

CUMPLIMIENTO E IMPLEMENTACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y RECOMENDACIONES DEL ÓRGANO DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC

Manuel Sánchez Miranda

1. Introducción

Formalmente un abogado habrá ganado un litigio si el juez emite una sentencia que favorezca a los intereses de su cliente. Materialmente no habrá ganado si no hasta que logre ejecutarla. En el marco del fuero nacional, los abogados podríamos solicitar la intervención del poder ejecutivo—de la fuerza pública, en el último de los casos—para hacer efectivas las sentencias judiciales en aquellos casos en que el demandado que ha perdido la disputa no cumpla voluntariamente con lo ordenado por el juez. En el marco del derecho internacional público la situación es muy distinta. Los sistemas de solución de controversias internacionales son descentralizados, por lo que de no existir voluntad política por parte del Estado que perdió el caso para ejecutar la sentencia, el caso seguirá estando, materialmente, sin ganar.

Lo anterior se explica por la existencia de dos principios generales que rigen al derecho internacional en su conjunto, el de igualdad soberana de los Estados¹ y el de no intervención en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados.² Ningún sujeto de derecho internacional, incluyendo en este universo a las organizaciones internacionales, podrá intervenir en los asuntos soberanos de otro sujeto para ejecutar una sentencia o resolución que vaya dirigida a éste. De lo anterior se deduce que, en el ámbito internacional, no podrá existir *órgano coercitivo* alguno que centralice la facultad de poder hacer efectivas las sentencias judiciales, tal como lo harían los órganos policíacos en el ámbito interno de cada Estado.

Si bien la Organización Mundial del Comercio (OMC) no es ajena al problema de la descentralización, los Miembros de la misma han configurado un sistema de solución de diferencias que, según la opinión generalizada, es el más efectivo de todos aquellos que existen en el derecho internacional público, ya que su mecanismo de cumplimiento, implementación y contramedidas está configurado para que los perdedores de una disputa tengan incentivos suficientes para cumplir con sus obligaciones internacionales.

El artículo 3.7 del Entendimiento de Solución de Diferencias (ESD), tratado que regula el procedimiento litigioso ante la OMC, establece que el objetivo del mecanismo de solución de diferencias es el de hallar una solución positiva a las diferencias, un objetivo que busca cualquier sistema de solución de controversias internacionales. La diferencia entre el sistema de la OMC y otros sistemas no está, sin embargo, en el objetivo que se busca sino en la forma en que dicho objetivo es institucionalizado por cada sistema.

¹ Artículo 2, párrafo 1 de la Carta de las Naciones Unidas: “La Organización esta basada en el principio de la igualdad soberana de todos sus Miembros”.

² Artículo 2, párrafo 7 de la Carta de las Naciones Unidas: “Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará; a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta; pero este principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el Capítulo VII”.

En el caso específico del sistema de solución de diferencias de la OMC, gran parte de la ejecución de las resoluciones y recomendaciones del Órgano de Solución de Diferencias (OSD) depende de la voluntad del Miembro que ha perdido una disputa. Sin embargo, la gran virtud del sistema de solución de diferencias de la OMC radica, a comparación de otras organizaciones internacionales, en el esquema de contramedidas que configura el ESD. En este sentido, en caso de que el Miembro perdedor de una disputa no cumpla las resoluciones y recomendaciones del OSD, el Miembro que está siendo afectado por la medida ilícita podrá solicitar autorización para imponerle sanciones comerciales.

Conforme al ESD, dicha autorización será otorgada salvo que la totalidad de los Miembros de la OMC decidan no hacerlo. Así, a comparación del sistema de solución de controversias de la ONU, en el que la autorización para ejecutar contramedidas depende del consenso afirmativo de los Miembros permanentes que integran el Consejo de Seguridad, en el sistema de solución de diferencias de la OMC gobierna la regla del consenso negativo. En este sentido, las contramedidas serán autorizadas por el OSD al Miembro que las ha solicitado, salvo que los Miembros que conforman la OMC, unánimemente, decidan no otorgar su autorización. Lo cual, como veremos más adelante, es prácticamente imposible. El accionar de las contramedidas en el ámbito del sistema de solución de diferencias de la OMC es un acto virtualmente automático.

A pesar de las grandes virtudes del sistema de solución de diferencias de la OMC, hay cuestiones que deben mejorarse. En una conferencia celebrada en la Universidad de Derecho de Minnesota en septiembre del 2000, Steve Charnovitz hizo una declaración con la que concuerdo y con la que me gustaría iniciar este estudio: “La OMC podrá tener el mejor sistema de solución de diferencias de cualquier organización internacional, pero no tiene el mejor sistema de cumplimiento”.³

Como se verá en las páginas siguientes, durante los primeros 12 años de existencia de la OMC, el sistema de solución de diferencias ha sido puesto a prueba por los Estados económicamente más poderosos que integran su membresía, quienes reiteradamente incumplen sus obligaciones internacionales y las resoluciones y recomendaciones que le son dirigidas por el OSD. La pregunta que surge entonces es la siguiente, ¿cómo es que existiendo un esquema de contramedidas cuasi-automático en la OMC no logra incentivarse al perdedor de una disputa a que cumpla prontamente con sus obligaciones internacionales y con las resoluciones y recomendaciones del OSD?

Como quedará claro en las siguientes páginas, el problema principal está en los incentivos que el mismo perdedor de la disputa tiene para cumplir. El sistema de solución de diferencias se queda corto en muchos aspectos para efectivamente incentivar al perdedor de una disputa a que cumpla prontamente sus obligaciones. Por tanto, se dibujará una fotografía del actual funcionamiento del sistema de solución de diferencias de la OMC, se resaltarán los aspectos que del mismo son limítrofes para efectivamente incentivar al pronto cumplimiento y, finalmente, se plantearán algunas propuestas para mejorarlo. Dos son los temas principales que se analizan en este capítulo. El primero es el mecanismo de cumplimiento e implementación de las recomendaciones y resoluciones del OSD. El segundo se trata de los remedios jurídicos y las contramedidas aplicables en el contexto del sistema de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio.

³ CHARNOVITZ, Steve, “*Rethinking WTO Trade Sanctions*”, *American Journal of International Law*, 95 (4), Octubre del 2000, pág. 832 (traducción del autor).

2. Contexto general

Antes de iniciar nuestro estudio sobre el mecanismo de cumplimiento e implementación de las resoluciones del OSD, resulta esencial detallar qué tratados internacionales nos rigen. Por ello es que en esta parte se explicarán las normas que regulan el sistema de solución de diferencias de la OMC, ya que, además de la casuística derivada de su interpretación, son ellas las que delimitarán nuestro estudio jurídico.

Antes de llegar a la fase de cumplimiento e implementación de las resoluciones y recomendaciones del OSD, se debió haber litigado la compatibilidad de una medida ante el grupo especial y/o el Órgano de Apelación, quienes emitirán un informe definitivo con sus conclusiones y recomendaciones. No es sino hasta que el OSD adopta estos informes que se entrará a la fase de cumplimiento e implementación. Así, el procedimiento litigioso ante el grupo especial y el Órgano de Apelación, así como el procedimiento de negociación denominado consultas, pertenecen al contexto general de nuestro objeto de estudio; por lo que resulta pertinente describirlo brevemente en esta parte.

(a) Normas que regulan el sistema de solución de diferencias de la OMC

El principal cuerpo regulador del sistema de solución de diferencias de la OMC es el *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias* (ESD), el cual es complementado por los *Procedimientos de trabajo para el examen en apelación*, que a su vez reglamentan al artículo 17.9 de dicho Entendimiento y que integran normas de conducta que deberán seguir los integrantes del Órgano de Apelación, así como normas relativas a la presentación de documentos y al calendario de las apelaciones.

Así, el artículo 1 del ESD establece que sus normas y procedimientos serán aplicables a las consultas y solución de diferencias que surjan en el contexto de alguno de los siguientes acuerdos abarcados: (1) Acuerdos Comerciales Multilaterales –incluidos (a) aquellos sobre el comercio de mercancías, (b) el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) y (c) el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio; (2) el ESD; (3) los Acuerdos Comerciales Plurilaterales y (4) el Acuerdo por el que se establece la OMC. Es decir, salvo que exista una norma especial en algún acuerdo abarcado, el ESD establece el procedimiento para resolver cualquier disputa que surja entre los Miembros en el contexto de cualquier acuerdo de la OMC.

Los acuerdos abarcados que incluyen normas especiales de procedimiento, que prevalecerán sobre el ESD en caso de conflicto, son: el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, el Acuerdo sobre los Textiles y el Vestido, el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del GATT de 1994, el Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VII del GATT de 1994, el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios y la Decisión relativa a determinados procedimientos de solución de diferencias para el AGCS.

(b) Fase previa

En lo que respecta a tiempos procesales, antes de la fase de cumplimiento e implementación y de la aplicación de remedios jurídicos y contramedidas, existe una

fase previa de negociación y litigio que constituye un contexto necesario en nuestro tema de estudio. Conforme al ESD, antes de iniciar un litigio, se debe dar siempre preferencia a una solución mutuamente aceptable para las partes en la diferencia, por lo que antes de la fase litigiosa deberá tener lugar una etapa de negociación denominada *consultas*, en la que se tratará de arreglar la diferencia por mutuo acuerdo. Si en esta de negociación no se tiene éxito, la parte interesada podrá iniciar un procedimiento litigioso que se desahogará ante un grupo especial y el Órgano de Apelación. Terminado el litigio, el OSD adoptará los informes de estos órganos. No es sino hasta este momento, que el demandado que ha perdido la disputa tendrá la obligación de cumplir e implementar las recomendaciones y resoluciones del OSD. Todo esto queda descrito a continuación.

(i) Consultas

Las consultas son una antesala al litigio y están reguladas por el artículo 4 del ESD. Se trata de una fase de negociación entre las partes en la que se buscará solucionar la diferencia por mutuo acuerdo.⁴ Lo primero que sucederá es que el Miembro A, el potencial reclamante, solicitará al OSD la celebración de consultas con el Miembro B, el potencial demandado.⁵

El procedimiento de negociación durará hasta 60 días contados a partir de que se haya recibido la solicitud de celebración de consultas. Pasado este tiempo sin que se haya acordado una solución mutuamente aceptable a la diferencia, el reclamante podrá solicitar el establecimiento de un grupo especial. Esto último también sucederá si el Miembro al que se le requiera no contesta la solicitud de celebración de consultas o si no celebra consultas con la otra parte dentro del plazo establecido en el ESD.⁶

(ii) Grupo Especial y Órgano de Apelación

Si alguno de los tres supuestos anteriores se cumple en el caso concreto, el Miembro interesado podrá solicitar el establecimiento de un grupo especial para que se verifique la compatibilidad jurídica de la medida en cuestión con los acuerdos de la OMC.

Después de haber estudiado las comunicaciones escritas y los argumentos orales de las partes, el grupo especial emitirá un informe definitivo con sus conclusiones y recomendaciones, el cual posteriormente será adoptado por el OSD en una de sus reuniones. En esta misma reunión, alguna de las partes podría apelar la decisión del grupo especial ante el Órgano de Apelación, el cual tendrá la tarea de verificar que las *cuestiones de derecho* tratadas en el informe del grupo especial y sus interpretaciones jurídicas estén en conformidad con los Acuerdos de la OMC, así como con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público.⁷

⁴ Se trata de un procedimiento de amigable composición.

⁵ Artículo 4.2 del ESD.

⁶ Conforme al artículo 4.3 del ESD, el miembro requerido deberá contestar la solicitud de celebración de consultas dentro de los 10 días siguientes a la fecha en que la haya recibido y deberá iniciar el período de consultas dentro de los 30 días siguientes a esa misma fecha.

⁷ El artículo 3.2 del ESD establece que las interpretaciones jurídicas en el marco del sistema de solución de diferencias no pueden entrañar un aumento o una reducción de los derechos y obligaciones de los Miembros, y para ello se deberán seguir las normas usuales de interpretación del derecho internacional público. En este sentido, el artículo 8 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia enlista lo que en el derecho internacional público general se consideran fuentes de derecho: convenciones internacionales, costumbre internacional, principios generales de derecho, decisiones judiciales y doctrinas de los publicistas de mayor competencia. Así, siempre que estas fuentes de derecho internacional representen

El fallo del Órgano de Apelación confirmará, revocará o modificará las conclusiones del grupo especial. Si se concluye que el demandado ha cumplido con sus obligaciones, el litigio habrá concluido. Ahora bien, si se concluye que el demandado ha incumplido con las mismas, el Órgano de Apelación recomendará al OSD que recomiende al demandado poner su medida ilícita en conformidad con sus obligaciones bajo el acuerdo en cuestión.

Una vez emitido el informe definitivo del Órgano de Apelación, éste será puesto a examen ante el OSD a efecto de ser adoptado bajo la regla del consenso negativo⁸ en su siguiente reunión.⁹ Una vez adoptados por parte del OSD los informes del grupo especial y Órgano de Apelación, y sólo una vez que esto haya ocurrido, surge la obligación para el demandado de cumplir con las resoluciones y recomendaciones contenidas en los mismos.

Más aún, a manera de anticipar una virtud en el sistema de solución de diferencias de la OMC, considero importante expresar que concuerdo con la opinión de Joost Pauwelyn en el sentido de que, al sustituirse la regla del consenso positivo por la del consenso negativo, se ha creado en la OMC un sistema de solución de diferencias virtualmente automático.¹⁰ Así, el OSD adoptará los informes del grupo especial y Órgano de Apelación, a menos que los Miembros decidan por consenso no hacerlo. A su vez, en la práctica, el consenso negativo es *virtualmente* irrealizable, ya que para obtenerlo se requeriría que todos los Miembros de la OMC—incluido el reclamante que haya ganado la disputa—rechazaran la adopción del informe en cuestión.

En suma, salvo que exista una norma especial en algún acuerdo abarcado, cualquier disputa que surja entre los Miembros en el contexto de cualquier acuerdo de la OMC será resuelta de conformidad con el ESD. También hemos detallado los acuerdos internacionales que establecen reglas especiales en materia de procedimiento, desplazando a las reglas establecidas en el ESD bajo el principio de *lex specialis*; y se ha descrito la fase procesal que antecede a la fase de cumplimiento e implementación de

normas usuales de interpretación de tratados internacionales, tanto el GE como el Órgano de Apelación tendrán que tomarlas en consideración al analizar su caso. Entre las normas usuales de interpretación más utilizadas en el sistema de solución de diferencias de la OMC se encuentran los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la buena fe, *abus de droit*, varios principios generales de derecho internacional como son el efecto útil, *in dubio mitis*, *lex specialis*, carga de la prueba, no retroactividad y la responsabilidad estatal (a mayor abundamiento ver, por ejemplo, informes del Órgano de Apelación en los casos *Estados Unidos – Camarones II*, *Japón – Impuestos sobre las bebidas alcohólicas* (“*Japón – Bebidas alcohólicas*”), *Chile – Impuestos a las Bebidas alcohólicas* (“*Chile – Bebidas alcohólicas*”) y *Estados Unidos – Pautas para la gasolina reformulada y convencional* (“*Estados Unidos – Gasolina*”).

⁸ Como mencionaré más adelante, en la era GATT reinaba la regla del consenso positivo. Para establecerse un grupo especial, para adoptar sus informes y para suspender concesiones u otras obligaciones, se requería de la aprobación de todas las “partes contratantes”. En la era OMC esta regla es sustituida por la del consenso negativo. El establecimiento de grupos especiales, la adopción de informes definitivos de éstos y del Órgano de Apelación y la autorización para suspender concesiones u otras obligaciones, son acciones que sólo serán rechazadas por el OSD si todos sus miembros así lo deciden.

⁹ El informe definitivo del Órgano de Apelación y/o del GE, cuando éste último no haya sido revocado por el Órgano de Apelación, cuando haya sido revocado sólo parcialmente o cuando no haya existido apelación, serán adoptados por el OSD a menos que la totalidad de los Miembros se opongan a ello.

¹⁰ Cfr. PAUWELYN, Joost, *Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules – Toward a More Collective Approach*, *American Journal of International Law*, **94** (2), Abril 2000, pág. 337.

las resoluciones y recomendaciones del OSD, misma que constituye el tema núcleo del presente trabajo y que es descrita y evaluada en las partes siguientes.

3. Cumplimiento

Como vimos en la parte anterior, una vez adoptados por el OSD los informes del grupo especial y Órgano de Apelación, surge la obligación para el demandado de cumplir las resoluciones y recomendaciones incluidas en los mismos. En la presente parte se estudiarán las disposiciones del ESD que regulan la fase de cumplimiento de las resoluciones y recomendaciones del OSD, en particular aquellas que imponen plazos al demandado para que las implemente y las que lo obligan a informar al OSD sobre el proyecto que tiene programado para lograr una pronta y completa implementación de las resoluciones y recomendaciones que lo vinculan. Adicionalmente, se describirá en qué consiste el denominado *informe de situación* que deberá presentar el demandado a propósito de la facultad de vigilancia que tiene el OSD sobre la implementación de sus propias resoluciones y recomendaciones. La explicación anterior incluirá un estudio de las disposiciones relevantes contenidas en el ESD, así como de la casuística derivada de la interpretación de las mismas.

(a) Pronto cumplimiento, supresión de la medida y posibilidad de plazo prudencial

Según el artículo 3.7 del ESD, el objetivo general del mecanismo de solución de diferencias es hallar una solución positiva a las diferencias que surjan entre los Miembros. Como he mencionado anteriormente, en principio es deseable que las partes solucionen mutuamente su diferencia a través de la negociación. Cuando no fuere posible conseguir una solución mutuamente aceptable, a pesar de los intentos, la parte que está siendo afectada por la medida en cuestión podrá iniciar un procedimiento litigioso en contra del Miembro que está implementándola, para que un grupo especial y/o el Órgano de Apelación verifiquen la compatibilidad de la misma con los acuerdos de la OMC. Si se confirma la incompatibilidad, el primer objetivo del sistema de solución de diferencias será conseguir la supresión de la medida.

El objetivo de suprimir la medida es una cuestión que está cronometrada por el artículo 21.1 del ESD. Dicha disposición establece que el *pronto cumplimiento* de las recomendaciones y resoluciones del OSD es esencial para asegurar la eficacia del sistema de solución de diferencias de la OMC. Por tanto, una vez declarada la incompatibilidad, todos los esfuerzos de dicho sistema estarán volcados a lograr que el demandado suprima o modifique su medida lo más pronto posible.

