

DESARROLLOS JURISPRUDENCIALES SOBRE PROCEDIMIENTOS DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS EN LA OMC

Gustavo Rivera *

I. INTRODUCCIÓN. II. LA ETAPA DE CONSULTAS. III. LEGITIMACIÓN PARA ACCIONAR. IV. ACUMULACIÓN DE ACCIONES. V. DETERMINACIÓN DEL MANDATO DEL GRUPO ESPECIAL. VI. POTESTAD DE DETERMINAR LA PROPIA COMPETENCIA. VII. PARTICIPACIÓN DE TERCEROS MIEMBROS. VIII. POTESTADES DE ORDENACIÓN DEL PROCEDIMIENTO. IX. CUESTIONES PROBATORIAS. X. PRINCIPIO DE ECONOMÍA PROCESAL. XI. ETAPA DEL EXAMEN EN APELACIÓN. XII. PROCEDIMIENTO DE SUSPENSIÓN DE CONCESIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La OMC arriba al séptimo año de formal existencia. Suscritos los Acuerdos de su creación en la ciudad de Marrakech en abril de 1994, entró en vigor en términos generales el 1º de enero de 1995.

Desde entonces, en forma algo distinta de lo que sucedía con su antecesor GATT de 1947, ha tenido una masiva aceptación en términos de adhesiones y quizás lo que es más importante, en términos de confianza como un instrumento efectivo para reglar el difícil y complicado entramado del comercio internacional.

Son muchos y muy variados los logros alcanzados con la creación de esta nueva organización internacional.

Destacan por su novedad los sectores que pasan a incorporarse a la regulación del comercio internacional: servicios y protección de la propiedad intelectual.

Llaman la atención también por el deseo de introducir justicia y juego limpio en el sistema, las reglas para la gradual pero total incorporación de sectores tradicionalmente “renegados del GATT”, como la agricultura y los textiles, o las mejoras técnicas introducidas para prevenir el uso indiscriminado de barreras no arancelarias, incluidas en Acuerdos como el de Obstáculos Técnicos al Comercio y el de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias.

* Doctorando en el Departamento de Derecho Internacional Público de la Universidad Complutense de Madrid y becario de la Agencia Española de Cooperación Internacional, Institución a la que quiere agradecer expresamente su apoyo para la realización del presente trabajo.

Pero por encima de todo esto destacan los procedimientos para la efectividad jurídica del sistema, y particularmente el Entendimiento Relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD)

En efecto, no debe desestimarse la enorme importancia del nuevo mecanismo de solución de diferencias porque mediante él se ha producido una transformación total de la disciplina del comercio internacional.

Este cambio ha traído como consecuencia que esta disciplina se convierta en auténtico derecho internacional público, junto con todo lo que esto conlleva en cuanto a previsibilidad, métodos de aplicación, ejecución e interpretación de sus normas.

De este modo, la voluntad de jurisdiccionalizar la solución de diferencias en el sistema multilateral del comercio internacional, ha sido la alquimia que ha convertido en derecho puro y duro, lo que antes solo era tenido como “jurisprudencia de diplomáticos”¹, cuando no un simple ejercicio de diplomacia internacional, o a lo sumo un sistema de solución política de controversias internacionales.

Esta transformación se ha conseguido principalmente mediante el establecimiento del recurso obligatorio a la jurisdicción, situación que constituyendo todavía una excepción en el vasto marco de solución pacífica de controversias internacionales, está en línea con una tendencia progresiva en el desarrollo del derecho internacional público actual.

Pero es obvio que una materia tan nueva, como lo puede ser la solución de diferencias comerciales por medios jurídicos, adolecía de considerable falta de precisión y de previsión de supuestos procesales a la hora de su creación.

En el ESD la falta de acuerdo o consensos previos en aspectos puntuales se saldó con normas muy vagas e imprecisas dentro de las cuáles se pudo diluir en mayor o menor grado la diferencia entre los distintos puntos de vista, y se reservó para el momento de la aplicación de sus normas, por vía jurisprudencial, la tarea de precisar esos contenidos con mayor exactitud.

De manera que la novedad y la complejidad de la solución jurídica de diferencias comerciales requirió en su momento unos procedimientos todo lo desarrollados que permitían las circunstancias y la experiencia GATT, pero que obviamente iban a continuar estando necesitados de un ejercicio progresivo de desarrollo jurisprudencial.

Corresponde a la jurisprudencia ESD completar, vía interpretación, los contenidos de los diferentes Acuerdos OMC y entre ellos y en primer lugar el propio Acuerdo relativo a normas y procedimientos de solución de diferencias.

En atención a lo anterior se define el objetivo del presente trabajo: Exponer los desarrollos jurisprudenciales realizados por el ESD respecto a sus propios procedimientos de solución de diferencias, a la luz de lo que ha sido la práctica en estos primeros siete años de activo funcionamiento.

En la medida de lo posible intentaremos mencionar estos desarrollos jurisprudenciales siguiendo el orden mismo del propio procedimiento ESD, comenzando por la etapa de consultas, siguiendo luego por la de Grupo Especial y la del

¹ Según la conocida expresión que hiciera fortuna, de uno de los mayores especialistas del anterior sistema GATT/47, para aludir a un sistema fundamentalmente negociado y con una flexibilidad amplísima, compatible con la diplomacia, pero bastante menos con el derecho. Vid: HUDEC, R. “*The GATT legal system: A Diplomat’s Jurisprudence.*” *Journal of World Trade*, num. 4, 1970, pp. 615-665

examen en apelación, para finalizar con los desarrollos producidos en la etapa de cumplimiento de las recomendaciones, que incluye el procedimiento de autorización de suspensión de concesiones y el arbitraje conexo en casos de desacuerdo respecto al monto o tipo de concesiones a suspender.

II. LA ETAPA DE CONSULTAS

A diferencia de lo que sucede en el derecho internacional común respecto de solución pacífica de controversias, la etapa de consultas es un requisito que debe previa y necesariamente ser agotado antes del recurso a la jurisdicción. (artículo 4 ESD)

De manera que las consultas integran y constituyen parte de todo el mecanismo jurisdiccional de solución de diferencias en el ESD, vienen a ser “*el punto real de partida de todo el ejercicio de adjudicación*”² más allá del ánimo conciliatorio que informa todo el procedimiento y de la voluntad expresa de mantener el carácter primordialmente negociado del mecanismo de solución de diferencias.³

En esta materia, dos han sido los casos en que la jurisprudencia ESD ha venido concretamente a clarificar o desarrollar el contenido de las normas relativas a esta etapa:

1 Artículo 4.4 ESD, identificación de las medidas reclamadas

La norma citada impone el deber de identificar las medidas en litigio como una cuestión de sentido común, para permitir a la parte reclamada referirse sobre las mismas.

Es obvio que si el fracaso de las consultas da derecho al grupo especial, esto es al recurso obligatorio a la jurisdicción, el no identificar alguna medida en la etapa de consultas conllevaría la necesaria consecuencia que respecto de esa medida no se puede solicitar el establecimiento del Grupo Especial, pues no se habría cumplido con el requisito previo y necesario.

Este punto es evidente y sobre el mismo no ha existido discusión.

Mayor problema reviste sin embargo determinar el grado de precisión o exactitud con que deben identificarse esas medidas reclamadas y la correspondencia de éstas con el fundamento jurídico alegado.

El artículo 4.4 literalmente dispone:

“ 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 jurídicos de la reclamación.”

En el asunto: Brasil – *Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves*, el reclamado alegaba que Canadá intentaba traer al conocimiento del Grupo Especial medidas que no habían sido incluidas en su solicitud inicial de consultas. En concreto, se alegaba que el fundamento jurídico era diferente, tanto que la normativa

² WANG, L. “*Some observations on the Dispute Settlement System in the World Trade Organization.*” *JWT*, vol. 29, num. 2, 1995, p. 176

³ *Vid.* Artículo 3.7 ESD que impone el deber de buscar siempre y preferentemente una solución negociada.

reclamada había entrado en vigor con fecha posterior a la solicitud de consultas presentada por el reclamante.

El Grupo Especial rechazó esta defensa, lo que luego confirmó el Órgano de Apelación, pues si bien la normativa en concreto era diferente, en esencia regulaba los mismos puntos sobre los cuáles el Canadá reclamaba y se enmarcaba dentro de un mismo, único, e identificable programa de financiación de exportaciones, aunque el fundamento jurídico concreto hubiese sido modificado posteriormente.⁴

En este caso la jurisprudencia OSD demostró una gran flexibilidad en lo que a la identificación formal del fundamento jurídico se refiere en la etapa de consultas, máxime si se le compara con la rigidez que ha exhibido a la hora de valorar la solicitud de establecimiento de grupo especial.

2. Artículo 4.6 ESD, efecto jurídico de las consultas

El artículo 4.6 establece:

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

En esencia, lo que procura la norma es no conceder efectos jurídicos las consultas cuando éstas fracasan, pues está claro que de llegarse a una solución mutuamente convenida, la misma será vinculante para las partes.

De lo anterior se desprende que las posiciones mantenidas por las partes durante la etapa de consultas no podrán ser usadas para resolver o fundamentar jurídicamente ningún asunto llevado ante Grupo Especial.

En el asunto: Estados Unidos – *restricción a las importaciones de ropa interior*, Costa Rica en su calidad de reclamante alegaba que mientras los Estados Unidos imponían una medida de restricción de importaciones, alegando “daño o perjuicio” a su rama de producción nacional al amparo de una salvaguardia de transición en textiles, el hecho era que en la etapa de consultas habían estado dispuestos a otorgar un límite muy superior al de la medida restrictiva como forma de arreglo concertado, con lo cual querían demostrar que el límite de la restricción era muy inferior al que realmente permitían las circunstancias.

Los Estados Unidos reaccionaron contra dicha argumentación que claramente se fundamentaba en una posición sostenida en la etapa de consultas, invocando esta norma que impide otorgar efecto vinculante a las actuaciones realizadas en esa etapa.

La solución del Grupo Especial no podía ser otra: Afirmar que a dicha argumentación y dicha información no se podía conceder efecto jurídico vinculante y por tanto no sería considerada ni utilizada para apoyar sus conclusiones.⁵

En el caso concreto la medida de restricción de importaciones fue declarada incompatible con los Acuerdos Abarcados, si bien por otros motivos, pero es indudable

⁴ Brasil – *Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves*. WT/DS46/AB/R, párrafos 127-133

⁵ Estados Unidos – *Restricciones aplicadas a las importaciones de ropa interior de algodón y fibras sintéticas o artificiales*. WT/DS24/R, párrafo 7.27

que la evidencia que mostraba el argumento esgrimido por el reclamante debe haber pesado en forma considerable en el ánimo de los integrantes del Grupo Especial.

El problema de esta norma es que pese a que sanciona formalmente la falta de efecto jurídico vinculante, no puede en modo alguno evitar el peso o la carga demostrativa que una posición mantenida en la etapa de consultas pueda tener llegar a tener en el fuero interno de los integrantes del Grupo Especial.

