

**COMENTARIO SOBRE AUSTRALIA - MEDIDAS QUE AFECTAN LA IMPORTACIÓN DE MANZANAS PROCEDENTES DE NUEVA ZELANDIA, INFORMES DEL GRUPO ESPECIAL Y DEL ÓRGANO DE APELACIÓN**

*José Manuel Vargas Menchaca\**

*Resumen:* Este caso es particularmente interesante por la complejidad técnica que deriva del análisis de las evaluaciones de riesgos para el establecimiento de medidas fitosanitarias y su compatibilidad con el Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Así Nueva Zelandia acudió al mecanismo de solución de diferencias para reclamar a Australia violaciones al Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Acuerdo MSF), con motivo de la aplicación de diversas disposiciones de la Ley 1908 de Cuarentena y de medidas fitosanitarias derivadas del informe definitivo de noviembre de 2006 sobre el análisis del riesgo de la importación de manzanas provenientes de Nueva Zelandia. Los informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación resolvieron inter alia que las medidas de referencia no estaban basadas en una evaluación de riesgo adecuada y, por tanto, eran incompatibles con los artículos 2.2, 5.1 y 5.2 del Acuerdo MSF.

*Palabras clave:* Nueva Zelandia, Australia, Acuerdo MSF, artículos 2.2, 5.1 y 5.2 del Acuerdo MSF.

Fecha de recepción: 15-2-13

Fecha de aprobación: 6-5-13

**COMMENTARY ON AUSTRALIA - MEASURES AFFECTING THE IMPORTATION OF APPLES FROM NEW ZEALAND, PANEL AND APPELLATE BODY REPORTS**

*Abstract:* New Zealand went to the dispute settlement mechanism of the World Trade Organization (WTO) to claim to Australia some violations to the Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures (SPS Agreement) by reason of the application of various provisions of the 1908 Act Quarantine and phytosanitary measures derived from the final report of November 2006 on the risk analysis of the importation of apples from New Zealand. The reports of the Panel and Appellate Body decided inter alia that the reference measurements were not based on a proper risk assessment and, therefore, were inconsistent with Articles 2.2, 5.1 and 5.2 of the SPS Agreement.

*Keywords:* New Zealand, Australia, SPS Agreement, articles 2.2, 5.1, and 5.2 of the SPS Agreement.

---

\* Socio del despacho Korporativo Varisa, Licenciado (1986), Maestro (1989) y Doctor (1992) en Derecho por la UNAM, profesor de posgrado y asesor de tesis de diversas universidades, entre ellas, la UNAM, Tecnológico de Monterrey Campus Cd. de México, Universidad de las Américas y Universidad CETYS campus Mexicali. [josemanuelvargasmenchaca@yahoo.com.mx](mailto:josemanuelvargasmenchaca@yahoo.com.mx)

## Contenido

I.Introducción .....	150
II. Informe preliminar del Grupo Especial.....	152
III. Incompatibilidad de las medidas de Australia con el Acuerdo MSF .....	152
1. Argumentos de las partes.....	152
2. Análisis del Grupo Especial .....	154
A. Artículos 5.1, 5.2 y 2.2 del Acuerdo MSF.....	154
B. Artículo 5.5 del Acuerdo MSF .....	156
C. Artículo 2.3 del Acuerdo MSF .....	157
D. Artículo 5.6 del Acuerdo MSF .....	157
E. Artículo 8 y párrafo 1 a) del Anexo C del Acuerdo MSF .....	158
IV.Actuación del Órgano de Apelación.....	160
V.Conclusión .....	161

### I. Introducción

El 31 de agosto de 2007, Nueva Zelanda solicitó a Australia la celebración de consultas en relación con las medidas fitosanitarias impuestas a la importación de manzanas, las cuales se celebraron en Ginebra el 4 de octubre de 2007. El motivo de dichas consultas deriva de que el 27 de marzo de 2007, el Director del Servicio de Cuarentena Animal y Vegetal de Australia determinó la aplicación de una política para la importación de manzanas procedentes de Nueva Zelanda: “La importación de manzanas podrá autorizarse sujeta a las disposiciones de la Ley 1908 de Cuarentena y a la aplicación de las medidas fitosanitarias especificadas en el informe definitivo sobre el análisis del riesgo de la importación de manzanas procedentes de Nueva Zelanda, de noviembre de 2006”.<sup>1</sup>

Nueva Zelanda considera que esas restricciones son incompatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del Acuerdo MSF y, en particular de los artículos 2.2, 2.3, 5.1, 5.2, 5.3, 5.5, 5.6, 8 y el Anexo C. Los artículos en comento disponen, no podrán establecerse medidas fitosanitarias que no tengan por objeto proteger la salud y la vida de personas y animales. De hacerlo, deberán estar basadas en un estudio o evaluación de los riesgos de no aplicar las medidas. De imponerse éstas, se asegurarán que no discriminen y no constituyan una restricción encubierta del comercio internacional.

El 13 y 14 de septiembre de 2007 las Comunidades Europeas y los Estados Unidos solicitaron ser asociados a las consultas, a lo que Australia accedió.

---

<sup>1</sup> Memorandum 2007/07 sobre política de bioseguridad de Australia, 27 de marzo de 2007. Citado en la solicitud de consultas de Nueva Zelanda, disponible en la página de la OMC WT/DS367/1 G/L/825 G/SPS/GEN/796 del 4 de septiembre de 2007.