El primer elemento institucional que refleja este primer objetivo queda plasmado en el artículo 21.3 del ESD que establece que “En caso de que no sea factible cumplir inmediatamente las recomendaciones y resoluciones, el Miembro afectado dispondrá de un plazo prudencial para hacerlo”. De dicha disposición se extrae la regla general de que el demandado deberá cumplir inmediatamente las recomendaciones y resoluciones del OSD, siendo la supresión de la medida la opción más deseada por el sistema de solución de diferencias para cumplir con las resoluciones y recomendaciones, aunque no la única vía para actualizar dicho propósito (ya que el demandado bien podría modificar la medida incompatible en lugar de suprimirla). Sólo cuando no sea factible el cumplimiento inmediato, la parte demandada contará con un plazo prudencial para hacerlo.¹¹

¹¹ Ver decisión de los árbitros en el caso *Australia – Medidas que afectan a la importación del salmón (Canadá)* (“Australia – Salmón”) (*Arbitraje 21.3 (c)*), WT/DS18/9, párrafo 30.

(b) Notificación del demandado sobre su plan de implementación. Determinación del plazo prudencial

El artículo 21.3 establece que el OSD deberá celebrar una reunión dentro de los 30 días siguientes a la adopción del informe definitivo del grupo especial o del Órgano de Apelación. En dicha reunión el demandado deberá informar al OSD sobre cuál es su plan para implementar las resoluciones y recomendaciones adoptadas. En caso de tener dificultades para lograr una implementación inmediata, así lo externará en dicha reunión y propondrá al OSD un plazo para cumplir.

El OSD podrá aceptar o rechazar el plazo prudencial propuesto por el demandado. En el primer caso, el plazo prudencial será el que se haya propuesto.¹² En el segundo, será aquel que se fije de común acuerdo entre las partes dentro de los 45 días siguientes a la fecha de adopción de las resoluciones y recomendaciones.¹³ En caso de que las partes no lleguen a un acuerdo en este sentido, el plazo prudencial será determinado por un árbitro dentro de los 90 días siguientes a la fecha de adopción.¹⁴

El mandato de este árbitro consistirá exclusivamente en calcular, de acuerdo a las circunstancias, el plazo que necesitará el demandado para poner su medida en conformidad con las resoluciones y recomendaciones del OSD.¹⁵ Salvo que las circunstancias ameriten un plazo prudencial más extenso, el árbitro no podrá fijar un plazo prudencial que exceda de 15 meses a partir de la fecha en que el OSD adopte los informes definitivos del grupo especial y Órgano de Apelación.¹⁶

Ahora, si asumimos la posibilidad de que los medios de implementación elegidos por el demandado pudieran ser incompatibles con los acuerdos abarcados, surge la pregunta de ¿a quién corresponde entonces decidir sobre una incompatibilidad en este sentido?

En *Canadá – Patentes para productos farmacéuticos*, el árbitro estableció que dicha cuestión no está sometida a la jurisdicción de los árbitros nombrados de conformidad con el artículo 21.3 (c).¹⁷ Añadieron que, “[I]o que justamente debe preocupar a un árbitro nombrado de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 es *cuándo*, no *qué* ha de hacer el Miembro [demandado]”.¹⁸ Como se verá *infra*, verificar la compatibilidad de los medios de implementación es una cuestión que pertenece a la jurisdicción del grupo especial revisor constituido bajo el artículo 21.5 del ESD.

¹² Artículo 21.3 (a) del ESD. Esto nunca ha sucedido, probablemente por el hecho de que el OSD toma decisiones por consenso. Si alguno de los miembros, incluido el reclamante, está en desacuerdo con el plazo prudencial propuesto por el demandado, significa que el OSD estará rechazando la propuesta.

¹³ Artículo 21.3 (b) del ESD.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Decisión de los árbitros en *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la carne y a los productos cárnicos* (“*CE – Hormonas*”) (*Arbitraje 21.3 (c)*), WT/DS26/15, párrafo 38. Ver también decisión de los árbitros en *Estados Unidos – Medidas antidumping sobre determinados productos de acero laminado en caliente provenientes de Japón* (“*Estados Unidos – Acero Laminado en caliente*”) (*Arbitraje 21.3 (c)*), WT/DS184/13, párrafo 30.

¹⁶ Artículo 21.3 (c) del ESD.

¹⁷ Decisión de los árbitros en *Canadá – Protección mediante patente de los productos farmacéuticos* (“*Canadá - Patentes para productos farmacéuticos*”) (*Arbitraje 21.3(c)*), WT/DS114/13, párrafo 40. Ver también *Estados Unidos – Acero laminado en caliente* (*Arbitraje 21.3(c)*), WT/DS184/13, párrafo 30.

¹⁸ Laudo del árbitro en *Canadá – Patentes para productos farmacéuticos* (*Arbitraje 21.3 (c)*), WT/DS114/13, párrafo 41 (énfasis original).

En el caso *Estados Unidos – Enmienda Byrd*,¹⁹ el grupo especial sugirió a los Estados Unidos que implementaran las resoluciones y recomendaciones del OSD a través de la abrogación de la Enmienda Byrd.²⁰ El árbitro que conoció del caso bajo el artículo 21.3(c) admitió que dicha sugerencia podría ser una “útil contribución en el proceso de decisión del Miembro que ha de proceder a la aplicación”.²¹ Sin embargo, consideró, “(...) esa sugerencia no afecta, en última instancia, al principio firmemente establecido de que “la elección de la forma de aplicación es, y debe ser, prerrogativa del Miembro que ha de proceder a ella”²².”²³

Por último, queda por mencionar que, como fue establecido en *Canadá – Patentes para productos farmacéuticos*, el plazo prudencial no es un derecho de aplicación discrecional ni automática, se trata de un derecho condicionado a que no sea factible el cumplimiento inmediato por parte del demandado.²⁴ El demandado, por tanto, tiene la carga de probar, al OSD y al árbitro constituido bajo el artículo 21.3 (c), que no es factible un cumplimiento inmediato.²⁵

(c) Vigilancia en la implementación de resoluciones y recomendaciones del OSD

Más allá de las sanciones comerciales que pudieran aplicarse al demandado a falta de una pronta y completa implementación de las resoluciones y recomendaciones del OSD, en la práctica esta implementación es una situación que depende enteramente de la voluntad del demandado. Éste decidirá cuándo y cómo implementará las resoluciones y recomendaciones del OSD.

A manera de contrarrestar posibles abusos por parte del demandado a propósito de esta discrecionalidad, el sistema de solución de diferencias de la OMC proporciona cuatro herramientas para inducir al demandado a que cumpla prontamente las resoluciones y recomendaciones que le vinculan. La facultad que tiene el OSD para vigilar el proceso de implementación de sus propias resoluciones y recomendaciones es una de ellas. La suspensión de concesiones u otras obligaciones, el procedimiento de revisión contemplado en el artículo 21.5 del ESD y el procedimiento arbitral establecido por el artículo 22.6 del ESD, son las otras tres.²⁶ Las cuatro trabajan conjuntamente y constituyen lo que se puede considerar como un sistema integral para la implementación de las recomendaciones y resoluciones del OSD.

¹⁹ Un caso todavía en etapa de implementación ante la OMC.

²⁰ Informe de Grupo Especial en *Estados Unidos – Ley de compensación por continuación del dumping o mantenimiento de las subvenciones de 2000 (Estados Unidos – Enmienda Byrd)*, párrafo 8.6.

²¹ Laudo del árbitro *Estados Unidos – Enmienda Byrd (Arbitraje 21.3 (c))*, WT/DS217/14, WT/DS234/22, párrafo 52.

²² Laudo del Árbitro en *Corea – Impuestos a las bebidas alcohólicas (“Corea - Bebidas alcohólicas”)*, párrafo 45; Laudo del Árbitro en *Canadá - Patentes para productos farmacéuticos*, párrafo 40; Laudo del Árbitro en *Chile - Sistema de bandas de precios*, párrafo 32.

²³ Laudo del árbitro, *Estados Unidos – Enmienda Byrd (Arbitraje 21.3 (c))*, WT/DS217/14, WT/DS234/22, párrafo 52.

²⁴ Laudo del árbitro en *Canadá – “Patentes para productos farmacéuticos (Arbitraje 21.3(c))*, WT/DS114/13, párrafo 45.

²⁵ Laudo de los árbitros en los casos *CE – Hormonas (Arbitraje 21.3(c))*, WT/DS26/15, párrafo 27 y *Canadá – Patentes para productos farmacéuticos*, WT/DS114/13, párrafo 47.

²⁶ Cfr. PAUWELYN, Joost, *Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules – Toward a More Collective Approach*, American Journal of International Law, 94 (2), Abril 2000, pág. 337 en MAVROIDIS, Petros C. y SYKES, Alan O. (compiladores), *THE WTO AND INTERNATIONAL TRADE LAW/DISPUTE SETTLEMENT: Critical perspectives on the global trading system and the WTO*, Edward Elgar Publishing Limited, Reino Unido/ Estados Unidos, 2005, pág. 426.

El OSD tiene la obligación, y el interés, de vigilar que el demandado implemente sus resoluciones y recomendaciones prontamente. Dicha tarea comienza desde la fecha de adopción de los informes del grupo especial y del Órgano de Apelación, y no termina sino hasta que se haya verificado que el demandado ha implementado completamente las resoluciones y recomendaciones de una forma compatible con los acuerdos abarcados.²⁷

La cuestión sobre la implementación podrá ser planteada ante el OSD por cualquier Miembro, en cualquier momento después de haberse adoptado las resoluciones y recomendaciones.²⁸

A menos que se decida por consenso lo contrario, la cuestión sobre la implementación de las recomendaciones y resoluciones será incluida en el orden del día de la reunión que celebre el OSD seis meses después de la fecha en que se haya establecido el plazo prudencial. Se mantendrá en el orden del día de todas las reuniones subsecuentes hasta que el demandado ponga la medida que ha sido declarada incompatible en completa conformidad con las resoluciones y recomendaciones del OSD.²⁹

Por lo menos 10 días antes de cada una de estas reuniones, el demandado presentará al OSD un *informe de situación* por escrito en el que informará sobre sus progresos en la implementación de las resoluciones y recomendaciones.³⁰ La sanción a la que, por esta vía, se hará merecedor el Miembro demandado cuando no demuestre que ha ejecutado acciones que indiquen un progreso en la implementación de las resoluciones y recomendaciones, es que quedará en evidencia su incumplimiento ante los otros Miembros que conforman la OMC durante las reuniones que celebra el OSD cada mes.

A manera de degradar el impacto de esta sanción, que ataca al prestigio y a la credibilidad del demandado que se encuentra en incumplimiento, me parece importante destacar que, en la práctica, lamentablemente hay Miembros que en las reuniones del OSD externan su preocupación por la situación de incumplimiento en la que se encuentran ciertos Miembros, cuando en otros casos ellos se encuentran en una situación similar o en una peor. Este doble estándar es muy común entre países como Estados Unidos y las Comunidades Europeas.³¹

A pesar de lo anterior, también me parece importante precisar que, en el fondo, sí existe una preocupación y un interés serio de que los Miembros cumplan las resoluciones y recomendaciones del OSD prontamente y que, de esta forma, se fortalezca el sistema de solución de diferencias de la OMC. En este sentido, varios Miembros, incluido México, que juega un papel verdaderamente relevante en el proceso de negociación, se reúnen en sus respectivas Misiones diplomáticas en Ginebra, Suiza, para discutir, negociar y concertar enmiendas al ESD para mejorar las herramientas que ya existen en el sistema de solución de diferencias de la OMC, encaminadas a inducir al demandado a cumplir plena y prontamente las resoluciones y recomendaciones del OSD.

²⁷ Artículo 21.6 del ESD.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Los casos de *Estados Unidos - Enmienda Byrd* y *CE - Bananos III* son el reflejo más claro de esto.

(d) Conclusiones

En la presente parte hemos explicado que uno de los aspectos más importantes del sistema de solución de diferencias de la OMC es el pronto cumplimiento de las resoluciones y recomendaciones del OSD. En dicho aspecto radica, en gran parte, la efectividad de dicho sistema. También hemos analizado que, como regla general, en el concepto de “pronto cumplimiento” subyace la obligación de suprimir la medida declarada incompatible inmediatamente después de que el OSD haya adoptado los informes correspondientes. Sólo en el caso en que no sea factible un cumplimiento inmediato por parte del demandado, se le otorgará a éste un plazo prudencial para cumplir, de conformidad con lo previsto en el artículo 21.3 del ESD.

Finalmente, hemos descrito en qué consiste la facultad del OSD para vigilar la pronta implementación de sus resoluciones y recomendaciones. En este sentido, la cuestión sobre la implementación podrá ser incluida en el orden del día del OSD a petición de cualquiera de los Miembros, y se mantendrá en todas las reuniones subsecuentes hasta que el demandado ponga la medida en completa conformidad con las resoluciones y recomendaciones del OSD.

4. Disputas relativas a la implementación

En la parte anterior vimos que el Miembro que ha perdido la disputa está obligado a cumplir inmediatamente, o dentro de un plazo prudencial, si es el caso, con las recomendaciones y resoluciones adoptadas por el OSD. También vimos que los medios de implementación serán elegidos libremente por el demandado, con el único requisito de que éstos deberán ser compatibles con los acuerdos abarcados. Entonces surgió la pregunta respecto de ¿a quién corresponde determinar la compatibilidad de los medios utilizados por el demandado en la implementación de las recomendaciones y resoluciones del OSD?

Como mencionamos anteriormente, dicha facultad no forma parte del mandato del árbitro constituido bajo el artículo 21.3 (c) —quien determina el plazo prudencial—sino del panel de cumplimiento constituido bajo el artículo 21.5 del ESD. Así, en esta parte se explicará en qué circunstancias podrá solicitarse la integración de un panel de cumplimiento bajo el artículo 21.5, las facultades de éste, sus límites y, finalmente, en quién recae la carga de la prueba en este procedimiento.

(a) Panel de cumplimiento

El artículo 21.5 establece que el establecimiento de un panel de cumplimiento³² podrá solicitarse cuando exista un desacuerdo respecto de (1) la existencia de una medida destinada a cumplir las recomendaciones y resoluciones y/o (2) la compatibilidad de dicha medida con los acuerdos abarcados.³³ El órgano jurisdiccional que conocerá de esta diferencia será, siempre que sea posible, el grupo especial que originalmente haya conocido del asunto, quien en este nuevo procedimiento recibirá el nombre de *panel de cumplimiento*. Éste tendrá 90 días, a partir de la fecha en que se le haya sometido el asunto, para distribuir su informe. Si el panel de cumplimiento considera que no le es

³² Denominación que aduce precisamente a su posición como órgano jurisdiccional respecto de la compatibilidad con la OMC de las acciones tomadas por el Miembro perdedor de la disputa, destinadas a *cumplir* las resoluciones y recomendaciones del OSD.

³³ Artículo 21.5 del ESD.

posible presentar su informe en este plazo, comunicará al OSD los motivos de su retraso³⁴ e indicará a éste el plazo en que estima podrá distribuirlo.³⁵

Existe una diferencia entre el período que tienen el grupo especial original y el panel de cumplimiento para distribuir sus informes respectivos. El ESD establece que el tiempo que trascorra entre la composición del grupo especial original y la distribución de su informe definitivo a las partes no deberá exceder de seis meses.³⁶ El plazo otorgado al panel de cumplimiento para estos efectos es de solamente 90 días contados a partir de que se le haya sometido el asunto.³⁷ La diferencia responde a una cuestión de celeridad, ya que la medida sometida a la revisión del panel de cumplimiento es una que ya ha sido previamente declarada como incompatible con la OMC. Como he mencionado anteriormente, cuando se ha verificado la incompatibilidad de una medida, es esencial que el demandado cumpla *prontamente* las recomendaciones y resoluciones del OSD para asegurar la eficacia del sistema de solución de diferencias de la OMC.³⁸

(b) Facultades de revisión del panel de cumplimiento

Las facultades de revisión del panel de cumplimiento son configuradas por el artículo 21.5 del ESD y se complementarán en cada caso por el mandato que se desprenda de la solicitud de establecimiento de grupo especial que haga el reclamante con fundamento en esta misma disposición. Del artículo 21.5 se deriva que el panel de cumplimiento está facultado para determinar (1) *la existencia* de una medida destinada a cumplir las resoluciones y recomendaciones del OSD y (2) *la compatibilidad* de dicha medida con un acuerdo abarcado.

De la solicitud de establecimiento de grupo especial que haga el reclamante bajo el artículo 21.5 se deriva la facultad que tiene el panel de cumplimiento para revisar una medida en el caso concreto, a saber, aquella con la que alegadamente el demandado cumple las resoluciones y recomendaciones del OSD. El panel de cumplimiento verificará si con la nueva medida se han implementado las resoluciones y recomendaciones y si la misma es compatible con los acuerdos abarcados por el ESD.

No formará parte de su mandato sugerirle al demandado medios o formas para que implemente los informes adoptados. Podrá hacerlo, sin embargo conforme al artículo 19.1 del ESD, sus sugerencias no serán vinculantes para el demandado.³⁹ Como

³⁴ El motivo que generalmente retrasa la distribución de informes es la complejidad del asunto.

³⁵ Artículo 21.5 del ESD.

³⁶ Esta regla se establece en el artículo 12.9 del ESD. Adicionalmente, es de notar que la misma disposición establece dos reglas adicionales que rigen la distribución del informe definitivo del GE original. (1) En aquellos casos de urgencia, incluidos los relativos a productos perecederos, el GE original procurará trasladar su informe a las partes dentro de los tres meses siguientes a su composición. (2) Además, en ningún caso el período transcurrido entre el establecimiento del GE y la distribución del informe a los Miembros deberá exceder de nueve meses.

³⁷ Regla prevista en el artículo 21.5 del ESD, que igualmente dispone que si el panel de cumplimiento considera que no le es posible presentar su informe dentro del plazo de 90 días, entonces comunicará por escrito al OSD los motivos del retraso, indicando el plazo en que estima podrá presentarlo.

³⁸ Artículo 3.7 del ESD.

