropileno y tejido tubular (sacos) provenientes de Costa Rica y otros países.

Los reclamantes cuestionaban la legalidad de la investigación realizada por la Comisión Reguladora de Prácticas Desleales en el Comercio y Medidas de Salvaguardias (Comisión de Defensa Comercial o CDC) de la República Dominicana, así como los hallazgos de la misma y su conformidad con los compromisos asumidos por el país, como miembro de la OMC, en especial el Acuerdo sobre Salvaguardias.

El Grupo Especial fue establecido el 7 de enero del 2011, siendo distribuido el informe entre los miembros del OSD el 31 de enero del 2012, es decir, poco más de un año después. Esto puede considerarse un tiempo bastante prudente para una controversia que trataba asuntos delicados para todas las partes involucradas. Otro elemento curioso fue el hecho de que República Dominicana no optara por apelar el informe que le era desfavorable, no obstante las sensibilidades que entrañaban las medidas en cuestión.

Pero veamos cuáles fueron las determinaciones a que llegó el Panel.

En primer lugar, el Grupo Especial llegó a la conclusión de que República Dominicana no había demostrado fehacientemente en la investigación de la CDC que se había producido una condición “sine qua non” para la salvaguardia, que es un aumento inusitado de las importaciones en tal magnitud, que causen daño o amenazan causar un daño grave a los productores nacionales de productos similares o directamente competidores en ese territorio. El lenguaje utilizado por el Panel fue de “una evolución imprevista de las circunstancias ni del efecto de las obligaciones del GATT de 1994”.

Por igual, el Panel se pronunció en el sentido de resaltar ausencias y consistencias en la investigación de la CDC. Una de ellas fue la relativa a la exclusión de la definición de producto nacional y de algunos productos similares directamente competidores. Este es un elemento esencial a la hora de determinar la correspondencia necesaria entre la rama de producción nacional la pertinencia o no de la medida de salvaguarda.

A esto se le sumó la constatación del Grupo Especial respecto a que República Dominicana no le convenció de manera adecuada y razonada sobre la existencia de grave daño a la rama de producción nacional, otro elemento sustancial para sustentar una medida de salvaguardia. Así mismo, el Panel llegó a la determinación de que la parte demandada, al no eximir a Tailandia (país en desarrollo) de la medida en cuestión, había contravenido el Acuerdo sobre Salvaguardas.

El Grupo Especial rechazó algunas de las contestaciones elevadas por Costa Rica y los demás reclamantes. Sin embargo, éstas no fueron suficientes para que República Dominicana pudiera continuar con la aplicación de las medidas atacadas. La salvaguarda impuesta por República Dominicana expiró en octubre del 2021, es decir, que cumplió a cabalidad con el término de los 18 meses impuestos por la CDC. El informe del Grupo Especial fue circulado entre los miembros del OSD en fecha 22 de febrero del 2012, o sea, más de cuatro meses después de que la CDC había puesto fin a la medida de salvaguarda (1ro de octubre del 2011). Por este motivo, República

Dominicana no se vio en la imperiosa necesidad de tener que retirar la medida. No obstante, la determinación del Panel si entrañaba dentro de sus efectos, el cuestionamiento a la renovación o extensión de la medida de salvaguarda por parte del Órgano regulador, en este caso la CDC.

Como se mencionó anteriormente, República Dominicana decidió no apelar el informe del Grupo Especial. No obstante esta postura, el país consiguió durante 18 meses mantener la medida de salvaguarda, lo que a su entender logró escudar durante un tiempo a la rama de producción nacional.

Este caso también marcó a la CDC, ya que por vez primera se vio cuestionado su accionar regulador y técnico, por demás al más alto nivel: en la OMC. Existen mecanismos internos, administrativos y legales, para interpelar a la CDC. Pero una cosa muy distinta es elevar una cuestión de esta naturaleza ante el sistema de solución de controversias de la OMC. Las determinaciones de éste último foro tienen consecuencias sistémicas y permean la siquis de los órganos reguladores de la defensa comercial, ya que es son sus propias competencias, capacidades y prestigio los que se ven expuestos. Por igual, aunque fue el primer caso ante la OMC que se originó en una medida tomada por la CDC, probaría no ser el único ni el último, como veremos más adelante.

1.2.4.- República Dominicana — Medidas antidumping sobre barras de acero corrugadas (DS605)

Este caso se denomina “República Dominicana — Medidas antidumping sobre barras de acero corrugadas” y es llevado ante el mecanismo de solución de controversias de la OMC con la nomenclatura DS605. El mismo fue elevado por Costa Rica contra República Dominicana y en él participan como terceros Canadá, la República Popular China, Unión Europea, India, Japón, México, Federación de Rusia y Estados Unidos.

El 27 de julio del 2021 Costa Rica solicitó la celebración de consultas a la República

Dominicana, en virtud de los artículos 1 y 4 del Entendimiento sobre Solución de Controversias (ESD) de la OMC, así como las disposiciones pertinentes del GATT de 1994.

En síntesis, la consulta de Costa Rica va dirigida a la investigación antidumping que realizó la Comisión Reguladora de Prácticas Desleales al Comercio y Medidas de Salvaguarda de la República Dominicana (CDC), específicamente a la Resolución Definitiva No. CDC-RD-007-2019 de fecha 27 de diciembre del 2019, así como a la Resolución No. CDC-RD-AD-001-2020 que decidió el recurso de reconsideración interpuesto por la parte afectada, entre otras medidas y disposiciones relacionadas.

Costa Rica alega que la CDC no se basó en los precios de exportación correctos e incluyó en el cálculo del margen de dumping transacciones realizadas fuera del periodo objeto de investigación. Así mismo, sostienen que la CDC no tomó en cuenta o excluyó del cálculo para su investigación datos relevantes como el precio de productos similares y otros costos asociados a la producción, venta y comercialización de los productos investigados, incluyendo aquellos que son similares. Por esto y otros motivos que exponen en su solicitud de consultas, entienden que la CDC (y por vía de consecuencia el país) no actuó conforme con lo establecido en el Acuerdo Antidumping de la OMC.⁹⁵ Este acuerdo establece los lineamientos, reglas y procedimientos que los miembros de la OMC deben seguir para las investigaciones antidumping. Lo que se cuestiona en estos casos no es la medida en sí, sino el procedimiento que se siguió y su conformidad con lo establecido en el Acuerdo Antidumping.

Existen, hasta agosto del 2023, siete investigaciones antidumping en la CDC, todas sobre el tema de las varillas. La cuestión es que este es un tema sensible para el país. Una empresa (en un inicio Metaldom y luego Gerdau-Metaldom) ha promovido cada una de estas investigaciones. En todas ellas la CDC ha constatado que hubo dumping y, en consecuencia, ha impuesto derechos antidumping a las importaciones de varillas

⁹⁵ El dumping consiste en la práctica desleal del comercio de vender u ofrecer productos por debajo del costo de producción y de venta en el mercado de origen a un mercado en el exterior. La mayoría de las controversias en la OMC invocan el Acuerdo Antidumping. De las 616 solicitudes de consultas en la OMC (a marzo de 2023), 142 han invocado el Acuerdo Antidumping (23% de todas las consultas).

de las empresas investigadas (los siete casos involucran empresas de cuatro países: República Popular China, Costa Rica, España y Turquía). Los derechos antidumping consisten en la aplicación de un arancel especial y temporal a estos productos hasta que las empresas involucradas reajusten sus precios de venta. El dumping es un asunto muy sensible y bastante discutido en la OMC, con algunos miembros (EEUU, UE, R.P. China, etc.) siendo especialmente incisivos con el tema.

En cuanto a la investigación que nos concierne, el antecedente inmediato es la solicitud que hiciera Gerdau-Metaldom el 7 de mayo del 2018 a la CDC para investigar las importaciones de varillas provenientes de Costa Rica, específicamente de la empresa ArcelorMittal Costa Rica, S.A., identificadas bajo las subpartidas arancelarias números 7213.10.00, 7213.20.90, 7214.10.00, 7214.20.00, 7214.30.00, 7214.91.00 y 7214.99.00.

La solicitud de consultas de Costa Rica en la OMC marca la primera vez que nuestro país es sometido por un caso antidumping. Es también la tercera vez que Costa Rica nos lleva a la OMC. Así mismo, es la segunda ocasión que una disputa surge como consecuencia de una investigación de la CDC (en la otra oportunidad fue la medida de salvaguarda contra los sacos provenientes de varios países de Centroamérica, incluyendo Costa Rica). En los siete casos anteriores que hemos tenido a nuestro país como demandado, ha terminado retirando las medidas que alegadamente eran incompatibles con la OMC o, como fue en el caso de los sacos, salimos perdiendo.

Aunque Costa Rica haya iniciado este proceso, no menoscaba que cualquiera de los demás países (R.P. China, España y Turquía) puedan promover sus propias demandas ante la OMC. Debido a la sensibilidad del asunto y al hecho de que otros países se hayan pronunciado en el pasado en el sentido de accionar contra nuestro país en la OMC, debe ponernos en situación de alerta.

Poco más de dos años después de Costa Rica haber iniciado consultas, se distribuyó el informe del Grupo Especial en fecha 27 de julio del 2023, cuyas recomendaciones favorecieron la posición de Costa Rica. A continuación presentamos un breve análisis de las alegaciones de Costa Rica y la determinación del Panel.

Cálculo del margen de dumping: Aspectos de fecha de venta y costos de producción

Costa Rica planteó preocupaciones relacionadas con el cálculo del margen de dumping efectuado por la CDC. En primer lugar, se cuestionó la inclusión de ventas realizadas antes del período de investigación para el cálculo del margen de dumping. El Grupo Especial respaldó la posición de Costa Rica, argumentando que la comparación entre el precio de exportación y el valor normal debe basarse en ventas lo más cercanas posible en el tiempo.

En segundo lugar, se discutió la eliminación de ventas a precios inferiores al costo del cálculo del valor normal. Costa Rica argumentó que la metodología utilizada por la CDC no consideró adecuadamente el aumento significativo de los costos de producción durante el período de investigación. El Grupo Especial estuvo de acuerdo en que la autoridad investigadora debe utilizar una metodología razonable para identificar las ventas por debajo de los costos en el momento de la venta, evitando así distorsiones en el análisis.

Amenaza de daño importante y relación causal con las importaciones

Las alegaciones de Costa Rica también se centraron en la determinación de la amenaza de daño importante causada por las importaciones objeto de dumping. En primer lugar, se cuestionó el análisis de la reducción de precios realizado por la CDC, que no tuvo en cuenta la evolución completa de los precios durante el período de investigación. Aunque el Grupo Especial estuvo de acuerdo en que este análisis no fue objetivo, no respaldó la afirmación de Costa Rica de que no se consideró una subvaloración significativa de precios o una contención de precios significativa.

En cuanto a la repercusión de las importaciones en la rama de producción nacional, Costa Rica argumentó que la CDC no evaluó adecuadamente los factores e índices requeridos por el Acuerdo Antidumping. El Grupo Especial respaldó esta alegación afirmando que el análisis de la CDC no estuvo respaldado por pruebas y no fue objetivo.

El análisis de la amenaza de daño importante también fue cuestionado. Costa Rica

argumentó que las proyecciones y el análisis de la CDC carecían de base en hechos concretos. El Grupo Especial estuvo de acuerdo en que la CDC no sustentó adecuadamente su conclusión de una amenaza de daño importante.

En relación con la relación causal entre las importaciones y el daño, Costa Rica argumentó que la CDC no evaluó si las importaciones objeto de dumping podrían causar daño futuro. El Grupo Especial confirmó esta alegación, resaltando que la CDC no evaluó adecuadamente la posible relación causal.

Procedimiento de investigación y pruebas presentadas

Costa Rica también planteó alegaciones sobre el procedimiento de investigación seguido por la CDC. Se cuestionó la falta de divulgación oportuna del texto completo de la solicitud de iniciación, así como la no otorgación de suficiente oportunidad para examinar información relevante obtenida durante la verificación. El Grupo Especial respaldó la primera alegación, afirmando que la divulgación no fue realizada conforme al Acuerdo Antidumping. Sin embargo, no respaldó la segunda alegación de Costa Rica.

Además, se discutió la justificación para otorgar trato confidencial a cierta información presentada por la rama de producción nacional. El Grupo Especial respaldó la decisión de la CDC de exigir justificación y considerar el carácter confidencial de la información.

Finalmente, Costa Rica alegó que la CDC no cumplió con la obligación de indicar al exportador la necesidad de proporcionar información sobre ventas internas anteriores al período de investigación. El Grupo Especial concluyó que la CDC no estaba obligada a hacerlo y que las visitas de verificación no eran el único medio para obtener información adicional.

Conclusiones y significado

El análisis detallado de las alegaciones planteadas por Costa Rica y las conclusiones del Grupo Especial arrojan luz sobre la importancia de llevar a cabo investigaciones antidumping de manera objetiva, basada en hechos concretos y en conformidad con las disposiciones del Acuerdo Antidumping. Las decisiones del Grupo Especial subrayan la

necesidad de evaluar adecuadamente la amenaza de daño importante, la relación causal entre las importaciones y el daño, y seguir procedimientos transparentes y equitativos.

Este caso también resalta la importancia de garantizar la divulgación oportuna de información relevante y proporcionar oportunidades adecuadas para que las partes interesadas examinen la información durante el proceso de investigación. Además, destaca la necesidad de utilizar metodologías apropiadas para calcular los márgenes de dumping y considerar cuidadosamente los costos de producción y la evolución de los precios.

En última instancia, el caso de Costa Rica contra la determinación de dumping de la CDC destaca la relevancia y la complejidad de los casos antidumping en el comercio internacional y la importancia de garantizar un proceso de investigación justo y transparente para todas las partes involucradas.

Los procesos de solución de controversias ante la OMC son bastante complejos desde el punto de vista técnico, e intensivos en el uso de recursos humanos y económicos. La defensa técnica de un país reposa en la efectiva articulación entre la Misión Permanente ante la OMC y la capital.

Por último, y en vista de la creciente tendencia de casos que envuelven medidas de defensa comercial como en la especie, se requiere fortalecer las capacidades institucionales, humanas, técnicas, financieras y demás de la CDC para propiciar un entorno favorable y robusto que se traduzca en perspectivas de éxito ante posibles cuestionamientos de sus investigaciones.

1.3. República Dominicana como reclamante ante los procesos de Solución de Diferencias de la OMC

1.3.1 Australia — Empaquetado genérico del tabaco (DS441)

Este caso enfrentó por un lado a Australia (Demandado) y por la otra parte a República Dominicana, Cuba, Honduras, Indonesia y Ucrania (Reclamantes). La controversia fue

de importante relevancia para República Dominicana, ya que este país era en ese momento y continúa siendo en la actualidad, el principal exportador de cigarrillos del mundo. Igualmente, los cigarrillos son productos claves para las economías de Cuba y Honduras, mientras que para Indonesia y Ucrania el tabaco cuenta con gran potencial, además de ser estos países grandes consumidores. Por lo tanto, todos los reclamantes tienen un interés comercial sustancial con relación a estos productos. Esto los llevó a ser reclamantes y a la vez a intervenir en los procesos de los reclamantes en calidad de terceros. Dicho sea de paso, esta disputa estableció un récord en su momento, de ser la de mayor cantidad de terceras partes (sobre la treintena de países) en la historia de un proceso de solución de controversias ante la OMC.

