

**Comentario sobre Estados Unidos – Algodón (párrafo 5 del artículo 21 – Brasil)
Informe del Órgano de Apelación, 2 de junio de 2008**

Luis Yahir Acosta Pérez

El Momento Político

La relevancia en la política comercial global del caso EEUU-Algodón se extiende al corazón mismo de la posibilidad de concluir la Ronda Doha. Pascal Lamy, el Director General de la OMC, llamó recientemente a los países desarrollados, específicamente a los Estados Unidos (EEUU) y la Unión Europea (UE), a recortar los subsidios distorsionantes y eliminar los subsidios a la exportación entregados a los productores de algodón.

Lo anterior sólo podrá lograrse en el marco de una conclusión exitosa de la Ronda Doha, y si no existe un acuerdo unánime en lo referente al algodón, no se podrá concluir la Ronda Doha, Lamy sentenció.¹

Sin duda alguna, su declaración no fue gratuita. La inminente llegada de Barack Obama a la Casablanca y el revés propinado por el Órgano de Apelación (OA) a los EEUU respecto al caso EEUU-Algodón pueden revivir las negociaciones de la Ronda Doha. Incluso, también podrían encaminarlas a su conclusión. La nueva postura comercial de los EEUU, el papel de sus subvenciones en el comercio y su actitud respecto a las nuevas recomendaciones del OA del caso EEUU-Algodón serán determinantes para el futuro de la Ronda Doha.

Los antecedentes del caso EEUU-Algodón

Antes que nada, queremos recordar a nuestro lector que el Grupo Especial (GE) es la instancia que decide sobre los hechos, y el OA solo revisa sobre el derecho. El caso que vamos a revisar es el analizado por el OA respecto al procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 del Entendimiento de Solución de Diferencias, que es el procedimiento contemplado para revisar el cumplimiento de las recomendaciones anteriores emitidas por un GE o por el OA.

En otras palabras, este procedimiento fue solicitado por el Brasil porque consideró que los actos del gobierno de los EEUU no satisfacen totalmente las recomendaciones del OA emitidas el 3 de marzo del 2005, que entre otras cosas, obligaban a los EEUU a eliminar el perjuicio grave que sus subvenciones al algodón americano *upland* le causaban al Brasil. El 18 de diciembre de 2007, el GE 21.5 publicó el informe correspondiente. El 2 de junio de 2008 el OA 21.5 hizo lo propio. Es este último informe el objeto de nuestro comentario.

Comentario del caso EEUU-Algodón (párrafo 5 del artículo 21 – Brasil)

1. El análisis de la conformidad con la OMC de una nueva medida creada con el fin de cumplir con las recomendaciones del OSD puede ser revisado por un Grupo

¹ Vid. http://www.wto.org/english/news_e/sppl_e/sppl110_e.htm, fecha de consulta: 9 de diciembre de 2008.

Especial en el marco del párrafo 5 del artículo 21. Esto no viola el principio *res judicata*, pues se está analizando una nueva medida y en ningún caso la medida anterior señalada como violatoria de la OMC (cuestión de forma).

¿Con base en un procedimiento 21.5, un nuevo GE puede volver a revisar cuestiones que ya eran *res judicata*?

El GE 21.5 abordó esta interrogante, sin mencionar expresamente el principio *res judicata*, y se preguntó si “un Miembro de la OMC puede plantear en un procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 una alegación con respecto a la cual el [OA inicial] había constatado que no podía completar el análisis en el procedimiento inicial.”² Para entender bien el alcance de esta pregunta en el caso EEUU-Algodón será necesario hacer un breve recuento de los hechos pertinentes.

Antecedentes

En primer lugar, es necesario recordar que el OA inicial resolvió que los apoyos recibidos por el algodón y arroz en virtud de diferentes programas, incluido el programa GSM 102, “eran subvenciones a la exportación aplicadas de forma que constituía una elusión de los compromisos de los Estados Unidos en materia de subvenciones a la exportación en el sentido del párrafo 1 del artículo 10 del *Acuerdo sobre la Agricultura*, por lo cual eran incompatibles con el artículo 8 de ese Acuerdo.”³ Asimismo el OA inicial resolvió que las garantías a la exportación otorgadas en virtud del programa GSM 102 “constituyen *per se* subvenciones a la exportación prohibidas por los párrafos 1 a) y 2 del artículo 3 del *Acuerdo SMC*”.⁴

¡Atención lector! El programa GSM 102 apoya a una amplia gama de productos, dentro de los que encontramos al algodón y al arroz. La resolución del OA inicial antes mencionada no se hizo respecto a la totalidad del programa GSM 102, sino sólo respecto de su aplicación específica para el algodón y el arroz.

Con respecto a las garantías de créditos a la exportación para la carne de porcino y la carne de aves de corral otorgadas en el marco del programa GSM 102 el GE inicial concluyó que estas medidas eran compatibles con la OMC. Esto fue revocado por el OA inicial, que concluyó que era imposible pronunciarse sobre el fondo de este asunto, ya que no existían las pruebas suficientes para pronunciarse sobre la compatibilidad o incompatibilidad de estas medidas con el Acuerdo sobre la Agricultura y el Acuerdo SMC.⁵

La cuestión.