³⁹ Dicha disposición establece que “[a]demás de formular recomendaciones, el grupo especial o el Órgano de Apelación *podrán sugerir* la forma en que el Miembro afectado *podría* aplicarlas.” [énfasis añadido]. A su vez, el Diccionario de la Real Academia Española define al verbo “sugerir” como “proponer o aconsejar algo”. Lo que significa que, de acuerdo al sentido ordinario de los términos del artículo 19.1, no es obligatorio sino optativo aplicar las sugerencias del grupo especial y del panel de cumplimiento para implementar las resoluciones y recomendaciones.

mencioné, éste tiene la prerrogativa de elegir los medios de implementación que le acomoden,⁴⁰ siempre y cuando sean compatibles con los acuerdos abarcados.⁴¹

El artículo 21.5 establece que el panel de cumplimiento está facultado para determinar la existencia de una *medida destinada a cumplir con las resoluciones y recomendaciones* y su compatibilidad con los acuerdos abarcados. Con respecto a la expresión “medida destinada a cumplir con las resoluciones y recomendaciones”, vale la pena transcribir lo establecido por el Órgano de Apelación en el caso *Canadá – Aeronaves civiles*:

En nuestra opinión, la expresión “medidas destinadas a cumplir” designa a aquellas medidas adoptadas o que deberían ser adoptadas por un Miembro para cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD. En principio, una medida “destinada a cumplir las recomendaciones y resoluciones” del OSD no será la misma que fue objeto de la diferencia inicial, por lo que habría *dos medidas distintas y separadas*:⁴² la medida inicial, que dio lugar a las recomendaciones y resoluciones del OSD y las “medidas destinadas a cumplir” las recomendaciones y resoluciones, adoptadas o que deberían adoptarse para aplicar dichas recomendaciones y resoluciones.⁴³
[Énfasis añadido]

El mismo Órgano de Apelación estableció que, como la medida revisada por el panel de cumplimiento es diferente a aquella revisada inicialmente por el grupo especial original, entonces:

Es lógico (...) que las alegaciones, argumentos y circunstancias fácticas pertinentes a la “medida destinada a cumplir” las recomendaciones y resoluciones no sean, necesariamente, los mismos que eran pertinentes en la diferencia inicial. De hecho, la utilidad del examen previsto en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD quedaría gravemente menoscabada si un grupo especial estuviera obligado a examinar la nueva medida desde la perspectiva de las alegaciones, los argumentos y las circunstancias fácticas relativas a la medida inicial, por cuanto un grupo especial establecido de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 no podría en tal caso examinar plenamente la “compatibilidad con un acuerdo abarcado” de las “medidas destinadas a cumplir” las recomendaciones y resoluciones, como exige ese precepto.⁴⁴

(c) Celebración de consultas

La práctica general antes de *México – Jarabe de Maíz*, es que la parte interesada solicitaba la integración de un panel de cumplimiento sin que previamente las partes celebraran consultas. En aquel caso, las Comunidades Europeas, actuando como tercera parte, modificaron la práctica.⁴⁵ Alegaron que, conforme al artículo 21.5 del ESD, todo

⁴⁰ Decisión del árbitro en *CE - Hormonas (Arbitraje 21.3 (c))*, WT/DS26/15, párrafo 38. Ver también Decisión del árbitro en el caso *Australia – Salmón (Canadá) (Arbitraje 21.3 (c))*, WT/DS18/9, párrafo 35; Decisión del árbitro en *Chile – Bebidas (Arbitraje 21.3 (c))*, WT/DS87/15, WT/DS114/13, párrafo 42; *Chile – Sistema de bandas de precios (Arbitraje 21.3(c))*, WT/DS207/13, párrafo 32.

⁴¹ Decisión del árbitro en *Corea – Bebidas alcohólicas (Arbitraje 21.3(c))*, WT/DS75/16, WT/DS84/14, párrafo 45.

⁴² (nota al pie original) Reconocemos que, cuando se alegue que *no* hay “medidas destinadas a cumplir” las recomendaciones y resoluciones, un grupo especial puede constatar que no existe *ninguna* nueva medida.

⁴³ Informe del Órgano de Apelación en *Canadá – Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles (“Canadá – aeronaves civiles”)* (Recurso del Brasil al Artículo 21.5 del ESD), WT/DS70/AB/RW, adoptado el 4 de agosto de 2000, párrafo 36.

⁴⁴ Informe del Órgano de Apelación en *Canadá – aeronaves civiles* (Recurso del Brasil al Artículo 21.5 del ESD), WT/DS70/AB/RW, párrafo 41.

⁴⁵ Informe del Órgano de Apelación en *México – Investigación antidumping sobre el jarabe de maíz de alta concentración de fructuosa procedente de los Estados Unidos (México – Jarabe de Maíz)*, Recurso al

panel de cumplimiento debía resolver la diferencia “conforme a los presentes procedimientos de solución de diferencias” y que la frase “los presentes procedimientos” incluía la celebración de consultas.⁴⁶

Además, notaron que el artículo 6.2 del ESD requiere al Miembro que está solicitando el establecimiento de un grupo especial, que indique en su solicitud “si se han celebrado consultas”. El Órgano de Apelación replicó en este sentido que, si bien bajo el artículo 6.2 la parte solicitante está obligada a indicar si se han celebrado consultas, esto no constituye una obligación a que se celebren las mismas.⁴⁷ De hecho se puede notar que, de la redacción del artículo 6.2 se desprende que ésta disposición “también prevé la posibilidad de que se establezca válidamente un grupo especial sin que ese establecimiento haya ido precedido de la celebración de consultas.”⁴⁸ El Órgano de Apelación concluyó manifestando que “la falta de consultas previas no es un vicio que, por su propia naturaleza, prive a un grupo especial de su autoridad para examinar un asunto y para resolver sobre él.”⁴⁹

Queda por decir que, en la práctica, la parte interesada sí solicita la celebración de consultas con su contraparte en la mayoría de los procedimientos 21.5. Sin embargo, como detallaré *infra*, la celebración de consultas en el marco de disputas sobre implementación, es un elemento que exacerba el problema procedimental de la secuencialidad, por lo que en muchos casos las partes están incentivadas a no celebrarlas. El tiempo que tomarían las consultas (60 días) absorbería todo el tiempo que el reclamante tiene para ejercer su derecho a suspender concesiones u otras obligaciones al demandado. Celebrar consultas pudiera traducirse en la pérdida del derecho del reclamante a ejercer el único remedio jurídico que pudiera inducir al demandado a cumplir con las resoluciones y recomendaciones del OSD.

(d) Carga de la prueba

Como sucede en cualquier procedimiento judicial, la carga de la prueba en los procedimientos de revisión 21.5, recae en la parte, sea el demandante o el demandado, que afirma una determinada reclamación o defensa.

En el caso *Brasil – aeronaves*, Brasil hizo una interpretación que modificaba la asignación de la carga de la prueba. Éste aceptó ante el grupo especial que a él correspondía la carga de probar que la nueva medida encajaba con la excepción del punto k) de la Lista ilustrativa de subvenciones a la exportación contenida en el Anexo I del Acuerdo SMC. Sin embargo, ante el Órgano de Apelación, el Brasil declaró lo contrario. Consideró que su nueva medida iba encaminada a cumplir las resoluciones y recomendaciones del OSD y que por ello, Brasil gozaba de una presunción de compatibilidad con los acuerdos abarcados –en este caso la presunción alegada por Brasil consistía en que su nueva medida cumplía con la excepción prevista en el punto k) de la “Lista ilustrativa”.⁵⁰ Si, estableció Brasil, la alegación del Canadá iba en el

artículo 21.5 del ESD por parte de los Estados Unidos, WT/DS132/AB/RW adoptado el 21 de noviembre de 2001.

⁴⁶ *Idem*, párrafos 30-33.

⁴⁷ *Idem*, párrafo 62.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ *Idem*, párrafo 65.

⁵⁰ Informe del Órgano de Apelación en *Brasil – Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves* (“*Brasil - Aeronaves*”), Recurso del Canadá al artículo 21.5 del ESD, WT/DS46/AB/RW, adoptado el 4 de agosto de 2000, párrafo 66.

sentido de que la nueva medida del Brasil no cumplía los requisitos de la excepción del punto k), correspondía a éste probar dicha alegación.

El Órgano de Apelación no concordó con dicha interpretación y, por el contrario, notó que el hecho de que la medida en cuestión haya sido adoptada para cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD, no modifica la asignación de la carga de probar la defensa del Brasil. En el caso en que Brasil alegara la compatibilidad de la nueva medida con alguna excepción, como sucedió en el caso concreto,⁵¹ a éste correspondía demostrar dicha “defensa afirmativa”, no al Canadá.⁵²

En resumen, el grupo especial 21.5 conocerá del caso cuando exista controversia respecto de la existencia de una medida destinada a cumplir o respecto de la compatibilidad de ésta con los acuerdos abarcados por el ESD. Éste tendrá 90 días a partir de la fecha en que se le sometió el asunto para distribuir su informe. Antes de solicitarse el establecimiento de un grupo especial 21.5, las partes podrán celebrar consultas previas. Sin embargo, la falta de éstas no es un vicio que, por su propia naturaleza, prive a un grupo especial de su autoridad para examinar un asunto y para resolver sobre él. Por último, en el procedimiento ante el grupo especial 21.5, la carga de la prueba recaerá sobre la parte, sea reclamante o demandado, que afirme una determinada reclamación o defensa.

(e) Conclusiones

En la presente parte hemos analizado que el establecimiento de un panel de cumplimiento podrá solicitarse cuando (1) exista desacuerdo respecto de la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones o (2) exista un desacuerdo respecto de la compatibilidad de dichas medidas con los acuerdos abarcados. También hemos analizado que la facultad del panel de cumplimiento es justamente determinar la existencia y compatibilidad de una medida destinada a cumplir con los acuerdos abarcados por el ESD.

Asimismo, hemos concluido que el concepto de “medida destinada a cumplir” denota una medida adoptada por el demandado con la finalidad de cumplir las resoluciones y recomendaciones del OSD. Enfatizamos en este sentido, que una medida destinada a cumplir se trata de una medida diferente a aquella que fue sujeta de disputa en la diferencia inicial, por lo que no necesariamente las alegaciones, los argumentos y las circunstancias fácticas relativas a la medida inicial serán pertinentes en el análisis que llevará a cabo el panel de cumplimiento.

Ahora, con la finalidad de demostrar que el sistema de solución de diferencias de la OMC es mejorable, me gustaría destacar un par de aspectos problemáticos en la configuración que hace el ESD del procedimiento 21.5. Primero, el artículo 21.5 del ESD establece que la diferencia respecto a la existencia y compatibilidad de una medida destinada a cumplir “se resolverá conforme a los presentes procedimientos de solución de diferencias”. La frase “conforme a los presentes procedimientos de solución de diferencias” es tan general que incluye todas las etapas de un procedimiento normal: 60

⁵¹ Brasil alegaba los pagos efectuados en el marco del PROEX (la medida), eran pagos “permitidos” en virtud del punto k) de la Lista ilustrativa de subvenciones a la exportación contenida en el Anexo I del *Acuerdo SMC*.

⁵² Informe del Órgano de Apelación en *Brasil – Aeronaves (Recurso del Canadá al artículo 21.5 del ESD)*, párrafo 66.

días para la celebración de consultas, la posibilidad de que se celebren dos reuniones del OSD antes de que se establezca el grupo especial, la posibilidad de apelación del informe del grupo especial y un período de dos a tres meses para que el Órgano de Apelación emita su informe. En conjunto, todas estas etapas suman más de 90 días. Hemos dicho que limitar a 90 días el plazo que tiene el grupo especial para resolver un recurso al artículo 21.5, en contraposición a los seis meses que tiene un grupo especial para resolver la disputa inicial, es un elemento que permite apreciar el énfasis en el artículo 21.5 a que los procedimientos de revisión se concluyan rápidamente.

Considero, por tanto, que la frase “conforme a los presentes procedimientos de solución de diferencias” es un elemento que debe ser enmendado en el artículo 21.5 para lograr una consistencia con el elemento de celeridad inscrito en dicha disposición. Petros Mavroidis, por ejemplo, propone que los grupos especiales 21.5 sean tratados como árbitros, en el sentido de que sus decisiones no deben ser apelables.⁵³ Si revisamos casos como *Canadá – Productos lácteos*, *Brasil – Aeronaves* o *Estados Unidos – EVE*, no podremos negar la importancia de la propuesta de Mavroidis. En esos casos, se hizo un doble recurso al artículo 21.5 y en todos ellos se apeló ante el Órgano de Apelación la decisión del grupo especial. Lo cual sirvió para que los demandados pudieran alargar la fase 21.5 hasta dos años, en los dos primeros casos⁵⁴ y hasta más de cinco años,⁵⁵ en el último caso, cuando en realidad dicha fase está pensada para 90 días.

El artículo 19.1 del ESD establece la facultad discrecional de los grupos especiales y del Órgano de Apelación para sugerir al demandado alguna forma con la que podría aplicar las recomendaciones que se le han dirigido. Si bien el ejercicio de esta facultad no es obligatorio, sugerir formas de cumplimiento más a menudo (porque en la práctica no se acostumbra) es algo que pudiera reducir el número de procedimientos 21.5, ya que si el Miembro que perdió la disputa implementa las recomendaciones y resoluciones del OSD de la forma en que le ha sido sugerido por el grupo especial o por el Órgano de Apelación, eso creará una presunción irrefutable de que ese Miembro está cumpliendo con sus obligaciones internacionales ante la OMC.⁵⁶

5. Remedios jurídicos en el sistema de solución de diferencias de la OMC

La violación de una obligación internacional pudiera generar daños materiales y morales a terceros Estados, por lo que, conforme a los principios del derecho internacional, surgirá la obligación de repararlos. Desde 1929, la Corte Permanente de Justicia Internacional, el predecesor de la actual Corte Internacional de Justicia de la Organización de las Naciones Unidas, estableció que “es un principio de derecho internacional que la violación de un compromiso trae aparejada la obligación de reparar

⁵³ Cfr. MAVROIDIS, Petros C. (2000), *Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place*, European Journal of International Law, 11(4), página 799.

⁵⁴ En el caso *Brasil - Aeronaves*, se sometió el asunto 21.5 al grupo especial desde el 9 de diciembre de 1999. La última adopción del informe del grupo especial, en el segundo recurso al artículo 21.5, fue hasta el 23 de agosto de 2001. En el caso *Canadá – Medidas que afectan a la importación de leche y a la exportación de productos lácteos* (“*Canadá – Productos lácteos*”), el asunto 21.5 fue sometido al grupo especial desde el 1 de marzo de 2001. La adopción de los informes del grupo especial y del Órgano de Apelación, en un segundo recurso al artículo 21.5, no fue sino hasta el 17 de enero de 2003.

⁵⁵ En este caso, el asunto 21.5 fue sometido al grupo especial desde el 20 de diciembre de 2000, y no fue sino hasta el 14 de marzo de 2006, en un segundo recurso al artículo 21.5, que el OSD adoptó los informes del grupo especial y del Órgano de Apelación.

⁵⁶ Cfr. MAVROIDIS, Petros C. (2000), *Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place*, European Journal of International Law, 11(4), página 791.

[el daño] en una forma adecuada. La reparación, por tanto, es el complemento indispensable de una falla a aplicar una convención y no hay necesidad de que esto sea establecido en [una] convención.”⁵⁷

A propósito de lo anterior, resulta indispensable analizar el régimen relativo a los remedios jurídicos en el sistema de solución de diferencias de la OMC, en el que también se discutirán sus deficiencias y, a la luz de sus objetivos principales, se plantearán algunas propuestas para mejorarlo. Sobre este último punto, me pareció indispensable describir el funcionamiento de los remedios jurídicos en el derecho internacional público general a la luz del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre responsabilidad de los Estados y el funcionamiento de los remedios jurídicos durante la era GATT; por lo que se describen éstos con el objetivo de realizar una evaluación comparativa del actual sistema de solución de diferencias de la OMC.

(a) Remedios jurídicos en el derecho internacional público general

Así, al haberse constatado la existencia de un acto internacionalmente ilícito, el Estado al que se le haya atribuido tendrá tres obligaciones inmediatas: (1) cesar el acto,⁵⁸ si éste continua, (2) otorgar garantías de que no lo repetirá, si las circunstancias así lo requieren⁵⁹ y (3) reparar íntegramente el daño material y/o moral causado al Estado reclamante o a sus nacionales con el acto ilícito.⁶⁰ Las tres obligaciones son la consecuencia jurídica de la responsabilidad internacional en la que han incurrido. Tanto la cesación del acto como la reparación del daño son obligaciones que tienen la finalidad de desaparecer las consecuencias del acto ilícito.⁶¹

Según la costumbre internacional, codificada en el proyecto de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) sobre responsabilidad de los Estados, existen tres formas de reparación: la restitución, la compensación y la satisfacción.⁶²

El objetivo de la restitución es el restablecimiento del *status quo ante*, es decir, de la situación que existía antes de que el acto internacionalmente ilícito fuera cometido.⁶³ Dicho remedio puede significar, por ejemplo, la devolución de territorios, personas o propiedad, la reversión de una decisión judicial, o bien todas las anteriores combinadas.

La compensación, o restitución por equivalencia, es un remedio que, al igual que la restitución, tiene la finalidad de reparar los daños ocasionados en el pasado. La compensación es de aplicación supletoria a la restitución en aquellos casos en que ésta

⁵⁷ Caso *Fábrica en Chorzow*, 1929 PCIJ Serias A, No. 8, 4 en 21.

⁵⁸ El concepto de acto internacionalmente ilícito incluye tanto a un acto como a una omisión, ya que un Estado puede incumplir con sus obligaciones internacionales por cualquiera de las dos formas, todo dependerá de la naturaleza positiva o negativa de la obligación.

⁵⁹ Esta obligación tiene la finalidad de restaurar la confianza en la relación reclamante-demandado, previniendo el incumplimiento futuro de obligaciones internacionales.

⁶⁰ Artículos 31 y 32 del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre responsabilidad de los Estados.

⁶¹ Ver comentarios que la misma CDI hace sobre su proyecto en responsabilidad de los Estados en: untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf (revisada el 22 de enero de 2007).

⁶² *Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados*, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su quincuagésima tercera sesión, 2001.