De modo que el problema más que de eficacia jurídica es de idoneidad, por lo que el remedio que propone para garantizar un amplio marco de flexibilidad a la etapa de consultas, es tan solo un remedio formal.

Dicho de otro modo: esta norma se ha aplicado formalmente pero no ha garantizado en modo alguno la confidencialidad de la etapa de consultas tal como parece haber sido el objetivo para el que fue creada.

III. LEGITIMACIÓN PARA ACCIONAR

El artículo 4.7 ESD es el que consagra el “derecho al Grupo Especial”, que no es otra cosa que el recurso obligatorio a la jurisdicción.

Vencido el plazo de las consultas, o antes de común acuerdo, sin que se haya podido llegar a una solución mutuamente satisfactoria, la parte reclamante podrá pedir el establecimiento del Grupo Especial, solicitud que en virtud de la regla del consenso negativo será aprobada “automáticamente”. (artículo 6.1 ESD)

El ESD no exige ningún requisito procesal de interés legítimo para poder presentar una reclamación.

En la práctica de estos siete años, solo se ha presentado un caso en que un Miembro ha objetado abiertamente el interés legítimo de otro Miembro para reclamar.

En el asunto: Comunidades Europeas – *Régimen para la importación, venta y distribución de bananos*, el reclamado, en este caso las Comunidades Europeas, cuestionaron el interés legal de los Estados Unidos para presentarse como reclamante, alegando que la producción de bananos estadounidense era mínima y que nunca había sido exportador de bananos a ningún destino por lo que no podía ser afectado directamente por el reglamento sobre importación, venta y distribución de bananos dictado por la Comunidad Europea, que en esencia era la medida contra la cual se reclamada.

El Órgano de Apelación resolvió confirmando favorablemente la participación de los Estados Unidos como reclamante⁶, fundamentándose en que no existe ninguna exigencia de interés jurídico para accionar en el ESD y sí existe en cambio una clara disposición que entrega a cada Miembro el derecho de decidir sobre la utilidad de su propia reclamación, en concreto el artículo 3.7 ESD que literalmente dice:

“ Antes de presentar una reclamación, los Miembros reflexionarán sobre la utilidad de actuar al amparo de los presentes procedimientos. ”

⁶ Vid: Comunidades Europeas – *Regimen para la importación, venta y distribución de bananos*. WT/DS27/AB/R, párrafos 132 y 135

De este modo ha quedado claramente establecido que no existe requisito alguno de interés legítimo para accionar.

Relacionado con el tema de la legitimación para accionar se ha discutido también sobre el derecho de cada Miembro a conformar la delegación que actuará ante el Grupo Especial en representación del Miembro y la calidad de los integrantes que se permite incluir en dichas delegaciones.

No hay ninguna norma en el ESD que regule en forma expresa la conformación de las delegaciones de los Miembros, motivo por el cual la jurisprudencia del Órgano de Apelación resolvió aplicar los principios generales del derecho internacional público, que en esta materia establecen un reenvío al derecho interno de cada Miembro.

Así, nuevamente en el asunto: Comunidades Europeas – *Régimen para la importación, venta y distribución de bananos*, el Órgano de Apelación tuvo que revocar un pronunciamiento del Grupo Especial que impidió la participación de abogados privados, que obviamente no eran funcionarios gubernamentales, en la delegación de Santa Lucía, remitiendo el asunto al propio derecho interno del Miembro en cuestión.⁷

IV. ACUMULACIÓN DE ACCIONES

El artículo 9.1 ESD dispone:

“ Cuando exista una pluralidad de reclamantes sobre un mismo asunto, y siempre que se pueda, se establecerá un único grupo especial para examinar tales reclamaciones.”

Esta norma característica del derecho procesal de acumulación de acciones, para evitar resoluciones dispares y contradictorias sobre un mismo asunto, ha tenido una aplicación generalizada sin mayores problemas.

Lo anterior tiene una fácil explicación en el hecho del carácter cada vez más interdependiente del comercio internacional, integrado en una compleja red de relaciones multilaterales, donde una medida de política comercial afecta no a uno, sino a muchos Miembros a la vez, lo que produce con bastante frecuencia más de una reclamación sobre el mismo asunto.

La acumulación de reclamaciones en el caso de pluralidad de reclamantes está claramente establecida en la norma y consecuentemente no ha requerido ninguna interpretación en este sentido.

Más interesante, es observar la gran amplitud con que la jurisprudencia ha aplicado dicha norma incluso para situaciones no previstas expresamente.

⁷ Comunidades Europeas – *Régimen para la importación, venta y distribución de bananos*. WT/DS27/AB/R, párrafo 10. Sobre la crítica a la errónea decisión del Grupo Especial de no permitir la participación de patrocinio privado profesional en la delegación de Santa Lucía, Vid: MARTHA, R.S. “*Representation of Parties in World Trade Disputes.*” *Journal of World Trade*, 31, num. 2, 1997, pp. 83-96

De este modo la acumulación de reclamaciones se ha usado en el caso contrario: cuando un solo reclamante dirige una misma reclamación contra varios Miembros distintos, o sea cuando hay pluralidad de reclamados.⁸

También, y tampoco expresamente contemplado, cuando hay más de una reclamación entre las mismas partes por el mismo asunto.⁹

La amplitud y flexibilidad con que se ha usado el criterio discrecional para acumular reclamaciones ha permitido incluso que previa consulta a las Partes, y con acuerdo de las mismas, se unifiquen reclamaciones aún en la etapa misma de examen en apelación.¹⁰

V. DETERMINACIÓN DEL MANDATO DEL GRUPO ESPECIAL

Como es usual en los procedimientos de arbitraje, las partes deben señalar los términos del mandato al Grupo Especial.

En el ESD, debido a la experiencia acumulada en el GATT de 1947 y para facilitar los procedimientos a las partes, se establece un “mandato uniforme o estándar” el cual rige automáticamente salvo que las partes acuerden otra cosa expresamente.

Dicho mandato establecido en artículo 7 ESD es el siguiente:

“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 y formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en dicho acuerdo (dichos acuerdos).”

La jurisprudencia ha venido a hacer las siguientes precisiones y desarrollos con respecto a este amplísimo contenido:

El contenido específico del mandato en cada caso particular queda definido en los términos en que se presenta la solicitud de establecimiento de Grupo Especial, salvo que expresamente se disponga otra cosa.¹¹

De modo que para la determinación del mandato se atenderá directamente al requisito formal que se exige para la solicitud de establecimiento de Grupo Especial, contenida en el artículo 6.2 ESD que literalmente dice en lo que interesa:

⁸ Vid. Comunidades Europeas – *Clasificación aduanera de determinado equipo informático*. Reclamaciones separadas de los Estados Unidos, en este caso contra pluralidad de reclamados: Comunidades Europeas, Reino Unido e Irlanda. WT/DS62, WT/DS67 y WT/DS68. A solicitud de las partes en la diferencia se acordó modificar el mandato del Grupo Especial establecido para conocer la primera reclamación, a fin de que examinara las otras dos.

⁹ Vid. Chile – *Impuestos a las bebidas alcohólicas*. El OSD decidió que un solo grupo especial conociera de las reclamaciones WT/DS87 y WT/DS110, ambas presentadas por las Comunidades Europeas contra Chile con motivo de un impuesto y de su posterior modificación.

¹⁰ Vid. Estados Unidos – *Ley Antidumping de 1916*. WT/DS136/AB/R; WT/DS162/AB/R, párrafo 7. Hay que hacer notar que ambos Grupos Especiales estuvieron conformados idénticamente.

¹¹ Vid. Comunidades Europeas – *Régimen para la importación, venta y distribución de bananos*. WT/DS27/AB/R, párrafo 142.

“Las peticiones de establecimiento de grupos especiales se formularán por escrito. (...) 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.”

De esta norma se extraen entonces los dos principales requisitos procesales que se exigen a la hora de determinar el mandato del Grupo Especial en la propia solicitud de su establecimiento, que han sido desarrollados del siguiente modo:

1. Deber de identificar las medidas concretas en litigio

El deber de identificar “*las medidas concretas en litigio*” es tan fundamental para fijar los términos del mandato que de no hacerse, o de no expresarse con suficiente claridad, conlleva el rechazo de la reclamación por ese motivo.¹²

El deber de identificar las medidas en litigio o contra las que se reclama comprende la necesaria identificación de los productos comprendidos en la misma.

Sin embargo esta identificación no debe interpretarse rígidamente, sino más bien de una forma flexible de forma que permita ejercer el derecho de defensa a la contraparte sin excesivas complicaciones, por lo que no cabe exigir una identificación tan precisa más allá de lo estrictamente razonable.¹³

Por otro lado si la identificación de las medidas es indispensable, igualmente importante es hacerlo en el momento procesal oportuno, que no es otro que la presentación misma de la solicitud de establecimiento de Grupo Especial.

En este punto, la jurisprudencia OSD tan flexible en otros aspectos, ha establecido que las reclamaciones contra medidas concretas en litigio que no se haga en ese momento no pueden ser conocidas por el Grupo Especial y esta obligación no admite subsanación posterior.¹⁴

Sin embargo, la jurisprudencia también ha sido clara en que debe distinguirse entre alegaciones o reclamaciones que deben presentarse necesariamente en el momento de formalizar el mandato, y argumentaciones con que se apoya o se fundamentan esas reclamaciones, las cuáles pueden ser objeto de un desarrollo posterior y progresivo.¹⁵

2. Deber de identificar el fundamento jurídico de la reclamación

¹² Vid. Guatemala – *Investigación antidumping sobre el cemento Pórtland procedente de México*. WT/DS60/AB/R, párrafos 81-89

¹³ Vid. Comunidades Europeas – *Clasificación Aduanera de Determinado Equipo Informático*. WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R y WT/DS68/AB/R, párrafo 71

¹⁴ Vid. Comunidades Europeas – *Régimen para la importación, venta y distribución de bananos*, WT/DS27/AB/R, párrafo 143 y también: India – *Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura*. WT/DS50/AB/R, párrafo 94.

¹⁵ Vid. Comunidades Europeas – *Régimen para la importación, venta y distribución de bananos*, WT/DS27/AB/R, párrafo 141; y también: India – *Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura*. WT/DS50/AB/R, párrafo 88; así como en: Comunidades Europeas – *Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (Hormonas)*, WT/DS26/AB/R y WT/DS48/AB/R, párrafo 156

Esta obligación también es esencial para determinar los límites del mandato del Grupo Especial pues una reclamación se presenta contra la pretendida violación que la medida de un Miembro hace de ciertas obligaciones, comprendidas en determinados artículos, pero no en términos generales respecto de la toda la normativa OMC en abstracto.

Esto significa en concreto que ningún Grupo Especial está autorizado para pronunciarse sobre la compatibilidad o incompatibilidad de una medida respecto de normas de los Acuerdos Abarcados que no hayan sido expresamente invocadas por la parte reclamante.