En este procedimiento 21.5, Brasil alegó que “las medidas destinadas a cumplir adoptadas por los Estados Unidos con respecto al programa de garantías de créditos a la exportación GSM 102 son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 10 y el artículo 8

² Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano (upland), Recurso del Brasil al párrafo 5 del artículo 21 del ESD (“Artículo 21.5 – EEUU Algodón”)*, WT/DS267/AB/RW, 2 de junio de 2008, párrafo 196. Todas las referencias al principio de cosa juzgada, *res judicata*, son nuestras y no del GE ni el OA. En el caso EEUU-Algodón nunca se apeló expresa y directamente al principio citado, aunque como podremos percatarnos posteriormente, el OA sí hizo alusión indirectamente a este principio jurídico a través de la jurisprudencia OMC. *Vid. infra* nota 15.

³ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Subvenciones al algodón americano (upland) (“Estados Unidos – Algodón”)*, WT/DS267/R, 8 de septiembre de 2004, párrafo 8.1 d) i).

⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Artículo 21.5 – EEUU Algodón*, párrafo 3.

⁵ *Cfr.* Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Algodón*, párrafos 693 y 694.

del *Acuerdo sobre la Agricultura* y con los párrafos 1 a) y 2 del artículo 3 del *Acuerdo SMC*".⁶ En este orden de ideas, la alegación de Brasil también incluía los apoyos otorgados por dicho programa a la carne de porcino y la carne de aves de corral. A esta última cuestión, los EEUU se oponían, pues lo consideraban como cosa juzgada.

La obligación emanada por la recomendación del OA inicial para los EEUU era la de poner de conformidad con la OMC los apoyos que recibían el algodón y el arroz gracias al programa GSM 102. Esto significa que los EEUU pudieron dejar inmutados los apoyos del GSM 102 con respecto a la carne de porcino y la carne de aves de corral.⁷ Sin embargo, los EEUU optaron por modificar la totalidad de su programa GSM 102. Mala jugada.

El desglose del problema jurídico.

El GE 21.5 consideró necesario desglosar el problema que le presentaba la siguiente interrogante: "si en este procedimiento en virtud del párrafo 5 del artículo 21 del ESD el Brasil puede presentar alegaciones relacionadas con las garantías de créditos a la exportación de carne de porcino y carne de aves de corral teniendo en cuenta que: i) el Brasil presentó esas alegaciones en el procedimiento inicial; ii) el Grupo Especial inicial rechazó esas alegaciones; iii) el Órgano de Apelación revocó el rechazo de esas alegaciones por el Grupo Especial inicial, pero constató que no podía completar el análisis; de manera que iv) el procedimiento inicial no dio lugar a una constatación de incompatibilidad con la OMC por lo que respecta a las garantías de créditos a la exportación para la carne de porcino y la carne de aves de corral."

En otras palabras, ¿puede un GE 21.5 volver a estudiar la compatibilidad de medidas con la OMC que no fueron incluidas en la recomendación de modificaciones del OA original?

El análisis del OA 21.5:

"Del mismo modo que en el procedimiento inicial de solución de diferencias, el "asunto", en el procedimiento promovido con arreglo al párrafo 5 del artículo 21 del ESD, consta de dos elementos: las medidas concretas en litigio y el fundamento jurídico de la reclamación (es decir, las alegaciones). [Por lo tanto, p]ara establecer si las alegaciones del Brasil referentes al programa GSM 102 revisado respecto de la carne de porcino y la carne de aves de corral están o no debidamente comprendidas en el ámbito de este procedimiento del párrafo 5 del artículo 21, debemos identificar en primer lugar la "medida destinada a cumplir" adoptada por los Estados Unidos. Debemos establecer seguidamente si existe alguna limitación a las alegaciones que puede plantear el Brasil respecto de esa medida en este procedimiento del párrafo 5 del artículo 21."⁸

La Medida: la integridad del Programa GSM 102

De lo anteriormente dicho, se observa que la adopción de los EEUU de la modificación total a los términos de su programa GSM 102 fue la "medida destinada a cumplir" con la recomendación y resolución del OSD. Esta nueva medida adoptada fue más amplia de lo que era necesario para cumplir con sus obligaciones ante la OMC, puesto que los EEUU tan sólo estaban obligados a que los apoyos recibidos por el arroz y el algodón en el marco del programa GSM 102 estuvieran de conformidad con la OMC. De

⁶ Informe del Grupo Especial, *Artículo 21.5 – EEUU Algodón*, párrafos 4.2 y 9.7.

⁷ Cfr. Informe del Órgano de Apelación, *Artículo 21.5 – EEUU Algodón*, párrafo 207.

⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Artículo 21.5 – EEUU Algodón*, párrafo 201.

cualquier forma, apoyándose en el caso *Estados Unidos - Camarones (párrafo 5 del artículo 21 – Malasia)*, el OA 21.5 resolvió que la adopción del nuevo programa GSM 102, “revisado de una manera integrada” fue la “medida destinada a cumplir” con la recomendación y resolución del OSD.⁹

Límites de los alcances de las alegaciones del Brasil: ¿el principio *res judicata* es un límite?

De acuerdo a los EEUU, el admitir las alegaciones del Brasil nuevamente acerca de las garantías del programa GSM 102 respecto de las exportaciones de carne de porcino y carne de aves de corral le daría una segunda oportunidad de argumentar su caso.