⁶³ Y no el restablecimiento, con base en un cálculo hipotético, de la situación que hubiera existido si el acto internacionalmente ilícito no se hubiera cometido.

fuere inútil o excesiva para reparar el daño que se ha calculado. Para la CDI, la compensación será aplicable en cualquiera de estos supuestos: (1) cuando el restablecimiento del *status quo ante* fuere materialmente imposible, (2) cuando este último genere una carga fuera de proporción en comparación al beneficio que se obtendría si se utilizara la compensación,⁶⁴ (3) de manera subsidiaria a la restitución, cuando el restablecimiento del *status quo ante* no fuere suficiente como para reparar íntegramente el daño⁶⁵ o (4) cuando el Estado dañado por el acto ilícito así lo solicite, siempre y cuando dicha solicitud no contravenga a normas imperativas (*ius cogens*).⁶⁶

La Corte Permanente de Justicia Internacional estableció en el caso *Fábrica de Chorzow* que:

La reparación debe, tanto como sea posible, remover todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que, en toda probabilidad, habría existido si el acto no hubiera sido cometido. La restitución en especie, o, si ésta no es posible, el pago de una suma que corresponda al valor de la restitución en especie; la decisión, si se requiere, sobre daños por pérdidas sostenidas que no serían cubiertas por la restitución en especie o por el pago en lugar de éste –esos son los principios que deberían servir para determinar el monto debido de la compensación en respuesta a un acto contrario al derecho internacional.⁶⁷ (Énfasis añadido) (Traducción del autor)

Debemos recalcar que, para el cálculo de la compensación, se incluirán tanto el daño efectivamente causado (*damnum emergens*) como el beneficio que se dejó de gozar a consecuencia del acto ilícito (*lucrum cessans*).

Si ni la restitución ni la compensación pueden reparar el daño íntegramente, lo que en general es una situación extraordinaria, el Estado responsable estará obligado a satisfacer al Estado dañado, ya sea reconociendo su violación, expresando su lamento, disculpándose formalmente por sus actos u omisiones, o a través de alguna otra modalidad apropiada. La satisfacción deberá ser proporcionada al daño y no podrá resultar humillante para el Estado responsable.⁶⁸ Según opinión de la CDI, el daño material o moral que resulte de la comisión de un ilícito será normalmente cuantificable y, por tanto, cubierto por el remedio de la compensación. La satisfacción, por su parte, es el remedio para aquellos daños que, si bien no son cuantificables, tienen un carácter simbólico para el Estado dañado. Independientemente de sus consecuencias materiales, la violación de la obligación internacional ha causado una ofensa a un Estado y habrá que reparar el daño. Ejemplos de daños para los que generalmente se solicita

⁶⁴ Artículo 35 del proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados.

⁶⁵ Artículo 36.1 del proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados. La compensación está destinada a reparar el daño directamente causado por el acto ilícito, por lo que se excluye al daño indirecto o remoto.

⁶⁶ Tratándose de reglas imperativas, que afectan al sistema jurídico internacional en sí mismo, el Estado que ha perdido la disputa está en obligación de restablecer el *status quo ante* y el Estado interesado no podrá sustituir éste remedio ni por la compensación ni por la satisfacción, aunque sí podrían utilizarse estos últimos si se cumple alguno de los otros tres supuestos. La inclusión de este último supuesto está motivada por el tercer reporte sobre responsabilidad estatal del Relator Especial de las Naciones Unidas, James Crawford, UN GA (Documento A/CN.4/507, 15 de marzo de 2000) cuya parte relevante establece que “*En particular la víctima de un acto internacionalmente ilícito está, bajo circunstancias normales, habilitada para elegir una compensación en vez de una restitución en especie, renunciar a la satisfacción, o bien enfocarse en la cesación y en la futura aplicación del acto ilícito en vez de buscar la reparación*” (Traducción del autor).

⁶⁷ *Fábrica de Chorzow*, 1929 PCIJ Series A. 8, 4, en 21.

⁶⁸ Artículo 37 de Proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados.

satisfacción son los insultos a símbolos patrios de un Estado, violaciones a su soberanía o integridad territorial, o ataques en barcos o aeronaves.⁶⁹

En resumen, una vez que se ha constatado la existencia de una violación a un tratado internacional, el Estado responsable deberá cesar el acto internacionalmente ilícito—si éste continúa, otorgar garantías de no repetición—si las circunstancias los requieren, y reparar el daño material o moral causado al Estado reclamante o a sus nacionales. La reparación del daño podrá consistir en la restitución del *status quo ante*, en una compensación (restitución por equivalencia) o en una satisfacción. Las tres formas podrán ser aplicadas individualmente, en cuyo caso la aplicación de una forma dependerá de la impotencia de una forma anterior, o en conjunto, según lo dictamine la naturaleza de las obligaciones violadas en un caso concreto.

Como puede notarse, los remedios jurídicos en el derecho internacional general están encaminados a evitar que el acto ilícito se repita en el futuro y a reparar, tanto como sea posible, el daño ocasionado al reclamante desde el primer momento en que se cometió la violación. Casi muy distinto al de los remedios jurídicos en los sistemas GATT y OMC. Como se verá más adelante, la finalidad de los remedios jurídicos en ambos sistemas no es la reparación retrospectiva del daño sino sólo una reparación prospectiva, sólo se busca evitar que el demandado continúe aplicando la medida ilícita (con la supresión de la misma) y compensar la anulación o el menoscabo ocasionado al reclamante desde la expiración del plazo prudencial. En ambos sistemas hay un desinterés por la reparación retrospectiva del daño.⁷⁰ A continuación se describe el funcionamiento de los remedios jurídicos que se aplicaron en la era GATT y los que actualmente se aplican en la OMC.

(b) Remedios jurídicos en la era GATT

Ni el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) ni los Acuerdos de la Ronda Tokio contenían alguna disposición especial que regulara los remedios jurídicos en el sistema GATT. En vez de ello, las llamadas partes contratantes tuvieron la intención de dejar a discreción de los cuerpos adjudicadores la posibilidad de recomendar el remedio jurídico que fuera más apropiado para el caso concreto. El único límite que tenían dichos cuerpos fue el de tener que cumplir con la regla *non ultra petita* reflejada en su mandato.⁷¹

El denominado ‘Entendimiento relativo a las notificaciones, las consultas, la solución de diferencias y la vigilancia’⁷² de 1979, en buena parte resume la casuística derivada de la interpretación del GATT, en especial de su artículo XXIII:2, en relación con la práctica de los remedios jurídicos entre 1947 y 1979.⁷³ La parte relevante se lee a continuación:

⁶⁹ Proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados de la CDI con comentarios.

⁷⁰ Como quedará explicado un poco más adelante, en el sistema GATT el desinterés fue un poco menor que el mostrado por los miembros en el sistema OMC. Existieron cinco casos en que se recomendaron remedios con efectos retrospectivos, todos ellos relativos a derechos antidumping o cuotas compensatorias. En el sistema OMC, no se prevé un remedio con efectos retrospectivos que pudiera ser vinculante para los miembros.

⁷¹ Cfr. MAVROIDIS, Petros C. (2000), *Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place*, European Journal of International Law, 11(4), página 774.

⁷² Documento L/4907, adoptado el 28 de noviembre de 1979, BISD 26S/210 *et seq.*

⁷³ Cfr. MAVROIDIS, Petros C. (2000), *Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place*, European Journal of International Law, 11(4), página 774.

El objetivo de las PARTES CONTRATANTES ha sido siempre encontrar una solución positiva a las diferencias. Evidentemente, es preferible hallar una solución mutuamente aceptable para las partes en la diferencia. Si no se llega a una solución mutuamente aceptada, el objetivo primordial que suelen perseguir las PARTES CONTRATANTES es conseguir la supresión de las medidas de que se trate si se constata que éstas son incompatibles con el Acuerdo General. No se debe conceder una compensación sino en el caso de que no sea factible suprimir inmediatamente las medidas incompatibles con el Acuerdo General y como solución provisional hasta su supresión. El último recurso previsto en el artículo XXIII para el país que se acoja a este procedimiento es la posibilidad de suspender la aplicación de concesiones o el cumplimiento de otras obligaciones de manera discriminatoria respecto de la otra parte contratante, siempre que las PARTES CONTRATANTES autoricen la adopción de estas medidas. Sólo en contadas ocasiones se ha contemplado tal adopción, y únicamente en uno de los casos tratados con arreglo al párrafo 2 del artículo XXIII se han aplicado tales medidas.⁷⁴

Con algunas excepciones que se discutirán *infra*, el remedio jurídico usualmente recomendado en el sistema GATT, de 1947 a 1994, fue el de la *supresión de la medida incompatible*. Un remedio con efectos prospectivos, en tanto el grupo especial únicamente recomendaba al demandado que suprimiera o modificara su medida ilícita para ponerla en conformidad con sus obligaciones internacionales. Dicho remedio jurídico, por tanto, resolvía el problema del daño futuro pero, por si mismo, no resolvía el aspecto de la anulación o el menoscabo causado desde la fecha de implementación de la medida ilícita hasta la fecha en que se emitió la recomendación.

Antes de 1979, no hubo un solo caso en que un grupo especial recomendara un remedio con efectos prospectivos con el que se reparara *in integrum* la anulación o el menoscabo causado al reclamante desde el momento en que la medida comenzó a implementarse. La razón se debe a que antes de ese año, ninguna parte contratante había solicitado un remedio jurídico distinto al de la supresión de la medida o al de la puesta en conformidad de la medida ilícita con las obligaciones internacionales que correspondían al demandado. Ambos remedios con efectos prospectivos. Los grupos especiales, por su lado, tampoco pudieron sostener una posición propositiva al considerar qué remedios jurídicos recomendarían, ya que debían respetar la regla *non ultra petita*.⁷⁵

Sin embargo, durante la celebración de la Ronda de Tokio (1973-1979), las partes contratantes acordaron la creación de varios códigos que complementariamente regularían el sistema GATT a partir de 1980,⁷⁶ incluidos dos acuerdos relativos a derechos antidumping y cuotas compensatorias.⁷⁷ La creación de ambos acuerdos fue una circunstancia que anticipó un cambio en la casuística del sistema GATT.⁷⁸

⁷⁴ Anexo al Entendimiento relativo a las notificaciones, las consultas, la solución de diferencias y la vigilancia, párrafo 4 (disponible en http://192.91.247.23/spanish/docs_s/legal_s/tokyo_notif_s.pdf).

⁷⁵ Cfr. MAVROIDIS, Petros C. (2000), *Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place*, European Journal of International Law, 11(4), páginas 774-775, 777.

⁷⁶ Dichos códigos abarcaron las siguientes materias: aeronaves civiles, antidumping, balanza de pagos, contratación pública, licencias de importación, obstáculos técnicos al comercio, países en desarrollo, salvaguardias, solución de diferencias, subvenciones, trato diferenciado y más favorable, valoración de aduana, carne de bovino y productos lácteos. Para mayor información revisar: http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/prewto_legal_s.htm (revisada por el autor el 23 de marzo de 2007).

⁷⁷ Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (Documento LT/TR/A/1) y el Acuerdo relativo a la interpretación y Aplicación de los artículos VI, XVI, y XXIII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y comercio (Documento LT/TR/A/3). Ambos documentos entraron en vigor el 1 de enero de 1980.

⁷⁸ Si bien los derechos antidumping y las cuotas compensatorias ya estaban regulados en el Acuerdo General de 1947, estos acuerdos vinieron a dar mejor regulación.

Después de 1979, la casuística de los Códigos de la Ronda de Tokio vino a agregarse a la casuística ya existente del sistema GATT. Según estudios de Petersmann⁷⁹ y de Komuro y Vermulst,⁸⁰ quienes han estudiado toda la casuística de la era GATT, en varias ocasiones se solicitó a los grupos especiales que declararan la ilicitud del derecho antidumping/compensatorio en litigio, y que, además, recomendaran la revocación de la medida y la devolución de los derechos que habían sido cobrados ilícitamente. En cinco de esos casos, todos ellos relativos a derechos antidumping/compensatorios, los grupos especiales se apartaron de recomendar un remedio con efectos únicamente prospectivos, como usualmente se venía haciendo, y recomendaron un remedio con efectos retrospectivos consistente en la devolución de los derechos antidumping/compensatorios que ilícitamente se habían recolectado.⁸¹ Lo anterior implementó una práctica de *restitutio in integrum* en el sistema GATT, que eventualmente desaparecería al establecerse la Organización Mundial del Comercio.⁸²

Sin embargo, la recomendación de remedios con efectos retrospectivos, y la consecuente *restitutio in integrum*, fue una práctica un tanto intermitente en el sistema GATT, como lo demuestra el caso *Trondheim*,⁸³ que involucraba al ‘Acuerdo sobre compras del sector público’.⁸⁴ En aquel caso, el grupo especial meramente recomendó a Noruega que aceptara la ilicitud de su acto y que proporcionara garantías de no repetición, sin intención de reparar el daño causado al reclamante con anterioridad a la emisión de la recomendación. Lo anterior, a pesar de que existían antecedentes de otros grupos especiales que habían recomendado la reparación retrospectiva en materia de derechos antidumping y cuotas compensatorias.⁸⁵

En resumen, el remedio jurídico usualmente utilizado en el sistema GATT antes de 1979, fue uno con efectos prospectivos, a saber, la supresión de la medida ilícita. Después de 1979, sin embargo, la práctica cambió en casos que involucraban derechos antidumping y cuotas compensatorias. Los grupos especiales comenzaron a recomendar remedios con efectos retrospectivos. Además de la supresión de la medida ilícita, en cinco casos los grupos especiales recomendaron la devolución de los derechos antidumping/compensatorios que habían sido recolectados de los importadores con

⁷⁹ PETERSMANN, *International Competition Rules for the GATT/WTO World Trade and Legal System*, Journal of World Trade (1993), volumen 27, 35.

⁸⁰ KOMURO y VERMULST, *Antidumping Disputes in the WTO: Navigating Dire Straits*, Journal of World Trade (1997), volumen 31, 5-44.

⁸¹ Informes del Grupo Especial en *Nueva Zelanda – Importaciones de transformadores eléctricos procedentes de Finlandia*, Documento L/5814 – 32S/58, adoptado el 18 de julio de 1985; *Estados Unidos – Imposición de derechos antidumping a las importaciones de productos huecos de acero inoxidable sin costura procedentes de Suecia*, Documento ADP/47, circulado el 20 de agosto de 1990, no adoptado por oposición de los Estados Unidos; *Estados Unidos – Imposición de derechos antidumping a las importaciones de cemento portland gris y clinker procedentes de México*, Documento ADP/82, circulado el 9 de julio de 1992, no adoptado.

⁸² Cfr. MAVROIDIS, Petros C. (2000), *Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place*, European Journal of International Law, 11(4), páginas 774–776.

⁸³ Informe del Grupo Especial en *Noruega – Compra de equipo de recaudación de peaje para la ciudad de Trondheim*, documento GPR.DS2/R, adoptado el 13 de mayo de 1992.

⁸⁴ Documento LT/TR/PLURI/2 que entró en vigor el 1 de enero de 1981 para los gobiernos que lo hayan aceptado o se hayan adherido a él para esa fecha.

⁸⁵ Para un mayor análisis de este caso ver Petros C. Mavroidis, *Government Procurement Agreement: The Trondheim Case*, 49 AUSSENWIRTSCHAFT 77 (1993).

fundamento en la medida ilícita. Aunque ello sólo de forma intermitente, como lo demuestra el caso *Trondheim*.

(c) Remedios jurídicos en la era OMC

Los remedios jurídicos previstos en el ESD son los de aplicación general, sólo en disputas relativas a subvenciones prohibidas y recurribles serán aplicables aquellos previstos por el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (Acuerdo SMC).

En mi interpretación sólo existen dos remedios jurídicos en el marco de la solución de diferencias de la OMC, ninguno de ellos digno de denominarse remedio jurídico en sentido estricto,⁸⁶ a saber, la supresión de la medida ilícita y la compensación. Algunos autores podrán decir que la “suspensión de concesiones u otras obligaciones” es un remedio jurídico en sí mismo, pero en mi interpretación ésta se trata de una contramedida que tiene la finalidad de inducir al perdedor de una disputa a que cumpla con sus obligaciones internacionales y no de reparar el daño causado al reclamante.

(i) Supresión de la medida ilícita

El artículo 3.7 del ESD establece que el objetivo del mecanismo de solución de diferencias es hallar una solución positiva a las diferencias entre los Miembros. Se deberá dar siempre preferencia a una solución mutuamente aceptable. Sin embargo, si las partes en la diferencia no llegan a una solución por mutuo acuerdo, el primer objetivo del sistema será en general conseguir la supresión de la medida ilícita.

El concepto ‘supresión de la medida ilícita’, en mi interpretación, tiene dos connotaciones, en principio significa la abrogación/derogación de la norma que implementa la medida ilícita, pero también denota la posibilidad de reforma de dicha norma, de forma que sea compatible con los acuerdos de la OMC. Además, y más allá de la abrogación/derogación y de la reforma de la norma que implementa la medida, la supresión de la medida ilícita consiste en un remedio jurídico que obliga al perdedor de la disputa a dejar de aplicar materialmente el acto internacionalmente ilícito que por acto u omisión viola el acuerdo en cuestión. Lo que en teoría incluye también la posibilidad de crear una norma.⁸⁷

Bajo esta perspectiva del concepto ‘supresión de la medida’, no puede considerarse que una disputa entre los Miembros ha sido resuelta sino hasta el momento en que la medida ilícita ha sido materialmente suprimida. Por tanto, todos los informes del grupo especial o del Órgano de Apelación incluirán explícita –a través de una sugerencia- o implícitamente, una recomendación a suprimir la medida, el acto internacionalmente ilícito, en cuestión.

⁸⁶ No al menos en el sentido tradicional de una compensación que repara los daños causados en el pasado. Ver PAUWELYN, Joost, *Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules – Toward a More Collective Approach*, American Journal of International Law, 94 (2), Abril 2000, págs. 339 en MAVROIDIS, Petros C. y SYKES, Alan O. (compiladores), *THE WTO AND INTERNATIONAL TRADE LAW/DISPUTE SETTLEMENT: Critical perspectives on the global trading system and the WTO*, Edward Elgar Publishing Limited, Reino Unido/ Estados Unidos, 2005, pág. 428.

⁸⁷ A manera de ejemplo, si se ha encontrado que un Miembro no contempla en su legislación un recurso para defender los derechos de propiedad intelectual cuando éstos fueren violados, la supresión de la medida implicará que el Miembro en cuestión deberá iniciar un proceso legislativo para crear una norma que prevea un recurso de tal categoría.