Las consultas de referencia no permitieron a las partes llegar a una solución mutuamente satisfactoria, motivo por el cual Nueva Zelanda decidió solicitar el establecimiento de un Grupo Especial (Grupo Especial) para efecto de que conociera del asunto. En su reunión del 21 de enero de 2008, el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) estableció un Grupo Especial; el cual se conformó el 12 de marzo de 2008 por P.J.A. (Attie) Swart (Presidente), William Ehlers y Kirsten Hillman.

Como parte de sus trabajos, el Grupo Especial decidió emitir un informe preliminar el 23 de junio de 2008. En dicho informe el Grupo Especial evaluó si debía consultar a expertos sobre el tema, a fin de que facilitaran el análisis del caso.<sup>2</sup> Ambas partes estuvieron de acuerdo, y con motivo del proceso de selección<sup>3</sup> y consulta de expertos, los plazos establecidos para la actuación del Grupo Especial se retrasaron más de cuatro meses. El Grupo Especial notificó a las partes que había decidido recabar el asesoramiento de expertos en cuatro campos: a) *Erwinia amylovora* (niebla del peral y del manzano) y su posible propagación mediante el comercio de manzanas y las medidas fitosanitarias que se han de aplicar para luchar contra su propagación; b) *Neonectria galligena* (chancro del manzano y el peral), incluida su posible propagación mediante el comercio de manzanas, las condiciones climáticas para su radicación y las medidas fitosanitarias que se han de aplicar para luchar contra su propagación; c) *Dasineura mali* (mosquilla de las hojas del manzano), además de su posible propagación mediante el comercio de manzanas y las medidas fitosanitarias a aplicar para luchar contra su propagación; y d) Evaluación del riesgo de plagas, incluido el uso de metodologías semicuantitativas.

El 9 de agosto de 2010, el Grupo Especial distribuyó su informe final en el asunto *Australia - Manzanas*.<sup>4</sup> Inconformes con el resultado, Australia y Nueva Zelanda anunciaron que apelarían ante el Órgano de Apelación (Órgano de Apelación) de la OMC. Australia apeló en contra de las constataciones formuladas por el Grupo Especial en el marco del párrafo 1 del Anexo A y de los artículos 2.2, 5.1, 5.2 y 5.6 del Acuerdo MSF, pero no apeló contra la constatación relativa al chancro del manzano y del peral, ni en contra de la determinación de la selección de los expertos por parte del Grupo Especial. Por su parte Nueva Zelanda apeló las constataciones y conclusiones del Grupo Especial sobre el párrafo 1 a) del Anexo C y del artículo 8 del Acuerdo MSF, pero no en contra de las constataciones en relación con los artículos 2.3 y 5.5 del Acuerdo MSF.

---

<sup>2</sup> Para ello, la Convención Internacional de Protección Fitosanitaria (CIPF) sería lógicamente la organización internacional a la que debería solicitarse que sugiriera nombres de expertos.

<sup>3</sup> El 15 de diciembre de 2008, el Grupo Especial informó a las partes, que habiendo examinado sus observaciones sobre los expertos propuestos, así como las objeciones que habían expresado, había tomado una decisión final y procedería al traslado de preguntas específicas de consulta para éstos.

<sup>4</sup> Informe Final del Grupo Especial, *Australia - Manzanas* WT/DS367/R emitido el 9 de agosto de 2012. En su reunión de 17 de diciembre de 2010, el OSD adoptó el informe del Órgano de Apelación y el Informe del Grupo Especial, modificado por el informe del Órgano de Apelación. Visible en [http://wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds367\\_s.htm](http://wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds367_s.htm)

## II. Informe preliminar del Grupo Especial<sup>5</sup>

El 13 de marzo de 2008, Australia presentó al Grupo Especial una solicitud de resolución preliminar de procedimiento. Australia afirmó que la solicitud de establecimiento de un Grupo Especial presentada por Nueva Zelandia del 7 de diciembre de 2007, era incompatible con el artículo 6.2 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias (ESD). Lo anterior, en razón de que en ella no se identifican las medidas concretas en litigio, ni se hace una breve exposición de los fundamentos de derecho, los cuales sean suficientes para que Nueva Zelandia presente el problema con claridad. Así, Australia solicitó que el Grupo Especial se abstuviera de examinar el fondo de las alegaciones de Nueva Zelandia en la presente diferencia.<sup>6</sup>

Sobre las alegaciones de Australia y después del análisis de la solicitud de establecimiento de un Grupo Especial presentada por Nueva Zelandia, el Grupo Especial constató que la misma alude a 17 apartados del *Informe definitivo de Australia sobre el análisis del riesgo de la importación de manzanas procedentes de Nueva Zelandia (Informe IRA -Import Risk Analyses-)*. En consecuencia el Grupo Especial resolvió que en la mencionada solicitud se identificaron adecuadamente las medidas concretas en litigio. El Grupo Especial agregó que Nueva Zelandia no identifica con suficiente precisión otras medidas distintas a los 17 apartados del Informe IRA, por lo cual, ninguna otra medida formaría parte del mandato del Grupo Especial. En relación con el segundo alegato de Australia, el Grupo Especial determinó que la solicitud de establecimiento de un Grupo Especial presentada por Nueva Zelandia contiene información suficiente sobre los fundamentos de derecho de la reclamación, por lo cual presenta el problema con claridad con respecto a los 17 apartados del Informe IRA.

En razón de lo anterior, el Grupo Especial resolvió que prosiguiera el procedimiento de solución de diferencias sobre las 17 medidas del Informe definitivo de Australia sobre el análisis del riesgo de la importación de manzanas procedentes de Nueva Zelandia (Informe FIRA). Las medidas fitosanitarias en cuestión fueron identificadas en la solicitud de establecimiento de un Grupo Especial presentada por Nueva Zelandia, así como la supuesta incompatibilidad de esas medidas con las disposiciones del Acuerdo MSF.