El Grupo Especial incurre en claro error de derecho si transponiendo los límites de su mandato se pronuncia sobre la compatibilidad de la medida respecto de normas no invocadas expresamente por las partes.¹⁶

Lo anterior no excluye que un Grupo Especial pueda desarrollar su propio razonamiento jurídico (esto es, invocar disposiciones no citadas por las partes) para apoyar sus propias opiniones y conclusiones sobre los asuntos que sí han sido sometidos a su consideración.¹⁷

La jurisprudencia del ESD también se ha pronunciado sobre el grado de formalización que requiere esa correcta “identificación” de la normativa que se considera vulnerada.

En principio, basta la simple enumeración de los artículos de los Acuerdos Abarcados en que se fundamenta la reclamación, pero al menos debe cumplirse el requisito de citarlos uno a uno individualmente para que puedan ser identificados precisamente, por eso la jurisprudencia ha considerado inadmisibles expresiones genéricas tales como “*incluidas pero no limitadas a...*”, “*y demás disposiciones pertinentes relativas...*” pues no cumplen ese deber mínimo de identificación del reclamo.

*“Pero puede haber también situaciones en las que, dadas las circunstancias, la mera enumeración de los artículos del tratado no baste para cumplir el criterio del párrafo 2 del artículo 6, por ejemplo, en el caso de que los artículos enumerados no establezcan una única y clara obligación, sino una pluralidad de obligaciones.”*¹⁸

Sin embargo, contrariamente a lo que pueda pensarse, esta obligación de identificar correctamente el fundamento jurídico de la reclamación a la hora de presentar la solicitud de establecimiento de Grupo Especial ha sido aplicada en una forma bastante flexible por la jurisprudencia del OSD.

¹⁶ Vid: India – *Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura*. WT/DS50/AB/R, párrafos 87 y 88; también en: Estados Unidos – *Medidas aplicadas a la importación de determinados productos procedentes de la Comunidad Europea*. WT/DS165/AB/R, párrafo 114.

¹⁷ Vid: Comunidades Europeas – *Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (Hormonas)* WT/DS26/AB/R, WT/DS44/AB/R, párrafo 156.

¹⁸ Corea – *Medidas de salvaguardia definitiva impuesta a las importaciones de determinados productos lácteos*. WT/DS98/AB/R párrafo 124.

La regla general ha sido que en virtud del principio de la buena fe que alienta a los procedimientos, la defectuosa presentación de una reclamación no es por sí sola suficiente para denegar una reclamación.

Debe demostrarse además que la parte reclamante ha sufrido un perjuicio en sus capacidades de ejercer el derecho de defensa, pero no puede alegarse perjuicio si no se ha ejercido oportunamente el derecho a exigir aclaraciones.

La jurisprudencia lo que ha pretendido evitar es que los procedimientos ESD se conviertan en “una técnica de litigio más que en la solución equitativa, rápida y eficaz de las diferencias comerciales”¹⁹ donde las partes buscan más la solución en formalismos jurídicos que en el fondo del asunto.

De este modo, a la vez que subraya la importancia de la correcta identificación del fundamento jurídico, ha insistido en el deber de conducir los procedimientos de buena fe, exigiendo aclaraciones en el momento oportuno, más que pretender una indebida ventaja procesal por esta cuestión.

*“Habida cuenta de la importancia de la solicitud de establecimiento de un grupo especial, exhortamos a los reclamantes a que identifiquen con precisión el fundamento jurídico de la reclamación. También observamos que no hay nada en el ESD que impida al demandado solicitar al reclamante más aclaraciones sobre las alegaciones formuladas en la solicitud de establecimiento de un grupo especial, incluso antes de la primera comunicación escrita.”*²⁰

VI. POTESTAD DE DETERMINAR LA PROPIA COMPETENCIA

El procedimiento del ESD es en esencia un arbitraje comercial internacional entre Miembros de la OMC.

En el arbitraje comercial internacional privado es común que la normativa marco que rige la actuación de estos órganos reconozca la competencia que tiene el órgano arbitral para decidir sobre su propia competencia, lo que se conoce también como la cláusula de “competencia - competencia”.²¹

No hay ninguna norma expresa en este sentido en el ESD.

Sin embargo, la jurisprudencia ha entendido que debe reconocerse comprendida dicha potestad dentro de los amplios poderes discrecionales de dirección del procedimiento para reglamentar las cuestiones relativas a la propia actuación y la de las partes que tienen los Grupos Especiales en virtud de lo que establecen los artículos 12.1 y 12.2 ESD.

¹⁹ Estados Unidos – *Trato fiscal aplicado a las Empresas de Ventas en el Extranjero*. WT/DS108/AB/R, párrafo 166.

²⁰ Tailandia – *Derechos antidumping sobre los perfiles de hierro y acero sin alear y vigas doble T procedentes de Polonia*. WT/DS122/AB/R, párrafo 97.

²¹ Así por ejemplo la Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL Sobre Arbitraje Comercial Internacional, aprobada el 21 de junio de 1985, en su artículo 16.1, o el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI/UNCITRAL, aprobado por la Resolución 31/98 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 15 de diciembre de 1976, en su artículo 21.4; y también el Reglamento de Conciliación Facultativa y de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París, en vigor desde el 1º de enero de 1988, contempla expresamente dicha cláusula en su artículo 8.3

De modo que los Grupos Especiales pueden resolver sobre su propia competencia y sobre el momento oportuno o posible para presentar objeciones en esta materia.²²

VII. PARTICIPACIÓN DE TERCEROS MIEMBROS

El ESD regula en forma muy genérica la participación de terceros Miembros en los procedimientos.²³

En general les asiste el derecho de ser oídos, de expresar sus puntos de vista por escrito, de que el Grupo Especial se manifieste sobre esos puntos de vista, de recibir traslado de las actuaciones de las Partes y del Grupo Especial (artículo 10 ESD) y de estar presentes en las comparecencias orales, en concreto en la Primera reunión sustantiva que es la destinada los Terceros. (artículo 6 Apéndice 3 ESD)

Este tema es una cuestión que ha generado poca polémica, y en términos generales la jurisprudencia ESD ha optado por resolver lo relacionado con el asunto dentro de amplias potestades de ordenación del procedimiento que se conceden a los Grupos Especiales (artículo 12.1 ESD), exigiendo tan solo que se respeten unos derecho de participación mínimos que en todo caso deben ser reconocidos.

De esta forma en el caso: Comunidades Europeas - *Medidas que afectan a la carne y a los productos cárnicos (Hormonas)*, el Órgano de Apelación confirmó los amplios derechos de participación que en calidad de terceros se concedieron a los Estados Unidos y al Canadá, tomando en cuenta que se trataban de dos reclamaciones cruzadas.²⁴

Pero del mismo modo, y en atención a esas mismas potestades discrecionales del Grupo Especial, confirmó el rechazo a conceder derechos de participación más amplios a Partes que simultáneamente eran reclamantes en un proceso y Terceros en otro, en un caso que presentaba una situación similar.²⁵

VIII. POTESTADES DE ORDENACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

El poco desarrollo normativo de los *Procedimientos de Trabajo* del Apéndice 3 del ESD se ve necesariamente cumplimentado por la gran amplitud o discrecionalidad de las potestades de los Grupos Especiales de reglamentar las cuestiones relativas a su propia actuación y la de las partes. (artículo 12.1 y 12.2 ESD)

Dentro de esta amplia gama de discrecionalidad puede resolver sobre su propia competencia como se mencionó anteriormente, y sobre el momento oportuno o posible para presentar objeciones en esta materia²⁶, puede también buscar información de expertos y decidir si recibe o no informes de particulares remitidos en condición de

²² Vid: Estados Unidos – *Ley Antidumping de 1916*. WT/DS136/AB/R, WT/DS162/AB/R, párrafo 54.

²³ No se debe confundir esta participación de terceros Miembros con la participación de sujetos privados en el ESD, que de principio está excluida y a la que solo se le ha reconocido el derecho muy limitado de remitir comunicaciones al Grupo Especial o al Órgano Especial en calidad de “*amicus curie*”. Vid. *Infra* el siguiente apartado sobre las potestades discrecionales de ordenación del procedimiento.

²⁴ Vid: Comunidades Europeas – *Medidas que afectan a la carne y a los productos cárnicos (Hormonas)* WT/DS26/AB/R y WT/DS48/AB/R, párrafos 150-155.

²⁵ Vid: Estados Unidos – *Ley Antidumping 1916*. WT/DS136/AB/R, WT/DS162/AB/R, párrafo 150

²⁶ Así en: Estados Unidos – *Ley Antidumping de 1916*. WT/DS136/AB/R; WT/DS162/AB/R, párrafo 54.

“*amicus curie*”²⁷, dirigir y solicitar información a las partes, instrumentar “*procedimientos adicionales de protección de la información comercial confidencial*”,²⁸ valorar y decidir sobre los plazos de presentación de pruebas²⁹, conceder amplios derechos de participación a terceros sin menoscabar un límite mínimo de derechos de participación que establece el propio ESD³⁰, y ampliar los plazos de presentación de los propios Informes.

En general el Grupo Especial tiene amplias prerrogativas para dirigir el procedimiento, y opera respecto al mismo por analogía la doctrina de las “*competencias implícitas*” de las Organizaciones Internacionales, según la cual se “*considera que posee los poderes, que si no están expresamente enunciados [...] son por una consecuencia necesaria, conferidos en tanto que esenciales al ejercicio de sus funciones.*”³¹

Esta discrecionalidad está limitada a que sus actuaciones no contravengan directamente las normas del propio ESD.

Consecuentemente, no puede por vía de interpretación de las normas de los Acuerdos abarcados y en uso de estas potestades discrecionales de ordenación del procedimiento “*modificar o imponer nuevas obligaciones a las partes*”, o “*modificar las normas establecidas en el ESD.*”³²

Debido a la gran discrecionalidad de estas potestades de ordenación del procedimiento de los Grupos Especiales y al hecho mismo de que éstos son órganos “*ad hoc*”, no permanentes, ha existido mucha variedad y poca uniformidad en la forma en

²⁷ Así en: Estados Unidos – *Prohibición a las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*. WT/DS58/AB/R, párrafo 108. El tema de los informes “*amicus curie*” ha generado una atención en la doctrina tan desproporcionado con la importancia que ha tenido en la práctica, que solo se explica porque se percibe quizás como la puerta de entrada a la participación de sujetos privados en los procedimientos del ESD, y por el activismo propio de las Organizaciones No Gubernamentales de protección y conservación del medio ambiente que han sido las principales interesadas en este tipo de comunicaciones. La presión de estas ONG obligó incluso al Consejo General a tomar disposiciones especiales respecto a su participación, *vid*: “*Directrices para la Adopción de Disposiciones sobre las Relaciones con las Organizaciones No Gubernamentales*” Decisión del Consejo General del 18 de julio de 1996, WT/L/162. En la doctrina, para un mayor detalle, particularmente *vid*: REINISCH, August. “*The participation on non – governmental organisations (NGO’s) in the WTO dispute settlement system.*” *Non – State Actors and International Law*, 1, num. 2, January 2001, pp. 127-151; HERNÁNDEZ LÓPEZ, E. “*Recent Trends and Perspectives for Non – State Actor Participation in World Trade Organization Disputes*”, *Journal of World Trade*, 35, num. 3, 2001, pp. 469-498; y también pero respecto al Órgano de Apelación: ZONNEKEYN, Geert A. “*The Appellate Body’s Communication on Amicus Curie Brief in the Asbestos Case.*” *Journal of World Trade*, 35, num. 3, 2001, pp. 553-563.