Finalmente, queda por decir que, en mi consideración, la supresión de la medida ilícita no debería ser considerado como un remedio jurídico en sentido estricto, sino como una obligación secundaria derivada del incumplimiento de una obligación internacional,⁸⁸ ya que no tiene la finalidad de reparar el daño emergente ni el lucro cesante, sino de prevenirlos a futuro. En este sentido, considero que en el derecho de la OMC sólo existe una figura que pudiera considerarse como un remedio jurídico: la compensación. Sin embargo, como quedará descrito a continuación, tampoco podrá decirse que la compensación es un remedio jurídico en sentido estricto, no por lo menos en el sentido del concepto de remedio jurídico que existe en el derecho internacional general.⁸⁹

(ii) Compensación

Si el Miembro demandado no pone la medida incompatible en conformidad con el acuerdo en cuestión o no cumple de otro modo las recomendaciones y resoluciones del OSD dentro del plazo prudencial, ese Miembro, si así se lo pide el reclamante antes de que expire el plazo prudencial, entablará negociaciones con éste, con miras a hallar una compensación mutuamente aceptable.⁹⁰ Para afirmar que estas negociaciones han sido satisfactorias, las partes deberán haber convenido una compensación mutuamente aceptable antes de que concluya un período de 20 días contados a partir de la fecha de expiración del plazo prudencial. Si dentro de este plazo no se ha convenido en una compensación satisfactoria, cualquier parte que haya recurrido al procedimiento de solución de diferencias podrá pedirle autorización al OSD para suspenderle concesiones u otras obligaciones *infra* al demandado.

El arreglo por compensación es voluntario y, en caso de que se otorgue deberá ser compatible con los acuerdos de la OMC. Así, una característica de la compensación que debe resaltarse, es que deberá respetarse el principio de nación más favorecida (NMF), lo que significa que toda ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedido por el Miembro demandado al Miembro reclamante, como consecuencia de haberse convenido la compensación, será concedido inmediata e incondicionalmente a todo producto o servicio similar de los demás Miembros.⁹¹

El Órgano de Apelación estableció en el caso de *CE – Productos Avícolas* un argumento que se podría utilizar por analogía para el caso de la compensación bajo el artículo 22 del ESD, y es el siguiente:

No hay ningún pasaje del texto del artículo XXVIII del que se desprenda que la compensación negociada en el marco de ese precepto pueda estar exenta del cumplimiento del principio de no discriminación recogido en los artículos I y XIII del GATT de 1994.⁹²

⁸⁸ PAUWELYN, Joost, Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules – Toward a More Collective Approach, *American Journal of International Law*, 94 (2), Abril 2000, págs. 339 en MAVROIDIS, Petros C. y SYKES, Alan O. (compiladores), *THE WTO AND INTERNATIONAL TRADE LAW/DISPUTE SETTLEMENT: Critical perspectives on the global trading system and the WTO*, Edward Elgar Publishing Limited, Reino Unido/ Estados Unidos, 2005, pág. 428.

⁸⁹ *Ibidem*.

⁹⁰ Art. 22.1 del ESD.

⁹¹ Arts. I (Trato general de la Nación Más Favorecida) y XIII (Aplicación no discriminatoria de las restricciones cuantitativas) del GATT y II (Trato de la Nación Más Favorecida) del GATS.

⁹² Informe Definitivo del Órgano de Apelación en el caso *Comunidades Europeas – Medidas que afectan a la importación de determinados productos agrícolas* (“*CE – Productos Avícolas*”), WT/DS69/AB/R, adoptado el 23 de julio de 1998, párrafo 100.

En el marco del caso *Estados Unidos – Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos*,⁹³ el representante de Australia denunció a los Estados Unidos durante la reunión del OSD del 18 de enero de 2002, de estar violando el principio de NMF, haciendo notar que la compensación negociada con las Comunidades Europeas (CE), no había sido ofrecida a los demás Miembros afectados por la medida. El representante de Australia expresó lo siguiente:

Australia desea dejar constancia de su gran preocupación por las disposiciones en materia de compensación que tiene entendido se han convenido entre los Estados Unidos y las CE. A Australia le preocupa que esas disposiciones sobre compensación puedan infringir las obligaciones sobre no discriminación dimanantes de las normas de la OMC. Parecen asimismo prever una demora de hasta tres años del cumplimiento por parte de los Estados Unidos de las recomendaciones del OSD. A Australia le preocupa especialmente el carácter evidentemente discriminatorio de las disposiciones en materia de compensación propuestas. A este respecto, observa que no se ha ofrecido compensación alguna a otros Miembros cuyos intereses se ven anulados o menoscabados por la continua infracción por parte de los Estados Unidos de sus obligaciones en el marco de la OMC.⁹⁴

En aquel caso, Australia participó como tercero en la disputa y, además, en su consideración, Estados Unidos estaba menoscabando sus derechos, por ello es que tuvo interés en denunciar ante el OSD la violación al principio de NMF por parte de Estados Unidos. Sin embargo, cualquier otro Miembro de la OMC pudo haber hecho lo mismo, independientemente de si la compensación en cuestión le hubiera menoscabado directamente sus derechos o no.

Más allá de las características jurídicas que le son atribuidas a la compensación, queda por decir que en la práctica, si bien efectivamente hay un acercamiento de las partes para negociar una compensación, es muy raro que las partes lleguen a un acuerdo. La compensación usualmente tiene serias desventajas tanto para el reclamante como para el demandado. Desde el punto de vista del Miembro reclamante, la compensación, en la forma de disminución de barreras comerciales en áreas ajenas a la disputa, no incentiva al demandado a cumplir en el área en la que se encontró la violación. Por otro lado, el Miembro demandado encuentra extremadamente difícil convencer al sector de la economía en el que se disminuirán las barreras comerciales, que se conforme con dicha disminución y con el aumento de la competencia extranjera que surgirá una vez que esta disminución tenga lugar. El sector afectado por la compensación pensará, razonablemente, que es injusto que un sector ajeno a la disputa pague los daños ocasionados por otro sector que se está viendo beneficiado por la medida ilegal.⁹⁵ Además, lo anterior sería contrario al objetivo y fin del *Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC* (Acuerdo OMC), el cual establece que los Miembros reconocen que sus relaciones en la esfera de la actividad comercial y económica deben acrecentar la producción y el comercio de bienes y servicios y obtener la reducción sustancial de aranceles aduaneros y de los demás obstáculos técnicos al comercio.⁹⁶

⁹³ Disputa WT/DS160, la cual sigue siendo un tema de discusión en cada reunión del OSD desde 1999.

⁹⁴ WT/DSB/M/117, de fecha 15 de febrero de 2002, párrafo 32.

⁹⁵ *Cfr.* PALMETER, David y MAVROIDIS Petros C., *Dispute Settlement in the World Trade Organization: Practice and Procedure*, Cambridge University Press, Reino Unido, Segunda Edición, 2004, págs. 265-266.

⁹⁶ Preámbulo del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (Acuerdo OMC).

(iii) Remedios jurídicos al amparo del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (Acuerdo SMC)

El Acuerdo SMC contiene reglas que establecen remedios jurídicos especiales en materia de subvenciones. Dicho acuerdo regula tres clases de subvenciones: las prohibidas, las recurribles y las no recurribles.⁹⁷ Las prohibidas y las recurribles se catalogan como ilícitas y se encuentran sujetas a los remedios jurídicos y contramedidas especiales. Mientras que las subvenciones no recurribles,⁹⁸ por su parte, expiraron a partir del 31 de diciembre de 1999, por lo que ya no son aplicables.⁹⁹

A. Subvenciones prohibidas

El artículo 3.1 del Acuerdo SMC enlista dos tipos de subvenciones: (1) aquellas supeditadas de *jure o de facto* a los resultados de exportación y (2) aquellas supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados.¹⁰⁰ Si un Miembro otorga a sus productores una subvención que encaje en alguna de estas dos categorías, entonces podrá ser llevado ante los tribunales de la OMC por violación al artículo 3.2 de aquel acuerdo, que prohíbe el otorgamiento de este tipo de subvenciones. Si se llega a la conclusión de que la subvención en litigio se trata de una subvención prohibida por el Acuerdo SMC, entonces el grupo especial recomendará al demandado que la retire sin demora e indicará un plazo para estos efectos.¹⁰¹

En su caso, el Órgano de Apelación podrá revocar o confirmar la decisión del grupo especial. El informe sobre el resultado de la apelación será adoptado por el OSD en un plazo de 20 días contados a partir de su comunicación a los Miembros.¹⁰² En caso que el Órgano de Apelación confirme la decisión del grupo especial, el demandado estará obligado a retirar la subvención en cuestión dentro del plazo que le indicó inicialmente este último.¹⁰³

B. Subvenciones recurribles

Si una subvención no encaja en la categoría de prohibida, podría, de cualquier forma, atacarse como una subvención recurrible. Para poder recurrir una subvención no prohibida, deberán acreditarse los siguientes cuatro elementos:

⁹⁷ También denominados subsidios rojos, ámbar o verdes, en alusión a las luces de un semáforo y al grado de prohibición o permisión que cada color significa para los conductores.

⁹⁸ A las subvenciones no recurribles también se le llama “subsidios horizontales” en el argot de la OMC.

⁹⁹ Antes de esa fecha, la regla general era que las subvenciones no recurribles se consideraban como lícitas y, por tanto, no se encontraban sujetas a remedios jurídicos o contramedidas. Sin embargo, si un Miembro consideraba que una subvención no recurrible otorgada por otro Miembro tenía un *efecto desfavorable grave* sobre alguna de sus ramas de producción nacional, aquel Miembro podía solicitar la celebración de consultar con el Miembro que estuviera otorgando o manteniendo dicha subvención. Estas consultas tenían por objeto dilucidar los hechos del caso y llegar a una solución mutuamente aceptable. Si no se llegaba a una solución mutuamente aceptable dentro de los 60 días siguientes a la solicitud, la cuestión podía someterse al Comité de Subvenciones y Medidas Compensatorias. Éste tenía la función de examinar los hechos del caso y las pruebas de los efectos desfavorables graves, para –en su caso– recomendar al Miembro que otorgara la subvención a que modificara su programa de manera que se suprimieran esos efectos. En caso de que no se siguiera la recomendación dentro de un plazo de seis meses, el Comité autorizaba al Miembro que hubiera solicitado las consultas a que adoptara las contramedidas pertinentes, las cuales tenía que ser proporcionadas a la naturaleza y al grado de los efectos cuya existencia se hubieren determinado.

¹⁰⁰ Artículos 3.1 y 3.2 del Acuerdo SCM.

¹⁰¹ Artículo 4.7 del Acuerdo SCM.

¹⁰² Artículo 4.9 del ESD.

¹⁰³ Artículo 4.7 del Acuerdo SMC.

1. La existencia de una subvención, en el sentido del artículo 1 del Acuerdo SMC. Se deberá acreditar la existencia de una contribución financiera de un gobierno público en el territorio de un Miembro, es decir, (i) la transferencia directa de fondos, (ii) la condonación o abstención en la recaudación de ingresos públicos que en otro caso se percibirían, (iii) el proporcionamiento de bienes o servicios por parte del gobierno, (iv) la realización de pagos del gobierno a un mecanismo de financiación¹⁰⁴ o (v) alguna forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios que tenga, directa o indirectamente, por efecto aumentar las exportaciones o reducir las importaciones en su territorio.¹⁰⁵
2. Que dicha subvención otorga un beneficio al receptor de la misma.¹⁰⁶
3. Que la subvención es específica en el sentido del artículo 2 del Acuerdo SMC. De acuerdo a dicha disposición, una subvención será específica cuando la autoridad otorgante limite, explícita o implícitamente, el acceso a la subvención a determinadas empresas.¹⁰⁷
4. Y que la subvención causa efectos desfavorables para los intereses de otros Miembros. Una subvención causa efectos desfavorables si (1) causa un daño a la rama de producción nacional de otro Miembro, (2) anula o menoscaba las ventajas de otros Miembros resultantes del GATT, en particular las ventajas de las concesiones consolidadas o (3) causa perjuicio grave o amenaza con causar un perjuicio grave a los intereses de otro Miembro.¹⁰⁸

De acuerdo al artículo 7.8 del Acuerdo SMC, si el OSD adopta un informe de un grupo especial o del Órgano de Apelación en el que se confirme que los cuatro elementos anteriores se actualizan en el caso concreto, el Miembro que otorgue o mantenga esa subvención adoptará las medidas apropiadas para eliminar los efectos desfavorables o retirará la subvención.¹⁰⁹

(d) Propuesta de México

A manera de destacar algunos aspectos relativos a la compensación que pudieran ser mejorables, me parece importante destacar la más reciente propuesta de México para enmendar el ESD, presentada ante el OSD el 13 de julio de 2007.¹¹⁰ Para México, el problema fundamental del sistema de solución de diferencias de la OMC radica en el plazo durante el cual se puede mantener una medida incompatible sin consecuencia alguna. Para México, esto se debe a que los incentivos al cumplimiento efectivo no son lo suficientemente poderosos.

En dicha propuesta, México destaca que en el sistema de solución de diferencias de la OMC “no existe mecanismo alguno para que un Miembro que impugne una medida incompatible con la OMC pueda reparar las pérdidas que resulten de dicha medida, incluso después de que en los informes del Grupo Especial o el Órgano de Apelación se haya verificado su incompatibilidad.” Lo anterior “permite que las medidas ilegales se mantengan por **más de tres años** antes de que la parte reclamante pueda obtener una compensación o ejercer la suspensión de concesiones u otras obligaciones.”¹¹¹,¹¹²

¹⁰⁴ Artículo 1.1 (a) del Acuerdo SMC.

¹⁰⁵ Artículo XVI:1 del GATT

¹⁰⁶ Artículo 1.1 (b) del Acuerdo SMC.

¹⁰⁷ Artículo 2 del Acuerdo SMC.

¹⁰⁸ Artículo 5 del Acuerdo SMC.

¹⁰⁹ Artículo 7.8 del Acuerdo SMC.

¹¹⁰ Documento TN/DS/W/91, distribuido a los Miembros el 16 de julio de 2007.

¹¹¹ (Nota al pie original) Se calcula que, en promedio, desde que se compone un grupo especial hasta que se concede la autorización para suspender ventajas pueden transcurrir de tres a cuatro años. (En el asunto

Además, destaca México,¹¹³ el plazo prudencial es una de las etapas más largas en el procedimiento de solución de diferencias, con una duración promedio de 11.82 meses por caso.¹¹⁴ Durante este período, el reclamante sufre un daño que no se repara, a pesar de que, para ese entonces, la medida ya fue declarada incompatible con la OMC.

Así, México propone una enmienda al artículo 22 del ESD en el sentido de que el reclamante pueda solicitar una compensación inmediatamente después de que las resoluciones y recomendaciones sean adoptadas por el OSD, en sustitución a la regla de que sólo podrá solicitarse una compensación al demandado si este no ha cumplido las resoluciones y recomendaciones dentro del plazo prudencial.

Además, México propone que la anulación o el menoscabo sufridos por el reclamante durante el plazo prudencial sean considerados para el cálculo final del nivel de anulación o menoscabo (y consecuentemente para el cálculo del nivel de suspensión de concesiones u otras obligaciones), en aquellos casos en que el reclamante no haya otorgado una compensación dentro del término legal propuesto por México (es decir, inmediatamente después de que las resoluciones y recomendaciones hayan sido adoptadas) o que, habiéndose otorgado una compensación, esto no haya sido en los términos acordados.¹¹⁵

En este sentido, considero que la propuesta de México a enmendar el artículo 22 del ESD enaltece enormemente la relevancia de la compensación dentro del sistema de solución de diferencias de la OMC, ya que los Miembros que violen sus obligaciones tendrán mayores incentivos para cumplir las resoluciones y recomendaciones del OSD rápidamente y para no negociar extensiones al plazo prudencial, como en muchos casos sucede, ya que esto sólo aumentaría el nivel de sanciones comerciales que el Miembro reclamante pudiera imponerle.

(e) Conclusiones

En la presente parte hemos analizado el régimen de los remedios jurídicos en el contexto del derecho internacional público general, destacando que las formas de reparación en dicha rama del derecho (restitución, compensación y satisfacción) tienen la finalidad de restituir íntegramente el daño ocasionado a la contraparte como consecuencia del acto internacionalmente ilícito, es decir, reestablecer el *status quo* existente antes de que dicho acto se cometiera.

Además, hemos analizado el régimen de los remedios jurídicos aplicable en la era GATT, concluyendo que la práctica durante ese período consistió en recomendar remedios jurídicos con efectos prospectivos y, en sólo cinco casos, remedios con efectos retrospectivos. Lo que, en términos generales, deja en claro el desinterés de las partes contratantes por remediar íntegramente el daño ocasionado a la contraparte con anterioridad al vencimiento del plazo prudencial.

sobre la Enmienda Byrd transcurrieron tres años y un mes hasta que un país como México obtuvo esa autorización.) (cálculo basado en información procedente de estadísticas de www.worldtradelaw.net).

¹¹² Documento TN/DS/W/91.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ (Nota al pie original) Los arbitrajes para establecer el plazo prudencial de tiempo han otorgado, como promedio, 11,82 meses; sin embargo, cuando el plazo prudencial de tiempo es fruto de un acuerdo, el promedio es de 9,22 meses. Fuente: estadísticas del sitio de red www.worldtradelaw.net.

¹¹⁵ Propuesta de enmienda al artículo 22.7 del ESD (Documento TN/DS/W/91).

Adicionalmente, hemos concluido que en el actual sistema de solución de diferencias de la OMC, el ESD codifica dos remedios jurídicos: la supresión de la medida y la compensación. Ambos con efectos exclusivamente prospectivos. Es decir, sólo tienen la finalidad de evitar la aplicación prospectiva de la medida incompatible, en el caso de la supresión de la medida, y de compensar el daño causado al reclamante después de haber expirado el plazo prudencial, en el caso de la compensación.

Finalmente, hemos descrito y valorado positivamente la más reciente propuesta de México para enmendar el ESD en el sentido de que el Miembro reclamante pueda solicitar una compensación al Miembro demandado inmediatamente después de que el OSD haya adoptado las resoluciones y recomendaciones. Y de que, en caso de no lograr una compensación mutuamente convenida entre las partes, la anulación o el menoscabo causado al reclamante durante el plazo prudencial sean considerados para el cálculo final del nivel de anulación o menoscabo y, consecuentemente, para el cálculo del nivel de suspensión de concesiones u otras obligaciones.

Por último, queda por resaltar la importancia de que los Miembros negocien una enmienda al esquema de remedios jurídicos en la OMC en el sentido de que sus efectos sean ampliados para remediar el daño causado al reclamante íntegramente, es decir, para que tengan la fuerza de restituir el *status quo ante*, tal como sucede en el derecho internacional público general. En este sentido, considero que la reciente propuesta de México es un gran avance en las negociaciones para enmendar al ESD; aunque también considero que, a largo plazo, el objetivo de los Miembros en materia de remedios jurídicos y contramedidas, debe ser la homologación del sistema de solución de diferencias con el esquema de remedios jurídicos y contramedidas propio del derecho internacional público general.