## III. Incompatibilidad de las medidas de Australia con el Acuerdo MSF

### 1. Argumentos de las partes

Según los argumentos de Nueva Zelandia, no hay una relación racional u objetiva entre, por una parte, los testimonios científicos y, por otra, las medidas australianas relativas a la niebla del peral y del manzano, el chancro del manzano y del peral, y la mosquilla de las

---

<sup>5</sup> Informe preliminar del Grupo Especial, *Australia – Manzanas (WT/DS367/7)*, comunicación del Presidente del Grupo Especial, 23 de junio de 2008.

<sup>6</sup> El 13 de marzo de 2008 Australia planteó una cuestión preliminar de procedimiento relativa a la compatibilidad de la solicitud de establecimiento del Grupo Especial presentada por Nueva Zelandia con el párrafo 2 del artículo 6 del ESD. Véase WT/DS367/7 del 23 de junio de 2008.

hojas del manzano, así como las medidas generales impuestas por Australia para la importación de manzanas de Nueva Zelanda. El reclamante agrega que Australia impone estas medidas sin que haya testimonios científicos a favor o en sentido contrario.

Nueva Zelanda observa que el artículo 5.1 del Acuerdo MSF en relación con el establecimiento de medidas sanitarias y fitosanitarias impone dos requisitos: a) tiene que haber una evaluación del riesgo en el sentido del párrafo 4 del Anexo A; y b) las medidas fitosanitarias deben basarse en esa evaluación del riesgo. El reclamante argumenta que Australia no evaluó adecuadamente la probabilidad de entrada, radicación o propagación de las tres plagas pertinentes. Tampoco evaluó esa probabilidad según las medidas fitosanitarias que pudieran aplicarse. De este modo, mientras no exista una evaluación del riesgo para apoyar las medidas de Australia, no puede decirse que éstas son adecuadas.

Nueva Zelanda sostiene que como las medidas de Australia no se basan en una evaluación del riesgo, esas medidas infringen también las prescripciones del artículo 2.2 del Acuerdo MSF, toda vez que dicho artículo exige, cualquier medida sanitaria o fitosanitaria debe estar basada en principios científicos y en testimonios científicos suficientes.

Por su parte Australia señala que el artículo 5.1 es una aplicación concreta de las obligaciones del artículo 2.2 del Acuerdo MSF, pues hay una relación medios-fines entre ambas disposiciones. En términos generales, cuando los Miembros optan por basarse en una evaluación del riesgo, el artículo 2.2 plantea cuestiones básicas de *lo que* se exige (testimonios científicos suficientes) y el artículo 5.1 enuncia *cómo* puede lograrse esto (mediante una evaluación del riesgo). Debido a esta relación, la cuestión de si hay testimonios científicos suficientes según el artículo 2.2, sólo podría determinarse al evaluar si el *IRA (Import Risk Analyses)* constituye una evaluación del riesgo válida. Asimismo sostiene que la validez científica de sus medidas no puede ni debe juzgarse sobre una base que no sea el *IRA*, pues las medidas fitosanitarias aplicadas por Australia dependen de las evaluaciones del riesgo que figuran en el informe *IRA*.

Según Australia, la existencia de una opinión discrepante no bastaría para impedir que un Grupo Especial confíe en la evaluación realizada. Apoya lo anterior, citando la opinión del Órgano de Apelación (Órgano de Apelación) en *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE – Hormonas*.<sup>7</sup> Un Grupo Especial debe constatar, conforme a esta decisión, que una evaluación del riesgo es válida salvo que el reclamante demuestre que no es objetivamente justificable porque no refleja una opinión científica legítima, o no es objetiva y coherente. Con base en esto, Australia consideró que debía ser Nueva Zelanda a quien correspondería identificar y demostrar errores y deficiencias graves en relación con dicha evaluación, pues afirma que el *IRA* contiene una evaluación objetiva y coherente de la probabilidad de entrada, radicación y propagación de las plagas pertinentes.

---

<sup>7</sup> *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE - Hormonas* (DS320/DS321, respectivamente). En la reunión del OSD del 14 de noviembre de 2008 se adoptó el Informe del Órgano de Apelación y el Informe del Grupo Especial modificado por el Informe del Órgano de Apelación.

Adicionalmente, Australia sostiene que, en cualquier caso, Nueva Zelanda no ha demostrado que las medidas se mantengan sin testimonios científicos suficientes. En particular, que los testimonios científicos utilizados por el equipo encargado del *IRA* fueran insuficientes para determinar una relación objetiva y racional con las medidas fitosanitarias en litigio, ni que la evaluación realizada por el equipo encargado del *IRA* de los testimonios científicos no fuera objetiva ni coherente.