Este caso colocó sobre una balanza dos cuestiones sustanciales, que a la vez dominaron los argumentos de la parte demandada y de los reclamantes, respectivamente: por un lado la preservación de la salud humana, mientras que en el otro extremo se encontraba la protección de los derechos de propiedad intelectual. Pero hay muchos más aspectos a considerar, entre ellos, las implicaciones sistémicas del caso para la OMC. Evidentemente, la naturaleza de la OMC no lo convierte en un foro para debatir (ni mucho menos para decidir) asuntos atinentes a salud pública. Sin embargo, como veremos más adelante, tanto el Panel como el Órgano de Apelación llegaron a determinaciones que pueden considerarse diametralmente opuestas al fin y objeto de la OMC, de sus ordenamientos jurídicos y hasta de su propia jurisprudencia.

El origen

La salud siempre ha formado parte del conjunto de prioridades de los Estados. Bien se conocen los efectos del consumo de tabaco en la salud humana, la literatura científica es abundante al respecto. Algunos países han tomado medidas, conscientes de esta realidad, sobre todo por el alto costo del tratamiento de enfermedades catastróficas provocadas por el consumo de productos de tabaco, tales como el cáncer y demás. A eso se le suma la presión que se ejerce en los presupuestos nacionales para poder cumplir con las demandas sociales de una población que exige mayor calidad y

esperanza de vida, lo que ha provocado o amenazado con provocar crisis en los sistemas de seguridad social.

Ese fue el escenario en el que se encontraba Australia para el 2012, cuando entró en vigencia la Ley de Empaquetado Genérico de Tabaco de 2011 (Tobacco Plain Packaging Act 2011). Esta pieza introduce requisitos para todos los productos de tabaco que se comercializan en Australia, ya sea el propio tabaco o derivados como los cigarrillos, cigarrillos, tabaco para mascar, etc. Básicamente el empaque del producto debe contener las advertencias de salud gráfica (ASG o GHW por sus siglas en inglés), pero además, el lugar correspondiente a los logos, colores y tipografía del producto se deben sustituir estos por un diseño estándar, que incluye el mismo color y tipo de letra, independientemente de la marca. Por igual, se deben omitir mensajes alusivos al consumo o que de otra forma constituyan publicidad para dichos productos.

La referida Ley impone la obligación de utilizar un color específico (Pantone 448 C) en todos los empaques de productos de tabaco. Descrito como "el color más feo del mundo", el Pantone 448 C, se encuentra entre los tonos verde olivo y fue escogido por el gobierno de Australia por su falta de atractivo a la vista, particularmente para la gente joven. De esa manera y unido al incremento de los impuestos a estos productos, Australia buscaba reducir sustancialmente el consumo de cigarrillos y cigarrillos.

La reacción de la industria no se hizo esperar. Incluso antes de Australia introducir estas medidas, se había preparado el campo de batalla. Las grandes empresas de tabaco (Big Tobacco) de manera proactiva iniciaron acciones con miras a detener, o al menos, a limitar la implementación de Leyes y medidas de empaquetado genérico (PP por sus siglas en inglés). De las "cinco grandes" compañías de tabaco (Philip Morris International, British American Tobacco, Imperial Brands, Japan Tobacco International y China Tobacco), las tres primeras fueron las que más promovieron actuaciones en el campo legal y judicial contra las medidas del PP.

Philip Morris International (PMI) es la mayor empresa de tabaco del mundo. Su marca

más reconocida, es por supuesto, Marlboro. Esta empresa impulsó demandas ante tribunales arbitrales de inversión en contra de Australia (Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia, UNCITRAL, PCA Case No. 2012-12) y Uruguay (Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A. v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7). En ambos casos, los tribunales arbitrales decidieron a favor de los Estados. Ambas decisiones tuvieron un profundo efecto en el debate en torno a las medidas PP.

En el primer caso, que llamaremos PMA v. Australia se dieron acontecimientos muy curiosos. PMI siendo entonces una empresa de los Estados Unidos, no podía demandar en arbitraje de inversión a Australia, ya que su país de origen no contaba con un Acuerdo Internacional de Inversión (AII) con Australia. Qué hizo entonces PMI?. Procedió a reorganizar sus activos para calificar como un inversionista de Hong Kong y así aprovechar la protección que le brinda a los inversores extranjeros el AII suscrito entre Hong Kong y Australia. Muy creativos!, en el argot del mundo del arbitraje de inversión, tales acciones se denominan correspondientemente "Treaty Shopping" que no es más que la "compra" de una protección de un Tratado de Inversión o de un foro privilegiado para demandar en arbitraje a un Estado. Este caso fue decidido a finales del año 2015, como dijimos anteriormente, a favor de Australia. En su laudo, el tribunal arbitral al decidir a favor del Estado, tomó especial consideración en el hecho de que la empresa había realizado una reestructuración corporativa para beneficiarse de las provisiones del AII.

El segundo arbitraje de inversión PMI lo elevó contra Uruguay. Para ello, utilizó el AII celebrado entre Suiza y Uruguay, así como un conjunto de corporaciones propiedad de la empresa matriz PMI (Philip Morris Brands Sàrl, Philip Morris Products S.A. and Abal Hermanos S.A). Este caso fue aún más polarizante que el anterior, desde la constitución misma del tribunal arbitral (el árbitro nombrado por Uruguay fue un nacional australiano, mientras el árbitro nominado por los reclamantes fue un nacional de los Estados Unidos, que por cierto, emitió un voto disidente). El tribunal en su laudo desestimó todas las pretensiones de los reclamantes. Así fue desechando el argumento de expropiación

indirecta incoado por los reclamantes, ya que el tribunal halló que las medidas de Uruguay de obligar a incrementar el tamaño de las GHW y eliminar las denominaciones de marcas que puedan inducir en el consumidor una percepción de menor daño en el consumo, tales como el uso de variaciones en productos de tabaco con el nombre de "light", "blue" o "fresh mint", no constituyen expropiación indirecta por limitación al uso de marca ni de los derechos de propiedad intelectual.

Tampoco el tribunal en el caso anterior encontró que los reclamantes fueran objeto de un trato discriminatorio al introducir Uruguay normativas aplicables por común a todos los productos y empresas. Los demandantes reclamaban al tribunal supuestas violaciones de Uruguay al principio de Trato Justo y Equitativo (FET), pero el tribunal en su decisión dictaminó que el Estado llevó a cabo estas acciones de buena fe, en procura de proteger el interés colectivo y la salud pública. El último de los alegatos de los reclamantes, la denegación de justicia, también fue desestimado por el tribunal arbitral. Los demandantes alegaron que dos decisiones contradictorias en los tribunales nacionales de Uruguay constituían una denegación de justicia. Pero el tribunal arbitral, aun reconociendo que existió una contradicción en ambas decisiones, esta no significaba una contradicción grave como para justificar el alegato de denegación de justicia. Luego de su victoria en este caso, el gobierno de Uruguay anunció que, a partir del año 2017, los cigarrillos se venderán en empaque genérico.

Volviendo a la OMC

Como vemos, la guerra que libran las empresas de tabaco en contra de las medidas del PP incluyen varios frentes y foros. Pero hay que hacer una distinción entre el foro de la OMC y los demás. En la OMC, a diferencia de los tribunales judiciales de los países o de los tribunales arbitrales (nacionales e internacionales), su sistema de solución de diferencias solo puede ser elevado por un miembro de esa organización. Es decir, ni las empresas ni los particulares pueden iniciar una reclamación en los términos que permite el Entendimiento sobre la Solución de Diferencias (ESD), acuerdo de la OMC que gobierna las disputas ante ella. Si una empresa o sector desea elevar un caso, lo debe

hacer a través de su gobierno, como si se tratara de la protección diplomática.

Es por ello por lo que, para poder acceder al foro de la OMC, las empresas de tabaco se tuvieron que aliar con gobiernos para defender sus intereses comunes. La primera tarea fue identificar y luego cortejar aquellos miembros de OMC con intereses comerciales sustanciales en los mercados mundiales de productos de tabaco. Luego, proceder a realizar una intensa labor de *lobby*, que incluyó la asistencia legal y técnica para poder llevar a cabo un proceso de la envergadura que demanda un caso ante la OMC. No podemos llamar a esto "Treaty Shopping" o "Forum Shopping", porque de hecho es lo que se estila en la OMC. Los grandes casos, los casos emblemáticos como los que envuelven la industria de aeronaves, recordemos, son movidos y hasta financiados por las grandes empresas que fabrican estos productos.

En ese sentido, y con apoyo de PMI y Procigar, la República Dominicana inició en fecha 18 de julio del 2012 su reclamación en contra de Australia. En la solicitud de celebración de consultas RD alegaba que las medidas de Australia parecen ser incompatibles con las obligaciones como miembro de la OMC, en virtud de las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC, el Acuerdo OTC y el GATT de 1994. En detalle las provisiones en conflicto son:

- El párrafo 1 del Artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC, que incorpora las disposiciones del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, modificado por el Acta de Estocolmo de 1967 ("Convenio de París"), en particular, i) el artículo 6 del Convenio de París, porque la marca de fábrica o de comercio registrada un país de origen distinto de Australia no se protege "tal cual es"; y, ii) el artículo 10bis del Convenio de París, porque Australia no proporciona una protección eficaz contra la competencia desleal; por ejemplo, al crear confusión entre los productos de los competidores;
- El párrafo 1 del artículo 3 del Acuerdo sobre los ADPIC, porque Australia concede a los nacionales de los demás Miembros un trato menos favorable que el que otorga a sus propios nacionales con respecto a la protección de la propiedad

intelectual;

- El párrafo 4 del artículo 15 del Acuerdo sobre los ADPIC, porque la naturaleza del producto al que la marca de fábrica o de comercio ha de aplicarse es un obstáculo para el registro de la marca;
- El párrafo 1 del artículo 16 del Acuerdo sobre los ADPIC, porque las medidas impiden que los titulares de marcas de fábrica o de comercio registradas gocen de los derechos conferidos por una marca de fábrica o de comercio;
- El artículo 20 del Acuerdo sobre los ADPIC, porque se complica injustificablemente el uso de una marca de fábrica o de comercio con exigencias especiales, como i) el uso de una forma especial, por ejemplo, el tipo y tamaño de letra y ubicación del nombre de marca, y ii) el uso de una manera que menoscaba la capacidad de la marca para distinguir los productos de tabaco de una empresa de los de otras empresas;
- El párrafo 2 b) del artículo 22 del Acuerdo sobre los ADPIC, porque Australia no proporciona protección eficaz contra actos de competencia desleal con respecto a las indicaciones geográficas, por ejemplo, al crear confusión entre los consumidores en relación con el origen de los productos;
- El párrafo 3 del artículo 24 del Acuerdo sobre los ADPIC, porque Australia está reduciendo el nivel de protección que concede a las indicaciones geográficas en relación con el nivel de protección que existía antes del 1º de enero de 1995;
- El párrafo 1 del artículo 2 del Acuerdo OTC, porque los reglamentos técnicos en litigio dan a los productos de tabaco importados un trato menos favorable que el otorgado a productos similares de origen nacional;
- El párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC, porque los reglamentos técnicos en litigio crean obstáculos innecesarios al comercio dado que restringen el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo; y,
- El párrafo 4 del artículo III del GATT de 1994, porque las medidas en litigio dan a los productos de tabaco importados un trato menos favorable que el concedido a los productos similares de origen nacional.

En resumidas cuentas, la reclamación de República Dominicana se basaba en: 1)

Protección de la marca, el derecho al uso de la marca y la protección de la propiedad intelectual; 2) Un trato acorde y no discriminatorio entre productos nacionales y extranjeros o entre productos de diferentes países; y 3) Que las medidas en cuestión no creen distorsiones y obstáculos innecesarios al comercio.

Pero República Dominicana no solo perseguía el cese de las medidas de Australia, sino que, reconociendo el interés legítimo de ese gobierno de procurar medidas efectivas para el control del consumo de tabaco, llegó a proponer una serie de alternativas basadas en evidencia y estudios científicos, que fueron aportados por expertos en diferentes materias relacionadas a la comercialización y consumo de tabaco y sus derivados. Entre estas opciones se encontraban: 1) un aumento de la edad mínima legal para poder comprar tabaco de 18 a 21 años; 2) un aumento de la tasa de impuestos especiales; 3) mejora de las campañas de marketing social; y 4) un mecanismo de análisis previo para revisar la marca de fábrica o de comercio y los elementos de forma del empaquetado de los productos de tabaco y de los productos en sí. Estas propuestas se enmarcan dentro de las líneas y objetivos perseguidos por Australia, sin tener que llegar a contravenir sus compromisos emanados de la OMC, al evitar obstaculizar el derecho del uso de las marcas, mientras se contribuye con la reducción del consumo de tabaco a un costo relativamente bajo en términos económicos y políticos.

La determinación del Panel

En fecha 28 de junio del 2018 fue distribuido entre los miembros de la OMC el informe del Grupo Especial (Panel) que conoció el caso Australia - Tabaco. En el mismo, el Panel desestimó todas y cada una de las pretensiones de los reclamantes (República Dominicana, Ucrania, Honduras, Cuba e Indonesia).

Entre los hallazgos factuales del Panel, para justificar su decisión se encuentran:

1. *Estos datos nos indican que la industria tabacalera y sus empresas publicitarias consideran que el empaquetado del tabaco (incluidas las palabras, el diseño, la forma y otras características) pueden comunicar una amplia gama de imágenes*

que no solo están relacionadas con las características del producto, sino que también proyectan imágenes sobre su consumidor, como modernidad1991, una imagen juvenil1992 , "sustancia interior y estilo exterior", "confianza interior y éxito exterior"1993 , "una expresión de identidad personal"1994, "confiado", "expansivo/sociable", "muy popular"1995 , puede "destacar la participación, el compañerismo y el hecho de formar parte de un grupo"1996; "individualidad"1997; una forma de "mitigar el estrés, la tensión, la incomodidad, el aburrimiento y cosas parecidas"1998; "estar asociado con hacer lo propio de uno, ser capaz de aventurarse, distinto, adulto, o cualquier otra cosa que esté valorada individualmente. (Párrafo 7.735 del informe del Grupo Especial).

- 2. Esos datos nos indican que los diseñadores de las innovaciones del empaquetado de la industria tabacalera son conscientes del poder de la marca, incluidos el diseño y otros elementos del empaquetado, para suscitar determinadas respuestas en las mentes de los consumidores e imbuir a esos productos con imágenes con las que el posible consumidor querría estar asociado. Concretamente, los datos supra sugieren que el empaquetado del tabaco trata de capturar imágenes y asociaciones que son atractivas para el consumidor en lo que respecta a lo que el paquete dice de él, así como la imagen del propietario que esos paquetes transmiten o suscitan. (p. 7.736).*
- 3. Las opiniones de los expertos y los documentos de la industria tabacalera resumidos supra proporcionan pruebas de que las imágenes y los mensajes transmitidos por el empaquetado del tabaco son de tal naturaleza que pueden transmitir la convicción de que el uso de tabaco puede satisfacer determinadas necesidades, o crear determinadas asociaciones con el usuario. Además, como se señala supra, se reconoce que los jóvenes y los adultos jóvenes son especialmente vulnerables al inicio del uso de tabaco en la medida en que crean que esas necesidades pueden satisfacerse mediante dicho uso. Así pues, las pruebas que tenemos ante nosotros, consideradas en su conjunto, respaldan la opinión de que las imágenes y las asociaciones que pueden imbuirse en los productos de tabaco en virtud de su empaquetado son de tal naturaleza que generan la convicción de que su uso atribuirá determinadas cualidades al*

usuario, y de que los adolescentes, en virtud de la naturaleza de sus procesos de adopción de decisiones, son especialmente vulnerables en cuanto a actuar sobre la base de esas convicciones, como se resume supra. (p. 7.737).