Efectivamente, el OA 21.5 reconoció que no se puede revisar nuevamente una alegación que ya ha sido objeto de una decisión en informes adoptados, es decir, el OA aceptó implícitamente el principio *res judicata*.¹⁰

No obstante, el OA 21.5 resolvió que, en este caso, el programa GSM 102 revisado es una medida nueva, diferente al programa GSM 102 original. Esta fue la razón por la cual no era aplicable perfectamente el caso *CE - Ropa de cama (párrafo 5 del artículo 21 - India)*. Aunado a lo anterior, el OA 21.5 señaló que no sería eficiente que el Brasil comenzará un nuevo caso contra el nuevo Programa GSM 102 con relación a la carne de porcino y la carne de aves de corral, mientras que el OA 21.5 resuelve sobre su aplicación al arroz y al algodón. En consecuencia, el OA 21.5 resolvió que este procedimiento 21.5 si podía incluir las garantías de créditos a la exportación para la carne de porcino y la carne de aves de corral.¹¹

Comentario sobre el principio de *res judicata* en el derecho de la OMC

En el Derecho de la OMC, no es fácil encontrar expresiones acerca de este principio jurídico, muy recurrido en cortes nacionales¹² e internacionales¹³, por ejemplo. El único caso en el que se hizo un análisis a fondo de esta cuestión fue en el caso *India-Autos*.¹⁴

Lo anterior lo traemos a colación puesto que en el caso que estamos comentando ni los EEUU, ni el GE, ni el OA invocaron o apelaron a este principio con todas sus letras, aunque en la práctica el OA 21.5 si reconoció sus efectos.¹⁵

⁹ Vid. Informe del Órgano de Apelación, *Artículo 21.5 – EEUU Algodón*, párrafos 202 y 203.

¹⁰ Cfr. Informe del Órgano de Apelación, *Artículo 21.5 – EEUU Algodón*, párrafos 210-213.

¹¹ *Ibidem*

¹² Vid. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis P./J. 85/2008, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVIII, Septiembre de 2008, Página 589, México; Tesis P./J. 86/2008, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVIII, Septiembre de 2008, página 590, México; Tesis VI.3o.A.278 A, Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXIV, Julio de 2006, Página 1171, México.

¹³ Vid. *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, Sir Gerald Fitzmaurice, Volume Two, Cambridge, Grotius Publications Limited, 1986, pp. 584-585; Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Statement to the Press by H.E. Judge Rosalyn Higgins, President of the International Court of Justice, 26 February 2007, en <http://www.icj-cij.org/court/index.php?pr=1898&pt=3&p1=1&p2=3&p3=1>

¹⁴ Informe del Grupo Especial, *India Medidas que afectan el sector del automóvil (“India-Autos”)*, WT/DS146/R, WT/DS175/R, 21 de diciembre de 2001, párrafos 7.42-7.104.

¹⁵ Cfr. Informe del Órgano de Apelación, *Artículo 21.5 – EEUU Algodón*, párrafo 210. El OA 21.5 no fundó su argumento en el principio *res judicata*, sino en la jurisprudencia OMC, específicamente en los casos Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Camarones (párrafo 5 del artículo 21 - Malasia)*, párrafo 96; Informe del Órgano de Apelación, *CE - Ropa de cama (párrafo 5 del artículo 21 - India)*, párrafo 93.

Consideramos que la respuesta a la cuestión de por qué el OA 21.5 no quiso llamar al principio de cosa juzgada por su nombre puede ser encontrada a través de un análisis que aborde exclusivamente esta cuestión. Invitamos a la comunidad jurídica a realizar una investigación sobre la aplicación de este principio en el derecho de la OMC.

2. Revisión de la conformidad del programa GSM 102 en el marco del punto j) de la Lista ilustrativa de subvenciones a la exportación (cuestión de fondo).

El OA 21.5 confirmó que el programa de garantías de créditos a la exportación GSM 102 constituye una 'subvención a la exportación' en el sentido del párrafo 1 a) del artículo 3 del *Acuerdo SMC* y el párrafo 1 del artículo 10 del *Acuerdo sobre la Agricultura* porque se proporciona con primas que son insuficientes para cubrir a largo plazo sus costes y pérdidas de funcionamiento en el sentido del punto j) de la Lista ilustrativa".¹⁶

El párrafo 1 a) del artículo 3 del *Acuerdo SMC* establece que la lista ilustrativa contenida en el Anexo 1, incluido el inciso j) que se refiere a subvenciones otorgadas por el gobierno en la forma de garantías o seguros a la exportación otorgados "a tipos de primas insuficientes para cubrir a largo plazo los costes y pérdidas de funcionamiento de esos sistemas" serán consideradas subvenciones a la exportación. Este tipo de apoyos, generalmente prohibidos, son aceptados para los productos agrícolas siempre que se notifiquen en las listas de subvenciones a la exportación de cada Miembro, cosa que incumplieron los EEUU violando de esta forma el artículo 10 del Acuerdo sobre la Agricultura.

La pregunta que se le presentó al OA era si el programa GSM 102 encuadraba en el inciso j) antes mencionado. El OA señaló que para analizar un programa de esta naturaleza el método correcto para abordar el problema consiste en primero y principalmente analizar las pruebas cuantitativas, esto es, las estimaciones, reestimaciones y los resultados financieros, y en segundo lugar y de manera suplementaria, tomar en cuenta la estructura, el diseño y el funcionamiento del programa.¹⁷

El análisis "cuantitativo" del Grupo Especial en el marco del punto j)

El OA llegó a la conclusión que deben analizarse y tomar en igual consideración tanto a las estimaciones como a las reestimaciones hechas por los EEUU. Brasil había demostrado con base en las estimaciones reflejadas en los estados financieros de la CCC que EEUU erogaría "desembolsos futuros [es decir, pérdidas] de 220 millones de dólares".¹⁸ No obstante, los Estados Unidos ofrecieron reestimaciones (calculadas con base en el valor neto actual) en donde mostraba que la puesta en marcha del programa GSM 102 le reportaba beneficios y no costos netos.