## 2. *Análisis del Grupo Especial*<sup>8</sup>

### A. *Artículos 5.1, 5.2 y 2.2 del Acuerdo MSF*

El Grupo Especial recordó casos anteriores en los que se planteaban simultáneamente alegaciones basadas en los artículos 2.2 y 5.1 del Acuerdo MSF.<sup>9</sup> Verbigracia, en el caso *CE - Hormonas*, el Órgano de Apelación enunció que "el párrafo 2 del artículo 2 y el párrafo 1 del artículo 5 se deben leer constantemente juntos"<sup>10</sup> porque los elementos que definen la obligación básica establecida en el artículo 2.2 dan sentido al artículo 5.1. Además, en *Estados Unidos/Canadá - Mantenimiento de la suspensión de obligaciones (WT/DS320 y WT/DS321)*, el Órgano de Apelación señaló que a las prescripciones contenidas en el artículo 2.2 del Acuerdo MSF se les da aplicación en otras disposiciones del mismo Acuerdo. Entre ellas, el artículo 5.1 exige que las medidas sanitarias o fitosanitarias se basen en una evaluación del riesgo.<sup>11</sup> Finalmente, en el caso *Japón – Manzanas (WT/DS367)* el Grupo Especial constató que los artículos 5.1 y 5.2 "se informan mutua y directamente en el sentido de que el párrafo 2 arroja luz sobre los elementos que son pertinentes para la evaluación de los riesgos prevista en el párrafo 1".<sup>12</sup> Por tanto, el Grupo Especial en el presente caso decidió analizar los artículos 2.2 y el 5.1 del Acuerdo MSF y el artículo 5.2 se examinaría al analizar el 5.1.

Para este caso se consultaron varios especialistas en plagas del manzano. Los tres tipos de plagas analizados fueron la niebla del peral y del manzano, el chancro del manzano y del peral y la mosquilla de las hojas del manzano (denominado ALCM). Para cada una de las plagas se examinaron las presunciones hechas por Nueva Zelanda en contra de las disposiciones del *IRA* elaborado por Australia. Se analizaron los 8 pasos de importación en los cuales se podrían transmitir las plagas a frutos no contaminados o si se tenían síntomas de los tipos de plagas analizados. Debido a la tecnicidad del caso, el Grupo Especial trató

---

<sup>8</sup> Informe Final del Grupo Especial, *Australia - Manzanas WT/DS367/R* emitido el 9 de agosto de 2012. En su reunión del 17 de diciembre de 2010, el OSD adoptó los informes del Órgano de Apelación y del Grupo Especial modificado por el informe del Órgano de Apelación, visible en [http://wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds367\\_s.htm](http://wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds367_s.htm) párrafos 7.205 al 7.259.

<sup>9</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, WT/DS26/AB/R y WT/DS48/AB/R, adoptado el 13 de febrero de 1998, párrafo 180. Véanse también los Informes de los Grupo Especiales, *CE - Hormonas (Canadá)*, párrafo 8.96; *CE - Hormonas (Estados Unidos)*, párrafo 8.93; y el Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión de obligaciones*, párrafo 526.

<sup>10</sup> Informe del Órgano de Apelación, *CE - Hormonas*, WT/DS26/AB/R y WT/DS48/AB/R, párrafo 180. Véase también el Informe del Órgano de Apelación, *Canadá - Mantenimiento de la suspensión de obligaciones*, WT/DS367/AB/R, párrafo 526.

<sup>11</sup> *Ibidem* párrafo 674.

<sup>12</sup> Informe del Grupo Especial, *Japón - Manzanas*, párrafo 8.230. Véase también el Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 7.441.

de ser meticuloso en su análisis, constató repetidamente que las estimaciones comprendidas en el *IRA* en relación a los tres tipos de plagas no estaban suficientemente respaldadas por testimonios científicos, por lo que su evaluación no era coherente ni objetiva.

En algunos casos, el *IRA* basó su análisis en metodologías de los noventa que se realizaron en otros países para justificar su aplicación, sin considerar las condiciones específicas de las manzanas de Nueva Zelanda. Los especialistas consultados hicieron notar en algunas ocasiones que los cálculos contenidos en el *IRA* eran exagerados y, por tanto, la estimación del riesgo de contaminación por alguna de las tres plagas se incrementaba considerablemente alejándose de la realidad. Uno de los expertos señaló, para el caso de contaminación durante la recolección y el transporte, que los resultados arrojados por el *IRA* sólo serían posibles en casos extremos, "cuando la recolección se realiza en un huerto muy infectado en condiciones de lluvia".<sup>13</sup>

Por otro lado, Nueva Zelanda no demostró satisfactoriamente que el almacenamiento en frío limita significativamente la cantidad de bacterias presentes en el exterior de las manzanas, hasta el punto en que fuesen insuficientes para iniciar una infección. De este modo, el *IRA* incluyó testimonios científicos suficientes para respaldar su conclusión de que los procedimientos habituales llevados a cabo en almacenes de embalaje de Nueva Zelanda pueden reducir la población bacteriana en el exterior de las manzanas, pero no eliminarlas totalmente.

Además, el Grupo Especial constató que Nueva Zelanda no demostró que la niebla del peral y del manzano puede sobrevivir a los procedimientos de tratamiento habituales en el almacén de embalaje, pues es exagerada y no se basa en testimonios científicos adecuados. Adicionalmente, debido a la inexistencia de testimonios científicos sobre muchas de las cuestiones tratadas en el *IRA*, los expertos consultados por el Grupo Especial se mostraron escépticos ante algunos cálculos comprendidos en el *IRA*; por ejemplo, la probabilidad de exposición de las manzanas a las plagas en los distintos pasos del proceso de importación.<sup>14</sup>

Asimismo, y dado que las prescripciones no están basadas en una evaluación del riesgo como está estipulado en el artículo 5.1 del Acuerdo MSF, puede considerarse que estas medidas no están basadas en principios científicos según el artículo 2.2. En consecuencia, el Grupo Especial considera que las prescripciones de Australia relativas al chancro del manzano y del peral para las manzanas de Nueva Zelanda también son incompatibles con el artículo 2.2 del Acuerdo MSF.<sup>15</sup> En relación con el análisis de la mosquilla de las hojas del manzano, las conclusiones del Grupo Especial con base en la consulta experta de los científicos requeridos, arrojó que la evaluación de riesgo del *IRA* elaborado por Australia no era suficientemente objetiva.