²⁸ Así en: Canadá – *Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles*, WT/DS70/R y en la reclamación relacionada: Brasil – *Programa de financiación de las exportaciones de aeronaves*. WT/DS46/R.

²⁹ Así en: Argentina – *Medidas que afectan a las importaciones de calzado, textiles, prendas de vestir y otros artículos* (WT/DS56/R) párrafo 6.55. También para “flexibilizar” el período de recepción de y admitir pruebas fuera de plazo, en: Australia – *Medidas que afectan a la importación del salmón*. WT/DS18/AB/R, párrafo 272.

³⁰ Estados Unidos – *Ley Antidumping de 1916*. WT/DS136/AB/R; WT/DS162/AB/R, párrafo 150.

³¹ Dictámen del Tribunal de Justicia Internacional de 11 de abril de 1949, sobre reparación de daños sufridos al servicio de Naciones Unidas, CIJ, *Recueil*, 1950, pág. 137

³² India – *Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura*. (WT/DS50/AB/R) párrafo 94.

que se han ejercido estas potestades discrecionales, lo que ha sido percibido como un problema.

Inclusive el mismo Órgano de Apelación que ha reclamado una solución reglamentaria para crear por esta vía “unos procedimientos de trabajo detallados y normalizados para Grupos Especiales que ayudarían a asegurar el respeto del debido proceso y la equidad en los procedimientos de los grupos especiales”³³

IX. CUESTIONES PROBATORIAS

Los órganos del ESD deben resolver con base exclusivamente en la documentación presentada por las partes en forma escrita y en sus alegaciones orales (artículo 14.2 ESD), quedando a salvo el derecho de recabar información que asiste a los Grupos Especiales.³⁴

Dado el deber de las partes de acreditar los hechos, es de la mayor importancia determinar las reglas de carga de la prueba que aplican en los procedimientos ESD.

Sin embargo el ESD no contiene ninguna norma específica que se refiera a aspectos probatorios durante los procedimientos, más que indicar que la cuestión de la determinación de los hechos es una potestad que corresponde exclusivamente a los Grupos Especiales, toda vez que las cuestiones fácticas no están sujetas al examen en apelación. (artículo 17.6 ESD)

Ha correspondido entonces a la jurisprudencia OSD aclarar las reglas que rigen a esta materia, que se ha orientado a la aplicación de lo que ha denominado “principios internacionales procedimentales”, que básicamente pueden concretarse en los siguientes:

Quien invoca una violación de los compromisos derivados de los Acuerdos abarcados, carga con la obligación de demostrar “*prima facie*” esa violación.³⁵

En sentido más amplio: quien afirma un hecho, como reclamante o reclamado, tiene el deber de probarlo según el conocido adagio: “*actori incumbit probatio*”.

Esta obligación de demostrar “*prima facie*” la violación o infracción de los Acuerdos Abarcados que se reclama, no debe confundirse con la presunción legal del artículo 3.8 ESD.

³³ Vid: Comunidades Europeas – Régimen para la importación, venta y distribución de bananos (WT/DS27/AB/R) párrafo 144; también en: India – Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura (WT/DS50/AB/R) párrafo 95; y nuevamente mediante nota en: Argentina – Medidas que afectan a las importaciones de calzado, textiles, prendas de vestir y otros artículos (WT/DS56/AB/R) párrafo 79.

³⁴ R. Martha hace notar que el deber de limitarse al elenco de los hechos acreditados por las partes, junto con el derecho de recabar información, son ambos principios generales de prueba en la práctica internacional y hace la siguiente cita: “*Any judgment by an international dispute settlement body on the merits of an international claim is limited to upholding such submissions of the parties as have been supported by sufficient proof of the relevant facts*”. (*Military and Paramilitary Activities it and against Nicaragua vs. U.S.A., Jurisdiction and Admisibility*, ICJ, Rep. 1984, p. 437, párrafo 101) Vid: MARTHA, R.S. “*Presumptions and Burden of proof in the World Trade Law.*” *Journal of International Arbitration*, Vol. 14, num. 1, March, 1997, pp. 81 y 69.

³⁵ “*La acreditación prima facie es aquella que requiere, a falta de una refutación efectiva por parte del demandado, que el Grupo Especial, como cuestión de derecho, se pronuncie a favor del reclamante que efectúe la acreditación prima facie*” Estados Unidos – Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India. WT/DS33/AB/R, página 16.

Este artículo, codificando y recogiendo la práctica surgida a través del GATT/47, dispone que cuando existe reclamo por infracción, la infracción misma es “*prima facie*” prueba de que ha existido anulación o menoscabo y entonces no es necesario para la parte reclamante probar el daño.

Nótese que el artículo 3.8 ESD lo que exige de probar es el daño, no la infracción, que siempre deberá ser acreditada al menos “*prima facie*” por la parte reclamante, pues “... *es verdaderamente difícil de concebir que ningún sistema de solución judicial de diferencias pueda funcionar si acoge la idea de que la mera afirmación de una alegación puede equivaler a una prueba.*”³⁶

Demostrada “*prima facie*” la infracción por el reclamante, no está en obligación de demostrar daño o perjuicio, y la carga de la prueba se traslada al reclamante para refutar la presunción así acreditada.³⁷

Asimismo, quien invoca una defensa afirmativa (justificar la conducta en virtud de una excepción a la regla de principio) corre con la carga de la prueba, “*la parte que ha invocado una excepción con el fin de justificar sus acciones tiene el deber de probar que ha cumplido los requisitos para invocarla.*”³⁸

En el caso de reclamaciones en que no se alega violación de compromisos de la otra parte, sino simplemente anulación o menoscabo de beneficios, corresponde a la parte reclamante demostrar esos aspectos, y corre en consecuencia con la carga de la prueba.

A diferencia de las reclamaciones por infracción, sí se exige en estas situaciones al reclamante demostrar el daño o perjuicio, ya que el mismo no se presume.

Finalmente, la jurisprudencia ha establecido que las normas transitorias, no sancionan regímenes de excepción, sino claramente situaciones de derechos objetivos, por lo que no hay inversión de la carga de la prueba en estas situaciones, y en consecuencia, no corresponde a la parte que invoca una norma de este tipo la obligación de demostrar su situación especial, sino al contrario, al reclamado correspondería demostrar que quien invoca esa norma no se encuentra en situación de hacer uso de ella.³⁹

X. PRINCIPIO DE ECONOMÍA PROCESAL

La jurisprudencia del Órgano de Apelación ha asentado firmemente como principio procesal el de la economía de las actuaciones, cuando ha dicho que nada obliga en el artículo 11 ESD ni en la anterior práctica procesal del GATT/47 a que un Grupo Especial examine todos los reclamos legales hechos por las partes.

³⁶ Estados Unidos – *Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India*. WT/DS33/AB/R, apartado IV, párrafo 6.

³⁷ Comunidades Europeas – *Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)* WT/DS26/AB/R y WT/DS48/AB/R, párrafo 98.

³⁸ Estados Unidos – *Restricciones aplicadas a las importaciones de ropa interior de algodón y fibras sintéticas o artificiales*. WT/DS24/R, párrafo 7.16

³⁹ *Ibidem*.

En consecuencia es válido, como ha sido práctica frecuente de los Grupos Especiales, considerar que solo algunos puntos del reclamo pueden ser necesarios para pronunciarse sobre el asunto y en consecuencia declinar de conocer los demás.⁴⁰

Sin embargo esa discrecionalidad que tiene un Grupo Especial para determinar que alegaciones debería examinar no es ilimitada, pues deben examinar “*las alegaciones que sean necesarias para una constatación para que el OSD pueda formular recomendaciones y resoluciones lo suficientemente precisas como para permitir el pronto cumplimiento de esas recomendaciones y resoluciones.*”⁴¹

La economía procesal es algo que se refiere a la utilidad o suficiencia “de las argumentaciones” pero no de la identidad de los reclamos o las cuestiones que son sometidas al Grupo Especial, respecto de las cuales cabe la obligación de pronunciarse sobre todas y cada una de ellas.

Pero entonces cabe distinguir: Si una misma medida está siendo atacada de incompatibilidad respecto de varias normas de los Acuerdos Abarcados, basta concluir que lo es respecto de una, para abstenerse de examinar el resto de alegaciones con respecto a la incompatibilidad con otras normas.

Pero si lo que se reclama es la incompatibilidad de una sola medida respecto de muchos productos distintos, no cabe concluir el examen con solo la determinación de que la medida es incompatible respecto de uno de los productos incluidos en el mandato, sino que el examen debe extenderse a todos los indicados por la parte reclamante.⁴²

La aplicación del principio de economía procesal, reconocido en todos los sistemas jurisdiccionales presenta sin embargo un problema grave en el ESD, cuando se lo relaciona con la competencia exclusiva de los Grupos Especiales para la determinación de los hechos en la diferencia.

El problema se presenta cuando el Órgano de Apelación revoca la conclusión del Grupo Especial que dio lugar a la aplicación del principio de economía procesal: en este punto se encuentra con la disyuntiva o de que debe realizar el examen, incluso de los hechos, sobre los que no se pronunció el Grupo Especial, cuestión para la cual no tiene competencia, o por el contrario abstenerse también de pronunciamiento, con el resultado absurdo de que debe confirmar lo que es una incorrecta actuación del Grupo Especial.

En la práctica, el asunto se ha resuelto por la primera vía, asumiendo el Órgano de Apelación la tarea de “completar el análisis” dejado de hacer por error del Grupo Especial bajo ciertas condiciones calificadas, asunto que se tratará adelante en el momento de revisar los desarrollos jurisprudenciales del Órgano de Apelación.

⁴⁰ Vid: Estados Unidos – *Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India*. (WT/DS33/AB/R) apartado VI. Comunidades Europeas – *Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (Hormonas)* WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, párrafo 250. Comunidades Europeas – *Medidas que afectan a la importación de determinados productos avícolas*. WT/DS69/AB/R párrafo 135. Estados Unidos – *Medidas de salvaguardia definitivas impuestas a las importaciones de gluten de trigo procedentes de las Comunidades Europeas*. WT/DS166/AB/R párrafos 177- 186.

⁴¹ Australia – *Medidas que afectan a la importación de salmón*. WT/DS18/AB/R, párrafo 223.

⁴² Vid: Japón – *Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*. WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R. apartado H. 2. a. Párrafo final; y también: Australia – *Medidas que afectan a la importación del salmón*. WT/DS18/AB/R, párrafos 225-226.

XI. ETAPA DEL EXAMEN EN APELACIÓN

Muchos de los desarrollos jurisprudenciales respecto de la etapa de examen en apelación son meras reiteraciones de procedimiento respecto de la etapa anterior de Grupo Especial.

