

Solución de Diferencias: Alcance del ESD

Los “acuerdos abarcados”

- El ESD aplica a las diferencias planteadas de conformidad con los “acuerdos abarcados”. (Véase Apéndice 1 del ESD.)
- El ESD aplica sin perjuicio de las normas y procedimientos especiales o adicionales de solución de diferencias en los acuerdos abarcados. (Véase Apéndice 2 del ESD.)
- Una disposición especial adicional sólo prevalece sobre una disposición del ESD en caso de conflicto entre ellas.

Caso: Guatemala Cemento (OA)

- En nuestra opinión, *sólo* deben *prevalecer* esas disposiciones en caso de que *no sea posible* considerar que las disposiciones del ESD, de una parte, y las normas y procedimientos especiales y adicionales, de otra, se *complementan* recíprocamente. Sólo podrá llegarse a la conclusión de que una disposición especial adicional *prevalece* sobre una disposición del ESD ... en caso de *conflicto* entre ellas.

Función del ESD (ESD 3.2)

- El sistema de solución de diferencias de la OMC...sirve para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados y para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público. Las recomendaciones y resoluciones del OSD no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados.

Función del ESD

- Los grupos especiales o el Órgano de Apelación no “crean derecho”.
- Tampoco clarifican disposiciones que quedan fuera del ámbito de una diferencia.
- Un grupo especial sólo necesita considerar las reclamaciones necesarias para resolver el asunto de la diferencia (economía procesal).
- El grupo especial no está obligado a considerar cada argumento hecho por las partes.

Stare decisis de facto

- Las recomendaciones y resoluciones del OSD pueden aclarar las disposiciones de los acuerdos abarcados.
- Pero no son por sí mismos la fuente de derechos y obligaciones.
- No obstante, los grupos especiales y el Órgano de Apelación suelen orientarse con los informes anteriores.
- Seguir las conclusiones a que ha llegado el Órgano de Apelación en diferencias anteriores es precisamente lo que se espera de los grupos especiales, sobre todo cuando las cuestiones son las mismas.

“medidas adoptadas por otro Miembro” (ESD 3.3)

- Cualquiera acción u omisión atribuible a un Miembro (normalmente un órgano del gobierno) puede ser una “medida” que está sujeta a la solución de diferencias.
- Incluye (1) actos de aplicación de una ley en una situación específica y (2) reglas o normas destinadas a ser aplicadas de manera general y prospectiva (una impugnación “en sí misma”).
- Puede plantearse una impugnación “en sí misma” contra una medida no escrita (ej. Reducción a cero). La parte reclamante deberá establecer:
 - (1) que la regla o norma alegada es atribuible al Miembro demandado;
 - (2) su contenido exacto; y
 - (3) que es de aplicación general y prospectiva.

Competencia obligatoria (ESD 23)

- Obligación de recurrir al ESD exclusivamente para reparar incompatibilidad con normas OMC.
- Obligación de no recurrir a medidas unilaterales.
- El problema de la doble *fora*
 - México – Estados Unidos, azúcar y jarabe de maíz: NAFTA 19, 20 y OMC
 - Brasil – Argentina, pollo: MERCOSUR y OMC

Caso: EE UU Artículo 301

- ¿Cómo se maneja al análisis del derecho interno de un país en los tribunales internacionales? ¿Qué dice la Corte Internacional de Justicia y el Grupo Especial al respecto?
- ¿Qué dice el Grupo Especial sobre el unilateralismo?
- ¿Por qué se acepta el argumento de los EE UU sobre el efecto jurídico de la Declaración de Acción Administrativa (DAA)?
- ¿Qué es el efecto jurídico de las declaraciones hechas por los Estados Unidos ante este Grupo Especial?
- ¿Cuándo se puede atribuir valor jurídico internacional a las declaraciones unilaterales de un Estado?

Solución de Diferencias: Procedimiento

¿Cuánto se tarda en resolver una diferencia?

Los plazos aproximados establecidos para cada etapa del procedimiento de solución de diferencias son indicativos: el acuerdo es flexible. Además, los países pueden resolver su diferencia por sí solos en cualquier etapa. Los plazos totales son también aproximados.