4. En este sentido, las pruebas que tenemos ante nosotros ponen de manifiesto que para mantener la demanda primaria de productos de tabaco a un nivel que sustente a la industria es preciso reclutar constantemente nuevos fumadores y "sustituir" a los que dejan de usar el producto porque lo han abandonado o han fallecido. (p. 7.744).
5. Las pruebas también indican que los adultos jóvenes fumadores son un objetivo crucial de la mercadotecnia de las marcas, habida cuenta de su alto grado de fidelidad a la primera marca que escogieron. La industria tabacalera ha reconocido que este grupo de edad se caracteriza por un alto grado de fidelidad a la primera marca que ha escogido. (p. 7.745).
6. En definitiva, constatamos que los reclamantes no han demostrado que las medidas TPP no sean adecuadas para hacer una contribución al objetivo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos. Antes bien, constatamos que las pruebas que tenemos ante nosotros, tomadas en su totalidad, respaldan la opinión de que las medidas TPP, en combinación con otras medidas de control del tabaco mantenidas por Australia (incluidas las ASG ampliadas introducidas simultáneamente con el TPP), son adecuadas para contribuir, y de hecho contribuyen, al objetivo de Australia de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos. (p. 7.1025).
7. Por último, entendemos que el objetivo de reducir la "exposición" a los productos de tabaco (que se expresa en el artículo 3(1)(a)(iv) de la Ley TPP como "reduci[r] la exposición al humo de los productos de tabaco")²⁶⁵⁷ mediante las medidas TPP está directamente vinculado con el objetivo de reducir el "consumo" de productos de tabaco, y es el resultado del logro de dicho objetivo, en el sentido de que una reducción del consumo de productos de tabaco por aquellos que los consumen entrañará una reducción de la exposición de los no consumidores a estos productos. Por consiguiente, concluimos que en tanto en cuanto las

medidas TPP contribuyen a una reducción del consumo de productos de tabaco, también tendrán alguna repercusión en la reducción de la exposición a dichos productos. (p. 7.1045).

8. *En definitiva, no estamos persuadidos de que los reclamantes hayan demostrado que Australia ha actuado más allá de los márgenes de que dispone en virtud del artículo 20 para escoger una intervención de política adecuada para abordar sus preocupaciones en materia de salud pública en relación con los productos del tabaco, al imponer determinadas exigencias especiales previstas en las medidas TPP que complican el uso de marcas de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales. Aunque reconocemos que las marcas de fábrica o de comercio tienen un valor económico sustancial, y que las exigencias especiales afectan mucho a las posibilidades de los titulares de marcas de obtener un valor económico del uso de las características figurativas o estilizadas de las marcas de fábrica o de comercio, observamos que las medidas TPP, incluidas sus restricciones en materia de marcas de fábrica o de comercio, son parte integrante de las políticas integrales de control del tabaco de Australia, y están destinadas a complementar las medidas preexistentes. Como se señala más arriba, el hecho de que las exigencias especiales, como parte de las medidas TPP globales y en combinación con otras medidas de control del tabaco mantenidas por Australia, puedan contribuir, y de hecho contribuyan, al objetivo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos, indica que las razones por las que esas exigencias especiales se aplican proporcionan un apoyo suficiente para las complicaciones del uso de marcas de fábrica o de comercio resultantes. Observamos asimismo que Australia, aunque ha sido el primer país en implementar el empaquetado genérico del tabaco, ha tratado de alcanzar su objetivo de salud pública interno pertinente obrando en consonancia con las nacientes políticas multilaterales de salud pública en la esfera del control del tabaco reflejadas en el CMCT y la labor realizada bajo sus auspicios, incluidas las Directrices relativas al artículo 11 y al artículo 13 del CMCT. (p. 7.2604).*

Por otro lado, de entre las determinaciones legales a que llegó el Grupo Especial

extraemos las siguientes:

1. *En estos procedimientos no se discute que el consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco sean causa de mortalidad y enfermedades, y que la protección de la salud humana frente a tales riesgos es, por consiguiente, un objetivo legítimo de salud pública en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. (p. 7.248).*
2. *Está claro, a la luz de lo anterior, que mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos es un "objetivo legítimo" en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. (p. 7.251).*
3. *Por consiguiente, concluimos que, desde una perspectiva de salud pública, las consecuencias de no alcanzar el objetivo de reducir el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos son especialmente graves para los jóvenes. También observamos que, en el asunto Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor, tanto el Órgano de Apelación como el Grupo Especial reconocieron la particular importancia de reducir el consumo de tabaco por los jóvenes. (p. 7.1317).*
4. *Hemos constatado que, en el contexto concreto del control del tabaco y las iniciativas normativas de Australia para mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos, ninguna de las alternativas propuestas por los reclamantes contribuiría al objetivo de Australia en un grado equivalente al de las medidas TPP, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzar el objetivo y la contribución real que hacen las medidas impugnadas, así como el principio reflejado en el sexto considerando del Acuerdo OTC de que no debe impedirse a ningún miembro perseguir objetivos legítimos "a los niveles que considere apropiados. (p. 7.1731).*
5. *En definitiva, sobre la base de lo anterior, concluimos que los reclamantes no han demostrado que las medidas TPP restrinjan el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, en el sentido del párrafo 2 del artículo 2 del Acuerdo OTC. (p. 7.1732).*
6. *El hecho de que esas exigencias especiales, como parte de las medidas TPP en*

su conjunto y en combinación con otras medidas de control del tabaco mantenidas por Australia, puedan contribuir, y de hecho contribuyen, al objetivo de Australia de mejorar la salud pública reduciendo el consumo de productos de tabaco y la exposición a estos productos indica que las razones por las que esas exigencias especiales se aplican proporcionan un apoyo suficiente para aplicar las complicaciones resultantes al uso de marcas de fábrica o de comercio. (p. 7.2592).

- 7. Concretamente, recordamos nuestras constataciones supra, basadas en las pruebas que tenemos ante nosotros, de que la eliminación de las características de diseño en el empaquetado para la venta al por menor y los cigarrillos es adecuada para reducir el atractivo de los productos de tabaco y aumentar la eficacia de las ASG. El hecho de que el uso de determinadas características y signos figurativos, incluidos los que son materia objeto de protección, como las marcas de fábrica o de comercio, esté restringido como parte de la normalización global del empaquetado para la venta al por menor y de los propios productos (cigarrillos y cigarros (puros)) constituye parte integrante de ese enfoque. Este diseño global de las medidas TPP, del que las prescripciones relativas a las marcas de fábrica o de comercio forman parte integrante, proporciona apoyo a la conclusión de que las razones para su adopción apoyan suficientemente esas prescripciones, y de que, en consecuencia, estas no se aplican "injustificablemente. (p. 7.2593).*

Este resumen de los hallazgos factuales y legales contenidos en el informe del Grupo Especial, van por supuesto, acompañados de escritos, evidencias y demás documentos anexos, que por su extensión, no estudiaremos a detalle en esta oportunidad. Solo el informe puesto a circular por el Panel llega casi a las 1000 páginas. No obstante, en esta sección logramos extraer los elementos más importantes de la determinación del Panel que nos ayudan a comprender el porqué de su decisión.

Consecuencias del dictamen

Las determinaciones del Grupo Especial implicaron que las argumentaciones del informe prácticamente cerrarán la posibilidad de que los ataques a los argumentos de

derecho deberán ser bien elaborados y sustentados. Hay que agregarle también el contexto en que nos encontramos actualmente, pues esta decisión, unida a las victorias en los foros de arbitraje de inversión, les ha dado nuevos bríos a los oponentes al consumo de tabaco y el ímpetu está a su favor. A los que se suman, grupos de presión, ONG, Organizaciones Internacionales y gobiernos. Mientras tanto, este fallo de la OMC implica que otros miembros de la organización comenzarán a introducir sus propias medidas sobre PP a los productos de tabaco, pudiendo afectar la industria nacional y las exportaciones de cigarrillos, del cual República Dominicana es el mayor exportador a nivel mundial.

Un asunto que gravitó todo el tiempo en el transcurso de los procesos fue el de la crisis en el órgano de apelación de la OMC, puesto que EEUU se rehusaba y continúa haciéndolo a participar en su reconfiguración, lo que ha provocado retrasos en el conocimiento de las apelaciones y varios casos están varados por falta de magistrados y personal para trabajarlos. Finalmente, tanto República Dominicana como Honduras fueron los únicos reclamantes que apelaron el informe del Panel. Sin embargo, la suerte fue la misma que en primera instancia, constatando el Órgano de Apelación que los reclamantes no habían demostrado errores de aplicación del derecho de la OMC con respecto al Acuerdo de Obstáculos Técnicos al Comercio (OTC) y del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC).

En definitiva, dadas las circunstancias que rodean el caso, otros países que solo estaban esperando este fallo, tomarán la palabra del Panel y aplicarán sus propias medidas de empaquetado genérico a los productos de tabaco. Estas acciones, conjuntamente con otras limitantes como es el aumento de los impuestos, puede afectar en el mediano y largo plazo a nuestro sector de cigarrillos y tabaco, que juntos suman más de mil millones de dólares en exportaciones al año y generan miles de empleos, principalmente en el sector primario y las zonas francas.

Más preocupante aún, como consecuencia de este dictamen, los miembros de la OMC

pueden verse motivados a establecer medidas restrictivas que afecten a productos que se consideren perniciosos para la salud, potencialmente abriendo una caja de pandora con consecuencias impredecibles para el sistema.

1. Lecciones aprendidas: ¿Qué podemos extraer de nuestra experiencia?

La experiencia de la República Dominicana ante el sistema de solución de diferencias, como viéramos en el apartado anterior, ha sido un tanto limitada. Salvo los en los que ha actuado en calidad de tercero y otros tantos casos como demandado, solo en uno (Australia–Tabaco) hemos tenido la iniciativa de acudir como reclamantes.

Pero, si ha sido así, ¿qué ha impedido que el país no haya iniciado por sus propios medios otros casos en la OMC?; ¿debemos pensar que nuestros socios han actuado de buena fe, en tal manera, que han permitido que la República Dominicana disfrute plenamente de sus prerrogativas en virtud de la OMC?; ¿o es que acaso los productores dominicanos no han sentido la necesidad de acudir al gobierno para que active el mecanismo?

Puede que la razón no quede explicada con las hipótesis antes planteadas. Si bien es poco discutible que iniciar un proceso ante la OMC implica embarcarse en un camino arduo y costoso, no es menos cierto, que los intereses en juego pueden multiplicar varias veces el precio de no acudir al mecanismo y quedarse de brazos cruzados ante acciones lesivas al comercio. Es decir, acudir o no, puede implicar costos hundidos que nunca se recuperarán; pero al mismo tiempo pueden acarrear costos de oportunidad dejados de percibir.

Es innegable que el comercio ejerce una influencia directa en la riqueza de los países. Las naciones desarrolladas, con frecuencia son las que mayor volumen de comercio manejan. Cuanto más exporta un país, más retorno genera, el que a su vez es invertido y utilizado para la dinamizar la economía. Los Estados, a través de sus órganos tributarios, también captan parte del retorno, que utilizan para otorgar los distintos servicios públicos, tales como la educación, la salud, el transporte, entre otros.

Como vemos, el ejercicio del comercio genera un círculo virtuoso, que beneficia por igual al sector privado y al sector público. Ambos deben complementarse y luchar por un fin común: el fortalecimiento del comercio. Así pues, corresponde al Estado el defender esos intereses en el foro de la OMC, ya que las empresas no pueden utilizar el mecanismo de solución de diferencias a título personal.

De los casos en que hemos actuado como tercero, en uno de ellos, Comunidades Europeas – Banano III, es el único que nos ha demostrado que ha sido motivado por un interés comercial significativo. La República Dominicana fue por varios años el principal proveedor de banano orgánico en el mercado mundial y para el año 2008 fue el segundo exportador mundial (después de Perú) con un valor de US\$ 42 millones de dólares. Las CE son los principales importadores de este producto, el cual tiene una preferencia especial sobre el banano tradicional, además de su mayor retorno, por lo que se explica la importancia que tuvo este caso para nuestro país.

Puede que se alegue, que la falta de reclamaciones elevadas por el país, tiene su razón de ser en el poco volumen comercial que mantenemos con los demás interlocutores comerciales (en relación a otros miembros de la OMC cuyo volumen de comercio es considerable, como por ejemplo Estados Unidos); o por nuestra reducida oferta exportable, compuesta de unos pocos productos. Estas y otras razones pueden ser tomadas como válidas, pero aun así no explican por sí solas la falta de iniciativas en asuntos de interés para el país.

Por otra parte, valorando la defensa de los casos en los que ha intervenido el país, específicamente en el caso República Dominicana – Cigarrillos, podemos encontrar que en sentido general, los argumentos y razonamientos jurídicos presentan una riqueza comparable a los presentados por otros países que ya han recorrido un largo trecho en estos procesos.

Algunos de los puntos destacables de la actuación de la República Dominicana que podemos mencionar son:

a) La utilización de la jurisprudencia OMC: La referencia a pasados casos y opiniones de los Grupos Especiales y del Órgano de Apelación, enriquecen los argumentos y denotan profundidad en la investigación. Los Paneles y el Órgano de Apelación toman en cuenta las opiniones anteriores, que han sentado la base de una rica jurisprudencia. El principio de seguridad y previsibilidad del sistema de solución de diferencias (uno de sus pilares) refuerzan la valoración y el peso que tiene la jurisprudencia de la OMC en estos procesos.

b) El retiro cuando hay pocas posibilidades de ganar: Si bien no constituye una estrategia de defensa per se, el retiro de la medida incompatible cuando se determina que la misma es poco viable, puede probar ser una actitud inteligente y madura. En el caso República Dominicana–Comisión Cambiaria se optó por retirar la medida, en lugar de irse a un proceso largo y costoso. Eventualmente la medida se tenía que retirar por compromisos específicos del país en virtud el DR-CAFTA, por lo que se deduce que el retiro unilateral de una medida contenciosa, en este caso, fue una sabia decisión por parte de la República Dominicana.

c) La unión hace la fuerza: Las sinergias pueden ser aprovechadas para compartir opiniones y crear argumentos de mayor peso. En el caso CE– Banano III, los países del ACP (incluido el nuestro) presentaron sus opiniones como bloque. En este caso se sumaron las habilidades de los pequeños, lográndose una masa consistente y de peso considerable. Esta es una excelente estrategia cuando existen en una controversia países que comparten intereses similares y persiguen un objetivo común.

d) Apoyarse en los argumentos de los demás: Como quedó demostrado en el caso Estados Unidos-Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior, el país puede sustentar sus alegatos y adherirse a los puntos expresados por otros miembros que comparten un fin común. Claro está, cuando un país va adquiriendo mayor experiencia en estos procesos, su confianza va aumentando y es capaz de producir sus propios alegatos.