---

<sup>13</sup> Informe Final del Grupo Especial, *Australia - Manzanas* WT/DS367/R emitido el 9 de agosto de 2012. En su reunión de 17 de diciembre de 2010, el OSD adoptó el informe del Órgano de Apelación y el informe del Grupo Especial modificado por el informe del Órgano de Apelación. Visible en [http://wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds367\\_s.htm](http://wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds367_s.htm) párrafo 7.288.

<sup>14</sup> *Ibidem* párrafo 7.442.

<sup>15</sup> *Ibidem* párrafo 7.779.

Por lo anterior, el Grupo Especial constató que las prescripciones de Australia referentes a la niebla del peral y del manzano, el chancro del manzano y del peral, y la ALCM, así como las prescripciones indicadas por Nueva Zelandia como medidas "generales" que están vinculadas con la totalidad de las tres plagas en cuestión en esta diferencia, son incompatibles con los artículos 5.1, 5.2 y 2.2 del Acuerdo MSF.

### **B. Artículo 5.5 del Acuerdo MSF**

Con respecto a los artículos 5.5 y 2.3 del Acuerdo MSF, el Grupo Especial realizó un análisis cuidadoso a fin de esclarecer las obligaciones establecidas en párrafo 5 del artículo 5 del Acuerdo, el cual dispone:

#### Artículo 5

##### *Evaluación del riesgo y determinación del nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria*

...

5. Con objeto de lograr coherencia en la aplicación del concepto de nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria contra los riesgos tanto para la vida y la salud de las personas como para las de los animales o la preservación de los vegetales, cada Miembro evitará distinciones arbitrarias o injustificables en los niveles que considere adecuados en diferentes situaciones, si tales distinciones tienen por resultado una discriminación o una restricción encubierta del comercio internacional. Los Miembros colaborarán en el Comité, de conformidad con los párrafos 1, 2 y 3 del artículo 12, para elaborar directrices que fomenten la aplicación práctica de la presente disposición. Al elaborar esas directrices el Comité tendrá en cuenta todos los factores pertinentes, con inclusión del carácter excepcional de los riesgos para la salud humana a los que las personas se exponen por su propia voluntad.

El texto del artículo, según la interpretación del Grupo Especial que conoció del caso Australia - Salmón<sup>16</sup> se divide en tres pasos de análisis:

- 1) Que el Miembro adopte distintos niveles adecuados de protección sanitaria en diferentes situaciones;
- 2) Que aquellos niveles de protección demuestren diferencias que son arbitrarias o injustificables; y
- 3) Que la medida que comprenda esas diferencias tenga por resultado una discriminación o restricción encubierta del comercio internacional.

En relación con el primer elemento el Grupo Especial analizó dos aspectos i) diferentes situaciones, y ii) diferencia en los niveles de protección. Para completar su análisis tomó como referencia la alegación de Nueva Zelandia sobre el trato diferenciado que recibían las peras *nashi* japonesas en contraste con las manzanas neozelandesas para cada tipo de plaga. Después de analizar las respuestas al cuestionario facilitado a los expertos consultados, el Grupo Especial constató que la niebla del peral y del manzano, en las manzanas neozelandesas y la *Erwinia* japonesa en las peras *nashi* japonesas, pueden calificarse como enfermedades similares y suponen un riesgo de enfermedad similar a los efectos del primer elemento del criterio del artículo 5.5 del Acuerdo MSF.<sup>17</sup>

En cuanto al segundo y tercer elemento del artículo 5.5, el Grupo Especial determinó que no contaba con pruebas suficientes aportadas por Nueva Zelandia para evaluar

---

<sup>16</sup> Informe del Grupo Especial, *Australia – Medidas que afectan la importación de salmón (Canadá)* WT/DS18 título que precede el párrafo 8.115. visible en [http://wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds18\\_s.htm](http://wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds18_s.htm)

<sup>17</sup> Informe Final del Grupo Especial, *Australia - Manzanas (Nueva Zelandia)* WT/DS367/R emitido el 9 de agosto de 2012. En su reunión de 17 de diciembre de 2010, el OSD adoptó el informe del Órgano de Apelación y el informe del Grupo Especial modificado por el informe del Órgano de Apelación. Visible en [http://wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds367\\_s.htm](http://wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds367_s.htm) párrafo 7.949.

globalmente los riesgos del chancro del manzano y del peral en las manzanas neozelandesas en comparación con los riesgos globales de *moniliosis* en las peras *nashi* del Japón. En consecuencia, el Grupo Especial no pudo continuar su análisis, afirmando que éste sería un elemento esencial para determinar la arbitrariedad en la distinción de trato. Tal como el Órgano de Apelación en *Australia-Salmón*<sup>18</sup> había explicado, los tres elementos de estos criterios son acumulativos, el reclamante tiene que demostrar cada uno de ellos para probar una violación del artículo 5.5 del Acuerdo MSF. Al respecto, el Grupo Especial no examinó el tercer elemento y desestimó la reclamación de Nueva Zelanda sobre este apartado.