6. Contramedidas

Como ya mencioné, el cumplimiento de una decisión judicial en el ámbito internacional, en el caso de la OMC la supresión de la medida ilícita, depende enteramente de la voluntad del Estado que ha perdido la disputa. Sin embargo, con la finalidad de contrarrestar el problema de descentralización que esto implica, el derecho internacional contempla un recurso que el ganador de una disputa podría utilizar en contra del perdedor para inducirlo a cumplir con sus obligaciones internacionales lo antes posible: las contramedidas.

En la presente parte se explicará brevemente el régimen de las contramedidas en el derecho internacional general a la luz del Proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados. Además, se abundará en el tema de las contramedidas en la era GATT y en la actual era OMC, en particular las contempladas en el ESD y en el Acuerdo SMC.

Finalmente, se plantearán algunas dudas respecto de la supuesta efectividad de las contramedidas para inducir al demandado a un pronto cumplimiento en el marco de la OMC. Si bien el régimen actual de contramedidas en la OMC parece ser efectivo en papel, la práctica ha demostrado—hasta cierto punto—lo contrario, dejando en evidencia la fragilidad del sistema de solución de diferencias de la Organización, lo que ha abierto un debate jurídico amplio respecto de qué aspectos del ESD deben enmendarse y de qué forma. Se describirán brevemente los aspectos del régimen de

contramedidas que, en mi consideración y en la de otros juristas, son defectuosos y necesitan enmendarse. Posteriormente se plantearán soluciones.

(a) Contramedidas en el derecho internacional público general

Conforme al artículo 94 de la Carta de las Naciones Unidas, cada Miembro se compromete a cumplir la decisión de la Corte Internacional de Justicia en todo litigio en que sea parte. Si una de las partes en un litigio dejare de cumplir las obligaciones que le imponga un fallo de la Corte, la otra parte podrá recurrir al Consejo de Seguridad, el cual podrá, si lo cree necesario, hacer recomendaciones o dictar medidas con el objeto de que se lleve a efecto la ejecución del fallo. Así, en el marco de la Organización de las Naciones Unidas, cuando la decisión de la Corte Internacional de Justicia no sea cumplida por el Miembro que perdió la disputa, la otra parte podrá solicitar al Consejo de Seguridad que haga recomendaciones a efectos de que se lleve a cabo la ejecución de la sentencia correspondiente y, más aún, podrá solicitar la aplicación de contramedidas en su contra.

Así, una contramedida es una acción gubernamental tomada unilateralmente por el Estado que ha resultado lesionado por un hecho internacionalmente ilícito, en contra del Estado responsable del mismo, con la finalidad de inducir a este último a que cese el hecho ilícito, si todavía existiese, y a que repare el daño derivado de la comisión del mismo. En términos generales, las contramedidas se traducen en la suspensión temporal de obligaciones internacionales que *vis à vis* le corresponden al Estado lesionado hacia el Estado responsable. Dicha suspensión, en principio, está prohibida por el derecho internacional, ya que constituye un acto internacionalmente ilícito. Sin embargo, el mismo derecho internacional la justifica en tanto es un elemento importante en el proceso de implementación de una resolución judicial. La figura de las contramedidas ha sido creada para diluir el inevitable problema de la descentralización en el derecho internacional público y aumentar el grado de efectividad de los sistemas judiciales internacionales.

En opinión de Roberto Ago, relator especial de la Comisión de Derecho Internacional (CDI), “[I]a ilicitud internacional de un acto que no es conforme con lo que de otro modo se requeriría de un Estado de acuerdo con una obligación internacional hacia otro Estado, queda excluida si el acto fue cometido como la aplicación legítima de una sanción contra el otro Estado como consecuencia de un acto internacional ilícito cometido por ese otro Estado”.¹¹⁶ La opinión de Ago ha sido matizada en el Proyecto de la CDI sobre Responsabilidad de los Estados. El modelo de Ago es uno en el que el uso de las contramedidas no tiene restricciones, algo que en teoría abre la posibilidad a abusos por parte de los Estados que habrán de aplicarlas. Por ello es que la CDI ha considerado en su Proyecto una noción más responsable de las contramedidas, imponiendo objetivos, límites y condiciones a su uso.

Primero, la aplicación de toda contramedida presupone y responde a la existencia de un acto internacionalmente ilícito previo.¹¹⁷ Según el Proyecto de la CDI, antes de imponer una contramedida, el Estado lesionado deberá llamar al Estado responsable a que

¹¹⁶ Cita encontrada en GIRALDA PÉREZ, Aurelio, *El Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad de los Estados, Al final del Camino* (notas para la Conferencia pronunciada en Madrid, el 22 de noviembre de 2001, en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia), *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (2002), página 17.

¹¹⁷ *Proyecto Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría/Eslovaquia)*, ICJ Reports 1997, p.7 en p.55, párrafo 83.

cumpla con su obligación de cesar su ilicitud y a que repare el daño que le ha ocasionado, y deberá notificarle su decisión de imponer contramedidas en su contra y ofrecerse a negociar con ese Estado.¹¹⁸

Segundo, una contramedida será legítima sólo si tiene como único propósito el inducir al perdedor de la disputa a que cumpla con sus obligaciones internacionales de cesar la ilicitud de sus actos u omisiones y de reparar el daño ocasionado al Estado lesionado como consecuencia de ellos. Si bien las contramedidas son una sanción internacional, éstas no tienen la intención de imponer daños punitivos al Estado responsable sino únicamente de inducirlo a cumplir con sus obligaciones internacionales; de lo que se deriva su carácter transitorio. Las contramedidas se aplicarán mientras el perdedor de la disputa se encuentre en incumplimiento y terminarán en cuanto dicho Estado cese el hecho ilícito y repare el daño.¹¹⁹ Si el Estado lesionado sigue aplicando las contramedidas a pesar de que el Estado responsable ha cumplido ya con sus obligaciones, ese estará cometiendo, a su vez, un hecho internacionalmente ilícito, sujeto a cesación, reparación y a las correlativas contramedidas.

Tercero, las contramedidas deberán ser proporcionadas al daño ocasionado, tomando en consideración la gravedad del ilícito y los derechos afectados.¹²⁰

Cuarto, las contramedidas tendrán un carácter reversible. Durante el tiempo en que se apliquen, el Estado lesionado suspenderá el cumplimiento de ciertas obligaciones que *vis à vis* tiene con respecto al Estado responsable. Sin embargo, su aplicación no anulará la existencia de las obligaciones que han sido suspendidas temporalmente, ya que su cumplimiento volverá a ser exigible en cuanto haya cesado el hecho ilícito.¹²¹ Por lo anterior, el Estado lesionado deberá utilizar contramedidas que sean reversibles en sus efectos y que permitan el re-ejercicio de las obligaciones en cuestión.¹²²

Más allá del régimen jurídico de las contramedidas en el derecho internacional general, la práctica demuestra el mismo problema que sufre el sistema de solución de diferencias de la OMC. La efectividad de las contramedidas dependerá en gran medida de la relación de poder existente entre el Estado que las aplica y el Estado que las recibe. Si la balanza de poder favorece al Estado que desea aplicar las contramedidas, entonces el uso de dicha sanción tendrá un nivel de efectividad mayor al que pudiera existir si la balanza de poder favoreciera al Estado responsable del hecho ilícito. En un escenario de poder sumamente desfavorable para el Estado lesionado, el uso de una contramedida podría, inclusive, no hacerle ni cosquillas al Estado responsable. Más allá del uso de las contramedidas, a mi parecer, la cesación del hecho ilícito y la reparación del daño son obligaciones cuyo cumplimiento dependerá principalmente de dos elementos: de la

¹¹⁸ Artículo 52 del Proyecto de la CDI sobre Responsabilidad de los Estados.

¹¹⁹ Artículos 49 y 53 del Proyecto de la CDI sobre Responsabilidad de los Estados.

¹²⁰ Artículo 51 del Proyecto de la CDI sobre Responsabilidad de los Estados.

¹²¹ Cfr. GIRALDA PÉREZ, Aurelio, *El Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad de los Estados, Al final del Camino* (notas para la Conferencia pronunciada en Madrid, el 22 de noviembre de 2001, en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia), *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* (2002), página 18.

¹²² Artículo 49 del Proyecto de la CDI sobre Responsabilidad de los Estados.

efectividad y el prestigio del sistema de solución de controversias en cuestión¹²³ y del costo-beneficio que represente para el Estado responsable seguir en incumplimiento.

(b) Contramedidas en la era GATT

La suspensión de concesiones u otras obligaciones fue la única contramedida contemplada en la era GATT. Se trata de una contramedida que fue solicitada únicamente en dos casos, en uno de ellos el grupo de trabajo autorizó la retaliación pero dicha autorización nunca fue ejercida por parte de los Países Bajos.¹²⁴ En el otro, Estados Unidos, actuando como parte demandada, se aprovechó de la regla del consenso positivo *infra* y bloqueó la solicitud hecha por Canadá y las CE para retaliar en su contra.¹²⁵ Es decir, nunca se ejercitaron contramedidas en la era GATT.

Lo anterior se debe principalmente a que, a diferencia de lo que sucede actualmente en la OMC, en la era GATT se requería de la aprobación de todas las partes contratantes para suspender concesiones u otras obligaciones.¹²⁶ Todas ellas tenían poder de veto, inclusive la parte que había perdido la disputa. Actualmente esta situación ha cambiado. La OMC sustituyó la regla del consenso positivo de la era GATT por la del consenso negativo. En el sistema OMC, el establecimiento de un grupo especial, la adopción de los informes del grupo especial y del Órgano de Apelación, y la autorización para suspender concesiones u otras obligaciones son eventos que ocurren automáticamente, salvo que por consenso se decida lo contrario.¹²⁷

Así, el actual procedimiento para resolver diferencias es virtualmente automático. Para Joost Pauwelyn esta novedad debe ser aplaudida. Permite perseguir aquellos casos políticamente sensibles, y protege a los Miembros de la OMC más débiles que anteriormente eran incapaces o insuficientemente intimidantes como para cabildear un consenso que ayudara a otras partes reclamantes.¹²⁸

A continuación se describe el funcionamiento de las contramedidas en la era GATT. La práctica consuetudinaria del GATT en materia de suspensión de concesiones u otras obligaciones (Artículo XXIII: 2 del GATT) se recoge en el siguiente extracto del

¹²³ H.L.A. Hart describe a este elemento como *sentirse obligados* por el orden jurídico. Ver HART, H.L.A. (Traducción por Genaro R. Carrió), *El Concepto de Derecho*, Ed. Abeledo – Perrot, Argentina, 1963.

¹²⁴ *Países Bajos – Acción bajo el artículo XXIII:2 para suspender obligaciones a los Estados Unidos*, Documento GATT/BISD/1S/62, adoptado el 8 de noviembre de 1952. En dicho caso, el grupo de trabajo autorizó a Países Bajos la retaliación en contra de Estados Unidos. Sin embargo, Países Bajos nunca ejerció su derecho.

¹²⁵ *Estados Unidos – Impuestos sobre el Petróleo y Ciertas Substancias Importadas*, Documento BISD/34S/136, adoptado el 17 de junio de 1987. En este caso, las Comunidades Europeas y Canadá solicitaron autorización para retaliar en contra de los Estados Unidos. Éste, sin embargo, hizo uso de la regla del consenso positivo y bloqueó la solicitud.

¹²⁶ También se requería de un consenso positivo para adoptar reportes de grupos especiales y para establecer un grupo especial.

¹²⁷ Ver, respectivamente, los artículos 6.1, 16.4 17.4 y 22.6 del ESD.

¹²⁸ Ver PAUWELYN, Joost, *Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules – Toward a More Collective Approach*, American Journal of International Law, 94 (2), Abril 2000, pág. 336 en MAVROIDIS, Petros C. y SYKES, Alan O. (compiladores), *THE WTO AND INTERNATIONAL TRADE LAW/DISPUTE SETTLEMENT: Critical perspectives on the global trading system and the WTO*, Edward Elgar Publishing Limited, Reino Unido/ Estados Unidos, 2005, pág. 425.

denominado ‘Entendimiento relativo a las notificaciones, las consultas, la solución de diferencias y la vigilancia’.¹²⁹

El último recurso previsto en el artículo XXIII para el país que se acoja a este procedimiento es la posibilidad de suspender la aplicación de concesiones o el cumplimiento de otras obligaciones de manera discriminatoria respecto de la otra parte contratante, siempre que las PARTES CONTRATANTES autoricen la adopción de estas medidas.¹³⁰

El artículo XXIII del GATT es la única disposición que en aquel entonces reguló la suspensión de concesiones u otras obligaciones en la era GATT,¹³¹ estableciendo que:

Si consideran [LAS PARTES CONTRATANTES] que las circunstancias son suficientemente graves para que se justifique tal medida, podrán autorizar a una o varias partes contratantes para que suspendan, con respecto a una o más partes contratantes, la aplicación de toda concesión o el cumplimiento de otra obligación resultante del Acuerdo General cuya suspensión estimen justificada habida cuenta de las circunstancias.¹³²

Ahora, como veremos adelante, de acuerdo con el artículo 22.4 del ESD, en el actual sistema de solución de diferencias, las contramedidas deberán ser equivalentes al nivel de anulación o menoscabo. El término equivalente elimina la posibilidad de que el reclamante aplique daños punitivos al demandado como consecuencia de su incumplimiento.

En este contexto, existe una diferencia con la era GATT, en la que se encontraba la puerta abierta para causar daños punitivos a través de la suspensión de concesiones u otras obligaciones. Como lo muestran las versiones en español y francés del artículo XXIII:2 del GATT, el estándar de medición de las contramedidas en la era GATT consistió en que éstas debían ser “*justificadas*”, habida cuenta de las circunstancias. Aunque en la versión en inglés se establece un criterio ligeramente distinto, las contramedidas debían ser “*apropiadas*”, habida cuenta de las circunstancias.¹³³ Ambos estándares de medición permitían a las partes contratantes la aplicación de contramedidas en un nivel mayor al de anulación o menoscabo si, habida cuenta de las circunstancias, esto resultaba justificado o apropiado.

(c) Contramedidas en la era OMC: Suspensión de concesiones u otras obligaciones

Antes de ejercer la suspensión de concesiones u otras obligaciones,¹³⁴ se debe dar preferencia a una solución mutuamente aceptable. De no alcanzarse una solución por mutuo acuerdo, el primer objetivo del mecanismo de solución de diferencias será conseguir la supresión de la medida que se ha encontrado es incompatible con los acuerdos de la OMC. En caso de que no sea factible suprimir inmediatamente la medida

¹²⁹ ‘Entendimiento relativo a las notificaciones, las consultas, la solución de diferencias y la vigilancia’, Documento L/4907, adoptado el 28 de noviembre de 1979.

¹³⁰ Anexo al ‘Entendimiento relativo a las notificaciones, las consultas, la solución de diferencias y la vigilancia’, párrafo 4.

¹³¹ Como veremos más adelante, el actual sistema de solución de diferencias de la OMC desarrolla más a detalle, aunque con defectos que se discutirán *infra*, el régimen de contramedidas que están a la mano de los miembros.

¹³² Artículo XXIII del GATT.

¹³³ “justificadas, habida cuenta de las circunstancias”/ “justifié, compte tenu des circonstances”/ “appropriate in the circumstances”.

¹³⁴ En la práctica, a la acción de suspenderle concesiones u otras obligaciones a un Miembro, se le ha denominado *retaliación*, palabra que, según el Diccionario de la Real Academia Española, significa “represalia” (respuesta de castigo o de venganza) (www.rae.es - revisada el 31 de enero de 2007).

incompatible, podrá recurrirse provisionalmente a la compensación. En caso de que la negociación de una compensación no sea satisfactoria, podrá recurrirse al último recurso previsto por el ESD para lograr hallar una solución positiva a las diferencias entre los Miembros: la suspensión de concesiones u otras obligaciones.¹³⁵

Si el demandado no pone su medida incompatible en conformidad con las recomendaciones y resoluciones del OSD dentro de plazo prudencial, entonces el Miembro reclamante podrá solicitarle una compensación. Si dentro de los 20 días siguientes a la expiración del plazo prudencial no se ha convenido en una compensación satisfactoria, entonces el reclamante podrá solicitarle al OSD su autorización para suspenderle concesiones u otras obligaciones al demandado.¹³⁶ Salvo que el demandado impugne el nivel de suspensión propuesto o que el OSD decida por consenso no conceder su autorización, la suspensión de concesiones será autorizada por el OSD dentro de los 30 días siguientes a la expiración del plazo prudencial.¹³⁷

La suspensión de concesiones u otras obligaciones consiste en una contramedida temporal—no es un remedio jurídico—por la que el Miembro reclamante podrá, en una base discriminatoria y en un nivel equivalente al nivel de anulación o menoscabo causado al reclamante con la medida incompatible,¹³⁸ suspenderle concesiones u otras obligaciones al perdedor de la disputa durante el tiempo en que éste no cumpla con las recomendaciones y resoluciones que le han sido dirigidas por el OSD.¹³⁹ A resaltar el hecho de que el nivel de anulación o menoscabo, y por tanto el nivel de suspensión debido, serán calculados a partir de la expiración del plazo prudencial. La suspensión no tiene efectos retrospectivos.

La regla general es que el nivel de suspensión autorizado será un valor fijo (por ejemplo, 10 millones de euros). Sin embargo, en el caso *Estados Unidos – Enmienda Byrd* (Arbitraje 22.6 - Estados Unidos), el árbitro examinó la posibilidad de fijar un nivel de suspensión variable (por ejemplo, 8-12 millones de euros), considerando que en algunas circunstancias esto es necesario para cumplir con el estándar del artículo 22.4 del ESD. Dicho artículo ordena que los niveles de anulación o menoscabo y el de suspensión sean equivalentes, por lo que si se considera que el primero, en algunas circunstancias, puede variar por el efecto de la estacionalidad o por otras circunstancias, entonces es necesario flexibilizar también el nivel de suspensión para que, si las circunstancias así lo requieren, éste pueda ajustarse a los cambios en el nivel de anulación o menoscabo. Así, dicho árbitro estableció que:

Aunque observamos que el párrafo 4 del artículo 22 se refiere al “nivel” (en singular) de la suspensión de concesiones u otras obligaciones, no estamos convencidos de que esos términos establezcan la obligación de identificar un nivel único y permanente de anulación o menoscabo. Lo que exige el párrafo 4 del artículo 22 es simplemente que los dos niveles sean equivalentes. En la medida en que los dos niveles sean equivalentes, *no vemos que haya ninguna razón por la que esos niveles no puedan ajustarse periódicamente, siempre que los ajustes estén justificados y no aumente la imprevisibilidad como resultado de ellos*. De hecho, no vemos que haya en el ESD ninguna limitación a la posibilidad de establecer un nivel variable de suspensión si el nivel de anulación o menoscabo varía también.