60 días	Consultas, mediación, etc.
45 días	Establecimiento del grupo especial y designación de sus miembros
6 meses	El grupo especial da traslado de su informe definitivo a las partes
3 semanas	El grupo especial da traslado de su informe definitivo a los Miembros de la OMC
60 días	El Órgano de Solución de Diferencias adopta el informe (de no haber apelación)

Total = 1 año (sin apelación)

60-90 días	Informe del examen en apelación
30 días	El Órgano de Solución de Diferencias adopta el informe del examen en apelación

Total = 1 año y 3 meses (con apelación)

Consultas

- Mientras no hay una obligación general de solicitar o de entablar consultas de la parte del demandante, sí la hay de parte de la parte demandado.
- El derecho de los Miembros a celebrar consultas es incondicionado.
- Las consultas son confidenciales.
- La única función de un grupo especial relativa a las consultas es de determinar si se celebraron, cuando sea un requisito de celebrarlas; no tiene que considerar si fueron adecuadas.
- Las alegaciones y medidas identificadas en la petición para el establecimiento de un grupo especial no tienen que ser idénticas a las identificadas en la solicitud para celebrar consultas.

Facultades del Órgano de Solución de Diferencias

- Establecer grupos especiales.
- Adoptar los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación.
- Vigilar la aplicación de las resoluciones y recomendaciones.
- Autorizar la suspensión de concesiones y otras obligaciones en el marco de los acuerdos abarcados.
- El OSD adopta las decisiones por consenso negativo.

Petición de establecimiento del grupo especial (ESD 6.2)

- Determina el mandato del grupo especial.
- Los defectos en una solicitud no se subsanan después.
- Requisitos : (1) se formulará por escrito; (2) se indicará si se han celebrado consultas; (3) se identificarán las medidas concretas en litigio; y (4) se hará una breve exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación (o “alegaciones”), que sea suficiente para presentar el problema con claridad.
- La identificación de las medidas concretas en litigio y la breve exposición de las alegaciones, en conjunto, comprenden “el asunto sometido al OSD”.

Caso: CE Bananos (OA)

Solicitud de GE: Requisitos mínimos

- [B]asta que las partes reclamantes enumeren las disposiciones de los acuerdos concretos que se alega que han sido vulnerados, sin exponer argumentos detallados acerca de cuáles son los aspectos concretos de las medidas en cuestión en relación con las disposiciones concretas de esos acuerdos.

Caso: CE Bananos (OA)

Defectos en solicitud no se subsanan después

- En caso de que no se especifique en la solicitud una *alegación*, **los defectos de la solicitud no pueden ser "subsanaados" posteriormente** por la argumentación de la parte reclamante en su primera comunicación escrita al Grupo Especial o en cualesquiera otras comunicaciones o declaraciones hechas posteriormente en el curso del procedimiento del Grupo Especial.

Caso: Guatemala Cemento (OA)

- **la función de un grupo especial es examinar "el asunto sometido al OSD".... La cuestión sometida al OSD ... consta de dos elementos: las medidas concretas en litigio y los fundamentos de derecho de la reclamación (o alegaciones).**

Caso: Guatemala Cemento (OA)

- [E]l Grupo Especial incurrió en error al constatar que no era necesario que México identificara las "medidas concretas en litigio" ...
- [E]sa solicitud no identificaba el derecho antidumping definitivo como "medida concreta en litigio", como exige el párrafo 2 del artículo 6 del ESD. La solicitud de México se refiere únicamente a las tres acciones de las autoridades de Guatemala en el curso de la investigación como "cuestiones en litigio" y no identifica específicamente el derecho antidumping definitivo finalmente impuesto.
- Nuestra constatación de que el Grupo Especial no estaba facultado, en virtud de su mandato, a examinar las reclamaciones de México en este caso no impide en absoluto a México tratar de celebrar consultas con Guatemala ... ni de llevar adelante otra reclamación...

Caso: Guatemala Cemento (OA)

- ¿Por qué no fue suficiente sólo identificar las tres acciones de las autoridades de Guatemala en el curso de la investigación en la solicitud?
- ¿Cuáles son las consecuencias de este error de procedimiento?
- ¿Estás de acuerdo con el resultado en este caso? ¿Por qué o por qué no?

Caso: CE – Determinadas cuestiones aduaneras (OA)

- Según el Órgano de Apelación, en el art. 6.2, ¿cuál es la diferencia entre las dos prescripciones, de identificar las medidas concretas en litigio y de presentar una breve exposición de las alegaciones?
- ¿Cómo se debe identificar e interpretar las “medidas en litigio” en la solicitud?
- ¿Cómo debe presentarse una alegación que un sistema “en conjunto o en general” es incompatible con la OMC?
- ¿Las medidas incluidas en el mandato del Grupo Especial siempre deben estar vigentes en el momento del establecimiento del Grupo Especial?
- ¿Cómo se determina la cuestión de si una alegación es suficiente?