### **C. Artículo 2.3 del Acuerdo MSF**

La alegación de Nueva Zelanda sobre el artículo 2.3 tiene relación directa con la primera frase del artículo 5.5 del Acuerdo MSF, diciendo que como Australia ha infringido las obligaciones que le corresponden en virtud de dicho artículo, también está infringiendo las que le corresponden en virtud del artículo 2.3. Aunque el artículo 2.3 es más general que el artículo 5.5, una constatación de infracción al artículo 2.3 implicará necesariamente una infracción del artículo 5.5 del Acuerdo MSF.<sup>19</sup>

En respuesta, Australia reconoció que hay una estrecha relación entre ambos artículos y destacó, una presunta violación del artículo 2.3 depende totalmente de que Nueva Zelanda compruebe las violaciones al artículo 5.5. Sin embargo, el reclamante no ha demostrado la existencia de una infracción presentando argumentos válidos. Por consiguiente, el Grupo Especial presume que las medidas de Australia son compatibles con el artículo 2.3 y dada la correlación entre ambos artículos y la previa desestimación del argumento respecto al artículo 5.5, el Grupo Especial desestimó igualmente las alegaciones basadas en el artículo 2.3 del Acuerdo MSF.

### **D. Artículo 5.6 del Acuerdo MSF**

Nueva Zelanda alegó que al menos 16 medidas de las presentadas en litigio<sup>20</sup> son incompatibles con las obligaciones que corresponden a Australia en virtud del artículo 5.6 del Acuerdo MSF; el cual dispone lo siguiente:

#### Artículo 5

##### *Evaluación del riesgo y determinación del nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria*

...

6. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 3, cuando se establezcan o mantengan medidas sanitarias o fitosanitarias para lograr el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria, los Miembros se asegurarán de que tales medidas no entrañen un grado de restricción del comercio mayor del requerido para lograr su nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria, teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica.

Asimismo, la nota al pie (3) del artículo 5.6 añade lo siguiente:

---

<sup>18</sup> *Ibidem* párrafo 7.1090.

<sup>19</sup> *Ibidem* párrafo 7.1092.

<sup>20</sup> La medida relativa al chancro del manzano y del peral, ya no es objeto de esta diferencia.

A los efectos del párrafo 6 del artículo 5, una medida sólo entrañará un grado de restricción del comercio mayor del requerido cuando exista otra medida, razonablemente disponible teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica, con la que se consiga el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria y sea significativamente menos restrictiva del comercio.

Ambas partes estuvieron de acuerdo en que: una infracción relacionada con este artículo, tiene necesariamente que cumplir con tres condiciones acumulativas, así como demostrar la existencia de una medida alternativa:

- 1) “Razonablemente disponible teniendo en cuenta su viabilidad técnica y económica;
- 2) Con la que se consiga el nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria; y
- 3) Que [es] significativamente menos restrictiva del comercio que la MSF impugnada”.<sup>21</sup>

El Grupo Especial constató que las medidas en litigio en esta diferencia son incompatibles con el artículo 2.2, el cual requiere que las medidas sanitarias y fitosanitarias de los Miembros estén basadas en principios científicos y no se mantengan sin testimonios científicos suficientes. Por consiguiente, el Grupo Especial determinó que no era preciso evaluar si las mismas medidas también infringen la primera prescripción del artículo 2.2.<sup>22</sup> En consecuencia, no analizó la alegación de Nueva Zelanda sobre la violación del artículo 5.6 en relación con el artículo 2.2 del Acuerdo MSF. Por el contrario, analizó las medidas no relacionadas con dicho artículo, determinando que Nueva Zelanda había demostrado que las medidas impugnadas (1-11 y 13-14) contra plagas específicas son incompatibles con el artículo 5.6 del Acuerdo MSF, mientras que no lo ha hecho para las medidas 15-17.<sup>23</sup>

### ***E. Artículo 8 y párrafo 1 a) del Anexo C del Acuerdo MSF***

Antes de proceder a lo establecido por las partes y el Grupo Especial se transcriben las prescripciones invocadas en la controversia.

#### **Artículo 8**

##### ***Procedimientos de control, inspección y aprobación***

Los Miembros observarán las disposiciones del Anexo C al aplicar procedimientos de control, inspección y aprobación, con inclusión de los sistemas nacionales de aprobación del uso de aditivos o de establecimiento de tolerancias de contaminantes en los productos alimenticios, en las bebidas o en los piensos, y se asegurarán en lo demás de que sus procedimientos no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo.

El párrafo 1 a) del Anexo C:

#### **ANEXO C**

##### ***Procedimientos de control, inspección y aprobación***

1. Con respecto a todos los procedimientos para verificar y asegurar el cumplimiento de las medidas sanitarias y fitosanitarias, los Miembros se asegurarán:

- a) de que esos procedimientos se inicien y ulmen sin demoras indebidas y de manera que no sea menos favorable para los productos importados que para los productos nacionales

---

<sup>21</sup> Informe del Órgano de Apelación, *Australia - Salmón*, párrafo 194; e Informe del Órgano de Apelación, *Japón - Productos agrícolas II*, párrafo 95.

<sup>22</sup> Informe del Grupo Especial, *Australia- Manzanas*, párrafo 7.1409.

<sup>23</sup> *Ibidem* párrafo 7.1403.

similares;

Según Nueva Zelanda,<sup>24</sup> la infracción por Australia del párrafo 1 a) del Anexo C da lugar necesariamente a una infracción del artículo 8, el cual requiere el cumplimiento de las disposiciones del Anexo C. Al respecto, Australia discrepa, principalmente poniendo en entredicho que esas alegaciones, y en particular las medidas a las que se refieren, estén comprendidas en el mandato del Grupo Especial. Nueva Zelanda se remitió a un reciente examen independiente de las disposiciones australianas sobre cuarentena y bioseguridad iniciado por el Gobierno australiano.<sup>25</sup> Dijo que el Gobierno australiano está de acuerdo con el resultado de ese examen, en el cual se identifica al IRA como un análisis que ha hecho mucho para generar percepciones internacionales concernientes a las restricciones al comercio, las demoras no razonables y los argumentos científicos dudosos.<sup>26</sup> Nueva Zelanda indicó que en el establecimiento de los plazos para la evaluación científica contenidos en el IRA en relación con las manzanas neozelandesas superó tres veces los plazos máximos.<sup>27</sup>