Se incluyen dentro de éstos los casos de comunicaciones al Órgano de Apelación no solicitadas y remitidas por partes privadas, conocidas como comunicaciones “*amicus curie*”. Al igual que respecto a los Grupos Especiales, se reconoce que dichas comunicaciones ni están prohibidas expresamente, pero tampoco existe deber alguno de considerarlas, por lo que el Órgano de Apelación tiene total discrecionalidad para recibirlas o rechazarlas.⁴³

En uso de sus amplias potestades de ordenación o reglamentación de los procedimientos el Órgano de Apelación puede instrumentar procedimientos especiales para regular la admisión de esas comunicaciones.⁴⁴

Rige igualmente el principio de economía procesal, pues el Órgano de Apelación ha descartado reiteradamente seguir pronunciándose sobre cuestiones que considera ya resueltas con respecto a un primer reclamo o alegación.⁴⁵

Aplica también la obvia limitación del mandato del Órgano de Apelación a las reclamaciones hechas por las partes, en este caso en la etapa del Grupo Especial, lo que significa el rechazo a conocer nuevos argumentos con los cuáles sostener o defender una reclamación, cuando este nuevo argumento implique conocer y examinar cuestiones jurídicas diferentes de las ya tratadas por el Grupo Especial y que podrían requerir pruebas de nuevos hechos, y cuando la omisión del Grupo Especial se debe precisamente a que el Miembro no ha expuesto adecuadamente su argumentación.⁴⁶

En general, el Órgano de Apelación ha defendido su potestad de tener un amplio criterio de interpretación para no restringir en lo posible las actuaciones de las partes por cuestiones de forma.⁴⁷

Pero también hay importantísimos desarrollos referidos concretamente a la especialidad de este examen en apelación, y particularmente dos que analizamos a continuación:

1. La distinción entre cuestiones de hecho y de derecho

⁴³ Vid: Estados Unidos – *Establecimiento de derechos compensatorios sobre determinados productos de acero al carbono aleada con plomo y bismuto y laminado en caliente originarios del Reino Unido*. WT/DS138/AB/R, párrafo 42; también en: Tailandia – *Derechos antidumping sobre los perfiles de hierro y acero sin alear y vigas dobles T procedentes de Polonia*. WT/DS122/AB/R, párrafo 78.

⁴⁴ Vid: Comunidades Europeas – *Medidas que afectan el amianto y a los productos que contienen amianto*. WT/DS135/9

⁴⁵ Vid: Estados Unidos – *Restricciones a las importaciones de ropa interior*. WT/DS24/AB/R, apdo. V.

⁴⁶ Vid: Estados Unidos – *Trato fiscal aplicado a las “Empresas de Venta en el Extranjero.”* WT/DS108/AB/R, párrafo 103; también en: Canadá – *Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles*. WT/DS70/AB/R, párrafo 211

⁴⁷ Vid: Estados Unidos – *Prohibición a la importación de determinados camarones y productos del camarón*. WT/DS58/AB/R, párrafo 97

El Órgano de Apelación tiene limitada su competencia solo a conocer “*las cuestiones de derecho tratadas en el Informe y las interpretaciones jurídicas formuladas*” por el Grupo Especial. (artículo 17.6 ESD)

En este punto el problema obvio que se presenta es que la distinción entre cuestiones de derecho y cuestiones de hecho no es químicamente pura, y en consecuencia está inevitablemente librada en alto grado a un ejercicio de interpretación.

Por este motivo es particularmente importante conocer cuales hayan sido los criterios mantenidos por la jurisprudencia ESD para definir y delimitar tan delicada cuestión.

En concreto, el desarrollo jurisprudencial realmente importante en este punto es el que se ha generado respecto al artículo 11 ESD, que establece la función de los Grupos Especiales, imponiéndoles el deber de hacer “*una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido, que incluya una evaluación objetiva de los hechos.*”

Si se observa con atención, el realizar “*una evaluación objetiva de los hechos*” puede llegar a convertirse en una cuestión jurídica, toda vez que la obligación comprendida en esta norma puede examinarse como una cuestión de derecho al estar referida a su correcta interpretación y aplicación.

En la práctica, por esta vía las partes han pretendido reclamar cualquier cuestión de hecho, presentándola como una cuestión de derecho al estar referida a la correcta aplicación e interpretación de esta artículo 11 ESD.

Frente a esta argucia legal, la jurisprudencia ha reaccionado en forma diferente a dos niveles.

En un primer plano, y en términos de admisibilidad de la apelación, la jurisprudencia ESD ha mostrado una gran amplitud de criterio al recibir o examinar prácticamente todas las cuestiones que se le han presentado por esta vía, en un afán que suponemos es el de no denegar justicia a nadie por cuestión de formalismos de procedimiento.

Se ha establecido así, que el determinar:

*“si un grupo especial haya hecho o no una evaluación objetiva de los hechos que le habían sido presentados, como exige el artículo 11 ESD, es también una cuestión de derecho, que planteada oportunamente, entrará en el ámbito del examen en apelación.”*⁴⁸

Pero frente a esa gran amplitud en el plano o nivel de la admisibilidad, ha impuesto en cambio un criterio muy restrictivo para revocar esa “*objetiva evaluación de los hechos*”, exigiendo la existencia de un abuso grave de poder por parte del Grupo Especial o un determinado nivel de gravedad que pueda calificarse como un error monumental, conspicuo, o incluso debido a la mala fe de los integrantes del Grupo Especial.⁴⁹

⁴⁸ Vid: Comunidades Europeas – *Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)* WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, párrafo 132, y también en: Australia – *Medidas que afectan a la importación del salmón.* WT/DS18/AB/R, párrafo 260.

⁴⁹ Así por ejemplo en: Comunidades Europeas – *Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)* WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, párrafo 133 y 135. Corea – *Impuestos a las bebidas alcohólicas.* WT/DS75/AB/R y WT/DS84/AB/R párrafo 164. India – *Restricciones cuantitativas a la*

De manera que la correcta interpretación o aplicación del artículo 11 ESD solo da lugar a una cuestión de derecho, cuando ha habido un error tan grave y de tal magnitud que permita concluir que el: “*Grupo Especial se ha excedido en los límites de sus facultades discrecionales, en cuanto ha de decidir sobre los hechos, o en su apreciación de las pruebas*”⁵⁰

Este es el principal desarrollo en esta materia, pues únicamente respecto a esta norma del artículo 11 ESD se ha presentado discusión en este tema, dejando de lado lo que son los rechazos evidentes respecto de conocer cuestiones fácticas en el examen en apelación.

2. La técnica de “completar el análisis”

Como ya se mencionó anteriormente respecto a la economía procesal, el Órgano de Apelación carece de poder de reenvío.

Esto significa que el Órgano de Apelación que no puede devolver el asunto a los Grupos Especiales para que lo examinen nuevamente cuando revoca alguna de sus conclusiones.

Sucede entonces que cuando el Órgano de Apelación revoca la conclusión de un Grupo Especial por cuestiones de legalidad, en la práctica, y al no poder devolver el asunto, su propio examen se convierte en un nuevo juicio que sustituye el criterio del Grupo Especial.

Lo anterior, aunque ha sido criticado por algunos, no ha resultado tan problemático como la situación que se presenta cuando un Grupo Especial ha hecho incorrecto uso del principio de economía procesal.

En estos casos el Órgano de Apelación debe examinar cuestiones sobre las que ni siquiera ha existido un pronunciamiento expreso del Grupo Especial, con lo cual difícilmente estaría limitando su competencia a “*las cuestiones e interpretaciones jurídicas*”, pues en caso de pronunciarse estaría haciendo un juicio “*ex novo*” para lo cual de principio no tiene competencia.

Si por el contrario, se negase a examinarlas, las reclamaciones sobre las que omitió pronunciarse el Grupo Especial quedarían también sin decisión por parte del Órgano de Apelación, con la absurda consecuencia de que algunas reclamaciones hechas por las partes quedarían sin resolver después de todo el procedimiento, lo cual a todas luces tampoco es correcto.

importación de productos agrícolas, textiles e industriales. WT/DS90/AB/R, párrafos 149-151; Estados Unidos – *Medidas de salvaguardia definitivas impuestas a las importaciones de gluten de trigo procedentes de las Comunidades Europeas.* WT/DS166/AB/R párrafo 151; Australia – *Medidas que afectan a la importación de salmón.* WT/DS18/AB/R, párrafos 265-266; Japón – *Medidas que afectan a los productos agrícolas.* WT/DS76/AB/R, párrafo 141-142. Véase en sentido contrario: Estados Unidos *Medidas de salvaguardia respecto de las importaciones de carne de cordero fresca, refrigerada o congelada procedentes de Nueva Zelanda y Australia.* WT/DS177AB/R; WT/DS178/AB/R, párrafos 149 y ss.

⁵⁰ Vid: Estados Unidos - *Medidas de salvaguardia definitivas impuestas a las importaciones de gluten de trigo procedentes de las Comunidades Europeas.* WT/DS166/AB/R párrafo 151; Comunidades Europeas – *Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto.* WT/DS135/AB/R, párrafo 162.

Este problema de falta de poder de reenvío del Órgano de Apelación ya ha sido señalado por la doctrina como uno de los principales aspectos técnicos del ESD que estarían en la necesidad de ser reformados.⁵¹

La jurisprudencia por su parte ha enfrentado este problema de la siguiente manera:

La primera vez que se presentó esta situación fue en el asunto: “Estados Unidos – *Pautas para la gasolina convencional y reformulada*”. En la contestación del escrito de apelado, tanto Venezuela como Brasil advirtieron al Órgano de Apelación que en caso de que aceptara los argumentos de la apelación de los Estados Unidos, debía en consecuencia proceder a pronunciarse sobre las reclamaciones omitidas por el Grupo Especial en ejercicio del principio de economía procesal.

En este primer caso, el Órgano de Apelación rechazó “completar el análisis” aduciendo que las partes no habían apelado la falta de pronunciamiento del Grupo Especial, con lo cual esas cuestiones estaban fuera de su competencia.⁵²

Sin embargo, posteriormente en el asunto: Canadá – *Determinadas medidas que afectan a las publicaciones*, se cambió de criterio, introduciendo el uso de la denominada “técnica de completar el análisis”, que vino a establecer la competencia del Órgano de Apelación para analizar las cuestiones sobre las que un Grupo Especial no hubiera emitido pronunciamiento jurídico debido a la aplicación del principio de economía procesal.⁵³

Esta decisión que puede considerarse una auténtica creación jurisprudencial está al día de hoy definitivamente consolidada en la jurisprudencia.⁵⁴

En una etapa posterior y quizás debido a la presión de las críticas, el Órgano de Apelación afinó los criterios y limitó el uso de esta técnica:

⁵¹ Vid. PALMETER, D. “*The WTO Appellate Body Needs Remand Authority.*” *Journal of World Trade*, Vol. 32, núm. 1, 1998, pp.41-44, también: JACKSON, J.H. *The World Trade Organization: Constitution and Jurisprudence. The Royal Institute of International Affairs*, Londres, 1998, p. 80

⁵² Estados Unidos - *Pautas para la gasolina convencional y reformulada*. Informe del Órgano de Apelación. WT/DS2/AB/R, apartado II. C. párrafo final.