CONCLUSIÓN

En síntesis, de nuestro estudio podemos concluir estableciendo que el sistema de solución de diferencias de la OMC es una herramienta eficaz para la solución de los conflictos comerciales entre los miembros de esa organización. Con más de 600 casos hasta marzo del 2023, es más que evidente que los miembros han depositado en el sistema sus plenas seguridades de que el mismo es efectivo a la hora de solucionar las diferencias.

No obstante la eficacia que ha demostrado el sistema y la confianza con que cuenta el mismo por parte de los miembros, existen algunos puntos que empañan el desempeño del sistema como conjunto. La realidad es que para algunos países un procedimiento particularmente largo puede acarrear múltiples inconvenientes, tomando en cuenta que mientras dura el proceso se mantiene la medida incompatible que produce daño económico.

Para complicar el cuadro, el sistema no contempla la adopción de medidas provisionales, tal como la suspensión temporal de la medida atacada mientras dure el proceso, que puedan servir para aliviar la presión del reclamante. A esto hay que agregarle, que aún si reclamante es victorioso en su caso, éste no recibe ninguna recompensa, ni resarcimiento económico alguno por el daño causado por la otra parte o las costas legales en las que ha incurrido.

A pesar de las flaquezas antes expuestas y otras que puedan identificarse, no cabe imaginarse la OMC funcionando como la conocemos actualmente sin el sistema de solución de diferencias como fue establecido a finales de la Ronda de Uruguay. Como viéramos en la sección correspondiente, un cambio en la forma en que se adoptan ciertas decisiones (del consenso positivo al consenso negativo) supuso una verdadera revolución del sistema, que lo fortaleció, aumentando su valor práctico.

Los grandes ganadores de este cambio fueron, con poca discusión, las grandes potencias comerciales. Aunque los países en desarrollo han aumentado su cuota de actuación en los últimos años y cuentan con ventajas y tratos especiales, inherentes a su condición, todavía falta mucho camino por recorrer, en particular a los países menos adelantados. Haití por ejemplo, nunca ha participado en un proceso.

Para la República Dominicana, el haber sido partícipe del sistema, ha sido tanto una oportunidad, como un reto. Debilidades institucionales, falta de personal técnico capacitado, así como las propias limitaciones económicas, representan dificultades a superar en el mediano plazo, si queremos mejorar nuestras probabilidades de victoria

en unos procesos tan complejos como los que se presentan ante la OMC.

Un buen desempeño ante un proceso en la OMC depende de varios factores, dentro de los cuales podemos ubicar el factor humano. Es evidente que los países que tienen buenos recursos humanos, son aquellos que muestran un mejor manejo de los asuntos procesales y jurídicos de un proceso ante la OMC.

El contar con un equipo especializado en comercio exterior y específicamente en el derecho de la OMC es una meta que debe plantearse todo país que desee fortalecer su actuación en este campo y defender efectivamente sus derechos que le corresponden como miembro.

La República Dominicana necesita hacer los ajustes necesarios si desea posicionarse favorablemente en el frente de batalla. La capacitación del personal es de suma importancia, así como asegurar la permanencia y estabilidad en los cargos. Bien es sabido, que la curva de aprendizaje en estos procesos es bastante larga y solo a través de años de experiencia se puede llegar a la perfección.

Finalmente, debemos establecer que, si bien no podemos cambiar la experiencia pasada que hayamos tenido como país, independientemente de si fue buena o mala, sí podemos utilizar esa experiencia para el porvenir, influyendo en el acontecer de nuestras actuaciones futuras y mejorando nuestro desempeño ante este foro, para beneficio de todos los dominicanos.

RECOMENDACIONES

Del estudio de los aspectos más relevantes del sistema de solución de diferencias de la OMC y del examen sobre los casos en los que ha intervenido la República Dominicana, podemos establecer las siguientes sugerencias que van en la dirección de procurar que el país pueda desempeñar un rol más eficiente en estos procesos, sacando el mayor provecho posible:

a) Establecer un mecanismo de seguimiento a las notificaciones de consultas y casos que involucren a los miembros de la OMC: Esto pudiera hacerse mediante coordinación de la representación del país en Ginebra y las distintas instituciones del gobierno dominicano encargadas de los temas OMC. Puede establecerse un equipo o grupo interinstitucional que se encargue de estudiar los casos y ponderar la posibilidad de que el país se adhiera al asunto en calidad de tercero (o incluso como reclamante), si se estima necesario por el interés que revista el caso. De esta manera, el país se coloca en una posición proactiva, en lugar de optar por una posición reaccionaria.

b) Mantener abiertos los canales de comunicación con los sectores productivos y exportadores del país: Es importante escuchar lo que estos sectores opinan, sus inquietudes y preocupaciones, las dificultades que pudieran estar atravesando para colocar sus productos en un determinado mercado, etc. El Estado puede utilizar su brazo técnico para atender las solicitudes del sector privado, servir de canal entre este y los demás interlocutores comerciales, en fin, es menester conservar un lazo de comunicación constante con estos sectores.

Recurrir a los mecanismos auxiliares/alternativos que se encuentran a disposición: El país puede optar por la asistencia del Centro de Asesoría Legal en Asuntos de la OMC. Este es un centro de asistencia jurídica, independiente de la OMC, que cuenta con un equipo de abogados especializados en los asuntos propios de la OMC. Es recomendable procurar su asistencia, en especial, para casos complejos y que requieran de bastante profundidad.

Conformar un equipo técnico especializado en derecho de la OMC: Lo ideal es que cada miembro de la OMC cuente con un cuerpo especializado de técnicos, profesionales y abogados en la materia. La República Dominicana no debe ser la excepción. Este equipo sería el encargado de preparar la defensa, estudiar a fondo los documentos y establecer la posición que deberá adoptar el país en un caso en particular.

El país debe abocarse al estudio y discusión de un instrumento legal que permita a los sectores productivos activar el mecanismo de solución de controversias de la OMC mediante el apoderamiento del gobierno, similar al que actualmente se implementa para las medidas de defensa comercial. Países como EEUU cuentan con sistemas similares, siendo en el caso de ese país la Ley de Comercio de 1974 (Sección 301). Al igual que en ese esquema, República Dominicana puede contar con un procedimiento que apodere a una instancia gubernamental -por ejemplo, el Ministerio de Industria, Comercio y MIPYMES (MICM)- que a su vez iniciaría una investigación; y si hallara circunstancias que ameriten iniciar consultas en la OMC, entonces actuaría en consecuencia. Este mecanismo implicaría necesariamente una fórmula de compartir los costos entre el gobierno y el sector privado directamente involucrado, así como una asignación especial en el presupuesto del MICM para la representación legal ante la OMC.

ANEXO

ENTENDIMIENTO RELATIVO A LAS NORMAS Y PROCEDIMIENTOS POR LOS QUE SE RIGE LA SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS

Los Miembros convienen en lo siguiente:

Artículo 1

Ámbito y aplicación

Las normas y procedimientos del presente Entendimiento serán aplicables a las diferencias planteadas de conformidad con las disposiciones en materia de consultas y solución de diferencias de los acuerdos enumerados en el Apéndice 1 del presente Entendimiento (denominados en el presente Entendimiento "acuerdos abarcados"). Las normas y procedimientos del presente Entendimiento serán asimismo aplicables a las consultas y solución de diferencias entre los Miembros relativas a sus derechos y obligaciones dimanantes de las disposiciones del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (denominado en el presente Entendimiento "Acuerdo sobre la OMC") y del presente Entendimiento tomados aisladamente o en combinación con cualquiera otro de los acuerdos abarcados.

Las normas y procedimientos del presente Entendimiento se aplicarán sin perjuicio de las normas y procedimientos especiales o adicionales que en materia de solución de diferencias contienen los acuerdos abarcados y se identifican en el Apéndice 2 del presente Entendimiento. En la medida en que exista una discrepancia entre las normas y procedimientos del presente Entendimiento y las normas y procedimientos especiales o adicionales enunciados en el Apéndice 2, prevalecerán las normas y procedimientos especiales o adicionales enunciados en el Apéndice 2. En las diferencias relativas a normas y procedimientos de más de un acuerdo abarcado, si existe conflicto entre las normas y procedimientos especiales o adicionales de los acuerdos en consideración, y si las partes en la diferencia no pueden ponerse de acuerdo sobre las normas y procedimientos dentro de los 20 días siguientes al establecimiento del grupo especial, el Presidente del Órgano de Solución de Diferencias previsto en el párrafo 1 del artículo 2

(denominado en el presente Entendimiento el "OSD"), en consulta con las partes en la diferencia, determinará las normas y procedimientos a seguir en un plazo de 10 días contados a partir de la presentación de una solicitud por uno u otro miembro. El Presidente se guiará por el principio de que cuando sea posible se seguirán las normas y procedimientos especiales o adicionales, y de que se seguirán las normas y procedimientos establecidos en el presente Entendimiento en la medida necesaria para evitar que se produzca un conflicto de normas.

Artículo 2

Administración

En virtud del presente Entendimiento se establece el Órgano de Solución de Diferencias para administrar las presentes normas y procedimientos y las disposiciones en materia de consultas y solución de diferencias de los acuerdos abarcados salvo disposición en contrario de uno de ellos. En consecuencia, el OSD estará facultado para establecer grupos especiales, adoptar los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación, vigilar la aplicación de las resoluciones y recomendaciones y autorizar la suspensión de concesiones y otras obligaciones en el marco de los acuerdos abarcados. Con respecto a las diferencias que se planteen en el marco de un acuerdo abarcado que sea uno de los Acuerdos Comerciales Plurilaterales, se entenderá que el término "Miembro" utilizado en el presente texto se refiere únicamente a los Miembros que sean partes en el Acuerdo Comercial Plurilateral correspondiente. Cuando el OSD administre las disposiciones sobre solución de diferencias de un Acuerdo Comercial Plurilateral, solo podrán participar en las decisiones o medidas que adopte el OSD con respecto a la diferencia planteada los Miembros que sean partes en dicho Acuerdo.

El OSD informará a los correspondientes Consejos y Comités de la OMC sobre lo que acontezca en las diferencias relacionadas con disposiciones de los respectivos acuerdos abarcados.

El OSD se reunirá con la frecuencia que sea necesaria para el desempeño de sus funciones dentro de los marcos temporales establecidos en el presente Entendimiento.

En los casos en que las normas y procedimientos del presente Entendimiento establezcan que el OSD debe adoptar una decisión, se procederá por consenso.⁹⁶

Artículo 3

Disposiciones generales

Los Miembros afirman su adhesión a los principios de solución de diferencias aplicados hasta la fecha al amparo de los artículos XXII y XXIII del GATT de 1947 y al procedimiento desarrollado y modificado por el presente instrumento.

El sistema de solución de diferencias de la OMC es un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio. Los Miembros reconocen que ese sistema sirve para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados y para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público. Las recomendaciones y resoluciones del OSD no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados.

Es esencial para el funcionamiento eficaz de la OMC y para el mantenimiento de un equilibrio adecuado entre los derechos y obligaciones de los Miembros la pronta solución de las situaciones en las cuales un Miembro considere que cualesquiera ventajas resultantes para él directa o indirectamente de los acuerdos abarcados se hallan menoscabadas por medidas adoptadas por otro Miembro.

Las recomendaciones o resoluciones que formule el OSD tendrán por objeto lograr una solución satisfactoria de la cuestión, de conformidad con los derechos y las obligaciones dimanantes del presente Entendimiento y de los acuerdos abarcados.

Todas las soluciones de los asuntos planteados formalmente con arreglo a las disposiciones en materia de consultas y solución de diferencias de los acuerdos

⁹⁶ Se considerará que el OSD ha adoptado una decisión por consenso sobre un asunto sometido a su consideración cuando ningún miembro presente en la reunión del OSD en que se adopte la decisión se oponga formalmente a ella.

abarcados, incluidos los laudos arbitrales, habrán de ser compatibles con dichos acuerdos y no deberán anular ni menoscabar las ventajas resultantes de los mismos para ninguno de sus Miembros, ni deberán poner obstáculos a la consecución de ninguno de los objetivos de dichos acuerdos.

Las soluciones mutuamente convenidas de los asuntos planteados formalmente con arreglo a las disposiciones en materia de consultas y solución de diferencias de los acuerdos abarcados se notificarán al OSD y a los Consejos y Comités correspondientes, en los que cualquier Miembro podrá plantear cualquier cuestión con ellas relacionada.

Antes de presentar una reclamación, los Miembros reflexionarán sobre la utilidad de actuar al amparo de los presentes procedimientos. El objetivo del mecanismo de solución de diferencias es hallar una solución positiva a las diferencias. Se debe dar siempre preferencia a una solución mutuamente aceptable para las partes en la diferencia y que esté en conformidad con los acuerdos abarcados. De no llegarse a una solución de mutuo acuerdo, 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. No se debe recurrir a la compensación sino en el caso de que no sea factible suprimir inmediatamente las medidas incompatibles con el acuerdo abarcado y como solución provisional hasta su supresión. 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.

En los casos de incumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de un acuerdo abarcado, se presume que la medida constituye un caso de anulación o menoscabo. Esto significa que normalmente existe la presunción de que toda transgresión de las normas tiene efectos desfavorables para otros Miembros que sean partes en el acuerdo abarcado, y en tal caso corresponderá al Miembro contra el que se haya presentado la reclamación refutar la acusación.

Las disposiciones del presente Entendimiento no perjudicarán el derecho de los Miembros de recabar una interpretación autorizada de las disposiciones de un acuerdo abarcado mediante decisiones adoptadas de conformidad con el Acuerdo sobre la OMC o un acuerdo abarcado que sea un Acuerdo Comercial Plurilateral.

Queda entendido que las solicitudes de conciliación y el recurso al procedimiento de solución de diferencias no deberán estar concebidos ni ser considerados como actos contenciosos y que, si surge una diferencia, todos los Miembros entablarán este procedimiento de buena fe y esforzándose por resolverla. Queda entendido asimismo que no deben vincularse las reclamaciones y contrarreclamaciones relativas a cuestiones diferentes.

El presente Entendimiento se aplicará únicamente a las nuevas solicitudes de celebración de consultas que se presenten de conformidad con las disposiciones sobre consultas de los acuerdos abarcados en la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC o con posterioridad a esa fecha. Seguirán siendo aplicables a las diferencias respecto de las cuales la solicitud de consultas se hubiera hecho en virtud del GATT de 1947, o de cualquier otro acuerdo predecesor de los acuerdos abarcados, con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC, las normas y procedimientos pertinentes de solución de diferencias vigentes inmediatamente antes de la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC.⁹⁷

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 11 si un país en desarrollo Miembro presenta contra un país desarrollado Miembro una reclamación basada en cualquiera de los acuerdos abarcados, la parte reclamante tendrá derecho a prevalerse, como alternativa a las disposiciones de los artículos 4, 5, 6 y 12 del presente Entendimiento, de las correspondientes disposiciones de la Decisión de 5 de abril de 1966 (IBDD 14S/20), excepto que, cuando el Grupo Especial estime que el marco temporal previsto en el párrafo 7 de esa Decisión es insuficiente para rendir su informe y previa aprobación de la parte reclamante, ese marco temporal podrá prorrogarse. En la medida en que haya

⁹⁷ Este párrafo será asimismo aplicable a las diferencias en cuyo caso los informes de los grupos especiales no se hayan adoptado o aplicado plenamente.

divergencia entre las normas y procedimientos de los artículos 4, 5, 6 y 12 y las correspondientes normas y procedimientos de la Decisión, prevalecerán estos últimos.