¿A cuál cálculo creerle? El OA subrayó que las estimaciones y las reestimaciones son proyecciones y están sujetas a incertidumbre,¹⁹ la única diferencia entre ellas es que las

¹⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Artículo 21.5 – EEUU Algodón*, párrafos 322 y 323.

¹⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Artículo 21.5 – EEUU Algodón*, párrafo 321.

¹⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Artículo 21.5 – EEUU Algodón*, párrafo 288.

¹⁹ "Ni las estimaciones iniciales ni las reestimaciones son una relación final y definitiva de los resultados financieros de los programas en cuestión. Tanto las unas como las otras son más bien *proyecciones* [...]"

primeras se hacen antes de que el programa entre en funciones y las segundas se hacen una vez que el programa lleva tiempo funcionando. El error del Grupo Especial 21.5 fue darle un mayor valor a las estimaciones del Brasil y desatender las reestimaciones de los EEUU. “El trato que el Grupo Especial dio a las pruebas presentadas por las partes careció de imparcialidad”.²⁰

El OA tuvo que volver a analizar, por tanto, si las garantías de créditos a la exportación del programa GSM 102 se proporcionan con primas que son insuficientes para cubrir a largo plazo los costes y pérdidas de funcionamiento del programa GSM 102.

Después de observar que ambos países presentaban pruebas cuantitativas y sus conclusiones diferían notablemente (Brasil reportaba pérdidas mientras EEUU reportó ganancias), el OA señaló que esas pruebas no eran conclusivas.

Por esta razón, el OA 21.5 examinó otras pruebas que también fueron analizadas por el GE 21.5, por ejemplo, una comparación entre las comisiones en el marco del programa GSM 102 revisado y los TPM de la OCDE, y diversos elementos relacionados con la estructura, el diseño y el funcionamiento del programa.

Comparación con los TPM del Acuerdo de la OCDE

El Acuerdo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (la “OCDE”) relativo a las directrices para los créditos a la exportación concedidos con ayuda oficial (el “Acuerdo de la OCDE”) establece una serie de tipos de prima mínimos (TPM) para este tipo de apoyos.

Sin perjuicio de que este acuerdo no es vinculante en el contexto de un análisis en el marco del punto j), el OA confirmó su pertinencia probatoria, específicamente considerando la magnitud de la diferencia entre los TPM y las comisiones del programa GSM 102. Basándose en la comparación presentada por el Brasil, el Grupo Especial observó que, en promedio, los TPM son superiores en un 106 por ciento a las comisiones del programa GSM 102.²¹

El OA confirmó que es correcta “la conclusión general del Grupo Especial de que la diferencia significativa de las comisiones proporciona una base probatoria adicional para su análisis en el marco del punto j).”²²

Estructura, diseño y funcionamiento del programa GSM 102 revisado

El OA revisó los elementos analizados por el GE 21.5 para examinar la estructura, el diseño y el funcionamiento del programa GSM 102 revisado. Los elementos que estudió fueron: i) el tope legal del 1 por ciento para las comisiones aplicable en el programa GSM 102; ii) una comparación del “escalonamiento” de las comisiones en el programa GSM 102, por un lado, y en los dos programas de seguro de crédito del Banco de Exportación-Importación, por otro; iii) el hecho de que el riesgo del deudor extranjero no se refleja en las comisiones del programa GSM 102 revisado; y iv) el acceso de la CCC a fondos del Gobierno.

y, por tanto, están sujetas a incertidumbre”. Informe del Órgano de Apelación, *Artículo 21.5 – EEUU Algodón*, párrafo 287.

²⁰ Informe del Órgano de Apelación, *Artículo 21.5 – EEUU Algodón*, párrafo 292.

²¹ Cfr. Informe del Órgano de Apelación, *Artículo 21.5 – EEUU Algodón*, párrafo 305.

²² Informe del Órgano de Apelación, *Artículo 21.5 – EEUU Algodón*, párrafos 306 y 307.

La conclusión fue que i) “la "diferencia significativa entre las tasas de aumento" de las comisiones del programa GSM 102 y del LCI y el MTI sugiere que "el tope del 1 por ciento ... [para] las comisiones ... en efecto impide a la CCC adoptar una estructura de comisiones realmente basada en el riesgo”;²³ ii) el OA 21.5 reconoció que si bien el “punto j) no impone expresamente el análisis del riesgo para evaluar la suficiencia de las primas de un programa de garantías de créditos a la exportación”, de cualquier forma “el riesgo es un factor pertinente en la evaluación de la estructura, el diseño y el funcionamiento de un programa en el marco del punto j)”.²⁴ El OA llegó a la conclusión que las comisiones cobradas por el programa GSM 102 “no tienen suficientemente en cuenta” el riesgo”;²⁵ iii) El OA confirmó “el hecho de que el riesgo del deudor extranjero no se refleja en las comisiones del programa GSM 102” y [reiteró] el argumento del Brasil de que “una gestión presupuestaria prudente obliga a los bancos comerciales a tener en cuenta los diversos riesgos de los deudores *no sólo* mediante límites de exposición, *sino también* mediante las comisiones”;²⁶ y iv) El OA señaló: “Compartimos la opinión de que el acceso a fondos del Gobierno no es, por sí solo, un factor significativo para determinar la rentabilidad en el marco del punto j). No obstante, el Grupo Especial no pareció dar mucha importancia a este factor.”²⁷

En virtud de b anterior el OA 21.5 reconoció que las estimaciones y reestimaciones no son en sí mismas y por sí solas elementos definitorios. No obstante, también encontró que las pruebas sobre la estructura, el diseño y el funcionamiento respaldan la tesis de que el programa GSM 102 revisado funciona a pérdida:

“A la luz de los dos resultados plausibles, con probabilidades similares, que pueden generar las pruebas cuantitativas, la constatación del Grupo Especial sobre la estructura, el diseño y el funcionamiento ofrece una base probatoria suficiente para la conclusión de que es más probable que el programa GSM 102 revisado funcione a pérdida que lo contrario. Por consiguiente, consideramos que el Brasil ha logrado demostrar que las primas del programa GSM 102 revisado son insuficientes para cubrir a largo plazo sus costos y pérdidas de funcionamiento [en el sentido del punto j) de la Lista ilustrativa].”²⁸

3. El análisis de si los *pagos por préstamos para la comercialización* y los *pagos anticíclicos* efectuados después del 21 de septiembre de 2005 están debidamente comprendidos en el ámbito del presente procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 (cuestión de forma).

Los pagos anuales recurrentes entran en la obligación establecida en el párrafo 8 del artículo 7.

“Los Estados Unidos sostuvieron que “las subvenciones objeto de la obligación, establecida en el párrafo 8 del artículo 7 del *Acuerdo SMC*, de ‘adoptar[] las medidas apropiadas para eliminar los efectos desfavorables o retirar[] la subvención’ eran las subvenciones otorgadas durante las campañas de comercialización 1999-2002 que el Grupo Especial inicial había constatado causaban perjuicio grave ‘actual’ en las campañas de comercialización 1999-2002”.

²³ Informe del Órgano de Apelación, *Artículo 21.5 – EEUU Algodón*, párrafo 310.

²⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Artículo 21.5 – EEUU Algodón*, párrafo 313.

²⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Artículo 21.5 – EEUU Algodón*, párrafo 317.

²⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Artículo 21.5 – EEUU Algodón*, párrafo 318.

²⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Artículo 21.5 – EEUU Algodón*, párrafo 319.

²⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Artículo 21.5 – EEUU Algodón*, párrafo 321.

De esta forma los EEUU intentaron excluir todos los pagos otorgados después del período razonable, es decir el 21 de septiembre de 2005, para poner de conformidad sus pagos con la OMC. Alegaban pues, que la declaración del OA inicial sobre la inconformidad de los pagos con el derecho de la OMC no era válida para los pagos otorgados con posterioridad al 21 de septiembre de 2005.

No obstante, el OA 21.5 concluyó que “no consideramos que la obligación establecida en el párrafo 8 del artículo 7 esté limitada a las subvenciones otorgadas en el pasado. El párrafo 8 del artículo 7 se refiere expresamente a un Miembro "que otorgue o mantenga esa subvención". El verbo "mantener" nos sugiere que la obligación establecida en el párrafo 8 del artículo 7 tiene carácter continuo y va más allá de las subvenciones otorgadas en el pasado. Esto significa que, en el caso de pagos anuales recurrentes, la obligación establecida en el párrafo 8 del artículo 7 abarcaría los pagos "mantenidos" por el Miembro demandado más allá del período examinado por el grupo especial para determinar la existencia de perjuicio grave, siempre que esos pagos sigan teniendo efectos desfavorables.”

Además de apoyar sus conclusiones en la letra del párrafo 8 del artículo 7, el OA se apoyó también en la jurisprudencia del párrafo 7 del artículo 4, específicamente en el caso *Estados Unidos - EVE (párrafo 5 del artículo 21 - CE II)*, así como en las reglas similarmente aplicables en materia de derechos compensatorios, ya que “una determinación de que la existencia de una subvención causa daño importante proporciona una base para la aplicación prospectiva de medidas en materia de derechos compensatorios [el subrayado es nuestro]”.

¿Pagos o Programas?

“El [GE 21.5] llegó a la conclusión de que las constataciones del Grupo Especial inicial se referían a los *pagos* y no a los *programas* en sí mismos.” Además de los EEUU, también las Comunidades Europeas apoyaban esta interpretación.²⁹ El Brasil apeló condicionalmente contra esta constatación. Argentina y Nueva Zelandia apoyaron la apelación condicional del Brasil.³⁰

La condición suspensiva de Brasil consistía en que en caso de no incluirse en el análisis de este procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 a los citados *pagos*, debía analizarse al programa en sí mismo. Finalmente, el OA apoyó la idea del GE 21.5 que decidió que era imposible analizar aisladamente a los *pagos* sin tomar en cuenta a los *programas* en sí mismos.³¹

Como dato curioso, no deja de llamarnos la atención en este respecto la preocupación mostrada por los EEUU y las CE porque no se declaren a los programas en sí mismos como susceptibles de un procedimiento como el del párrafo 5 del artículo 21. Mientras

²⁹ Vid. la comunicación presentada por las Comunidades Europeas en calidad de tercero participante, párrafo 27.

³⁰ Vid. la Comunicación presentada por la Argentina en calidad de tercero participante, párrafo 17; y la Comunicación presentada por Nueva Zelandia en calidad de tercero participante, párrafo 3.11.