⁵³ Canadá – *Determinadas medidas que afectan a las publicaciones*. WT/DS31/AB/R, apartado VI.a.

⁵⁴ Desde entonces Órgano de Apelación se ha dado a la tarea de “completar el análisis” en los siguientes casos: Comunidades Europeas – *Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (Hormonas)* WT/DS26/AB/R; WT/DS48/AB/R, párrafo 222; Comunidades Europeas – *Medidas que afectan a la importación de determinados productos avícolas*, WT/DS69/AB/R, párrafo 156; Australia – *Medidas que afectan a la importación del salmón*, WT/DS18/AB/R, párrafo 117, 193 y 227; Estados Unidos – *Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, WT/DS58/AB/R, párrafo 123; Japón – *Medidas que afectan los productos avícolas*, WT/DS76/AB/R, párrafo 112; Estados Unidos – *Trato fiscal aplicado a las “Empresas de Ventas en el Extranjero”*, WT/DS108/AB/R, párrafo 133; Canadá – *Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles, Recurso del Brasil al párrafo 5 del artículo 21*, WT/DS70/AB/RW; Estados Unidos – *Medidas de salvaguardia definitivas impuestas a las importaciones de gluten de trigo procedentes de las Comunidades Europeas*, WT/DS166/AB/R, párrafo 80 y 127. Además en otras ocasiones, “ha completado el análisis” después de revocar las conclusiones del Grupo Especial, en sustitución de éste: Argentina – *Medidas que afectan a las importaciones de calzado, textiles y prendas de vestir y otros artículos*, WT/DS56/AB/R, párrafo 48; Canadá – *Medidas que afectan a la importación de leche y a las exportaciones de productos lácteos*, WT/DS103/AB/R, WT/DS113/AB/R, párrafo 138; Argentina – *Medidas de salvaguardia impuestas a las importaciones de calzado*, WT/DS121/AB/R, párrafo 109; Comunidades Europeas – *Medidas que afectan el amianto y los productos que contienen amianto*, WT/DS135/AB/R, párrafo 133

*“en la medida que sea posible hacerlo sobre la base de las constataciones fácticas y/o de los hechos no controvertidos que figuran en el expediente del Grupo Especial.”*⁵⁵

Se ha pretendido de esta forma, evitar que el Órgano de Apelación tuviera que hacer constataciones de hecho, lo cual es conveniente dada la limitación de la competencia a cuestiones jurídicas.

Pero subsiste todavía el problema de que pueden existir casos en que reclamaciones de las partes queden definitivamente sin resolver por una incorrecta aplicación del principio de economía procesal por parte del Grupo Especial, aún cuando la Parte afectada apele concretamente la falta de pronunciamiento, en su momento oportuno.

Así por ejemplo en el asunto: Corea – *Medida de salvaguardia definitiva impuesta a las importaciones de determinados productos lácteos*, el Órgano de Apelación, aunque revocó una conclusión errónea del Grupo Especial, se abstuvo de pronunciarse como correspondía sobre la incompatibilidad o no de la medida, en los términos que el reclamante había solicitado, alegando que:

*“al no existir ninguna constatación fáctica del Grupo Especial ni haber constancia en el expediente del procedimiento de hechos indiscutidos (...) no podemos, dentro de nuestro mandato establecido en el artículo 17 del ESD, completar el análisis y formular una determinación acerca de si Corea actuó de forma incompatible.”*⁵⁶

De esta forma el Órgano de Apelación declinaba resolver sobre una reclamación fundamentándose en lo que había sido una incorrecta actuación del Grupo Especial, con el evidente perjuicio para la parte reclamante.

Todo lo anterior viene a demostrar en definitiva que la regulación de esta situación, ya sea por conferir poder de reenvío, o por autorizar al Órgano de Apelación a resolver cuestiones de hecho expresamente en estos casos, es un asunto de los que prioritariamente deben ser reformadas en el ESD.

⁵⁵ Australia – *Medidas que afectan a la importación de salmón*. WT/DS18/AB/R, párrafo 118. Jurisprudencia confirmada y posteriormente seguida en: Corea – *Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada*. WT/DS161/AB/R y WT/DS169/AB/R, párrafos 127-129; también en: Estados Unidos – *Medidas de salvaguardia definitiva impuestas a las importaciones de gluten de trigo procedentes de las Comunidades Europeas*. WT/DS166/AB/R, párrafos 80-92. Canadá – *Determinadas medidas que afectan la industria del automóvil*. WT/DS139/AB/R; WT/DS142/AB/R, párrafos 133-134.

⁵⁶ Corea – *Medidas de salvaguardia definitiva impuesta a las importaciones de determinados productos lácteos*. (WT/DS98/AB/R) párrafo 92 y 102. Tampoco se “completó el análisis” por carecer de suficiente básica jurídica o fáctica para hacerlo en: Canadá – *Determinadas medidas que afectan la industria del automóvil*, WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R, párrafos 133 y 144, Corea – *Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada*. WT/DS161/AB/R, WT/DS169/AB/R, párrafo 128; Comunidades Europeas – *Medidas que afectan al amianto y a los productos que contienen amianto*, WT/DS135/AB/R, párrafo 83; Estados Unidos – *Medidas antidumping sobre determinados productos de acero laminado en caliente procedentes del Japón*. WT/DS184/AB/R, párrafo 180

XII. PROCEDIMIENTO DE SUSPENSIÓN DE CONCESIONES

Si un Miembro afectado⁵⁷ no pone en conformidad con un acuerdo abarcado la medida declarada incompatible con él, o no cumple de algún otro modo dentro del plazo prudencial determinado, el Órgano de Solución de Diferencias, previa petición de la parte interesada, concederá autorización para suspender concesiones u otras obligaciones, a cualquier parte que haya recurrido al procedimiento de solución de diferencias. (artículos 22.2 y 22.6 ESD)

La jurisprudencia se ha encargado de dejar bien claro la naturaleza compensatoria, no sancionadora, de estos procedimientos:

*“... no hay nada que tenga que ver en el ESD con imposición de sanciones o con medidas de coerción, ni siquiera este procedimiento de suspensión de concesiones u otras obligaciones que contempla el artículo 22 ESD.”*⁵⁸

Quizás la polémica más importante surgida con respecto al procedimiento de suspensión de concesiones ha sido la de determinar la correcta relación entre los artículos 21.5 y 22 ESD.

El artículo 21.5 establece un procedimiento de arbitraje para determinar el grado de cumplimiento de un Miembro respecto a las resoluciones o recomendaciones que le afecten.

El artículo 22 por su parte, es el que consagra el derecho de la parte reclamante a suspender concesiones u otras obligaciones en caso de incumplimiento por parte del Miembro afectado.

El problema ha radicado en que no ha existido unanimidad a la hora de considerar si previo a suspender concesiones, tal como lo autoriza el artículo 22, debe necesariamente haberse agotado el procedimiento que establece el artículo 21.5 que remite al arbitraje cuando no hay acuerdo entre las partes sobre el grado de cumplimiento efectivo.

En definitiva, el punto está en determinar si existe un derecho unilateral a la parte reclamante de valorar si ha habido pleno cumplimiento o no, o si por el contrario tal valoración debe realizarla un tercero imparcial como pueda serlo un órgano de arbitraje.

Consideramos que pese a una notable vaguedad de la norma que pareciera que permite dos posibles interpretaciones, en realidad, el hecho de que la solicitud para obtener autorización de suspensión de concesiones se rija por la regla del consenso negativo, que no es otra cosa que una forma distinta de denominar la aprobación automática, unida al corto tiempo en que debe presentarse esa solicitud⁵⁹, demuestran

⁵⁷ Según la nota de pie del artículo 19.1 ESD, “Miembro afectado” es “la parte de la diferencia a la que vayan dirigidas las recomendaciones del grupo especial o del Órgano de Apelación.”

⁵⁸ Vid: Comunidades Europeas – Régimen para la importación, venta y distribución de bananas. Decisión de los árbitros. Recurso al artículo 22.6 ESD. WT/DS27/ARB, párrafo 6.3; y también en: Estados Unidos – Medida de salvaguardia de transición aplicada a los hilados peinados de algodón procedentes del Pakistán. WT/DS192/AB/R, párrafo 120.

⁵⁹ Este breve plazo, conocido en la doctrina como la “ventana de los 10 días” en que se debe solicitar la autorización para suspender concesiones u otras obligaciones está formado por las normas del artículo 22.2 ESD, que establece un período de 20 días para entablar consultas en busca de una solución de compensación, contados a partir del vencimiento del plazo prudencial otorgado al Miembro afectado para

que la valoración para solicitar dicha suspensión es ni más ni menos un derecho unilateral de la parte reclamante.

Sin embargo, pese a la relativamente simple solución hermenéutica de este caso, fácilmente abordable por vía de interpretación, el asunto sigue abierto, entendemos que debido al temor de utilizar la jurisprudencia del ESD para “legislar” en cuestiones que son competencia de los órganos políticos de la Organización, entiéndase por estos la Conferencia Ministerial y el Consejo General en su lugar.

En realidad, este problema aparentemente simple, se complicó debido a la radicalidad de las posiciones de las Comunidades Europeas que decidieron resistir por todos los medios, legales o no legales, los continuos y reiterados fallos jurisdiccionales adversos en la amplia y conocida guerra comercial sostenida frente a los Estados Unidos por el tema de los bananos.⁶⁰

Citamos este caso, y esta polémica en particular, porque sin haber existido un desarrollo jurisprudencial que viniera a zanjar definitivamente la cuestión, lo inexplicable, al menos desde el punto de vista jurídico, es la inexistencia de ese pronunciamiento, y la situación de precariedad o de auténtica laguna en que se encuentra la cuestión al día de hoy.

Queda claro en todo caso, que la “polémica” surgida por la correcta interpretación e interrelación entre los artículos 21.5 y 22 ESD obedece más a un asunto de política y de fuerza entre los dos principales socios del sistema multilateral de comercio, que a una cuestión de simple técnica jurídica.

Con más claridad se ha pronunciado la jurisprudencia respecto a la obligación de la parte que intenta suspender concesiones en un sector o acuerdo distinto al de la medida declarada incompatible (artículo 22.3 ESD), afirmando que si bien esa norma no exige ningún requisito previo, está sin embargo eventualmente sujeta al examen posterior que pueda realizarse dentro del marco del arbitraje previsto en el artículo 22.6 ESD, por lo que es obligación de la parte razonar esa decisión.⁶¹

1. Arbitraje para determinar el nivel y tipo de suspensión de concesiones u otras obligaciones

El ESD establece que si un Miembro impugna el nivel o el tipo de suspensión de concesiones que se propone aplicar, el asunto se resolverá entonces por arbitraje. (artículo 22.6 ESD)

Pese a que este procedimiento solo se ha utilizado en cuatro ocasiones y en dos casos distintos, es posible obtener con estas pocas decisiones las primeras líneas

cumplir, y el artículo 22.6 ESD que establece que la solicitud debe presentarse a más tardar 30 días después de vencido ese plazo prudencial. La brevedad del plazo, 10 días, es un argumento contundente para estimar que es imposible exigir un procedimiento de arbitraje, en vez de una decisión unilateral, pues ningún procedimiento de arbitraje podría ser concluido jamás dentro de ese brevísimo plazo.