Suficiencia de una alegación en una solicitud con arreglo al art. 6.2

- La cuestión de si una alegación es suficiente se resuelve caso por caso.
- Tiene que ser compatible con la letra y el espíritu del artículo 6.2 del ESD.
- Cuando un artículo establece obligaciones múltiples, la mera enumeración de artículo puede no cumplir.
- Si no se establece perjuicio para el demandado la alegación de que no se han cumplido con el artículo 6.2 del ESD no podrá prosperar.
- Para presentar “el problema con claridad”, debe relacionar claramente las medidas impugnadas con las disposiciones de los acuerdos abarcados cuya infracción se alega, de modo que la parte demandada tenga conocimiento del fundamento de derecho.
- Para determinar el alcance de las alegaciones que se exponen, la solicitud tiene que interpretarse en su conjunto.

Caso: CE Bananos (OA)

Omisiones en argumentos escritos sí se subsanan

- Las ... omisiones en los argumentos ... en las primeras comunicaciones escritas de México o de Guatemala y Honduras fueron rectificadas en las exposiciones conjuntas de esos países y las demás partes reclamantes en la primera reunión de las partes con el Grupo Especial, así como en su escrito conjunto de réplica y en las exposiciones conjuntas que hicieron en la segunda reunión ... con el Grupo Especial.

Cuestiones de hecho y de derecho

- Las conclusiones de un grupo especial sobre cuestiones de hecho no están sujetas a examen del Órgano de Apelación.
- La cuestión objetiva de si un acontecimiento ocurrió en un determinado tiempo y espacio es una cuestión de hecho.
- La compatibilidad de un hecho dado con los requisitos de una determinada disposición es una cuestión de derecho.
- Un grupo especial pueden inferir conclusiones de los hechos, incluida una conclusión negativa cuando una parte se niega facilitar la información solicitada.

CE Hormonas (OA)

- En cuanto a las constataciones fácticas de los Grupos Especiales, sus actividades siempre están limitadas por el mandato establecido en el artículo 11 del ESD: la norma aplicable no es un examen de novo propiamente dicho, ni la "deferencia total", sino más bien "una evaluación objetiva de los hechos". ... "una política de total deferencia frente a las conclusiones de las autoridades nacionales no podría asegurar una "evaluación objetiva" como la prevista en el artículo 11 del ESD".

CE Hormonas (OA)

- La norma de examen correctamente aplicable a los procedimientos que el marco con el Acuerdo MSF debe, por supuesto, reflejar **el equilibrio** que establece ese Acuerdo **entre la competencia jurisdiccional conferida por los Miembros a la OMC y la competencia jurisdiccional que los Miembros se han reservado para ellos**. La adopción de una norma de examen que no se base claramente en el texto del Acuerdo MSF mismo, puede conducir fácilmente a una alteración del equilibrio sutilmente establecido; ni el Grupo Especial ni el Órgano de Apelación están autorizados a hacerlo.

Terceras partes ante GE

- Los terceros indican su participación en una diferencia en la junta del OSD donde se establece el grupo especial o por escrito.
- Tienen derecho: (1) de ser oído por el grupo especial, (2) de presentar comunicaciones por escrito y (3) de recibir una copia de las comunicaciones de las partes presentadas al grupo especial en su primera reunión.
- Las partes no presentan argumentos en la presencia de los terceros.
- Sesión dedicada a los terceros, con las partes presentes.

Carga de la prueba

- Como normal general, la parte que alega un hecho debe aportar la prueba correspondiente.
- Además, la carga de la prueba incumbe a la parte que afirma una determinada reclamación o defensa.
- El demandante debe acreditar una presunción *prima facie* de incompatibilidad con una disposición de un acuerdo abarcado.
- Si esa parte presenta pruebas suficientes para fundar la presunción de que su reclamación es legítima, la carga de la prueba se desplaza a la otra parte, que deberá aportar pruebas suficientes para refutar la presunción.
- Ejemplo: GATT, art. I y XX.

Composición de grupos especiales

- Normalmente son 3 panelistas.
- Pueden elegirse de la lista permanente de candidatos o de otra fuente.
- Los designa el DG de la OMC cuando las partes no pueden ponerse de acuerdo.
- Los nacionales de las partes o de las terceras partes en la diferencia no podrán ser integrantes del grupo especial que se ocupe de esa diferencia, salvo que las partes en dicha diferencia acuerden lo contrario.