Artículo 4

Consultas

Los Miembros afirman su determinación de fortalecer y mejorar la eficacia de los procedimientos de consulta seguidos por los Miembros.

Cada Miembro se compromete a examinar con comprensión las representaciones que pueda formularle otro Miembro con respecto a medidas adoptadas dentro de su territorio que afecten al funcionamiento de cualquier acuerdo abarcado y brindará oportunidades adecuadas para la celebración de consultas sobre dichas representaciones.⁹⁸

Cuando se formule una solicitud de celebración de consultas de conformidad con un acuerdo abarcado, el Miembro al que se haya dirigido dicha solicitud responderá a ésta, a menos que se convenga de mutuo acuerdo lo contrario, en un plazo de 10 días contados a partir de la fecha en que la haya recibido, y entablará consultas de buena fe dentro de un plazo de no más de 30 días contados a partir de la fecha de recepción de la solicitud, con miras a llegar a una solución mutuamente satisfactoria. Si el Miembro no responde en el plazo de 10 días contados a partir de la fecha en que haya recibido la solicitud, o no entabla consultas dentro de un plazo de no más de 30 días, u otro plazo mutuamente convenido, contados a partir de la fecha de recepción de la solicitud, el Miembro que haya solicitado la celebración de consultas podrá proceder directamente a solicitar el establecimiento de un grupo especial.

Todas esas solicitudes de celebración de consultas serán notificadas al OSD y a los Consejos y Comités correspondientes por el Miembro que solicite las consultas. Toda solicitud de celebración de consultas se presentará por escrito y en ella figurarán las razones en que se base, con indicación de las medidas en litigio y de los fundamentos

⁹⁸ Cuando las disposiciones de cualquier otro acuerdo abarcado relativas a medidas adoptadas por gobiernos o autoridades regionales o locales dentro del territorio de un Miembro sean distintas de las de este párrafo, prevalecerán las disposiciones de ese otro acuerdo abarcado.

jurídicos de la reclamación.

Durante las consultas celebradas de conformidad con las disposiciones de un acuerdo abarcado, los Miembros deberán tratar de llegar a una solución satisfactoria de la cuestión antes de recurrir a otras medidas previstas en el presente Entendimiento.

Las consultas serán confidenciales y no prejuzgarán los derechos de ningún Miembro en otras posibles diligencias.

Si las consultas no permiten resolver la diferencia en un plazo de 60 días contados a partir de la fecha de recepción de la solicitud de celebración de consultas, la parte reclamante podrá pedir que se establezca un grupo especial. La parte reclamante podrá pedir el establecimiento de un grupo especial dentro de ese plazo de 60 días si las partes que intervienen en las consultas consideran de consuno que éstas no han permitido resolver la diferencia.

En casos de urgencia, incluidos los que afecten a productos perecederos, los Miembros entablarán consultas en un plazo de no más de 10 días contados a partir de la fecha de recepción de la solicitud. Si las consultas no permiten resolver la diferencia en un plazo de 20 días contados a partir de la fecha de recepción de la solicitud, la parte reclamante podrá pedir que se establezca un grupo especial.

En casos de urgencia, incluidos los que afecten a productos perecederos, las partes en la diferencia, los grupos especiales y el Órgano de Apelación harán todo lo posible para acelerar las actuaciones al máximo.

Durante las consultas los Miembros deberán prestar especial atención a los problemas e intereses particulares de los países en desarrollo Miembros.

Cuando un Miembro que no participe en consultas que tengan lugar de conformidad con el párrafo 1 del artículo XXII del GATT de 1994, el párrafo 1 del artículo XXII del AGCS o las disposiciones correspondientes de los demás acuerdos abarcados⁹⁹, considere que

⁹⁹ A continuación se enumeran las correspondientes disposiciones en materia de consultas de los acuerdos abarcados: Acuerdo sobre la Agricultura, artículo 19; Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y

tiene un interés comercial sustancial en las mismas, dicho Miembro podrá notificar a los Miembros participantes en las consultas y al OSD, dentro de los 10 días siguientes a la fecha de la distribución de la solicitud de celebración de consultas de conformidad con el mencionado párrafo, su deseo de que se le asocie a las mismas. Ese Miembro será asociado a las consultas siempre que el Miembro al que se haya dirigido la petición de celebración de consultas acepte que la reivindicación del interés sustancial está bien fundada. En ese caso, ambos Miembros informarán de ello al OSD. Si se rechaza la petición de asociación a las consultas, el Miembro peticionario podrá solicitar la celebración de consultas de conformidad con el párrafo 1 del artículo XXII o el párrafo 1 del artículo XXIII del GATT de 1994, el párrafo 1 del artículo XXII o el párrafo 1 del artículo XXIII del AGCS o las disposiciones correspondientes de otros acuerdos abarcados.

Artículo 5

Buenos oficios, conciliación y mediación

Los buenos oficios, la conciliación y la mediación son procedimientos que se inician voluntariamente si así lo acuerdan las partes en la diferencia.

Las diligencias relativas a los buenos oficios, la conciliación y la mediación, y en particular las posiciones adoptadas durante las mismas por las partes en la diferencia, serán confidenciales y no prejuzgarán los derechos de ninguna de las partes en posibles diligencias ulteriores con arreglo a estos procedimientos.

Cualquier parte en una diferencia podrá solicitar los buenos oficios, la conciliación o la mediación en cualquier momento. Éstos podrán iniciarse en cualquier momento, y en cualquier momento se les podrá poner término. Una vez terminado el procedimiento de

Fitosanitarias, párrafo 1 del artículo 11; Acuerdo sobre los Textiles y el Vestido, párrafo 4 del artículo 8; Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, párrafo 1 del artículo 14; Acuerdo sobre las Medidas en Materia de Inversiones relacionadas con el Comercio, artículo 8; Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del GATT de 1994, párrafo 2 del artículo 17; Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VII del GATT de 1994, párrafo 2 del artículo 19; Acuerdo sobre Inspección Previa a la Expedición, artículo 7; Acuerdo sobre Normas de Origen, artículo 7; Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación, artículo 6; Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, artículo 30; Acuerdo sobre Salvaguardias, artículo 14; Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual Relacionados con el Comercio, párrafo 1 del artículo 64; y las correspondientes disposiciones en materia de consultas de los Acuerdos Comerciales Plurilaterales que los órganos competentes de cada acuerdo determinen y notifiquen al OSD.

buenos oficios, conciliación o mediación, la parte reclamante podrá proceder a solicitar el establecimiento de un grupo especial.

Cuando los buenos oficios, la conciliación o la mediación se inicien dentro de los 60 días siguientes a la fecha de la recepción de una solicitud de celebración de consultas, la parte reclamante no podrá pedir el establecimiento de un grupo especial sino después de transcurrido un plazo de 60 días a partir de la fecha de la recepción de la solicitud de celebración de consultas. La parte reclamante podrá solicitar el establecimiento de un grupo especial dentro de esos 60 días si las partes en la diferencia consideran de consuno que el procedimiento de buenos oficios, conciliación o mediación no ha permitido resolver la diferencia.

Si las partes en la diferencia así lo acuerdan, el procedimiento de buenos oficios, conciliación o mediación podrá continuar mientras se desarrollen las actuaciones del grupo especial.

El Director general, actuando de oficio, podrá ofrecer sus buenos oficios, conciliación o mediación para ayudar a los Miembros a resolver la diferencia.

Artículo 6

Establecimiento de grupos especiales

Si la parte reclamante así lo pide, se establecerá un grupo especial, a más tardar en la reunión del OSD siguiente a aquella en la que la petición haya figurado por primera vez como punto en el orden del día del OSD, a menos que en esa reunión el OSD decida por consenso no establecer un grupo especial.¹⁰⁰

Las peticiones de establecimiento de grupos especiales se formularán por escrito. En ellas se indicará si se han celebrado consultas, se identificarán las medidas concretas en litigio y se hará una breve exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación, que sea suficiente para presentar el problema con claridad. En el caso de

¹⁰⁰ Si la parte reclamante así lo pide, se convocará a tal efecto una reunión del OSD dentro de los 15 días siguientes a la petición, siempre que se dé aviso con 10 días como mínimo de antelación a la reunión.

que el solicitante pida el establecimiento de un grupo especial con un mandato distinto del uniforme, en la petición escrita figurará el texto propuesto del mandato especial.

Artículo 7

Mandato de los grupos especiales

El mandato de los grupos especiales será el siguiente, a menos que, dentro de un plazo de 20 días a partir de la fecha de establecimiento del grupo especial, las partes en la diferencia acuerden otra cosa:

"Examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes (del acuerdo abarcado (de los acuerdos abarcados) que hayan invocado las partes en la diferencia), el asunto sometido al OSD por (nombre de la parte) en el documento ... y formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en dicho acuerdo (dichos acuerdos)."

Los grupos especiales considerarán las disposiciones del acuerdo o acuerdos abarcados que hayan invocado las partes en la diferencia.

Al establecer un grupo especial, el OSD podrá autorizar a su Presidente a redactar el mandato del grupo especial en consulta con las partes, con sujeción a las disposiciones del párrafo 1. El mandato así redactado se distribuirá a todos los Miembros. Si se acuerda un mandato que no sea el uniforme, todo Miembro podrá plantear cualquier cuestión relativa al mismo en el OSD.

Artículo 8

Composición de los grupos especiales

Los grupos especiales estarán formados por personas muy competentes, funcionarios gubernamentales o no, a saber, personas que anteriormente hayan integrado un grupo especial o hayan presentado un alegato en él, hayan actuado como representantes de un Miembro o de una parte contratante del GATT de 1947 o como representantes en el Consejo o Comité de cualquier acuerdo abarcado o del respectivo acuerdo precedente

o hayan formado parte de la Secretaría del GATT, hayan realizado una actividad docente o publicado trabajos sobre derecho mercantil internacional o política comercial internacional, o hayan ocupado un alto cargo en la esfera de la política comercial en un Miembro.

Los miembros de los grupos especiales deberán ser elegidos de manera que queden aseguradas la independencia de los miembros y la participación de personas con formación suficientemente variada y experiencia en campos muy diversos.

Los nacionales de los Miembros cuyos gobiernos¹⁰¹ sean parte en la diferencia o terceros en ella en el sentido del párrafo 2 del artículo 10 no podrán ser integrantes del grupo especial que se ocupe de esa diferencia, salvo que las partes en dicha diferencia acuerden lo contrario.

Para facilitar la elección de los integrantes de los grupos especiales, la Secretaría mantendrá una lista indicativa de personas, funcionarios gubernamentales o no, que reúnan las condiciones indicadas en el párrafo 1, de la cual puedan elegirse los integrantes de los grupos especiales, según proceda. Esta lista incluirá la lista de expertos no gubernamentales establecida el 30 de noviembre de 1984 (IBDD 31S/9), así como las otras listas de expertos y listas indicativas establecidas en virtud de cualquiera de los acuerdos abarcados, y en ella se mantendrán los nombres de las personas que figuren en las listas de expertos y en las listas indicativas en la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC. Los Miembros podrán proponer periódicamente nombres de personas, funcionarios gubernamentales o no, para su inclusión en la lista indicativa, y facilitarán la información pertinente sobre su competencia en materia de comercio internacional y su conocimiento de los sectores o temas objeto de los acuerdos abarcados, y esos nombres se añadirán a la lista, previa aprobación del OSD. Con respecto a cada una de las personas que figuren en la lista, se indicarán en ésta las esferas concretas de experiencia o competencia técnica que la persona tenga en los sectores o temas objeto de los acuerdos abarcados.

¹⁰¹ En caso de que una unión aduanera o un mercado común sea parte en una diferencia, esta disposición se aplicará a los nacionales de todos los países miembros de la unión aduanera o el mercado común.

Los grupos especiales estarán formados por tres integrantes, a menos que, dentro de los 10 días siguientes al establecimiento del grupo especial, las partes en la diferencia convengan en que sus integrantes sean cinco. La composición del grupo especial se comunicará sin demora a los Miembros.

La Secretaría propondrá a las partes en la diferencia los candidatos a integrantes del grupo especial. Las partes en la diferencia no se opondrán a ellos sino por razones imperiosas.

Si no se llega a un acuerdo sobre los integrantes dentro de los 20 días siguientes a la fecha del establecimiento del grupo especial, a petición de cualquiera de las partes, el Director general, en consulta con el Presidente del OSD y con el Presidente del Consejo o Comité correspondiente, establecerá la composición del grupo especial, nombrando a los integrantes que el Director general considere más idóneos con arreglo a las normas o procedimientos especiales o adicionales previstos al efecto en el acuerdo o acuerdos abarcados a que se refiera la diferencia, después de consultar a las partes en ella. El Presidente del OSD comunicará a los Miembros la composición del grupo especial así nombrado a más tardar 10 días después de la fecha en que haya recibido dicha petición.

Los Miembros se comprometerán, por regla general, a permitir que sus funcionarios formen parte de los grupos especiales.

Los integrantes de los grupos especiales actuarán a título personal y no en calidad de representantes de un gobierno o de una organización. Por consiguiente, los Miembros se abstendrán de darles instrucciones y de ejercer sobre ellos cualquier clase de influencia con respecto a los asuntos sometidos al grupo especial.

Cuando se plantee una diferencia entre un país en desarrollo Miembro y un país desarrollado Miembro, en el grupo especial participará, si el país en desarrollo Miembro así lo solicita, por lo menos un integrante que sea nacional de un país en desarrollo Miembro.

Los gastos de los integrantes de los grupos especiales, incluidos los de viaje y las dietas, se sufragarán con cargo al presupuesto de la OMC con arreglo a los criterios que adopte

el Consejo General sobre la base de recomendaciones del Comité de Asuntos Presupuestarios, Financieros y Administrativos.

Artículo 9

Procedimiento aplicable en caso de pluralidad de partes reclamantes

Cuando varios Miembros soliciten el establecimiento de sendos grupos especiales en relación con un mismo asunto, se podrá establecer un único grupo especial para examinar las reclamaciones tomando en consideración los derechos de todos los Miembros interesados. Siempre que sea posible, se deberá establecer un grupo especial único para examinar tales reclamaciones.

El grupo especial único organizará su examen y presentará sus conclusiones al OSD de manera que no resulten menoscabados en modo alguno los derechos de que habrían gozado las partes en la diferencia si las reclamaciones hubiesen sido examinadas por grupos especiales distintos. Si una de las partes en la diferencia lo solicita, el grupo especial presentará informes separados sobre la diferencia considerada. Las comunicaciones escritas de cada uno de los reclamantes se facilitarán a los otros reclamantes, y cada reclamante tendrá derecho a estar presente cuando uno de los otros exponga sus opiniones al grupo especial.

Si se establece más de un grupo especial para examinar las reclamaciones relativas a un mismo asunto, en la medida en que sea posible actuarán las mismas personas como integrantes de cada uno de los grupos especiales, y se armonizará el calendario de los trabajos de los grupos especiales que se ocupen de esas diferencias.

Artículo 10

Terceros

En el curso del procedimiento de los grupos especiales se tomarán plenamente en cuenta los intereses de las partes en la diferencia y de los demás Miembros en el marco de un acuerdo abarcado a que se refiera la diferencia.