³¹ “La dificultad de separar los pagos de los programas en este caso resulta evidente en el planteamiento adoptado por el Grupo Especial con respecto a esta cuestión. A pesar de constatar que únicamente los pagos estaban debidamente comprendidos en el ámbito del procedimiento del párrafo 5 del artículo 21, el Grupo Especial consideró, no obstante, que no podía excluir completamente de su evaluación los programas con arreglo a los cuales se efectuaban los pagos”. Informe del Órgano de Apelación, *Artículo 21.5 – EEUU Algodón*, párrafos 234 y 242.

que por otro lado, quienes apoyaban la apelación condicional forman parte del Grupo Cairns.³² Como vemos, la lectura del derecho de la OMC que tiene cada uno de estos bloques es muy diferente. No obstante, ha quedado de manifiesto que a pesar de que los pagos no respetan el derecho de la OMC, éstos no pueden disociarse de los programas en sí mismos. El mensaje entre líneas del OA 21.5 es claro: los programas tampoco se encuentran de conformidad con el derecho de la OMC. Esto implica que, en el futuro, el examen de revisión de la conformidad con la OMC podrá atender a los programas, y no tan sólo a sus pagos.

4. Perjuicio Grave. El hecho de que EEUU haya retirado los pagos Fase 2 no evitó que los EEUU siguieran conteniendo una subida de los precios del algodón en el mercado mundial, causada debido a su importante papel en la producción y exportación de este producto, y además, por la magnitud de las subvenciones que todavía se entregan a los productores de algodón de EEUU (cuestión de fondo).

La respuesta de los EEUU a las recomendaciones del GE y OA iniciales de este caso para combatir el perjuicio grave causado a Brasil fue la eliminación de los pagos Fase 2, aunque el efecto de su eliminación fue contrarrestado por el aumento en apoyos contracíclicos. De cualquier forma, “el Brasil alegó que los pagos realizados con arreglo a los programas de pagos por préstamos para la comercialización y pagos anticíclicos le seguían causando un perjuicio grave "actual"”.

Hacemos notar que los pagos anticíclicos reducen la aversión al riesgo, influyendo de esta forma las decisiones de los agricultores sobre qué plantar. Por otro lado, los pagos por préstamos para la comercialización operan como una red de seguridad que incentiva a los agricultores estadounidenses a producir algodón, ya que éstos recibirán un pago por parte del gobierno en caso de que los precios mundiales estén demasiado bajos. En conjunto, causaban efectos desfavorables al Brasil.

El GE 21.5 concluyó que los EEUU habían incumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD porque no habían adoptado las medidas apropiadas para eliminar los efectos desfavorables o retirar la subvención, como exige el párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC.

Análisis del párrafo 3 c) del artículo 6 del Acuerdo SMC: análisis ineludiblemente hipotético

El OA llamó la atención para observar la diferencia conceptual entre “reducción de los precios” y “contención de la subida de los precios”. En cualquier caso, un análisis de cualquiera de los efectos de las subvenciones en los precios de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 6 del Acuerdo SMC debe hacerse fundamentalmente por medio de un análisis hipotético y no tan sólo una mera observación de los hechos.³³

³² El Grupo Cairns es una coalición de 19 países [...], que suman más del 25% de las exportaciones agropecuarias mundiales”; “The Coalition”, <http://www.cairnsgroup.org/introduction.html#cgvs>, fecha de consulta: 12 de marzo de 2007. Traducción del autor.

³³ “En tanto que la reducción de los precios es un fenómeno que puede observarse directamente, la contención de la subida de los precios no lo es. Es posible observar los precios que bajan; por el contrario, la contención de la subida de los precios se refiere a la situación en que los precios son inferiores a lo que de otro modo habrían sido como consecuencia de varios factores; en este caso, las subvenciones. La identificación de una contención de la subida de los precios presupone en consecuencia una comparación de una situación fáctica observable (precios) con una situación hipotética (cuáles habrían sido los precios) en la que es preciso determinar si, en ausencia de las subvenciones (o de algún

Por su lado, Brasil enfatizó que las subvenciones estadounidenses no tenían directamente un impacto en los precios mundiales del algodón, sino que tenían “repercusiones en las decisiones de los agricultores sobre plantación y, en consecuencia, en los niveles de producción nacional de algodón.”

Para analizar estas alegaciones, el OA 21.5 confirmó el método utilizado por el GE 21.5, en apariencia similar al método del GE inicial, pero en realidad más fino que éste.³⁴ El OA utilizó un enfoque unitario siguiendo este orden: primero, “concentrarse inicialmente en los efectos de las subvenciones en los niveles de producción, examinando si hubo más producción que la que de otra manera habría habido como resultado de los pagos por préstamos de comercialización y los pagos anticíclicos. [Después, en caso de que existiera un aumento en la producción de algodón americano,] el análisis se concentraría en ese caso en determinar si ese aumento de la oferta tuvo efectos en los precios en el mercado mundial. [Por último] si la subvención se concede en un país con una participación significativa en la producción mundial [...] cabría prever que la producción marginal atribuible a las subvenciones tuviera un efecto en los precios mundiales”.³⁵

¿Qué es un aumento “significativo”?

El OA 21.5 consideró correcto el análisis unitario utilizado por el GE 21.5. No obstante, aclaró que “la adopción de un enfoque unitario no eximía al Grupo Especial de la obligación de explicar claramente su posición sobre la cuestión de la “significación”. ”³⁶

El OA encontró que varios de los factores evaluados por el Grupo Especial apoyan la tesis de que el efecto de los pagos por préstamos para la comercialización y los pagos anticíclicos tienen un efecto de contención “significativa” de la subida de los precios en el mercado mundial de algodón.

Entre esos factores se encontraban:

otro fenómeno determinante), los precios habrían aumentado o habrían aumentado más de b que efectivamente aumentaron. Por el contrario, la reducción de los precios puede observarse directamente, ya que los precios que bajan son observables. La determinación de si la caída de esos precios es un efecto de las subvenciones requerirá que se considere cuáles habrían sido los precios en ausencia de las subvenciones. Por tanto, el análisis hipotético es una parte ineludible del análisis del efecto de una subvención con arreglo al párrafo 3 c) del artículo 6 del Acuerdo SMC”. Informe del Órgano de Apelación, *Artículo 21.5 – EEUU Algodón*, párrafo 351.