⁶⁰ Para un análisis detallado del problema antes apuntado, el caso concreto en que se presentó, la posición de las partes y la crisis que significó para el sistema, *vid:* VALLES, Ch y McGIVERN, B.P. “*The Right to Retaliate under the WTO Agreement. The Sequencing Problem.*” *Journal of World Trade*, vol. 34, num. 2, 2000, pp. 63-84

⁶¹ *Vid:* Comunidades Europeas – *Regimen para la importación, venta y distribución de bananos*. Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje del artículo 22.6 ESD. WT/DS27/ARB/ECU, párrafos 52-54

jurisprudenciales, en parte debido a la absoluta falta de regulación de ese procedimiento de arbitraje, que el propio ESD no hace más que mencionar.

Se ha establecido así que en este arbitraje rigen por analogía los propios procedimientos del ESD.⁶²

Con respecto a la carga de la prueba, rige como principio la presunción de legalidad de los actos de los Estados soberanos, de donde se concluye que cuando un Miembro alega posibles conductas ilegales de otro Miembro, como la de no cumplimiento a cabalidad, le corresponde al reclamante la carga de la prueba de demostrar la ilicitud de esa conducta.⁶³

Si una parte reclama que la otra no ha seguido los principios establecidos en el artículo 22.3 para determinar el tipo de concesiones a suspender, es su obligación demostrar en qué medida es “*practicable y eficaz*” para la parte reclamante suspender concesiones en el mismo sector u Acuerdo, y en consecuencia corre con la carga de la prueba.⁶⁴

Más importante quizás, es la determinación de que la anulación o menoscabo de beneficios debe calcularse a partir del vencimiento del plazo prudencial, y no antes, porque el monto de suspensión de concesiones no puede ser superior al del simple cumplimiento.⁶⁵

También ha venido a aclarar la jurisprudencia que el monto de la suspensión de concesiones u otras obligaciones se calcula con respecto a la medida de cumplimiento si la hubiera, y no respecto de la que ha sido objeto de reclamación principal.⁶⁶

Finalmente como punto destacable en este punto, la jurisprudencia ha venido a declarar como válida la práctica estadounidense de rotar sobre una lista de varios productos, la suspensión de concesiones de unos a otros, en lo que se ha denominado “*medidas de carrusel*” bastando para ello tan solo el indicar cuáles productos pueden ser susceptibles de esas medidas, y en el tanto que el monto final de suspensión de concesiones en su conjunto se mantenga dentro de los montos aprobados.⁶⁷

⁶² Vid: Comunidades Europeas – *Medidas que afectan a la carne y a los productos cárnicos (Hormonas)* Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el artículo 22.6 ESD. WT/DS26/ARB, párrafo 7.

⁶³ Vid: Comunidades Europeas – *Regimen para la importación, venta y distribución de bananas*. Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el artículo 22.6 ESD. WT/DS27/ARB/ECU, párrafo 37; y también en: Comunidades Europeas – *Medidas que afectan a la carne y a los productos cárnicos (Hormonas)* Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el artículo 22.6 ESD. W/DS26/ARB, párrafo 9

⁶⁴ Vid: Comunidades Europeas – *Regimen para la importación, venta y distribución de bananas*. Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el artículo 22.6 ESD. WT/DS27/ARB/ECU, párrafo 59

⁶⁵ Vid: Comunidades Europeas – *Medidas que afectan a la carne y a los productos cárnicos (Hormonas)* Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el artículo 22.6 ESD. W/DS26/ARB, párrafos 39-41

⁶⁶ Vid: Comunidades Europeas – *Regimen para la importación, venta y distribución de bananas*. Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el artículo 22.6 ESD. WT/DS27/ARB/ECU, párrafo 14

⁶⁷ Vid. Comunidades Europeas – *Medidas que afectan a la carne y a los productos cárnicos (Hormonas)* Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el artículo 22.6 ESD. W/DS26/ARB, párrafos 14-15

2. Consideraciones finales

Primeramente, vale hacer la observación o la advertencia de que aquí no se han incluido los desarrollos jurisprudenciales producidos con respecto a los distintos tipos de procedimientos especiales que contempla el ESD.

Baste solo mencionar que los únicos procedimientos especiales que han tenido un uso efectivo en el ESD han sido los que contempla el Apéndice 2 del ESD y en concreto los que se refieren a las denominadas medidas de defensa comercial, en concreto las denominadas investigaciones *antidumping* para la imposición de derechos compensatorios y en menor medida las de salvaguardia comercial.

La especialidad de estos procedimientos, en función de la naturaleza de la materia que regulan, justificaría un estudio detallado que va más allá de los límites que nos hemos propuesto en este estudio.

Debe hacerse notar por el contrario, que el resto de procedimientos especiales que contempla el ESD, en concreto: el de reclamaciones cuando no existe infracción (artículo 26 ESD), el arbitraje alternativo a todo el procedimiento (artículo 25 ESD) y las distintas normas de trato especial y diferenciado para países en desarrollo y menos adelantados (especialmente los artículo 3.12 y 24 ESD) no han tenido éxito y permanecen prácticamente en desuso cuando no en abandono completo.

En segundo lugar, más allá de la claridad con que hayamos podido transmitir esta revisión de los desarrollos jurisprudenciales del ESD con respecto a su propio procedimiento, consideramos que el valor de la misma es inmenso y creciente hacia el futuro, en la medida que ha venido a garantizar, como nunca antes en este campo, la correcta y uniforme interpretación del derecho sustantivo de los Acuerdos OMC.

Lo anterior es sin lugar a dudas uno de los aspectos que más ha contribuido a reafirmar el nuevo carácter marcadamente jurídico de este instrumento de solución de diferencias comerciales en el plano internacional.

Esta jurisprudencia sólida y uniforme ha ido desarrollando progresivamente el mejor entendimiento de las normas y procedimientos de solución de diferencias y ha sido un factor importante en lograr esa "*certeza y previsibilidad*" que se señala como uno de los primeros objetivos del sistema.

Estamos convencidos que la identificación y sistematización de estas líneas jurisprudenciales que hemos intentando esbozar, son un instrumento útil con miras al acceso a los procedimientos ESD, pues percibimos que han sido elaboradas con ese criterio; la continuidad y desarrollo de las mismas parecen justificar esta observación.

Como conclusión final destacaría que mucho del éxito de la jurisprudencia del nuevo ESD radica en su empeño por ajustarse al mandato establecido de ser conforme "*a las reglas y principios generales del derecho internacional público.*" (artículo 3.2 ESD)

Mediante este empeño se ha logrado en buena medida al día de hoy integrar plenamente la normativa OMC en el amplio y vasto campo del derecho que regula las relaciones internacionales.

Se va superando así cada vez en mayor grado, el prejuicio de quiénes todavía conciben todo lo relacionado con solución de diferencias comerciales en el seno de la OMC, como algo que es más afín al campo del derecho internacional privado, que al propio del derecho internacional público.

Una jurisprudencia estable, establecida sobre principios sólidos y bien conocidos, acorde y en sintonía con todo el desarrollo y tradición del derecho internacional público, como lo es la del ESD, bien vista puede ser el mejor exponente de ese cambio y de ese fenómeno.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA**Obras Monográficas**

1. JACKSON, John. H. *The World Trade Organization. Constitution and Jurisprudence*. The Royal Institute of International Affairs. London, 1998
2. LIGUSTRO, Aldo. *Le Controversie tra Stati nel Diritto del Commercio Internazionale: dal GATT all'OMC*. CEDAM, Padova 1996.
3. MONTAÑA i MORA, Miquel. *La OMC y el reforzamiento del sistema GATT*. McGraw – Hill. Madrid, 1997
4. PALMETER, David/MAVROIDIS, Petros. *Dispute Settlement in the World Trade Organization. Practice and Procedure*. Kluwer Law International, 1999.
5. PETERSMANN, Ernst-Ulrich. *The GATT/WTO Dispute Settlement System: International Law, International Organizations and Dispute Settlement*. Kluwer Law International, 1997.

Artículos en Revistas y Obras Colectivas.

1. BARONCINI, Elisa. “*The WTO Dispute Settlement Understanding as a Promoter of Transparent, Rule – Oriented, Mutually Agreed Solutions – A Study on the Value of DSU Consultations and their Positive Conclusion.*” Megozzi, Paolo (Ed.) *International Trade Law on the 50th Anniversary of the Multilateral Trade System*. Dott. A. Giuffré Editore, Milán 1999, pp. 153 - 302
2. BEHBOODI, Rambod. “*Legal Reasoning and the International Law of Trade: The First Steps of the Appellate Body of the WTO.*” Mengozzi, Paolo (Ed.) *International Trade Law on the 50th Anniversary of the Multilateral Trade System*. Dott. A. Giuffré Editore, Milán 1999, pp. 303-367 / también publicado en: *Journal of World Trade*, 32 (4) 1998
3. BELLO, Judith H. “*The WTO Dispute Settlement Understanding. Less is More.*” *American Journal of International Law*, 90, pp. 416-418 (1996)
4. CAMERON, James/GRAY, Kevin R. “*Principles of International Law in the WTO Dispute Settlement Body.*” *International and Comparative Law Quarterly*. Volumen 50, April 2001, pp. 248-298
5. CONE III, Sydney M. *The Appellate Body, the protection of sea turtles and the technique of “Completing the Analysis”*. En: *Journal of World Trade*, 33 (2) 51-61, 1999
6. COTTIER Thomas. “*Dispute Settlement in the World Trade Organization; Characteristics and Structural implications for the European Union.*” *Common Market Law Review* 35; 325-378, 1998
7. FERNÁNDEZ PONS, Javier. “*Self – Help and the World Trade Organization.*” Mengozzi, Paolo (Ed.) *International Trade Law on the 50th Anniversary of the Multilateral Trade System*. Dott. A. Giuffré Editore, Milán 1999, pp. 55-112