Todo Miembro que tenga un interés sustancial en un asunto sometido a un grupo especial y así lo haya notificado al OSD (denominado en el presente Entendimiento "tercero") tendrá oportunidad de ser oído por el grupo especial y de presentar a éste comunicaciones por escrito. Esas comunicaciones se facilitarán también a las partes en la diferencia y se reflejarán en el informe del grupo especial.

Se dará traslado a los terceros de las comunicaciones de las partes en la diferencia presentadas al grupo especial en su primera reunión.

Si un tercero considera que una medida que ya haya sido objeto de la actuación de un grupo especial anula o menoscaba ventajas resultantes para él de cualquier acuerdo abarcado, ese Miembro podrá recurrir a los procedimientos normales de solución de diferencias establecidos en el presente Entendimiento. Esta diferencia se remitirá, siempre que sea posible, al grupo especial que haya entendido inicialmente en el asunto.

Artículo 11

Función de los grupos especiales

La función de los grupos especiales es ayudar al OSD a cumplir las funciones que le incumben en virtud del presente Entendimiento y de los acuerdos abarcados. Por consiguiente, cada grupo especial deberá hacer una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido, que incluya una evaluación objetiva de los hechos, de la aplicabilidad de los acuerdos abarcados pertinentes y de la conformidad con éstos y formular otras conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en los acuerdos abarcados. Los grupos especiales deberán consultar regularmente a las partes en la diferencia y darles oportunidad adecuada de llegar a una solución mutuamente satisfactoria.

Artículo 12

Procedimiento de los grupos especiales

Los grupos especiales seguirán los Procedimientos de Trabajo que se recogen en el Apéndice 3, a menos que el grupo especial acuerde otra cosa tras consultar a las partes

en la diferencia.

En el procedimiento de los grupos especiales deberá haber flexibilidad suficiente para garantizar la calidad de los informes sin retrasar indebidamente los trabajos de los grupos especiales.

Previa consulta con las partes en la diferencia y tan pronto como sea factible, de ser posible en el plazo de una semana después de que se haya convenido en la composición y el mandato del grupo especial, los integrantes del grupo especial fijarán el calendario para sus trabajos, teniendo en cuenta las disposiciones del párrafo 9 del artículo 4, si procede.

Al determinar el calendario de sus trabajos, el grupo especial dará tiempo suficiente a las partes en la diferencia para que preparen sus comunicaciones.

Los grupos especiales deberán fijar, para la presentación de las comunicaciones escritas de las partes, plazos precisos que las partes en la diferencia han de respetar.

Cada parte en la diferencia depositará en poder de la Secretaría sus comunicaciones escritas para su traslado inmediato al grupo especial y a la otra o las otras partes en la diferencia. La parte reclamante presentará su primera comunicación con anterioridad a la primera comunicación de la parte demandada, a menos que el grupo especial decida, al fijar el calendario mencionado en el párrafo 3 y previa consulta con las partes en la diferencia, que las partes deberán presentar sus primeras comunicaciones al mismo tiempo. Cuando se haya dispuesto que las primeras comunicaciones se depositarán de manera sucesiva, el grupo especial establecerá un plazo en firme para recibir la comunicación de la parte demandada. Las posteriores comunicaciones escritas de las partes, si las hubiere, se presentarán simultáneamente.

En los casos en que las partes en la diferencia no hayan podido llegar a una solución mutuamente satisfactoria, el grupo especial presentará sus conclusiones en un informe escrito al OSD. En tales casos, el grupo especial expondrá en su informe las constataciones de hecho, la aplicabilidad de las disposiciones pertinentes y las razones en que se basen sus conclusiones y recomendaciones. Cuando se haya llegado a un

arreglo de la cuestión entre las partes en la diferencia, el informe del grupo especial se limitará a una breve relación del caso, con indicación de que se ha llegado a una solución.

Con objeto de que el procedimiento sea más eficaz, el plazo en que el grupo especial llevará a cabo su examen, desde la fecha en que se haya convenido en su composición y su mandato hasta la fecha en que se dé traslado del informe definitivo a las partes en la diferencia, no excederá, por regla general, de seis meses. En casos de urgencia, incluidos los relativos a productos perecederos, el grupo especial procurará dar traslado de su informe a las partes en la diferencia dentro de un plazo de tres meses.

Cuando el grupo especial considere que no puede emitir su informe dentro de un plazo de seis meses, o de tres meses en los casos de urgencia, informará al OSD por escrito de las razones de la demora y facilitará al mismo tiempo una estimación del plazo en que emitirá su informe. En ningún caso el período que transcurra entre el establecimiento del grupo especial y la distribución del informe a los Miembros deberá exceder de nueve meses.

En el marco de las consultas que se refieran a una medida adoptada por un país en desarrollo Miembro, las partes podrán convenir en ampliar los plazos establecidos en los párrafos 7 y 8 del artículo 4. En el caso de que, tras la expiración del plazo pertinente, las partes que celebren las consultas no puedan convenir en que éstas han concluido, el Presidente del OSD decidirá, previa consulta con las partes, si se ha de prorrogar el plazo pertinente y, de prorrogarse, por cuánto tiempo. Además, al examinar una reclamación presentada contra un país en desarrollo Miembro, el grupo especial concederá a éste tiempo suficiente para preparar y exponer sus alegaciones. Ninguna actuación realizada en virtud del presente párrafo podrá afectar a las disposiciones del párrafo 1 del artículo 20 y del párrafo 4 del artículo 21.

Cuando una o más de las partes sean países en desarrollo Miembros, en el informe del grupo especial se indicará explícitamente la forma en que se han tenido en cuenta las disposiciones pertinentes sobre trato diferenciado y más favorable para los países en desarrollo Miembros que forman parte de los acuerdos abarcados, y que hayan sido alegadas por el país en desarrollo Miembro en el curso del procedimiento de solución de

diferencias.

A instancia de la parte reclamante, el grupo especial podrá suspender sus trabajos por un período que no exceda de 12 meses. En tal caso, los plazos establecidos en los párrafos 8 y 9 del presente artículo, el párrafo 1 del artículo 20 y el párrafo 4 del artículo 21 se prorrogarán por un período de la misma duración que aquel en que hayan estado suspendidos los trabajos. Si los trabajos del grupo especial hubieran estado suspendidos durante más de 12 meses, quedará sin efecto la decisión de establecer el grupo especial.

Artículo 13

Derecho a recabar información

Cada grupo especial tendrá el derecho de recabar información y asesoramiento técnico de cualquier persona o entidad que estime conveniente. No obstante, antes de recabar información o asesoramiento de una persona o entidad sometida a la jurisdicción de un Miembro, el grupo especial lo notificará a las autoridades de dicho Miembro. Los Miembros deberán dar una respuesta pronta y completa a cualquier solicitud que les dirija un grupo especial para obtener la información que considere necesaria y pertinente. La información confidencial que se proporcione no deberá ser revelada sin la autorización formal de la persona, institución, o autoridad del Miembro que la haya facilitado.

Los grupos especiales podrán recabar información de cualquier fuente pertinente y consultar a expertos para obtener su opinión sobre determinados aspectos de la cuestión. Los grupos especiales podrán solicitar a un grupo consultivo de expertos que emita un informe por escrito sobre un elemento de hecho concerniente a una cuestión de carácter científico o técnico planteada por una parte en la diferencia. En el Apéndice 4 figuran las normas para el establecimiento de esos grupos consultivos de expertos y el procedimiento de actuación de los mismos.

Artículo 14

Confidencialidad

Las deliberaciones del grupo especial serán confidenciales.

Los informes de los grupos especiales se redactarán sin que se hallen presentes las partes en la diferencia, teniendo en cuenta la información proporcionada y las declaraciones formuladas.

Las opiniones que expresen en el informe del grupo especial los distintos integrantes de éste serán anónimas.

Artículo 15

Etapa intermedia de reexamen

Tras considerar los escritos de réplica y las alegaciones orales, el grupo especial dará traslado de los capítulos expositivos (hechos y argumentación) de su proyecto de informe a las partes en la diferencia. Dentro de un plazo fijado por el grupo especial, las partes presentarán sus observaciones por escrito.

Una vez expirado el plazo establecido para recibir las observaciones de las partes en la diferencia, el grupo especial dará traslado a las mismas de un informe provisional en el que figurarán tanto los capítulos expositivos como las constataciones y conclusiones del grupo especial. Dentro de un plazo fijado por él, cualquiera de las partes podrá presentar por escrito una petición de que el grupo especial reexamine aspectos concretos del informe provisional antes de la distribución del informe definitivo a los Miembros. A petición de parte, el grupo especial celebrará una nueva reunión con las partes sobre las cuestiones identificadas en las observaciones escritas. De no haberse recibido observaciones de ninguna parte dentro del plazo previsto a esos efectos, el informe provisional se considerará definitivo y se distribuirá sin demora a los Miembros.

Entre las conclusiones del informe definitivo del grupo especial figurará un examen de los argumentos esgrimidos en la etapa intermedia de reexamen. La etapa intermedia de reexamen se desarrollará dentro del plazo establecido en el párrafo 8 del artículo 12.

Artículo 16

Adopción de los informes de los grupos especiales

A fin de que los Miembros dispongan de tiempo suficiente para examinar los informes de los grupos especiales, estos informes no serán examinados a efectos de su adopción por el OSD hasta que hayan transcurrido 20 días desde la fecha de su distribución a los Miembros.

Todo Miembro que tenga objeciones que oponer al informe de un grupo especial dará por escrito una explicación de sus razones, para su distribución por lo menos 10 días antes de la reunión del OSD en la que se haya de examinar el informe del grupo especial.

Las partes en una diferencia tendrán derecho a participar plenamente en el examen por el OSD del informe del grupo especial, y sus opiniones constarán plenamente en acta.

Dentro de los 60 días siguientes a la fecha de distribución del informe de un grupo especial a los Miembros, el informe se adoptará en una reunión del OSD¹⁰², a menos que una parte en la diferencia notifique formalmente a éste su decisión de apelar o que el OSD decida por consenso no adoptar el informe. Si una parte ha notificado su decisión de apelar, el informe del grupo especial no será considerado por el OSD a efectos de su adopción hasta después de haber concluido el proceso de apelación. Este procedimiento de adopción se entiende sin perjuicio del derecho de los Miembros a expresar sus opiniones sobre los informes de los grupos especiales.

Artículo 17

Examen en apelación

Órgano Permanente de Apelación

El OSD establecerá un Órgano Permanente de Apelación. El Órgano de Apelación entenderá en los recursos de apelación interpuestos contra las decisiones de los grupos especiales y estará integrado por siete personas, de las cuales actuarán tres en cada

¹⁰² Si no hay prevista una reunión del OSD dentro de ese período en una fecha que permita cumplir las prescripciones de los párrafos 1 y 4 del artículo 16, se celebrará una reunión del OSD a tal efecto.

caso. Las personas que formen parte del Órgano de Apelación actuarán por turno. Dicho turno se determinará en el procedimiento de trabajo del Órgano de Apelación.

El OSD nombrará por un período de cuatro años a las personas que formarán parte del Órgano de Apelación y podrá renovar una vez el mandato de cada una de ellas. Sin embargo, el mandato de tres de las siete personas nombradas inmediatamente después de la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC, que se determinarán por sorteo, expirará al cabo de dos años. Las vacantes se cubrirán a medida que se produzcan. La persona nombrada para reemplazar a otra cuyo mandato no haya terminado desempeñará el cargo durante el período que falte para completar dicho mandato.

El Órgano de Apelación estará integrado por personas de prestigio reconocido, con competencia técnica acreditada en derecho, en comercio internacional y en la temática de los acuerdos abarcados en general. No estarán vinculadas a ningún gobierno. Los integrantes del Órgano de Apelación serán representativos en términos generales de la composición de la OMC. Todas las personas que formen parte del Órgano de Apelación estarán disponibles en todo momento y en breve plazo, y se mantendrán al corriente de las actividades de solución de diferencias y demás actividades pertinentes de la OMC. No intervendrán en el examen de ninguna diferencia que pueda generar un conflicto directo o indirecto de intereses.

Solamente las partes en la diferencia, con exclusión de terceros, podrán recurrir en apelación contra el informe de un grupo especial. Los terceros que hayan notificado al OSD un interés sustancial en el asunto de conformidad con el párrafo 2 del artículo 10 podrán presentar comunicaciones por escrito al Órgano de Apelación, que podrá darles la oportunidad de ser oídos.

Por regla general, la duración del procedimiento entre la fecha en que una parte en la diferencia notifique formalmente su decisión de apelar y la fecha en que el Órgano de Apelación distribuya su informe no excederá de 60 días. Al fijar su calendario, el Órgano de Apelación tendrá en cuenta las disposiciones del párrafo 9 del artículo 4, si procede. Si el Órgano de Apelación considera que no puede rendir su informe dentro de los 60 días, comunicará por escrito al OSD los motivos del retraso, indicando el plazo en el que

estima que podrá presentarlo. En ningún caso la duración del procedimiento excederá de 90 días.

La apelación tendrá únicamente por objeto las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por éste.

Se prestará al Órgano de Apelación la asistencia administrativa y jurídica que sea necesaria.

Los gastos de las personas que formen parte del Órgano de Apelación, incluidos los gastos de viaje y las dietas, se sufragarán con cargo al presupuesto de la OMC, con arreglo a los criterios que adopte el Consejo General sobre la base de recomendaciones del Comité de Asuntos Presupuestarios, Financieros y Administrativos.

Procedimiento del examen en apelación

El Órgano de Apelación, en consulta con el Presidente del OSD y con el Director general, establecerá los procedimientos de trabajo y dará traslado de ellos a los Miembros para su información.

Las actuaciones del Órgano de Apelación tendrán carácter confidencial. Los informes del Órgano de Apelación se redactarán sin que se hallen presentes las partes en la diferencia y a la luz de la información proporcionada y de las declaraciones formuladas.

Las opiniones expresadas en el informe del Órgano de Apelación por los distintos integrantes de éste serán anónimas.

El Órgano de Apelación examinará cada una de las cuestiones planteadas de conformidad con el párrafo 6 en el procedimiento de apelación.

El Órgano de Apelación podrá confirmar, modificar o revocar las constataciones y conclusiones jurídicas del grupo especial.

Adopción de los informes del Órgano de Apelación

14. Los informes del Órgano de Apelación serán adoptados por el OSD y aceptados sin

condiciones por las partes en la diferencia salvo que el OSD decida por consenso no adoptar el informe del Órgano de Apelación en un plazo de 30 días contados a partir de su distribución a los Miembros.¹⁰³ Este procedimiento de adopción se entenderá sin perjuicio del derecho de los Miembros a exponer sus opiniones sobre los informes del Órgano de Apelación.

Artículo 18

Comunicaciones con el grupo especial o el Órgano de Apelación

No habrá comunicaciones ex parte con el grupo especial o el Órgano de Apelación en relación con asuntos sometidos a la consideración del grupo especial o del Órgano de Apelación.

Las comunicaciones por escrito al grupo especial o al Órgano de Apelación se considerarán confidenciales, pero se facilitarán a las partes en la diferencia. Ninguna de las disposiciones del presente Entendimiento impedirá a una parte en la diferencia hacer públicas sus posiciones. Los Miembros considerarán confidencial la información facilitada al grupo especial o al Órgano de Apelación por otro Miembro a la que éste haya atribuido tal carácter. A petición de un Miembro, una parte en la diferencia podrá también facilitar un resumen no confidencial de la información contenida en sus comunicaciones escritas que pueda hacerse público.