³⁴ El GE inicial separó su análisis en tres etapas de la siguiente forma: “determinar si había contención de la subida de los precios en el mercado mundial de algodón americano (*upland*), si esa contención de la subida de los precios era significativa y si existía una relación causal entre esa contención significativa de la subida de los precios y las subvenciones.” Informe del Órgano de Apelación, *Artículo 21.5 – EEUU Algodón*, párrafo 361.

³⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Artículo 21.5 – EEUU Algodón*, párrafo 355.

³⁶ “al hacer un análisis unitario, el Grupo Especial consideró en su evaluación tanto los elementos cuantitativos como los elementos cualitativos. Hizo una estimación cuantitativa de la significación mediante la evaluación de la magnitud de las subvenciones, la diferencia entre los ingresos de los productores de algodón americano (*upland*) de los Estados Unidos y los costos de producción, la participación de los Estados Unidos en la producción y exportaciones mundiales, y las simulaciones económicas; e hizo una estimación cualitativa mediante la evaluación de la estructura, el diseño y el funcionamiento de las subvenciones. Sin embargo, la adopción de un enfoque unitario no eximía al Grupo Especial de la obligación de explicar claramente su posición sobre la cuestión de la “significación”. ” Informe del Órgano de Apelación, *Artículo 21.5 – EEUU Algodón*, párrafo 361.

i) la magnitud de los pagos por préstamos para la comercialización y los pagos anticíclicos (que ascendía en las campañas de comercialización 2004 y 2005 a más de 2,000 millones de dólares);

ii) las simulaciones económicas realizadas por las partes, las cuales inclusive, cuando se utilizaron los parámetros que los EEUU consideraban apropiados, mostraban una producción adicional de entre el 12 y el 18 por ciento de algodón americano (*upland*), que se debía a los pagos por préstamos para la comercialización y los pagos anticíclicos en el período de las campañas de comercialización 2002-2005.³⁷

Otras cifras que resultaban relevantes para el análisis cuantitativo fueron los porcentajes de participación significativos de los EEUU en las exportaciones y la producción mundial (39.8% y 20.9%, respectivamente).

iii) las simulaciones económicas en las que se mostraban que los efectos de la eliminación de los pagos por préstamos para la comercialización y los pagos anticíclicos habría aumentado el precio mundial del algodón americano (*upland*) entre un 1.41% y un 2.26 % (utilizando los parámetros de EEUU) ó de 8.2% a 8.9% (utilizando los parámetros brasileños) en el período de las campañas de comercialización 2002-2005 si no hubieran existido los pagos por préstamos para la comercialización y los pagos anticíclicos.³⁸

En este caso, el OA señaló también la significación que podían tener incluso los cambios relativamente pequeños en los precios de productos básicos como el algodón americano (*upland*), y apoyó la opinión del Grupo Especial inicial de que:

... para un producto básico y ampliamente comercializado como ese algodón, una reducción o una contención de la subida de los precios relativamente pequeña puede ser significativa porque, por ejemplo, los márgenes de beneficio pueden ser normalmente pequeños y la homogeneidad del producto hace que las ventas sean sensibles a los precios, o a causa de la magnitud del mercado en términos de la cuantía de ingresos que entrañan los grandes volúmenes comercializados en los mercados que experimentan la contención de la subida de los precios.

Causalidad y no atribución

El OA confirmó que existe una relación de causa-efecto en el artículo 5 y el párrafo 3 del artículo 6 del *Acuerdo SMC*, a pesar de que ninguno de estos contienen el texto sobre "causalidad" y "no atribución" más detallado y preciso que figura en las disposiciones del *Acuerdo SMC* sobre medidas comerciales correctivas.³⁹

Así las cosas, la elección del GE 21.5 de un enfoque "de no ser por"⁴⁰ [las subvenciones,] es compatible con la definición de contención de la subida de los precios sostenida por el OA inicial, en la medida en que la determinación hipotética de si existe una contención de la subida de los precios no puede separarse del análisis de los efectos

³⁷ Vid. Informe del Órgano de Apelación, *Artículo 21.5 – EEUU Algodón*, párrafo 363, *in fine*.

³⁸ Vid. Informe del Órgano de Apelación, *Artículo 21.5 – EEUU Algodón*, párrafo 365.

³⁹ Vid. párrafo 5 del artículo 15 del *Acuerdo SMC*, el párrafo 5 del artículo 3 del *Acuerdo Antidumping* y el párrafo 2 b) del artículo 4 del *Acuerdo sobre Salvaguardias*.

⁴⁰ Este enfoque se percata de si de no ser por las subvenciones, se hubiera dado una contención significativa de la subida de los precios en el sentido del párrafo 3 c) del artículo 6 del *Acuerdo SMC*. Vid. Informe del Órgano de Apelación, *Artículo 21.5 – EEUU Algodón*, párrafos 369-372.

de las subvenciones. El efecto -contención de la subida de los precios- debe ser resultado de una cadena de causalidad que está vinculada a la subvención impugnada.