¹³⁵ Artículo 3.7 del ESD

¹³⁶ Artículo 22.2 del ESD.

¹³⁷ Artículo 22.6 del ESD.

¹³⁸ Artículo 22.4 y 22.8 del ESD.

¹³⁹ Artículo 22.2 del ESD.

La mayoría de los arbitrajes anteriores han establecido un único nivel de anulación o menoscabo, correspondiente al nivel que existía al final del plazo prudencial concedido a la parte demandada para poner en conformidad su legislación.¹⁴⁰ No negamos que este enfoque sea, en la gran mayoría de los casos, el más adecuado. No obstante, no consideramos que haya en el artículo 22 del ESD ninguna disposición que nos impida seguir una vía distinta si las circunstancias del presente caso así lo exigen claramente.¹⁴¹ [énfasis añadido]

Como han afirmado varios árbitros que han conocido de sus asuntos respectivos bajo el artículo 22.6 del ESD, el *objeto y fin* de la suspensión de concesiones u otras obligaciones es *inducir al cumplimiento*, por ello es que se le considera como una medida transitoria.¹⁴² La suspensión sólo se aplicará hasta que se haya suprimido la medida ilícita, hasta que el Miembro que deba cumplir las recomendaciones o resoluciones ofrezca una solución a la anulación o al menoscabo, o hasta que se llegue a una solución mutuamente satisfactoria.¹⁴³

En el caso de *CE – Bananos III* (Arbitraje 22.6 – CE), los árbitros confirmaron lo anterior y, además, descartaron que por vía de la retaliación se busque la imposición de contramedidas de carácter punitivo. Así, dichos árbitros manifestaron que:

(...) la autorización de suspender concesiones u otras obligaciones es una medida temporal en espera de la aplicación plena de las recomendaciones y resoluciones por el Miembro de que se trate. Coincidimos con los Estados Unidos en que ese carácter temporal indica que las contramedidas tienen por finalidad inducir al cumplimiento, pero ello no significa que el OSD deba conceder una autorización para suspender concesiones en un nivel que exceda del equivalente al nivel de la anulación o menoscabo. A nuestro parecer, no hay en el párrafo 1 del artículo 22 del ESD, ni menos aún en los párrafos 4 y 7 de ese mismo artículo, ninguna disposición que pueda entenderse que justifique contramedidas de carácter punitivo.¹⁴⁴

Los árbitros en el caso de *Estados Unidos – Ley de 1916 (CE)* (Arbitraje 22.6), coincidieron con los árbitros de *CE - Bananos III* en el sentido de que imponer contramedidas de carácter punitivo es algo que está fuera de la naturaleza de la suspensión de concesiones u otras obligaciones:

También coincidimos con la observación decisivamente importante de que el concepto de “equivalencia”, plasmado en el párrafo 4 del artículo 22, significa que no se pueden suspender obligaciones de manera punitiva. Esto significa que al suspender determinadas obligaciones contraídas con los Estados Unidos en virtud del GATT y el Acuerdo Antidumping, las

¹⁴⁰ (nota al pie original) Véanse, por ejemplo, *CE - Hormonas (Canadá)* (párrafo 6 del artículo 22 - CE), párrafo 37; *Brasil - Aeronaves* (párrafo 6 del artículo 22 - Brasil), párrafos 3.63-3.65; *Estados Unidos - EVE* (párrafo 6 del artículo 22 - Estados Unidos), párrafos 2.12-2.15; *Canadá - Créditos y garantías para las aeronaves* (párrafo 6 del artículo 22 - Canadá), párrafos 3.67-3.73.

¹⁴¹ Decisión del Árbitro en el caso *Estados Unidos – Enmienda Byrd*, (Arbitraje 22.6 – Brasil, Canadá, Chile, Comunidades Europeas, Corea, India, Japón y México), párrafos 4.20-4.21.

¹⁴² Decisión de los árbitros en el caso *Comunidades Europeas – Régimen para la Importación, Venta y Distribución de Bananos (Estados Unidos)* (“*CE – Bananos III*”) (Arbitraje 22.6 – CE), *CE – Bananos III (Estados Unidos)*, WT/DS27/ARB, párrafo 6.3. Ver también la Decisión de los árbitros en los casos de *CE – Bananos III (Ecuador)* (Arbitraje 22.6 – CE), WT/DS27/ARB, párrafo 76; *CE - Hormonas* (Arbitraje 22.6 – Canadá), WT/DS48/ARB, párrafo 39; *Canadá - Créditos a la exportación y garantías de préstamos para las aeronaves regionales* (“*Canadá – Créditos y garantías para las aeronaves*”), (Arbitraje 22.6 – Canadá), WT/DS222/ARB, párrafo 3.105.

¹⁴³ Artículo 22.8 del ESD.

¹⁴⁴ Decisión de los árbitros en el caso *CE – Bananos III*, (Arbitraje 22.6 – CE), WT/DS27/ARB, párrafo 6.3.

Comunidades Europeas no pueden exceder del nivel de anulación o menoscabo que han sufrido como consecuencia de la Ley de 1916.¹⁴⁵

Más aún, en el caso *Estados Unidos – Enmienda Byrd* (Arbitraje 22.6 - Brasil, Canadá, Chile, Comunidades Europeas, Corea, India, Japón y México), el árbitro valoró el peso específico que tiene la retaliación para inducir el cumplimiento, manifestando que si bien, en principio, suspender concesiones u otras obligaciones es una acción que induce al Miembro perdedor a cumplir las resoluciones y recomendaciones del OSD, no puede afirmarse que esto es una condición suficiente para lograr que efectivamente cumpla. Así, consideró aquel árbitro, lo que pueda inducir al demandado a cumplir puede variar en cada caso, y dependerá de muchos factores, como por ejemplo, del nivel de suspensión que autorice el OSD. Dicho árbitro estableció que:

Como se ha indicado antes, el ESD no aclara expresamente la finalidad a que responde la autorización de la suspensión de concesiones u otras obligaciones. De un lado, de la obligación general de cumplir las recomendaciones y resoluciones de la OSD parece desprenderse que la suspensión de concesiones u otras obligaciones tiene por fin inducir al cumplimiento, como ha sido reconocido por árbitros anteriores. No obstante, es probable que lo que puede inducir exactamente al cumplimiento sea distinto en cada caso, en función de diversos factores, entre ellos, pero no sólo, el nivel de la suspensión de obligaciones autorizado.¹⁴⁶

Finalmente, es importante destacar que, además de la suspensión de concesiones u otras obligaciones, existen otros dos mecanismos que participan en el proceso de inducción al cumplimiento: (1) el monitoreo continuo que tiene el OSD sobre la implementación de sus recomendaciones, que constituye un incentivo político importante para inducir al cumplimiento¹⁴⁷ y (2) la decisión de un panel revisor que se constituya bajo el artículo 21.5 del ESD a propósito de un desacuerdo sobre la existencia de una medida destinada a cumplir con las resoluciones y recomendaciones del OSD.¹⁴⁸

En resumen, el concepto de ‘suspensión de concesiones u otras obligaciones’ es también identificado con el concepto de ‘retaliación’. Consiste en una contramedida discriminatoria aplicada por el Miembro reclamante en contra del demandado, para incentivarlo a que ponga la medida incompatible en conformidad con las recomendaciones del OSD. Se aplicará, siempre que así lo solicite el reclamante, en caso de que no se haya convenido una compensación mutuamente aceptable dentro de los 20 días siguientes a la expiración del plazo prudencial. Dicha retaliación es el último recurso que prevé el sistema de solución de diferencias de la OMC para lograr incentivar al perdedor de la disputa a que cumpla con las recomendaciones del OSD. Además de la suspensión de concesiones u otras obligaciones, existen otros elementos que pudieran incentivar el pronto cumplimiento, como por ejemplo el mismo nivel de

¹⁴⁵ Decisión de los árbitros en el caso *Estados Unidos – Ley Antidumping de 1916 (CE)* (“*Estados Unidos - Ley de 1916*”) (Arbitraje 22.6 – Estados Unidos) WT/DS136/ARB, párrafo 5.8.

¹⁴⁶ Decisión del Árbitro en el caso *Estados Unidos – Enmienda Byrd*, (Arbitraje 22.6 – Brasil, Canadá, Chile, Comunidades Europeas, Corea, India, Japón y México), párrafo 6.2.

¹⁴⁷ Artículo 21.6 del ESD establece que “Todo Miembro podrá plantear ante el OSD la cuestión de la aplicación de las recomendaciones o resoluciones, en cualquier momento después de su adopción. A menos que el OSD decida otra cosa, la cuestión de la aplicación de las recomendaciones o resoluciones será incluida en el orden del día de la reunión que celebre el OSD seis meses después de la fecha en que se haya establecido el período prudencial (...) y se mantendrá en el orden del día de sus reuniones hasta que se resuelva. Por lo menos 10 días antes de cada una de esas reuniones, el Miembro afectado presentará al OSD por escrito un informe de situación sobre los progresos realizados en la aplicación de las recomendaciones y resoluciones.”

¹⁴⁸ Artículo 21.5 del ESD.

suspensión autorizado, el monitoreo que haga el OSD sobre la implementación de sus recomendaciones y el informe definitivo de un panel de revisión 21.5. La suspensión será equivalente al nivel de suspensión o menoscabo causado al reclamante desde la expiración del plazo prudencial. Es una contramedida que no tiene carácter punitivo y que dejará de aplicarse cuando se haya suprimido la medida ilícita, cuando el Miembro que deba cumplir las recomendaciones y resoluciones ofrezca una solución a la anulación o menoscabo de ventajas, o cuando se llegue a una solución mutuamente satisfactoria. Finalmente, la suspensión podrá consistir en un valor fijo o en uno variable, si así lo ameritan las circunstancias.

(i) Concesiones

Las concesiones comerciales son compromisos específicos por materia que los Miembros de la OMC han contraído para con los demás Miembros, y podrán consistir, por ejemplo, en un compromiso para reducir subvenciones, en uno para reducir tarifas arancelarias o en otro por el que se aumente el acceso a mercado para cierto producto. Al igual que cualquier norma internacional creada por consenso entre Estados, toda concesión constituye una obligación internacional y, por tanto, su incumplimiento traerá como consecuencia la responsabilidad internacional del Miembro en cuestión.¹⁴⁹

Antes de adherirse a la OMC, los países que tienen intenciones de hacerlo deberán negociar con todos los integrantes de la Organización y convencerlos de que su adhesión al “club” será benéfica para ellos. Cada candidato deberá pagar una “cuota de entrada”, consistente en una serie de concesiones comerciales, antes de que se le pueda dar el estatus oficial de Miembro de la OMC.¹⁵⁰

El artículo XII del Acuerdo OMC prescribe que “todo estado o territorio aduanero que disfrute de plena autonomía en la condición de sus relaciones comerciales exteriores (...) podrá adherirse al presente Acuerdo en *condiciones que habrá de convenir con la OMC*” [énfasis añadido]. Asimismo, establece que las decisiones en materia de adhesión deberán ser aprobadas por la Conferencia Ministerial por *mayoría de dos tercios* de los Miembros. A la fecha, son 151 Miembros los que conforman la OMC,¹⁵¹ por lo que el próximo Miembro que desee integrarse a la Organización deberá de obtener el voto favorable de por lo menos 100 Miembros, un número que irá creciendo conforme vayan adhiriéndose nuevos Estados. Por tanto, parece claro que la negociación pre-adhesión es un proceso largo e intenso, y durante él los candidatos deberán ceder en muchas áreas de su economía, en miras a realizar concesiones comerciales que convenzan a por lo menos dos tercios de los Miembros de que su adhesión será benéfica para la Organización.

¹⁴⁹ Ver PAUWELYN, Joost, *Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules – Toward a More Collective Approach*, American Journal of International Law, 94 (2), Abril 2000, págs. 335-47 en MAVROIDIS, Petros C. y SYKES, Alan O. (compiladores), *THE WTO AND INTERNATIONAL TRADE LAW/DISPUTE SETTLEMENT: Critical perspectives on the global trading system and the WTO*, Edward Elgar Publishing Limited, Reino Unido/ Estados Unidos, 2005, págs. 424-436.

¹⁵⁰ Cfr. PAUWELYN, Joost, *Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules – Toward a More Collective Approach*, American Journal of International Law, 94 (2), Abril 2000, pág. 339. en MAVROIDIS, Petros C. y SYKES, Alan O. (compiladores), *THE WTO AND INTERNATIONAL TRADE LAW/DISPUTE SETTLEMENT: Critical perspectives on the global trading system and the WTO*, Edward Elgar Publishing Limited, Reino Unido/ Estados Unidos, 2005, pág. 428.

¹⁵¹ El último Miembro en adherirse fue el Reino de Tonga. Rusia y Ucrania están cerca de ello.

Una vez aprobada la adherencia de un Estado a la OMC, todos sus compromisos quedarán inscritos en su *Protocolo de Adhesión* y por vía de este mismo documento, pasarán a formar parte de su Lista de concesiones y compromisos. Más compromisos y concesiones se irán adicionando eventualmente a esta Lista conforme las negociaciones comerciales de la Organización vayan progresando y los Miembros vayan llegando a nuevos acuerdos.

Las concesiones que habrá de suspender el reclamante al perdedor de la disputa bajo el artículo 22.2 del ESD, serán una o más de las que están incluidas en su Lista de concesiones y compromisos.

(ii) Otras Obligaciones

Como he mencionado con anterioridad, toda concesión constituye una obligación internacional. Por ello es que el artículo 22 del ESD establece que se podrá solicitar la suspensión de “concesiones u otras obligaciones”. La concesión es un tipo de obligación, pero también podrían suspenderse otro tipo de obligaciones.

Ejemplos de “otro” tipo de obligaciones son la obligación de proteger los derechos de propiedad intelectual previstos en el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados en el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC) o la obligación relativa a respetar el principio de nación más favorecida establecido en los Artículos I y XIII del GATT y II del AGCS.

Así, en el asunto *CE – Bananas III (Arbitraje 22.6 – Ecuador)*, el árbitro decidió que, de ser necesario para alcanzar el nivel de anulación o menoscabo, Ecuador podría solicitar autorización al OSD, y obtenerla con fundamento en el apartado c) del párrafo 3 del artículo 22 del ESD, para suspender, con respecto a CE, las obligaciones que le incumben en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC, en lo respectivo a derechos de autor, indicaciones geográficas y dibujos y modelos industriales.¹⁵²

De la misma forma, en el caso *Estados Unidos – Juegos de azar (Arbitraje 22.6 – Antigua-y-Barbuda)*, el árbitro decidió que Antigua y Barbuda podía solicitar autorización al OSD para suspender las obligaciones en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC, al determinar que fue impracticable o ineficaz suspender concesiones u otras obligaciones en el marco del AGCS y que las circunstancias eran suficientemente graves. En ese caso, Antigua y Barbuda proponía adoptar contramedidas en forma de suspensión de concesiones y obligaciones en el marco de derecho de autor, marcas de fábrica o de comercio, dibujos y modelos industriales, patentes y protección de la información no divulgada.¹⁵³

En el caso *Estados Unidos – Enmienda Byrd (Arbitraje 22.6 – Canadá)*, Canadá le solicitó al árbitro, y éste concedió, (1) la suspensión de concesiones en la forma de imposición de derechos de importación adicionales por encima de los derechos de aduana consolidados a productos originarios de Estados Unidos y (2) la suspensión de la aplicación de las obligaciones dimanantes del artículo VI del GATT de 1994, los

¹⁵² Decisión de los Árbitros en el caso *CE – Bananos III (Arbitraje 22.6 – Ecuador)*, WT/DS27/ARB/ECU, párrafo 173, inciso d).

¹⁵³ Decisión de los Árbitros en el caso *Estados Unidos – Juegos de azar (Arbitraje 22.6 – Antigua-y-Barbuda)*, WT/DS285/ARB, párrafos 5.6 y 6.1.

artículos 3, 5, 7, 8, 9, 10, 11 y 12 del Acuerdo Antidumping y los artículos 11, 12, 15, 17, 18, 19, 20, 21 y 22 del Acuerdo SMC.¹⁵⁴

(iii) Procedimiento para suspender concesiones u otras obligaciones

Si el Miembro perdedor no cumple las resoluciones y recomendaciones que le han sido dirigidas por el OSD y las negociaciones para una compensación mutuamente satisfactoria fracasan, el reclamante podrá solicitarle al OSD su autorización para suspenderle concesiones u otras obligaciones al demandado.¹⁵⁵ Una vez recibida la solicitud se correrá traslado de la misma al OSD y a los Consejos y órganos sectoriales a quienes compete el área sobre la cual recaerá la suspensión respectiva, quienes estudiarán su procedencia. El OSD otorgará su autorización dentro de los 30 días siguientes a la fecha de expiración del plazo prudencial, a menos que dicho Órgano decida por consenso no otorgarla o si el demandado inicia un procedimiento arbitral bajo el artículo 22.6 del ESD para alegar que el reclamante no ha cumplido con los principios y procedimientos establecidos en el artículo 22.3 del ESD o para atacar el nivel de suspensión propuesto por el reclamante, alegando que no es equivalente al nivel de anulación o menoscabo.¹⁵⁶

A. Solicitud de autorización para suspender concesiones u otras obligaciones

Si dentro de los 20 días siguientes a la fecha de expiración del plazo prudencial no se ha convenido en una compensación mutuamente satisfactoria, la parte reclamante podrá solicitarle al OSD su autorización para suspenderle concesiones u otras obligaciones a la parte demandada. Sin embargo, antes de otorgarla, el OSD deberá verificar si la solicitud del reclamante contiene todos los requisitos mínimos requeridos.