La apelación

- Tiene únicamente por objeto las cuestiones de derecho y las interpretaciones jurídicas en el informe del grupo especial.
- El Órgano de Apelación puede confirmar, modificar o revocar las constataciones y conclusiones jurídicas.
- Sólo las partes en la diferencia pueden apelar contra el informe de un grupo especial.
- Los terceros podrán presentar comunicaciones por escrito al Órgano de Apelación.
- Se presentan los argumentos orales de las partes y de los terceros juntos.

Anuncio de apelación

- El anuncio de apelación incluirá:
- (a) el título del informe del grupo especial objeto de la apelación;
- (b) el nombre de la parte en la diferencia que presenta el anuncio de apelación;
- (c) la dirección a efectos de notificación y los números de teléfono y facsímile de la parte en la diferencia; y
- (d) un breve resumen del carácter de la apelación.

Anuncio de apelación

- El resumen del carácter de la apelación debe incluir:
- (1) la identificación de los supuestos errores del grupo especial;
- (2) una lista de las disposiciones jurídicas respecto de las cuales se alega que el grupo especial ha incurrido en error; y
- (3) una lista indicativa de los párrafos del informe del grupo especial que contienen los supuestos errores.

Caso: CE Bananos (OA)

- Según el párrafo 2) d) de la Regla 20 de los *Procedimientos de trabajo* el anuncio de apelación incluirá:
- ... un breve resumen del carácter de la apelación, *con inclusión de las alegaciones de errores* ... [modificado 2005]
- El inciso i) del párrafo 2) b) de la Regla 21 de los *Procedimientos de trabajo* exige que la comunicación del apelante incluya:
- ... una exposición precisa de los motivos de la apelación, con inclusión de las *alegaciones específicas de errores* en las cuestiones de derecho tratadas en el informe del Grupo Especial ... *y los argumentos jurídicos en que se basan* ... (la cursiva es nuestra)

Caso: CE Bananos (OA)

- Las alegaciones de error formuladas por las Comunidades Europeas en los párrafos c) y d) del anuncio de apelación no abarcan la constatación del Grupo Especial que figura en el párrafo 7.93 de sus informes.
- Ni en el anuncio de apelación ni en los argumentos principales de la comunicación del apelante presentada por las Comunidades Europeas se hace referencia específica a esa constatación del Grupo Especial. En consecuencia, el Ecuador no tenía noticia de que las Comunidades Europeas apelaban contra esta constatación. Por esas razones, concluimos que debe excluirse del ámbito de esta apelación la constatación del Grupo Especial recogida en el párrafo 7.93 de sus informes.

Nuevos Procedimientos de Trabajo (Apelación) 2005

- 20 (2) (d) un breve resumen del carácter de la apelación, con inclusión de [eliminado]:
 - i) la identificación de los supuestos errores en las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por éste;
 - ii) una lista de las disposiciones jurídicas de los acuerdos abarcados respecto de las cuales se alega que el grupo especial ha incurrido en error al interpretarlas o aplicarlas; y
 - iii) sin perjuicio de la facultad del apelante para referirse a otros párrafos del informe del grupo especial en el contexto de su apelación, una lista indicativa de los párrafos del informe del grupo especial que contienen los supuestos errores.

Solución de Diferencias: Implementación y cumplimiento

“plazo prudencial” para cumplir (ESD 21.3)

- En caso de que no sea factible cumplir inmediatamente, el Miembro afectado dispondrá de un “plazo prudencial” para hacerlo.
- 3 maneras de establecer el plazo prudencial:
- (a) el plazo propuesto por el Miembro afectado, a condición de que sea aprobado por el OSD;
- (b) un plazo fijado de común acuerdo por las partes en la diferencia; o
- (c) un plazo determinado mediante arbitraje vinculante.

El plazo determinado mediante arbitraje

- No deberá exceder de 15 meses a partir de la fecha de adopción del informe.
- Pero se permite un plazo más corto o más largo, según las circunstancias del caso.
- Será el plazo más breve posible para la aplicación, en el marco del ordenamiento jurídico del Miembro que deba cumplir.

“Circunstancias del caso” pertinentes para el plazo prudencial

- Las que puedan influir sobre cuál será el plazo más breve posible para la aplicación, en el marco del ordenamiento jurídico del Miembro.
- Tiempo para la redacción, las consultas y la finalización del procedimiento.
- La complejidad de las disposiciones legislativas.
- Práctica administrativa relativa a la publicación anterior de los cambios arancelarios.
- La complejidad de la aplicación propuesta:
 - por medios administrativos, como un reglamento
 - una multitud de reglamentos nuevos que afectan a muchos sectores de la actividad económica
 - por medios legislativos menos rápidos que reglamento
 - la simple derogación de una sola disposición breve

“Circunstancias del caso” no pertinentes para el plazo prudencial

- el tiempo que una industria nacional puede necesitar para adaptarse a nuevos tipos impositivos;
- los ajustes estructurales de la industria nacional;
- los poderes limitados del poder ejecutivo;
- las consecuencias económicas y financieras de la implementación;
- la elección del modo legislativo de la implementación;
- estudios o consultaciones científicos;
- la necesidad de tener en cuenta obligaciones impuestas por tratados internacionales en el proceso de redacción de leyes de aplicación;
- la “polémica”, en el sentido de “conflictividad” en el ámbito interno, en relación con la medida en litigio; y
- los cambios ajenos a los que sean necesarios para implementar la recomendaciones del OSD.