Artículo 19

Recomendaciones de los grupos especiales y del Órgano de Apelación

Cuando un grupo especial o el Órgano de Apelación lleguen a la conclusión de que una medida es incompatible con un acuerdo abarcado, recomendarán que el Miembro afectado¹⁰⁴ la ponga en conformidad con ese acuerdo.¹⁰⁵ Además de formular

¹⁰³ Si no hay prevista una reunión del OSD durante ese período, se celebrará una reunión del OSD a tal efecto.

¹⁰⁴ El "Miembro afectado" es la parte en la diferencia a la que vayan dirigidas las recomendaciones del grupo especial o del Órgano de Apelación.

¹⁰⁵ Con respecto a las recomendaciones en los casos en que no haya infracción de las disposiciones del GATT de 1994 ni de ningún otro acuerdo abarcado, véase el artículo 26.

recomendaciones, el grupo especial o el Órgano de Apelación podrán sugerir la forma en que el Miembro afectado podría aplicarlas.

De conformidad con el párrafo 2 del artículo 3, las constataciones y recomendaciones del grupo especial y del Órgano de Apelación no podrán entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados.

Artículo 20

Marco temporal de las decisiones del OSD

A menos que las partes en la diferencia acuerden otra cosa, el período comprendido entre la fecha de establecimiento del grupo especial por el OSD y la fecha en que el OSD examine el informe del grupo especial o el informe del examen en apelación no excederá, por regla general, de nueve meses cuando no se haya interpuesto apelación contra el informe del grupo especial o de 12 cuando se haya interpuesto. Si el grupo especial o el Órgano de Apelación, al amparo del párrafo 9 del artículo 12 o del párrafo 5 del artículo 17, han procedido a prorrogar el plazo para emitir su informe, la duración del plazo adicional se añadirá al período antes indicado.

Artículo 21

Vigilancia de la aplicación de las recomendaciones y resoluciones

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.

Se prestará especial atención a las cuestiones que afecten a los intereses de los países en desarrollo Miembros con respecto a las medidas que hayan sido objeto de solución de diferencias.

En una reunión del OSD que se celebrará dentro de los 30 días siguientes¹⁰⁶ a la

¹⁰⁶ Si no hay prevista una reunión del OSD durante ese período, el OSD celebrará una reunión a tal efecto dentro del plazo establecido.

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 plazo prudencial será:

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

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,

un plazo determinado mediante arbitraje vinculante dentro de los 90 días siguientes a la fecha de adopción de las recomendaciones y resoluciones.¹⁰⁷ En dicho arbitraje, una directriz para el árbitro¹⁰⁸ 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.

A no ser que el grupo especial o el Órgano de Apelación hayan prorrogado, de conformidad con el párrafo 9 del artículo 12 o el párrafo 5 del artículo 17, el plazo para emitir su informe, el período transcurrido desde el establecimiento del grupo especial por el OSD hasta la fecha en que se determine el plazo prudencial no excederá de 15 meses, salvo que las partes en la diferencia acuerden otra cosa. Cuando el grupo especial o el Órgano de Apelación hayan procedido a prorrogar el plazo para emitir su informe, la duración del plazo adicional se añadirá a ese período de 15 meses, con la salvedad de que, a menos que las partes en la diferencia convengan en que concurren circunstancias

¹⁰⁷ Si las partes no pueden ponerse de acuerdo para designar un árbitro en un lapso de 10 días después de haber sometido la cuestión a arbitraje, el árbitro será designado por el Director general en un plazo de 10 días, después de consultar con las partes.

¹⁰⁸ Se entenderá que el término "árbitro" designa indistintamente a una persona o a un grupo.

excepcionales, el período total no excederá de 18 meses.

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.

El OSD someterá a vigilancia la aplicación de las recomendaciones o resoluciones adoptadas. Todo Miembro podrá plantear en él la cuestión de la aplicación de las recomendaciones o resoluciones, en cualquier momento después de su adopción. 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.

En los asuntos planteados por países en desarrollo Miembros, el OSD considerará qué otras disposiciones puede adoptar que sean adecuadas a las circunstancias.

Si el caso ha sido promovido por un país en desarrollo Miembro, el OSD, al considerar qué disposiciones adecuadas podrían adoptarse, tendrá en cuenta no solo 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.

Artículo 22

Compensación y suspensión de concesiones

La compensación y la suspensión de concesiones u otras obligaciones son medidas temporales a las que se puede recurrir en caso de que no se apliquen en un plazo prudencial las recomendaciones y resoluciones adoptadas. Sin embargo, ni la compensación ni la suspensión de concesiones u otras obligaciones son preferibles a la aplicación plena de una recomendación de poner una medida en conformidad con los acuerdos abarcados. La compensación es voluntaria y, en caso de que se otorgue, será compatible con los acuerdos abarcados.

Si el Miembro afectado no pone en conformidad con un acuerdo abarcado la medida declarada incompatible con él o no cumple de otro modo las recomendaciones y resoluciones adoptadas dentro del plazo prudencial determinado de conformidad con el párrafo 3 del artículo 21, ese Miembro, si así se le pide, y no más tarde de la expiración del plazo prudencial, entablará negociaciones con cualesquiera de las partes que hayan recurrido al procedimiento de solución de diferencias, con miras a hallar una compensación mutuamente aceptable. Si dentro de los 20 días siguientes a la fecha de expiración del plazo prudencial no se ha convenido en una compensación satisfactoria, cualquier parte que haya recurrido al procedimiento de solución de diferencias podrá pedir la autorización del OSD para suspender la aplicación al Miembro afectado de concesiones u otras obligaciones resultantes de los acuerdos abarcados.

Al considerar qué concesiones u otras obligaciones va a suspender, la parte reclamante aplicará los siguientes principios y procedimientos:

el principio general es que la parte reclamante deberá tratar primeramente de suspender 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;

si la parte considera impracticable o ineficaz suspender concesiones u otras obligaciones relativas al mismo sector (los mismos sectores), podrá tratar de suspender concesiones u otras obligaciones en otros sectores en el marco del mismo acuerdo;

si la parte considera que es impracticable o ineficaz suspender concesiones u otras

obligaciones relativas a otros sectores en el marco del mismo acuerdo, y que las circunstancias son suficientemente graves, podrá tratar de suspender concesiones u otras obligaciones en el marco de otro acuerdo abarcado;

en la aplicación de los principios que anteceden la parte tendrá en cuenta lo siguiente:

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;

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 decide pedir autorización para suspender concesiones u otras obligaciones en virtud de lo dispuesto en los apartados b) o c), indicará en su solicitud las razones en que se funde. Cuando se traslade la solicitud al OSD se dará simultáneamente traslado de la misma a los Consejos correspondientes y también en el caso de una solicitud formulada al amparo del apartado b), a los órganos sectoriales correspondientes;

a los efectos del presente párrafo, se entiende por "sector":

en lo que concierne a bienes, todos los bienes;

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 sectores¹⁰⁹; 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;

¹⁰⁹ En la lista que figura en el documento MTN.GNS/W/120 se identifican once sectores.

a los efectos del presente párrafo, se entiende por "acuerdo":

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.

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

El OSD no autorizará la suspensión de concesiones u otras obligaciones si un acuerdo abarcado prohíbe tal suspensión.

Cuando se produzca la situación descrita en el párrafo 2, el OSD, previa petición, concederá autorización para suspender concesiones u otras obligaciones dentro de los 30 días siguientes a la expiración del plazo prudencial, a menos que decida por consenso desestimar la petición. No obstante, si el Miembro afectado impugna el nivel de la suspensión propuesta, o sostiene que no se han seguido los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3, en el caso de que una parte reclamante haya solicitado autorización para suspender concesiones u otras obligaciones al amparo de lo dispuesto en los párrafos 3 b) o 3 c), la cuestión se someterá a arbitraje. El arbitraje estará a cargo del grupo especial que haya entendido inicialmente en el asunto, si estuvieran disponibles sus miembros, o de un árbitro¹¹⁰ nombrado por el Director general, y se concluirá dentro de los 60 días siguientes a la fecha de expiración del plazo prudencial. No se suspenderán concesiones u otras obligaciones durante el curso del arbitraje.

El árbitro¹¹¹ que actúe en cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 6 no examinará la naturaleza de las concesiones u otras obligaciones que se hayan de suspender, sino que

¹¹⁰ Se entenderá que el término "árbitro" designa indistintamente a una persona o a un grupo.

¹¹¹ Se entenderá que el término "árbitro" designa indistintamente a una persona, a un grupo o a los miembros del grupo especial que haya entendido inicialmente en el asunto si actúan en calidad de árbitro.

determinará si el nivel de esa suspensión es equivalente al nivel de la anulación o el menoscabo. El árbitro podrá también determinar si la suspensión de concesiones u otras obligaciones propuesta está permitida en virtud del acuerdo abarcado. Sin embargo, si el asunto sometido a arbitraje incluye la reclamación de que no se han seguido los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3, el árbitro examinará la reclamación. En el caso de que determine que no se han seguido dichos principios y procedimientos, la parte reclamante los aplicará de conformidad con las disposiciones del párrafo 3. Las partes aceptarán como definitiva la decisión del árbitro y no tratarán de obtener un segundo arbitraje. Se informará sin demora de la decisión del árbitro al OSD: y éste, si se le pide, otorgará autorización para suspender concesiones u otras obligaciones siempre que la petición sea acorde con la decisión del árbitro, a menos que decida por consenso desestimarla.

La suspensión de concesiones u otras obligaciones será temporal y solo 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.

Podrán invocarse las disposiciones de los acuerdos abarcados en materia de solución de diferencias con respecto a las medidas que afecten a la observancia de los mismos y hayan sido adoptadas por los gobiernos o autoridades regionales o locales dentro del territorio de un Miembro. Cuando el OSD haya resuelto que no se ha respetado una disposición de un acuerdo abarcado, el Miembro responsable tomará las medidas razonables que estén a su alcance para lograr su observancia. En los casos en que no haya sido posible lograrla, serán aplicables las disposiciones de los acuerdos abarcados y del presente Entendimiento relativas a la compensación y a la suspensión de

concesiones u otras obligaciones.¹¹²

Artículo 23

Fortalecimiento del sistema multilateral

Cuando traten de reparar el incumplimiento de obligaciones u otro tipo de anulación o menoscabo de las ventajas resultantes de los acuerdos abarcados, o un impedimento al logro de cualquiera de los objetivos de los acuerdos abarcados, los Miembros recurrirán a las normas y procedimientos del presente Entendimiento, que deberán acatar.

En tales casos, los Miembros:

no formularán una determinación de que se ha producido una infracción, se han anulado o menoscabado ventajas o se ha comprometido el cumplimiento de uno de los objetivos de los acuerdos abarcados, excepto mediante el recurso a la solución de diferencias de conformidad con las normas y procedimientos del presente Entendimiento, y formularán tal determinación de forma coherente con las constataciones que figuren en el informe del grupo especial o del Órgano de Apelación, adoptado por el OSD, o en el laudo arbitral dictado con arreglo al presente Entendimiento;

seguirán los procedimientos establecidos en el artículo 21 para determinar el plazo prudencial para que el Miembro afectado aplique las recomendaciones y resoluciones;
y

seguirán los procedimientos establecidos en el artículo 22 para determinar el nivel de suspensión de las concesiones u otras obligaciones y para obtener autorización del OSD, de conformidad con esos procedimientos, antes de suspender concesiones u otras obligaciones resultantes de los acuerdos abarcados en el caso de que el Miembro afectado no haya aplicado las recomendaciones y resoluciones dentro de ese plazo prudencial.

¹¹² Cuando las disposiciones de cualquier acuerdo abarcado en relación con las medidas adoptadas por los gobiernos o autoridades regionales o locales dentro del territorio de un miembro difieran de las enunciadas en el presente párrafo, prevalecerán las disposiciones de ese acuerdo abarcado.

Artículo 24

Procedimiento especial para casos en que intervengan países menos adelantados Miembros

En todas las etapas de la determinación de las causas de una diferencia o de los procedimientos de solución de diferencias en que intervenga un país menos adelantado Miembro se prestará particular consideración a la situación especial de los países menos adelantados Miembros. A este respecto, los Miembros ejercerán la debida moderación al plantear con arreglo a estos procedimientos casos en que intervenga un país menos adelantado Miembro. Si se constata que existe anulación o menoscabo como consecuencia de una medida adoptada por un país menos adelantado Miembro, las partes reclamantes ejercerán la debida moderación al pedir compensación o recabar autorización para suspender la aplicación de concesiones o del cumplimiento de otras obligaciones de conformidad con estos procedimientos.

Cuando en los casos de solución de diferencias en que intervenga un país menos adelantado

Miembro no se haya llegado a una solución satisfactoria en el curso de las consultas celebradas, el Director general o el Presidente del OSD, previa petición de un país menos adelantado Miembro, ofrecerán sus buenos oficios, conciliación y mediación con objeto de ayudar a las partes a resolver la diferencia antes de que se formule la solicitud de que se establezca un grupo especial. Para prestar la asistencia antes mencionada, el Director general o el Presidente del OSD podrán consultar las fuentes que uno u otro consideren procedente.

Artículo 25

Arbitraje

Un procedimiento rápido de arbitraje en la OMC como medio alternativo de solución de diferencias puede facilitar la resolución de algunos litigios que tengan por objeto cuestiones claramente definidas por ambas partes.

Salvo disposición en contrario del presente Entendimiento, el recurso al arbitraje estará sujeto al acuerdo mutuo de las partes, que convendrán en el procedimiento a seguir. El acuerdo de recurrir al arbitraje se notificará a todos los Miembros con suficiente antelación a la iniciación efectiva del proceso de arbitraje.

Solo podrán constituirse en parte en el procedimiento de arbitraje otros Miembros si las partes que han convenido en recurrir al arbitraje están de acuerdo en ello. Las partes en el procedimiento convendrán en acatar el laudo arbitral. Los laudos arbitrales serán notificados al OSD y al Consejo o Comité de los acuerdos pertinentes, en los que cualquier Miembro podrá plantear cualquier cuestión con ellos relacionada.

Los artículos 21 y 22 del presente Entendimiento serán aplicables mutatis mutandis a los laudos arbitrales.

Artículo 26

Reclamaciones del tipo descrito en el párrafo 1 b) del artículo XXIII del GATT de 1994 en los casos en que no existe infracción

Cuando las disposiciones del párrafo 1 b) del artículo XXIII del GATT de 1994 sean aplicables a un acuerdo abarcado, los grupos especiales o el Órgano de Apelación solo podrán formular resoluciones y recomendaciones si una parte en la diferencia considera que una ventaja resultante para ella directa o indirectamente del acuerdo abarcado pertinente se halla anulada o menoscabada o que el cumplimiento de uno de los objetivos de dicho acuerdo se halla comprometido a consecuencia de que otro Miembro aplica una medida, contraria o no a las disposiciones de ese acuerdo. En los casos y en la medida en que esa parte considere, y un grupo especial o el Órgano de Apelación determine, que un asunto afecta a una medida que no está en contradicción con las disposiciones de un acuerdo abarcado al que sean aplicables las disposiciones del párrafo 1 b) del artículo XXIII del GATT de 1994, se aplicarán los procedimientos previstos en el presente Entendimiento, con sujeción a lo siguiente:

la parte reclamante apoyará con una justificación detallada cualquier reclamación relativa a una medida que no esté en contradicción con el acuerdo abarcado pertinente;

cuando se haya llegado a la conclusión de que una medida anula o menoscaba ventajas resultantes del acuerdo abarcado pertinente, o compromete el logro de objetivos de dicho acuerdo, sin infracción de sus disposiciones, no habrá obligación de revocar esa medida. Sin embargo, en tales casos, el grupo especial o el Órgano de Apelación recomendarán que el Miembro de que se trate realice un ajuste mutuamente satisfactorio;

no obstante lo dispuesto en el artículo 21, a petición de cualquiera de las partes, el arbitraje previsto en el párrafo 3 del artículo 21 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 satisfactorio; esas sugerencias no serán vinculantes para las partes en la diferencia;

no obstante lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 22, la compensación podrá ser parte de un ajuste mutuamente satisfactorio como arreglo definitivo de la diferencia.