Australia rechazó los argumentos sustantivos de Nueva Zelanda y sostuvo sus argumentos de que el IRA no está viciado por un proceso político. Dijo que un debate político y público intenso, investigaciones parlamentarias y procedimientos en los tribunales nacionales no son pruebas de politización, sino más bien representan el funcionamiento normal de una democracia saludable. En el Acuerdo MSF se reconoce el derecho de los Miembros de la OMC a basar sus medidas sanitarias y fitosanitarias en testimonios científicos, y esto es lo que Australia ha hecho en relación con las manzanas neozelandesas. Asimismo, desestimó el argumento sobre el tiempo empleado para completar las evaluaciones, diciendo que no es excepcional.

La petición de Australia al Grupo Especial, fue determinar en principio si la alegación sobre este apartado había sido debidamente identificada como una medida en litigio en la solicitud de Grupo Especial presentada por Nueva Zelanda. Ante esto, el Grupo Especial coincidió<sup>28</sup> con Australia, en que no fue planteada debidamente en el contexto de su alegación al amparo del párrafo 1 a) del Anexo C y del artículo 8 del Acuerdo MSF. De hecho, en esa solicitud Nueva Zelanda identificó las 17 prescripciones sustantivas que figuraban en el IRA, sin identificar algún aspecto de *lo que* podría haber causado exactamente la infracción del párrafo 1 a) del Anexo C (y por consiguiente del artículo 8), ni presentó un breve resumen de *por qué y cómo* las 17 prescripciones específicas en litigio podían infringir esas disposiciones.

Dado que no se identificó adecuadamente la medida en litigio, las alegaciones con las cuales se le relacionen no fueron consideradas en el análisis del Grupo Especial. Finalmente, el Grupo Especial determinó que las medidas de Australia en litigio,

---

<sup>24</sup> *Ibidem* párrafo 7.1414.

<sup>25</sup> One Biosecurity: A Working Partnership, The Independent Review of Australia's Quarantine and Biosecurity Arrangements, Report to the Australian Government, 30 de septiembre de 2008. Véase la Segunda Comunicación Escrita de Nueva Zelanda, párrafo 2.935, nota al pie 101.

<sup>26</sup> *Ibidem* párrafo 112.

<sup>27</sup> *Ibidem* párrafo 100. Los plazos van de 24 a 30 meses.

<sup>28</sup> Informe del Grupo Especial, *Australia –Manzanas*, párrafo 7.1474.

concernientes a la niebla del peral y del manzano, el chancro del manzano y del peral, y la ALCM, son incompatibles con el Acuerdo MSF y han anulado o menoscabado ventajas resultantes para Nueva Zelandia de los Acuerdos de la OMC.<sup>29</sup>

En definitiva el Grupo Especial constató que las 16 medidas no estaban basadas en una evaluación del riesgo adecuada y, por consiguiente, eran incompatibles con los artículos 5.1 y 5.2 del Acuerdo MSF. El Grupo Especial concluyó también, por inferencia, que estas 16 medidas eran incompatibles con el artículo 2.2 del Acuerdo MSF, el cual exige que las medidas sanitarias o fitosanitarias estén basadas en principios científicos y no se mantengan sin testimonios científicos suficientes. Asimismo, constató que 13 de las 16 medidas, a saber, las aplicables específicamente a las plagas, entrañaban un grado de restricción del comercio mayor del requerido para lograr el nivel adecuado de protección fitosanitaria de Australia y, por tanto, eran también incompatibles con artículo 5.6 del Acuerdo MSF. El Grupo Especial consideró que la importación de manzanas maduras asintomáticas, sugerida por Nueva Zelandia, era alternativas adecuadas de conformidad con el artículo 5.6 para: i) las 8 medidas de Australia respecto de la niebla del peral y del manzano y las 4 medidas respecto del chancro del manzano y del peral, y ii) la inspección de una muestra de 600 unidades de cada lote de importación respecto de la ALCM.

#### **IV. Actuación del Órgano de Apelación**

Australia apeló contra las constataciones formuladas por el Grupo Especial sobre los aspectos y fundamentos siguientes:

- Párrafo 1 Anexo A del Acuerdo MSF;
- Artículos 2.2, 5.1, 5.2 y 5.6 del Acuerdo MSF;
- Australia no apeló contra las constataciones relativas al chancro del manzano y del peral ni a la selección de los expertos.

Nueva Zelandia apeló contra:

- Párrafo 1 a) del Anexo C del Acuerdo MSF;
- Artículo 8 del Acuerdo MSF;
- Nueva Zelandia no apeló contra las constataciones sobre los artículos 2.3 y 5.5 del Acuerdo MSF.

El Órgano de Apelación confirmó la constatación del Grupo Especial de que las 16 medidas en litigio, tanto en su conjunto como individualmente, eran medidas fitosanitarias en el sentido del párrafo 1 del Anexo A y estaban abarcadas por el Acuerdo MSF. Confirmó también la constatación del Grupo Especial de que las 16 medidas no estaban basadas en una evaluación del riesgo adecuada y, por tanto, eran incompatibles con los artículos 5.1, 5.2 y 2.2 del Acuerdo MSF. Sin embargo, el Órgano de Apelación revocó la constatación del Grupo Especial, de que las medidas de Australia relativas a la niebla del peral y del manzano y a la ALCM eran incompatibles con el artículo 5.6, pero constató que no estaba en condiciones de completar el análisis jurídico en cuanto al nivel de protección que se lograría con las medidas alternativas propuestas por Nueva Zelandia para la niebla del peral y del manzano y la ALCM. En el entendido de examinar si las medidas adoptadas

---

<sup>29</sup> *Ibidem* párrafo 8.2.

por Australia entrañaban un grado de restricción del comercio mayor del requerido para lograr un nivel adecuado de protección fitosanitaria.