Ejercicio

- ¿Cuál sería un “plazo prudencial” para México para eliminar el impuesto sobre refrescos con jarabe “según las circunstancias del caso”? Asumir los siguientes factores:
 - Una decisión del OA contra este impuesto ha sido adoptado por la OMC hoy.
 - México es un país en desarrollo.
 - Será un proceso legislativo con implicaciones para el presupuesto.
 - México quiere realizar un estudio sobre los riesgos del jarabe para la salud.
 - El Presidente quiere cumplir pero el Congreso no quiere aprobar ninguna iniciativa suya, sobre todo reformas fiscales. Los honorables miembros del Congreso prefieren pelear entre si, ver videos de actos corruptos, e identificar complots.

“medidas destinadas a cumplir” (ESD 21.5)

- Los requisitos del artículo 6.2 del ESD aplican a la solicitud.
- Una medida “destinada a cumplir” no será la misma que fue objeto de la diferencia inicial.
- El “asunto” en el artículo 21.5 consta de dos elementos: las medidas específicas en cuestión y las alegaciones.
- Una medida que no es una “medida destinada a cumplir”, no puede ser objeto del procedimiento del artículo 21.5.
- Un demandante en un procedimiento del artículo 21.5 puede plantear nuevos argumentos, alegaciones y circunstancias fácticas que sean distintos de los planteados en el procedimiento inicial.
- Si sea posible, el grupo especial inicial sirve.

Compensación y suspensión de concesiones (ESD 22)

- Son medidas temporales a las que se puede recurrir en caso de que no se apliquen en un plazo prudencial las recomendaciones y resoluciones adoptadas.
- La compensación es voluntaria.
- Demandante podrá pedir la autorización del OSD para suspender la aplicación al Miembro afectado de concesiones u otras obligaciones resultantes de los acuerdos abarcados.
- Si el Miembro afectado impugna el nivel de la suspensión propuesta, o cumplimiento con principios y procedimientos, la cuestión se someterá a arbitraje.

Previa petición (ESD 22)

- La petición del artículo 22.2 define la competencia del OSD para autorizar la suspensión por la parte reclamante.
- La petición de arbitraje del artículo 22.6 define el mandato de los Árbitros.
- La jurisprudencia relativa al artículo 6.2 del ESD es pertinente a estas peticiones.

2 requisitos para la solicitud para suspender concesiones u otras obligaciones

- (1) la petición debe establecer un nivel específico de suspensión, equivalente al nivel de la anulación o menoscabo causados por la medida incompatible con la OMC, y
- (2) la petición debe especificar el acuerdo y el sector o sectores en cuyo marco se suspenderían concesiones u obligaciones.
- La parte reclamante debe tratar de suspender concesiones u otras obligaciones relativas al mismo sector o en otros sectores en el marco del mismo acuerdo.

Arbitraje sobre contramedidas (ESD 22.6, 22.7, 22.8)

- El árbitro determinará si el nivel de suspensión es equivalente al nivel de la anulación o el menoscabo.
- El árbitro podrá también determinar si la suspensión propuesta está permitida en virtud del acuerdo abarcado.
- Si el asunto sometido a arbitraje incluye la reclamación de que no se han seguido los principios y procedimientos establecidos en el 22.3, el árbitro examinará la reclamación.
- La suspensión de concesiones u otras obligaciones será temporal.
- Sólo se aplicará hasta que:
 - (1) se haya suprimido la medida,
 - (2) el Miembro ofrezca una solución a la anulación o menoscabo de ventajas, o
 - (3) se llegue a una solución mutuamente satisfactoria.

Conclusión

- El ESD ha funcionado bien, se cumple en la mayoría de los casos.
- Es importante poner atención a las reglas de procedimiento, sobre todo en la petición para establecer el grupo especial.
- La jurisprudencia indica los factores que se toman en cuenta para establecer el plazo prudencial para cumplir y las contramedidas cuando no se cumpla.