8. FOOTER, Mary E. "Developing Country Practice in the Matter of WTO Dispute Settlement." *Journal of World Trade* 35 (1) 55-98, 2001.
9. HUDEC, Robert E. "The GATT Legal System: A Diplomat's Jurisprudence". *Essays on the nature of international trade law*. Cameron May, London. 1999, p 17-76
10. JACKSON, John H. "The WTO Dispute Settlement Understanding – Misunderstandings on the nature of legal obligation." *American Journal of International Law*. 91 (1) 60-64, 1997.
11. JACKSON, John H. "Dispute Settlement and the WTO: Emerging Problems." *From GATT to the WTO: The Multilateral Trading System in the New Millennium*. Edited by Kluwer Law International, 1999. pp. 67-81
12. LEEBRON, David W. "An Overview of the Uruguay Round Results." *Columbia Journal of Transnational Law* 34, p. 11-35, 1995
13. LITTLE, Scott. "Preliminary Objections to Panel Request and Terms of Reference. Panel and Appellate Body Rulings on the First Line Defence in WTO Dispute Settlement Proceedings." *Journal of World Trade*, 35 (4) 517-554, 2001.
14. MARTHA, Rutsel Silvestre. "Presumptions and Burden of Proof in the World Trade Law" *Journal of International Arbitration*, Vol. 14 No. 1 march 1997, pp. 67-98.
15. MARTHA, Rustsel Silvestre. "Representation of Parties in World Trade Disputes." *Journal of World Trade*, 31 (2) 83-96, 1997.
16. MENGOZZI, Paolo. "The World Trade Organisation Law: An analysis of its first practice." Mengozzi, Paolo (Ed.) *International Trade Law on the 50th Anniversary of the Multilateral Trade System*. Dott. A. Giuffré Editore, Mil n 1999, pp. 3-51
17. MONNIER, Pierre. "The time to comply with an adverse WTO ruling: Promptness within Reason." *Journal of World Trade*, 35 (5) 825-845, 2001.
18. PALMETER, David. "The WTO Appellate Body Needs Remand Authority." *Journal of World Trade*, 32 (1) 41-44, 1998.
19. PALMETER, David/MAVROIDIS Petros C. "The WTO Legal System: Sources of Law." *American Journal of International Law*, 92 (3) 398-413, 1998
20. PETERSMANN, Ernst – Ulrich. "The dispute settlement system of the World Trade Organization and the evolution of the GATT dispute settlement system since 1948." *Common Market Law Review*, No. 31, pp. 1157-1244, (1994)
21. PETERSMANN, Ernst – Ulrich. "How to Promote the International Rule of Law: Contributions by the WTO Appellate Review System." *Dispute Resolution in the World Trade Organization*. James Cameron & Karen Campbell (eds.) Cameron Mary, London 1998. pp. 75-97.
22. RUIZ FABRI, Hélène. "L'Appel dans le Règlement des Diff rends de L'O.M.C.: Trois ans après, quinze rapports plus tard." *Revue Generale du Droit International Public*, 1999 (1) pp. 47-122
23. SKOUTERIS, Thomas. "Customary Rules of Interpretation of Public International Law and Interpretative Practices in the WTO Dispute Settlement System." Mengozzi, Paolo (Ed.) *International Trade Law on the 50th*

- Anniversary of the Multilateral Trade System.* Dott. A. Giuffré Editore, Milán 1999, pp. 113-144
24. STEGER, Debra. *Appellate Body Jurisprudence Relating to Trade Remedies.* En: *Journal of World Trade*, 35 (5) 799-823, 2001.
 25. STEGER, Debra. “*WTO Dispute Settlement.*” *The WTO and International Trade Regulation.* Philip Ruttley, Iain Mac Vay & Carol George (eds.) Cameron May, London 1998. pp. 53-61.
 26. VALLES, Cherise M./McGIVERN, Brendan P. “*The Right to Retaliate under the WTO Agreement. The “Sequencing” Problem.*” *Journal of World Trade*, 34 (2) 63-84, 2000
 27. VAN HAMEL, Hugo. “*Selected Bibliography on the World Trade Organization.*” Hague Academy of International Law, 1997.
 28. VERMULST, Edwin/MAVROIDIS, Petros C./WAER, Paul. “*The functioning of the Appellate Body after four years.*” *Journal of World Trade*, 33 (2) p. 1-50, 1999

Informes del Órgano de Apelación de la OMC

(El texto de los Informes del Órgano de Apelación que se ha utilizado es el disponible en línea en la página en red de la OMC: www.wto.org)

1. **ESTADOS UNIDOS** – Pautas para la gasolina reformulada y convencional. 29 de abril de 1996. **WT/DS2/AB/R**
2. **JAPON** – Impuestos sobre bebidas alcohólicas. 4 de octubre de 1996 **WT/DS8/AB/R; WT/DS10/AB/R; WT/DS11/AB/R**
3. **BRASIL** – Medidas que afectan al coco desecado. 21 de febrero de 1997. **WT/DS22/AB/R**
4. **ESTADOS UNIDOS** – Restricciones aplicadas a las importaciones de ropa interior de algodón y fibras sintéticas o artificiales. 10 de febrero de 1997. **WT/DS24/AB/R**
5. **ESTADOS UNIDOS** – Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India. 25 de abril de 1997. **WT/DS33/AB/R**
6. **CANADA** – Determinadas medidas que afectan a las publicaciones. 30 de junio de 1997. **WT/DS31/AB/R**
7. **COMUNIDADES EUROPEAS** – Régimen para la importación, venta y distribución de bananos. 9 de septiembre de 1997. **WT/DS27/AB/R**
8. **INDIA** – Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura. 19 de diciembre de 1997. **WT/DS50/AB/R**
9. **COMUNIDADES EUROPEAS** – Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (Hormonas) 16 de enero de 1998. **WT/DS26/AB/R; WT/DS48/AB/R**
10. **ARGENTINA** – Medidas que afectan a las importaciones de calzado, textiles, prendas de vestir y otros artículos. 27 de marzo de 1998. **WT/DS56/AB/R**

- 11. COMUNIDADES EUROPEAS** – Clasificación aduanera de determinado equipo informático. 5 de junio de 1998. ***WT/DS62/AB/R; WT/DS67/AB/R; WT/DS68/AB/R***
- 12. COMUNIDADES EUROPEAS** – Medidas que afectan a la importación de determinados productos avícolas. 13 de julio de 1998. ***WT/DS69/AB/R***
- 13. ESTADOS UNIDOS** – Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón. 12 de octubre de 1998. ***WT/DS58/AB/R***
- 14. AUSTRALIA** – Medidas que afectan a la importación del salmón. 20 de octubre de 1998. ***WT/DS18/AB/R***
- 15. GUATEMALA** – Investigación antidumping sobre el cemento Portland procedente de México. 2 de noviembre de 1998. ***WT/DS60/AB/R***
- 16. COREA** – Impuestos a las bebidas alcohólicas. 18 de enero de 1999. ***WT/DS75/AB/R; WT/DS84/AB/R***
- 17. JAPÓN** – Medidas que afectan a los productos agrícolas. 22 de febrero de 1999. ***WT/DS76/AB/R***
- 18. CANADÁ** – Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles. 2 de agosto de 1999. ***WT/DS70/AB/R***
- 19. BRASIL** – Programa de financiación de las exportaciones de aeronaves. 2 de agosto de 1999. ***WT/DS46/AB/R***
- 20. INDIA** – Restricciones cuantitativas a la importación de productos agrícolas, textiles e industriales. 23 de agosto de 1999. ***WT/DS90/AB/R***
- 21. CANADA** – Medidas que afectan a la importación de leche y a las exportaciones de productos lácteos. 13 de octubre de 1999. ***WT/DS103/AB/R; WT/DS113/AB/R***
- 22. TURQUÍA** – Restricciones a la importación de productos textiles y de vestido. 22 de octubre de 1999. ***WT/DS34/AB/R***
- 23. CHILE** – Impuestos a las bebidas alcohólicas. 13 de diciembre de 1999. ***WT/DS87/AB/R; WT/DS110/AB/R***
- 24. ARGENTINA** – Medidas de salvaguardia impuestas a las importaciones de calzado. 14 de diciembre de 1999. ***WT/DS121/AB/R***
- 25. COREA** – Medidas de salvaguardia definitiva impuesta a las importaciones de determinados productos lácteos. 14 de diciembre de 1999. ***WT/DS98/AB/R***
- 26. ESTADOS UNIDOS** – Trato fiscal aplicado a las “Empresas de Ventas en el Extranjero”. 24 de febrero de 2000. ***WT/DS108/AB/R***
- 27. ESTADOS UNIDOS** – Establecimiento de derechos compensatorios sobre determinados productos de acero al carbono aleado con plomo y bismuto laminado en caliente originarios del Reino Unido. 10 de mayo de 2000. ***WT/DS138/AB/R***
- 28. CANADÁ** – Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil. 31 de mayo de 2000. ***WT/DS139/AB/R; WT/DS142/AB/R***
- 29. ESTADOS UNIDOS** – Ley Antidumping de 1916. 28 de agosto de 2000. ***WT/DS136/AB/R; WT/DS162/AB/R***
- 30. CANADÁ** – Período de protección mediante patente. 18 de septiembre de 2000. ***WT/DS170/AB/R***

31. **COREA** – Medidas que afectan a las importaciones de carne vacuna fresca, refrigerada y congelada. 11 de diciembre de 2000. **WT/DS161/AB/R; WT/DS169/AB/R**
32. **ESTADOS UNIDOS** – Medidas aplicadas a la importación de determinados productos procedentes de las Comunidades Europeas. 11 de diciembre de 2000. **WT/DS165/AB/R**.
33. **ESTADOS UNIDOS** – Medidas de salvaguardia definitivas impuestas a las importaciones de gluten de trigo procedentes de las Comunidades Europeas. 22 de diciembre de 2000. **WT/DS166/AB/R**
34. **COMUNIDADES EUROPEAS** – Derechos antidumping sobre las importaciones de ropa de cama de algodón originarias de la India. 1º de marzo de 2001. **WT/DS141/AB/R**
35. **TAILANDIA** – Derechos antidumping sobre los perfiles de hierro y acero sin alear y vigas dobles T procedentes de Polonia. 12 de marzo de 2001. **WT/DS122/AB/R**
36. **COMUNIDADES EUROPEAS** – Medidas que afectan el amianto y a los productos que contienen amianto. 12 de marzo de 2001. **WT/DS135/AB/R**
37. **ESTADOS UNIDOS** – Medidas de salvaguardia respecto de las importaciones de carne de cordero fresca, refrigerada o congelada procedentes de Nueva Zelandia y Australia. 1 de mayo de 2001. **WT/DS177/AB/R; WT/DS178/AB/R**
38. **ESTADOS UNIDOS** – Medidas antidumping sobre determinados productos de acero laminado en caliente procedentes del Japón. 24 de julio de 2001. **WT/DS184/AB/R**
39. **ESTADOS UNIDOS** – Medida de salvaguardia de transición aplicada a los hilados peinados de algodón procedentes del Pakistán. 8 de octubre de 2001. **WT/DS192/AB/R**
40. **ESTADOS UNIDOS** – Artículo 211 de la Ley *Omnibus* de Asignaciones de 1998. 2 de enero de 2002. **WT/DS176/AB/R**
41. **ESTADOS UNIDOS** – Medida de salvaguardia definitiva contra las importaciones de tubos al carbono soldados de sección circular procedentes de Corea. 15 de febrero de 2002. **WT/DS202/AB/R**
42. **INDIA** – Medidas que afectan al sector del automóvil. 19 de marzo de 2002. **WT/DS146/AB/R, WT/DS175/AB/R**

Laudos arbitrales

1. **COMUNIDADES EUROPEAS** – Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (Hormonas) Reclamación inicial de los Estados Unidos. Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD. 12 de julio de 1999. **WT/DS26/ARB**
2. **COMUNIDADES EUROPEAS** – Régimen para la importación, venta y distribución de bananos. Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD. 24 de marzo de 2000. **WT/DS27/ARB/ECU**.