Además, el Órgano de Apelación revocó la constatación del Grupo Especial sobre el mandato de éste en relación al párrafo 1 a) del Anexo C y el artículo 8 del Acuerdo MSF, pues el Órgano de Apelación resolvió que sí estaba dentro de su obligación analítica, toda vez que los procedimientos de control e inspección sobre las tolerancias de contaminantes en las manzanas, sí formaba parte del mandato del Grupo Especial. El Órgano de Apelación completó el análisis jurídico y constató que Nueva Zelanda no había demostrado que las 16 medidas en litigio fueran incompatibles con las obligaciones que correspondían a Australia en virtud de las mencionadas disposiciones del Acuerdo MSF. Finalmente, en su reunión del 17 de diciembre de 2010, el OSD adoptó el informe del ÓA y el informe del Grupo Especial modificado por el informe del ÓA.

El 31 de enero de 2011, Australia y Nueva Zelanda informaron al OSD de un acuerdo al que habían llegado sobre el plazo prudencial para la aplicación de sus recomendaciones y resoluciones, el cual expiraría el 17 de agosto de 2011, a partir del cual Australia podría emitir permisos de importación a las manzanas neozelandesas. El 2 de septiembre de 2011 Australia notificó al OSD que había aplicado la recomendación del OSD sin que se haya iniciado aún algún procedimiento sobre el cumplimiento del mismo. No obstante, ambos Miembros anunciaron al OSD el acuerdo sobre el procedimiento a seguir para los recursos previstos en los artículos 22.6 y 21.5 del ESD.<sup>30</sup>

## V. Conclusión

Cabe destacar la dificultad técnica del presente caso, pues al tratarse de medidas fitosanitarias que deben estar sustentadas por cálculos probados o proyecciones cualitativas. Es complicado ir en contra de algún supuesto científico, siempre que esté apoyado en bases reales y demostrables. Sin embargo, la labor del Grupo Especial estuvo al nivel requerido, ya que al considerar la referida dificultad, se hicieron llegar de la opinión de expertos en el área para apoyar sus constataciones y conclusiones. La actuación de expertos como participantes de un conflicto comercial internacional es más necesaria en la medida que los Acuerdos de la OMC abarquen bienes y servicios complejos. El caso de Australia es especialmente interesante puesto que sus medidas sanitarias y fitosanitarias han sido objeto de al menos tres diferencias ante el OSD.<sup>31</sup>

Asimismo, son comprensibles las demoras en el presente caso, en términos de procedimiento y prontitud del sistema de solución de controversias, puesto que las Partes

---

<sup>30</sup> Comunicación al OSD en el caso *Australia –Medidas que afectan la importación de manzanas de Nueva Zelanda* (WT/DS367/21) del 19 de septiembre de 2011.

<sup>31</sup> *Australia - Determinadas medidas que afectan a la importación de frutas y hortalizas frescas. (Filipinas)* WT/DS270 –asunto no concluido-; *Australia - Medidas que afectan a la importación de salmón (Canadá)* WT/DS18, los informes del Órgano de Apelación y del Grupo Especial modificado por el Informe del Órgano de Apelación fueron adoptados por el OSD el 6 de noviembre de 1998; y *Australia - Régimen de cuarentena aplicado a las importaciones (CE)* WT/DS287, el 9 de marzo de 2007 ambas partes notificaron al OSD que habían llegado a una solución mutuamente convenida de conformidad con el artículo 3.6 del ESD.

no se ponían de acuerdo en la selección de los expertos y esto tardó casi nueve meses, alargando el procedimiento casi un año.<sup>32</sup>

Otro aspecto importante y debatible en casos como este, es el presunto proteccionismo de los Miembros justificado con los Acuerdos de la OMC. Es decir, acciones que limitan las concesiones del libre comercio auspiciadas en el argumento de la seguridad nacional. En este caso las estimaciones del *IRA* de Australia sobre las manzanas de Nueva Zelanda fueron exageradas y sin sustento científico, por ello el tiempo de implementación de las medidas fue restrictivo para Nueva Zelanda, en tanto no se comprobara la incompatibilidad de las mismas con los acuerdos de la OMC.

En este caso, un posible proteccionismo disfrazado de medida sanitaria fue detectado y la legislación australiana fue puesta en conformidad con los Acuerdos de la OMC. Las medidas sanitarias y fitosanitarias son altamente susceptibles de esconder limitaciones al libre comercio, por ello el Acuerdo MSF trata de mantener reglamentadas las posibilidades de establecer dichas medidas y el cómo los Miembros deben aplicar las disposiciones contenidas en él. No obstante, los procedimientos para detectar estas prácticas se llevan varios meses e incluso años, afectando el derecho de los Miembros de la OMC, motivo por el cual se recurre al mecanismo de solución de diferencias. Esta situación resultará agravada para los países en desarrollo, a partir de su escasez de recursos y capacidad técnica limitada para participar en la solución de diferencias.

\*\*\*

---

<sup>32</sup> La decisión final estaba planeada para julio de 2009, y terminó emitiéndose en agosto de 2010.