“Puede ocurrir que una subvención sea necesaria, pero no suficiente, para causar una contención de la subida de los precios. Si se entiende de esta forma, el criterio "de no ser por" exigiría demasiado poco. Por el contrario, sería demasiado riguroso si exigiera que la subvención fuera la única causa de la contención de la subida de los precios. En cambio, mediante el criterio "de no ser por" debe determinarse que la contención de la subida de los precios es el efecto de la subvención y que hay "una relación auténtica y sustancial de causa a efecto".⁴¹

Por otro lado, el OA 21.5 en su examen de causalidad y no atribución analizó también el papel de China en el mercado mundial de algodón y llegó a la conclusión de que, contrariamente a lo sostenido por los EEUU, la demanda adicional resultante de las importaciones de China habría contribuido probablemente en forma positiva a los precios mundiales.

Por esta razón, el OA concluyó que aun cuando China puede desempeñar un papel significativo en el mercado del algodón, esto no atenúa los efectos de contención de la subida de los precios de los pagos por préstamos para la comercialización y los pagos anticíclicos.⁴²

El aislamiento del mercado

El OA 21.5 reiteró que las subvenciones de los EEUU aislaban a los productores de algodón del mercado. Para esto, tomó varios factores en consideración como el carácter imperativo, la supeditación a los precios y los efectos de estabilización de los ingresos de las subvenciones. No tomó en cuenta el hecho de que la participación de los EEUU en producción y en exportaciones no hubiera aumentado. Para el OA 21.5, el no encontrar una coincidencia temporal entre las subvenciones, las exportaciones de algodón y sus precios, no contradice la constatación sobre el aislamiento del mercado.⁴³

Grado de aislamiento del mercado

El OA 21.5 señaló que el párrafo 3 c) del artículo 6 “no obliga específicamente a un grupo especial a determinar si una subvención "aisla" a los productores, ni requiere una cuantificación del grado de ese aislamiento. Lo que el párrafo 3 c) del artículo 6 realmente requiere es que la contención de la subida de los precios sea "significativa", [es decir,] "importante, notable o que tiene consecuencias".” [Pueden utilizarse varios factores para constatar una contención de la subida de los precios, pero éstos no tienen que ser significativos individualmente.] Lo que tiene que ser significativo es el grado de contención de la subida de los precios, no necesariamente el grado de cada factor utilizado como indicador para demostrar su existencia. Tampoco es necesario que cada uno de los factores sirva para demostrar en la misma medida una contención significativa de la subida de los precios.”⁴⁴

“En el presente caso, el [GE 21.5] examinó el aislamiento del mercado como parte de su examen de la estructura, el diseño y el funcionamiento de los pagos por préstamos para

⁴¹ Informe del Órgano de Apelación, *Artículo 21.5 – EEUU Algodón*, párrafo 374.

⁴² *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *Artículo 21.5 – EEUU Algodón*, párrafo 378.

⁴³ *Vid.* Informe del Órgano de Apelación, *Artículo 21.5 – EEUU Algodón*, párrafo 414.

⁴⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Artículo 21.5 – EEUU Algodón*, párrafo 416.

la comercialización y los pagos anticíclicos. La estructura, el diseño y el funcionamiento de los pagos fueron, a su vez, uno de los varios elementos en los que el Grupo Especial basó su conclusión de que los pagos por préstamos para la comercialización y los pagos anticíclicos tenían un efecto "significativo de contención de la subida de los precios".⁴⁵ "No creemos que el Grupo Especial incurriera en error al no determinar el grado exacto de aislamiento del mercado, que no es sino un factor en el análisis global del Grupo Especial."⁴⁶

Conclusiones

La reacción de los EEUU ante esta decisión del OA queda aún por verse. Por lo pronto, la nueva ley agrícola de los EEUU fue aprobada el año pasado y de acuerdo a un reporte del Comité Consultivo Internacional del Algodón no contiene cambios significativos respecto a la misma ley del 2002, la cual contenía los programas de subvenciones al algodón declarados como incompatibles con la OMC por el OA.⁴⁷ Posteriormente, Brasil solicitó se retomará el arbitraje en el cual solicitaron la imposición de contramedidas relacionadas con este caso.

Como vemos, en la práctica el problema aún no está resuelto. No obstante, como mencionamos en nuestra introducción, creemos que la nueva cara de la Casablanca puede modificar la actitud del gobierno estadounidense ante las cuestiones del algodón, no sólo de carácter contencioso sino también en las negociaciones internacionales. Aunque nuestro optimismo es moderado, pues el Partido Demócrata de los EEUU tiende a ser proteccionista en cuestiones de derecho comercial internacional, y Barack Obama no se ha pronunciado claramente sobre la continuidad de programas como los del algodón.

En cualquier caso, compartimos la opinión de Pascal Lamy, quien señaló que el tema del algodón se ha convertido en la prueba decisiva del compromiso para convertir a la Ronda Doha en una verdadera Ronda del desarrollo.⁴⁸

⁴⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Artículo 21.5 – EEUU Algodón*, párrafo 417.

⁴⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Artículo 21.5 – EEUU Algodón*, párrafo 418.

⁴⁷ "the 2008 farm bill introduces few modifications to the US cotton program. The structure of subsidies (...) will remain the same. (...) [L]oan rates will be unchanged (...) and the upland target price, currently 72.40 cents per pound, will be reduced to 71.25 cents per pound. (...) In conclusion, the cotton program introduced in the 2008 farm bill is little different from the cotton program established by the 2002 farm bill. US farmers will face a similar set of policies between 2008/9 and 2012/13 as they faced between 2002/3 and 2007/8.", Dispute Settlement Body, Minutes of Meeting, WT/DSB/M/252, 24 de julio de 2008, páginas 2-3. Documento disponible únicamente en inglés.

⁴⁸ http://www.wto.org/english/news_e/sppl_e/sppl110_e.htm fecha de consulta: 9 de diciembre de 2008.