Reclamaciones del tipo descrito en el párrafo 1 c) del artículo XXIII del GATT de 1994

Cuando las disposiciones del párrafo 1 c) del artículo XXIII del GATT de 1994 sean aplicables a un acuerdo abarcado, los grupos especiales solo podrán formular resoluciones y recomendaciones si una parte considera que una ventaja resultante para ella directa o indirectamente del acuerdo abarcado pertinente se halla anulada o menoscabada o que el cumplimiento de uno de los objetivos de dicho acuerdo se halla comprometido a consecuencia de una situación diferente de aquellas a las que son aplicables las disposiciones de los párrafos 1 a) y 1 b) del artículo XXIII del GATT de 1994. En los casos y en la medida en que esa parte considere, y un grupo especial determine, que la cuestión está comprendida en el ámbito del presente párrafo, serán aplicables los procedimientos previstos en el presente Entendimiento únicamente hasta el momento de las actuaciones en que el informe del grupo especial se distribuya a los Miembros. Serán aplicables las normas y procedimientos de solución de diferencias contenidos en la Decisión de 12 de abril de 1989 (IBDD 36S/66-72) a la consideración de las recomendaciones y resoluciones para su adopción y a la vigilancia y aplicación de dichas recomendaciones y resoluciones. Será aplicable además lo siguiente:

la parte reclamante apoyará con una justificación detallada cualquier alegación que haga con respecto a cuestiones comprendidas en el ámbito de aplicación del presente párrafo; en los casos que afecten a cuestiones comprendidas en el ámbito de aplicación del presente párrafo, si un grupo especial llega a la conclusión de que dichos casos plantean cuestiones relativas a la solución de diferencias distintas de las previstas en el presente párrafo, dicho grupo especial presentará un informe al OSD en el que se aborden esas cuestiones y un informe por separado sobre las cuestiones comprendidas en el ámbito de aplicación del presente párrafo.

Artículo 27

Responsabilidades de la Secretaría

La Secretaría tendrá la responsabilidad de prestar asistencia a los grupos especiales, particularmente en los aspectos jurídicos, históricos y de procedimiento de los asuntos de que se trate, y de facilitar apoyo técnico y de secretaría.

Si bien la Secretaría presta ayuda en relación con la solución de diferencias a los Miembros que la solicitan, podría ser necesario también suministrar asesoramiento y asistencia jurídicos adicionales en relación con la solución de diferencias a los países en desarrollo Miembros. A tal efecto, la Secretaría pondrá a disposición de cualquier país en desarrollo Miembro que lo solicite un experto jurídico competente de los servicios de cooperación técnica de la OMC. Este experto ayudará al país en desarrollo Miembro de un modo que garantice la constante imparcialidad de la Secretaría.

La Secretaría organizará, para los Miembros interesados, cursos especiales de formación sobre estos procedimientos y prácticas de solución de diferencias, a fin de que los expertos de los Miembros puedan estar mejor informados en esta materia.

APÉNDICE 1

ACUERDOS ABARCADOS POR EL ENTENDIMIENTO

Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio

Acuerdos Comerciales Multilaterales

- Anexo 1A: Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías
- Anexo 1B: Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios
- Anexo 1C: Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio
- Anexo 2: Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias

Acuerdos Comerciales Plurilaterales

Anexo 4: Acuerdo sobre el Comercio de Aeronaves Civiles Acuerdo sobre Contratación Pública

Acuerdo Internacional de los Productos Lácteos

Acuerdo Internacional de la Carne de Bovino

La aplicabilidad del presente Entendimiento a los Acuerdos Comerciales Plurilaterales dependerá de que las partes en el acuerdo en cuestión adopten una decisión en la que se establezcan las condiciones de aplicación del Entendimiento a dicho acuerdo, con inclusión de las posibles normas o procedimientos especiales o adicionales a efectos de su inclusión en el Apéndice 2, que se hayan notificado al OSD.

APÉNDICE 2

NORMAS Y PROCEDIMIENTOS ESPECIALES O ADICIONALES

CONTENIDOS EN LOS ACUERDOS ABARCADOS

Acuerdo	Normas y procedimientos
---------	-------------------------

Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias	
---	--

y Fitosanitarias	11.2
Acuerdo sobre los Textiles y el Vestido	2.14, 2.21, 4.4, 5.2, 5.4, 5.6, 6.9, 6.10, 6.11, 8.1 a 8.12
Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio	14.2 a 14.4, Anexo 2
Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del GATT de 1994	17.4 a 17.7
Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VII del GATT de 1994	19.3 a 19.5, Anexo II.2 f), 3, 9, 21
Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias	4.2 a 4.12, 6.6, 7.2 a 7.10, 8.5, nota 35, 24.4, 27.7, Anexo V
Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios	XXII.3, XXIII.3
Anexo sobre Servicios Financieros	4.1
Anexo sobre Servicios de Transporte Aéreo Decisión relativa a determinados procedimientos de solución de diferencias para el AGCS	4 1 a 5

En el caso de las disposiciones comprendidas en la lista de normas y procedimientos que figura en el presente Apéndice, puede suceder que solo sea pertinente en este contexto una parte de la correspondiente disposición.

Las normas o procedimientos especiales o adicionales de los Acuerdos Comerciales Plurilaterales que hayan determinado los órganos competentes de cada uno de dichos acuerdos y que se hayan notificado al OSD.

APÉNDICE 3

PROCEDIMIENTOS DE TRABAJO

En sus actuaciones los grupos especiales seguirán las disposiciones pertinentes del presente Entendimiento. Se aplicarán además los procedimientos de trabajo que se exponen a continuación.

El grupo especial se reunirá a puerta cerrada. Las partes en la diferencia y las partes interesadas solo estarán presentes en las reuniones cuando aquél las invite a comparecer.

Las deliberaciones del grupo especial, y los documentos que se hayan sometido a su consideración, tendrán carácter confidencial. Ninguna de las disposiciones del presente Entendimiento impedirá a una parte en la diferencia hacer públicas sus posiciones. Los Miembros considerarán confidencial la información facilitada al grupo especial por otro Miembro a la que éste haya atribuido tal carácter. Cuando una parte en la diferencia facilite una versión confidencial de sus comunicaciones escritas al grupo especial, también facilitará, a petición de cualquier Miembro, un resumen no confidencial de la información contenida en esas comunicaciones que pueda hacerse público.

Antes de celebrarse la primera reunión sustantiva del grupo especial con las partes, las partes en la diferencia le presentarán comunicaciones escritas en las que expongan los hechos del caso y sus respectivos argumentos.

En la primera reunión sustantiva con las partes, el grupo especial pedirá a la parte reclamante que presente sus alegaciones. Posteriormente, pero siempre en la misma reunión, se pedirá a la parte demandada que exponga su opinión al respecto.

Todos los terceros que hayan notificado al OSD su interés en la diferencia serán invitados por escrito a exponer sus opiniones durante una sesión de la primera reunión sustantiva

del grupo especial reservada para tal fin. Todos esos terceros podrán estar presentes durante la totalidad de dicha sesión.

Las réplicas formales se presentarán en la segunda reunión sustantiva del grupo especial. La parte demandada tendrá derecho a hablar en primer lugar, y a continuación lo hará la parte reclamante. Antes de la reunión, las partes presentarán sus escritos de réplica al grupo especial.

El grupo especial podrá en todo momento hacer preguntas a las partes y pedirles explicaciones, ya sea durante una reunión con ellas o por escrito.

Las partes en la diferencia, y cualquier tercero invitado a exponer sus opiniones de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10, pondrán a disposición del grupo especial una versión escrita de sus exposiciones orales.

En interés de una total transparencia, las exposiciones, las réplicas y las declaraciones mencionadas en los párrafos 5 a 9 se harán en presencia de las partes. Además, las comunicaciones escritas de cada parte, incluidos los comentarios sobre la parte expositiva del informe y las respuestas a las preguntas del grupo especial, se pondrán a disposición de la otra u otras partes.

Las normas de procedimiento adicionales propias de cada grupo especial.

Calendario previsto para los trabajos del grupo especial:

a) Recepción de las primeras comunicaciones escritas de las partes:

- 1) la parte reclamante: _____ 3 a 6
semanas
- 2) la parte demandada: _____ 2 a 3
semanas

- b) Fecha, hora y lugar de la primera reunión sustantiva con las partes;
sesión destinada a terceros: _____ 1 a 2
semanas
- c) Recepción de las réplicas presentadas
por escrito por las partes: _____ 2 a 3
semanas
- d) Fecha, hora y lugar de la segunda reunión sustantiva con las partes: _____ 1 a 2
semanas
- e) Traslado de la parte expositiva del informe a las partes: _____ 2 a 4
semanas
- f) Recepción de comentarios de las partes sobre la parte expositiva del informe: _____ 2 semanas
- g) Traslado del informe provisional, incluidas las constataciones y conclusiones, a las partes: _____ 2 a 4
semanas
- h) Plazo para que cualquiera de las partes pida el reexamen de parte (o partes) del informe: _____ 1 semana

- i) Período de reexamen por el grupo especial,
incluida una posible nueva reunión con
las partes: _____ 2 semanas
- j) Traslado del informe definitivo a
las partes en la diferencia: _____ 2 semanas
- k) Distribución del informe definitivo a
los Miembros: _____ 3 semanas

Este calendario podrá modificarse en función de acontecimientos imprevistos. En caso necesario se programarán reuniones adicionales con las partes.

APÉNDICE 4

GRUPOS CONSULTIVOS DE EXPERTOS

Serán de aplicación a los grupos consultivos de expertos que se establezcan de conformidad con las disposiciones del párrafo 2 del artículo 13 las normas y procedimientos siguientes.

Los grupos consultivos de expertos están bajo la autoridad del grupo especial. Este establecerá el mandato y los detalles del procedimiento de trabajo de los grupos consultivos de expertos, que le rendirán informe.

Solamente podrán formar parte de los grupos consultivos de expertos personas profesionalmente acreditadas y con experiencia en la esfera de que se trate.

Los nacionales de los países que sean partes en la diferencia no podrán ser miembros de un grupo consultivo de expertos sin el asentimiento conjunto de las partes en la diferencia, salvo en circunstancias excepcionales en que el grupo especial considere imposible satisfacer de otro modo la necesidad de conocimientos científicos especializados. No podrán formar parte de un grupo consultivo de expertos los

funcionarios gubernamentales de las partes en la diferencia. Los miembros de un grupo consultivo de expertos actuarán a título personal y no como representantes de un gobierno o de una organización. Por tanto, ni los gobiernos ni las organizaciones podrán darles instrucciones con respecto a los asuntos sometidos al grupo consultivo de expertos.

Los grupos consultivos de expertos podrán dirigirse a cualquier fuente que estimen conveniente para hacer consultas y recabar información y asesoramiento técnico. Antes de recabar dicha información o asesoramiento de una fuente sometida a la jurisdicción de un Miembro, el grupo consultivo de expertos lo notificará al gobierno de ese Miembro. Los Miembros darán una respuesta pronta y completa a toda solicitud que les dirija un grupo consultivo de expertos para obtener la información que considere necesaria y pertinente.

Las partes en la diferencia tendrán acceso a toda la información pertinente que se haya facilitado al grupo consultivo de expertos, a menos que sea de carácter confidencial. La información confidencial que se proporcione al grupo consultivo de expertos no será revelada sin la autorización formal del gobierno, organización o persona que la haya facilitado. Cuando se solicite dicha información del grupo consultivo de expertos y éste no sea autorizado a comunicarla, el gobierno, organización o persona que haya facilitado la información suministrará un resumen no confidencial de ella.

El grupo consultivo de expertos presentará un informe provisional a las partes en la diferencia para que hagan sus observaciones, y las tendrá en cuenta, según proceda, en el informe final, del que también se dará traslado a las partes en la diferencia cuando sea presentado al grupo especial. El informe final del grupo de expertos tendrá un carácter meramente consultivo.

BIBLIOGRAFÍA

Textos jurídicos:

Acuerdo por el que se Establece la Organización Mundial del Comercio y demás Acuerdos de la OMC.

Carta de las Naciones Unidas.

Decisión del 12 de abril de 1989, sobre las mejoras de las normas y procedimientos de solución de diferencias del GATT.

Decisión por la que se Establece el Órgano de Apelación.

Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias.

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

GATT del 1947.

GATT del 1994.

Normas de Conducta para la Aplicación del Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias.

Procedimientos de Trabajo para el Examen en Apelación.

Reglamento Operativo del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC.

Doctrina:

Davey, William J. (1987). *Dispute Settlement in GATT*. 11 Fordham International Law Journal.

Organización Mundial del Comercio (2004). *Manual sobre el Sistema de Solución de Diferencias de la OMC*. Quebec: Éditions Ivon Blais.

Organización Mundial del Comercio (2008). *Entender la OMC*. Suiza: Publicaciones de la OMC.

Palmeter, David y Mavroidis, Petros C. (2004). *Dispute Settlement in the World Trade Organization, Practice and Procedure*. Cambridge University Press, Second Edition.

Pauwelyn, Joost (2015). "Wto Panelists Are From Mars, ICSID Arbitrators Are From Venus Why? And Does It Matter?".

Remiro Brotons, Antonio et Al (2007). *Derecho Internacional*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Van Den Bossche, Peter (2005). *The Law and Policy of the World Trade Organization*. Cambridge University Press.

Páginas Web:

Página Web de la OMC: <http://www.wto.org>

Organización Mundial del Comercio. Módulo de Formación sobre el Sistema de Solución de Diferencias:

https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/disp_settlement_cbt_s/intro1_s.htm

Casos de la OMC citados y referenciados:

Brasil: Protección mediante patente.

Canadá: Créditos a la exportación y garantías de préstamos para las aeronaves regionales.

Comunidades Europeas: Amianto.

Comunidades Europeas: Banano III.

Comunidades Europeas: Denominación Comercial de Sardinias.

Comunidades Europeas: Productos Avícolas.

En el caso Corea: Impuestos a las bebidas alcohólicas.

Estados Unidos: Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior.

Estados Unidos: Camarones.

Estados Unidos: Cordero.

Estados Unidos: Gasolina.

Estados Unidos: Ley de Compensación.

Estados Unidos: Restricciones aplicadas a las importaciones de ropa interior de algodón y fibras sintéticas o artificiales.

Guatemala: Cemento I.

Japón: Películas.

México: Suero de Maíz.

Uruguay: Recurso al Artículo XXIII.