B. Requisitos mínimos de la solicitud y relación con el artículo 6.2

Si bien el ESD no indica cuáles son los requisitos mínimos que debe contener una solicitud para suspender concesiones u otras obligaciones, en el caso *CE – Hormonas (Estados Unidos) (Arbitraje 22.6 – CE)* los árbitros establecieron que, para que proceda dicha solicitud, el reclamante deberá (es decir, tendrá la obligación de) *indicar* en su solicitud por lo menos los siguientes dos elementos: (1) el nivel específico de suspensión que pretende aplicarle al demandado, el cual será equivalente al nivel de la anulación o menoscabo causados por la medida incompatible¹⁵⁷ y (2) deberá especificar el acuerdo y el sector o sectores en cuyo marco se suspenderán concesiones u obligaciones, conforme a lo dispuesto por el artículo 22.3^{158, 159}. En su consideración:

¹⁵⁴ Decisión del Árbitro en el caso *Estados Unidos – Enmienda Byrd (Arbitraje 22.6 – Canadá)*, WT/DS234/ARB/CAN, párrafo 5.2.

¹⁵⁵ Artículo 22.2 del ESD.

¹⁵⁶ Artículo 22.6 del ESD.

¹⁵⁷ Obligación que, en consideración de aquellos árbitros, se deriva del artículo 22.4 del ESD que establece que “El nivel de suspensión de concesiones u otras obligaciones autorizado por el OSD será equivalente al nivel de anulación o menoscabo”. Ver también Decisión de los árbitros en el caso *CE – Hormonas (Ecuador) (Arbitraje 22.6 – CE)*, párrafo 21.

¹⁵⁸ (*Nota al pie original*) Es deseable que la petición de suspensión sea lo más precisa posible en lo que respecta a los productos abarcados, al tipo y al nivel de la suspensión, etc. No cabe por menos que alentar esa precisión con miras al logro de los objetivos del ESD de “aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio” (párrafo 2 del artículo 3) y de hallar una solución pronta y positiva a las diferencias (párrafos 3 y 7 del artículo 3). Otra razón para que sea deseable la máxima precisión es la declaración del párrafo 10 del artículo 3 según la cual “todos los Miembros entablarán [el] procedimiento [previsto en el ESD] de buena fe y esforzándose por resolver [la diferencia]”.

¹⁵⁹ Decisión de los árbitros en el caso *CE – Hormonas (Ecuador) (Arbitraje 22.6 – CE)*, párrafo 16.

[E]s deseable que la petición de suspensión sea lo más precisa posible en lo que respecta a los productos abarcados, al tipo y al nivel de la suspensión, etc. No cabe por menos que alentar esa precisión con miras al logro de los objetivos del ESD de “aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio” (párrafo 2 del artículo 3) y de hallar una solución pronta y positiva a las diferencias (párrafos 3 y 7 del artículo 3). Otra razón para que sea deseable la máxima precisión es la declaración del párrafo 10 del artículo 3 según la cual “todos los Miembros entablarán [el] procedimiento [previsto en el ESD] de buena fe y esforzándose por resolver [la diferencia]”.¹⁶⁰

En concordancia con lo anterior, en el caso *CE – Bananas III (Arbitraje 22.6 – Ecuador)*, los árbitros interpretaron que si bien el ESD no lo establece expresamente así, el estándar de concreción establecido en el artículo 6.2 del ESD¹⁶¹ es aplicable *mutatis mutandi* a la solicitud de autorización para suspender concesiones u otras obligaciones. Aquellos árbitros consideraron que las peticiones de suspensión previstas en el artículo 22.2 persiguen los mismos objetivos en cuanto al debido proceso que las peticiones previstas en el artículo 6.2 del ESD. En primer lugar, sirven de aviso a la otra parte y le permiten responder a la petición de suspensión. Y, en segundo lugar, la petición presentada de conformidad con el artículo 22.2 define la competencia del OSD para autorizar la suspensión a favor de la parte reclamante.¹⁶²

C. Otros requisitos

Más allá de la obligación de indicar el nivel de suspensión y el sector en que se pretende aplicar, para obtener autorización del OSD, el reclamante deberá proporcionar en su solicitud argumentos y evidencia suficientes (1) de que el nivel de suspensión propuesto es equivalente al de anulación o menoscabo y (2) de que ha cumplido con los principios y el procedimiento prescritos por el artículo 22.3 del ESD. Si el reclamante falla en presentar argumentos y evidencia suficientes en este sentido, seguramente el demandado impugnará esta circunstancia ante un cuerpo de árbitros bajo el artículo 22.6, a quienes corresponderá (1) calcular el nivel de anulación o menoscabo efectivamente causado al reclamante y (2) determinar si el reclamante ha aplicado los principios y procedimientos del artículo 22.3.

Una vez que el procedimiento arbitral en referencia concluya, quedando establecido el nivel de anulación o menoscabo, y que el reclamante aplique los principios y procedimientos del artículo 22.3, el OSD procederá a estudiar la solicitud del reclamante y, en su caso, autorizará la suspensión de concesiones u otras obligaciones. Sin embargo, para el momento en que el OSD otorgue su autorización, seguramente habrá expirado el plazo que el ESD le otorga a este Órgano para hacerlo.¹⁶³ Esto último forma parte del denominado *problema de la secuencialidad* que se explicará más adelante.

¹⁶⁰ Decisión de los árbitros en el caso *CE – Hormonas (Ecuador)* (Arbitraje 22.6 – CE), nota al pie 16.

¹⁶¹ Esta disposición establece que las peticiones de establecimiento de grupos especiales se formularán por escrito y que en ellas se identificarán las medidas concretas en litigio y se hará una breve exposición de los fundamentos de derecho de la reclamación, que sea suficiente para presentar el problema con claridad.

¹⁶² Decisión de los árbitros en el caso *CE – Bananos III (Ecuador)* (Arbitraje 22.6 – CE), párrafo 20.

¹⁶³ El artículo 22.6 determina que el OSD deberá conceder su autorización dentro de los 30 días siguientes a la fecha de expiración del plazo prudencial. Si el demandado impugna el nivel de suspensión, entonces seguramente el OSD no podrá ejercer su facultad de autorización dentro de este plazo de 30 días. Esa misma disposición establece que el árbitro tendrá 60 días para emitir su laudo. Para cuando ésto suceda, ya habrá expirado el período de 30 días para el OSD.

(d) Contramedidas al amparo del Acuerdo SMC

(i) Subvenciones prohibidas

Como mencioné anteriormente, si el grupo especial y/o el Órgano de Apelación han determinado la existencia de una subvención prohibida, éstos recomendarán el retiro sin demora de la subvención. De no actuar en este sentido, el OSD autorizará al reclamante, si así lo pide, la adopción de *contramedidas apropiadas* en contra del demandado bajo el artículo 4.10 del Acuerdo SMC, a menos que decida por consenso desestimar la petición.¹⁶⁴

A. Contramedidas

Si bien el Acuerdo SMC no establece una definición del término “contramedidas”, en el caso *Estados Unidos – EVE (Arbitraje 22.6 – Estados Unidos)*, los árbitros utilizaron el *New Oxford English Dictionary*¹⁶⁵ para desentrañar el sentido ordinario de dicho término,¹⁶⁶ concluyendo que se trata de un acto cuya finalidad es contrarrestar—neutralizando, dificultando o impidiendo mediante un acto contrario—un acto internacionalmente ilícito en la forma de una subvención prohibida y los efectos de ésta sobre la parte reclamante.¹⁶⁷

Más aún, los árbitros en *Brasil – Aeronaves (Arbitraje 22.6 – Brasil)* establecieron que, a la luz del derecho internacional general¹⁶⁸ y de la labor de la CDI sobre la responsabilidad de los Estados, las contramedidas son actos que tienen el objeto de inducir al demandado a que cumpla sus obligaciones internacionales.¹⁶⁹

B. ‘Apropiadas’ y ‘no desproporcionadas’

En mi parecer, tanto la suspensión de concesiones u otras obligaciones como la adopción de contramedidas, son prácticas que se rigen por un principio de proporcionalidad. Proporcionalidad entre el acto internacionalmente ilícito del demandado y la contramedida propuesta por el reclamante. La proporcionalidad en la figura de la suspensión de concesiones u otras obligaciones se refleja en dos

¹⁶⁴ Artículo 4.10 del ESD.

¹⁶⁵ El artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece que el primer paso para interpretar un tratado internacional está en encontrar el sentido ordinario de los términos que lo conforman.

¹⁶⁶ En aquel diccionario se define a la palabra *contramedida* como todo “acto destinado a *contrarrestar* un peligro, amenaza, etc. Así, en el mismo instrumento encontraron que el significado de *contrarrestar* es dificultar o impedir mediante un acto contrario; *neutralizar la acción o el efecto*. Igualmente, el prefijo *contra* se define entre otras cosas como oposición, retorsión (esta última definición fue extraída por los árbitros del Webster’s New Encyclopedic Dictionary). Por tanto, concluyeron los árbitros, una contramedida es un acto cuya finalidad es contrarrestar la medida o sus efectos sobre la parte afectada, o ambas cosas.

¹⁶⁷ Decisión de los árbitros en el caso *Estados Unidos – Trato fiscal aplicado a las “empresas de ventas en el extranjero” (“Estados Unidos – EVE”)*, párrafos 5.4 - 5.6.

¹⁶⁸ (nota al pie original) Véase, por ejemplo, el laudo arbitral *Naulilaa* (1928), UN Reports of International Arbitral Awards, volumen II, página 1.028 y el *Case Concerning the Air Services Agreement of 27 March 1946 (France v. United States of America)* (1978), International Law Reports, volumen 54 (1979), página 338. Véase también, *inter alia*, Draft Articles on State Responsibility With Commentaries Thereto Adopted by the International Law Commission on First Reading (enero de 1997), y el Proyecto de artículos aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción en segunda lectura, A/CN.4/L 600, de 11 de agosto de 2000. Aunque estos últimos modifican una serie de disposiciones de los Proyectos de artículos, no afectan a los términos a que se hace referencia en el presente informe.

¹⁶⁹ Decisión de los árbitros en *Brasil – Aeronaves (Arbitraje 22.6 – Brasil)*, párrafo 3.44. Ver también el artículo 47 del Proyecto de la CDI sobre responsabilidad de los Estados.

disposiciones. Primero, en el artículo 22.4 del ESD que establece que el nivel de suspensión autorizado por el OSD y el nivel de anulación o menoscabo serán equivalentes. Por vía de dicha disposición, los Miembros se aseguraron de que existiera una “proporcionalidad cuantitativa” entre el acto internacionalmente ilícito y la contramedida, al aplicarse la suspensión de concesiones u otras obligaciones.

Segundo, en el artículo 22.3 del ESD, al establecer principios que el reclamante deberá aplicar al considerar qué concesiones u otras obligaciones suspenderá. Con dicha disposición se rige la “proporcionalidad sustantiva” de la suspensión. Primeramente, el reclamante deberá tratar de suspender concesiones u otras obligaciones que sean relativas al mismo sector. Cuando esto fuere impracticable o ineficaz, se podrá tratar de suspender concesiones u otras obligaciones en otros sectores en el marco del mismo acuerdo. Cuando esto último tampoco fuere practicable o eficaz, solo en este caso, el reclamante podrá tratar de suspender concesiones u otras obligaciones en un sector ajeno al acuerdo en cuestión. Es decir, es por vía del artículo 22.3 del ESD que los Miembros aseguran la “proporcionalidad sustantiva” entre el acto internacionalmente ilícito y la contramedida.

La proporcionalidad cuantitativa y sustantiva son elementos que también se trataron de proteger en el Acuerdo SMC cuando los Miembros previeron la adopción de contramedidas. Sin embargo, resulta más difícil deducir esto en tanto no existe disposición expresa que rija dicha proporcionalidad. El artículo 4.10 del Acuerdo SMC establece que la única característica de las contramedidas en contra de una subvención prohibida es que éstas deberán ser ‘apropiadas’. Dicho término es ligeramente aclarado por los pies de página 9 y 10 de dicho acuerdo, que establecen que la aplicación de las contramedidas no deberá ser *desproporcionada*. A pesar que los pies de página 9 y 10 aclaran el carácter que deberán tener las contramedidas que se apliquen en contra de subvenciones prohibidas, en mi interpretación, el significado del término “apropiadas” sigue siendo muy vago. ¿Apropiadas en relación a qué? En mi consideración, no se encontrará una respuesta a esta pregunta sino hasta que dicho concepto sea interpretado sistemáticamente a la luz del funcionamiento de las contramedidas en el sistema de solución de diferencias de la OMC y a la luz del derecho internacional público general.

Para encontrar el significado del término ‘apropiadas’, que en el contexto del Acuerdo SMC se equipara al de ‘no desproporcionadas’, primeramente haré uso de los elementos que el mismo sistema de solución de diferencia de la OMC me proporciona, en especial de las decisiones de los árbitros que han interpretado previamente dicho término. Posteriormente utilizaré algunos criterios de la CDI para resolver lo que siga quedando vago.

Los árbitros en *Brasil – Aeronaves (Arbitraje 22.6 – Brasil)*, interpretaron el término ‘apropiadas’ a la luz de su contexto inmediato, es decir, a la luz de la palabra ‘contramedidas’, a la que adjetiva. En su proyecto sobre responsabilidad de los Estados, la CDI basó su estudio en la práctica pertinente de los Estados, en las decisiones judiciales y en las doctrinas de los publicistas.¹⁷⁰ En el artículo 47 de dicho proyecto se establece que el objetivo de una contramedida es inducir al Estado que ha cometido el acto internacionalmente ilícito a que cumpla con sus obligaciones internacionales. También observaron que en el caso *CE – Bananos (Arbitraje 22.6 – CE)*, los árbitros

¹⁷⁰ Todas éstas siendo fuente reconocida de derecho internacional conforme al artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

hicieron una declaración similar.¹⁷¹ Por tanto, consideraron, “una contramedida es “apropiada”, entre otras cosas, si *efectivamente* induce al cumplimiento.”¹⁷²

Ahora, siguiendo la línea de conceptos que he propuesto, con respecto a la “proporcionalidad cuantitativa”, los árbitros en el caso *Brasil – Aeronaves (Artículo 22.6 – Brasil)*, establecieron que “el término “apropiadas”, interpretado en función de las notas 9 y 10 [del Acuerdo SMC], puede permitir un margen de discrecionalidad mayor que el término “equivalente” cuando se trate de evaluar el nivel apropiado de las contramedidas. Las contramedidas seguirán siendo “apropiadas” en la medida en que no sean *desproporcionadas*, teniendo en cuenta también el hecho de que la medida en cuestión es una subvención prohibida.”¹⁷³ Es decir, la valoración de una contramedida como apropiada, está en relación directa con la proporcionalidad cuantitativa entre la contramedida propuesta por el reclamante y la subvención prohibida.

Por su parte, en el caso de *Estados Unidos – EVE* se estableció que el análisis de proporcionalidad entre la subvención prohibida y la contramedida propuesta se trata de un análisis casuístico e implica una valoración de (1) la gravedad de la infracción y (2) la naturaleza de la alteración del equilibrio de derechos y obligaciones en cuestión.¹⁷⁴ Pudiera darse el caso, entonces, de que el OSD autorizara una contramedida que no fuera equivalente al nivel de anulación o menoscabo causado al reclamante, lo que se justificaría sobre la base de una mayor o menor gravedad de la subvención y por el grado en que el equilibrio derechos-obligaciones esté siendo alterado por ésta.

Finalmente, los árbitros del caso *Brasil – Aeronaves (Arbitraje 22.6 – Brasil)*, han aportaron un criterio muy importante para la tarea de valorar que una contramedida es apropiada en el sentido del artículo 4.10 del Acuerdo SMC, sosteniendo que “para hacer frente a una subvención a la exportación prohibida, un valor de las contramedidas que corresponda a la cuantía total de la subvención es “apropiado”.¹⁷⁵

En lo relativo a la “proporcionalidad sustantiva”, no existen principios que rijan la adopción de contramedidas bajo el artículo 4.10 del Acuerdo SMC de la forma en que se hace con respecto a la suspensión de concesiones u otras obligaciones al preverse el artículo 22.3 del ESD. Sin embargo, la CDI ha establecido un criterio del que se puede deducir que para la práctica de adoptar contramedidas bajo el Acuerdo SMC se deben seguir principios similares a los que se siguen al suspender concesiones u otras obligaciones bajo el artículo 22.3 del ESD.¹⁷⁶ La CDI ha establecido que “[e]s más

¹⁷¹ Decisión de los árbitros en *CE – Bananos III (Arbitraje 22.6 – CE)*, párrafo 6.3.

¹⁷² Decisión de los árbitros en *Brasil – Aeronaves (Arbitraje 22.6 – Brasil)*, párrafo 3.44.

¹⁷³ Decisión de los árbitros en el caso *Brasil – Aeronaves (Arbitraje 22.6 – Brasil)*, nota al pie 51.

¹⁷⁴ Decisión de los árbitros en el caso *Estados Unidos – EVE (Arbitraje 22.6 – Estados Unidos)*, WT/DS/108/ARB, párrafo 5.61.

¹⁷⁵ Decisión de los árbitros en el caso *Brasil – Aeronaves (Arbitraje 22.6 – Brasil)*, nota al pie 51.

¹⁷⁶ El artículo 3.2 del ESD establece que las interpretaciones jurídicas en el marco del sistema de solución de diferencias no pueden entrañar un aumento o una reducción de los derechos y obligaciones de los Miembros, y para ello se deberán seguir las normas usuales de interpretación del derecho internacional público. En este sentido, el artículo 8 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia enlista lo que en el derecho internacional público general se consideran fuentes de derecho: convenciones internacionales, costumbre internacional, principios generales de derecho, decisiones judiciales y doctrinas de los publicistas de mayor competencia. Así, siempre que estas fuentes de derecho internacional representen normas usuales de interpretación de tratados internacionales, tanto el GE como el OA tendrán que tomarlas en consideración al analizar su caso. Entre las normas usuales de interpretación más utilizadas en el sistema de solución de diferencias de la OMC se encuentran los artículos 31 y 32 de la Convención

probable que las contramedidas satisfagan los requerimientos de necesidad y proporcionalidad si éstas son tomadas en relación con la misma obligación o con una cercana”.¹⁷⁷

C. Diferencias principales entre la ‘suspensión de concesiones u otras obligaciones’ y las ‘contramedidas apropiadas’

Al igual que la suspensión de concesiones u otras obligaciones, las *contramedidas apropiadas* son aplicables cuando el demandado no cumple las resoluciones y recomendaciones del OSD dentro del plazo requerido.¹⁷⁸ Si bien, ambas figuras van encaminadas a incentivar al demandado a que cumpla prontamente dichas resoluciones y recomendaciones, el hecho de que los Miembros hayan denominado a estos dos remedios jurídicos con nombres distintos, significa que aquellos tuvieron la intención de diferenciar entre uno y otro cuando crearon el ESD y el Acuerdo SMC.

Como explicaré *infra*, en los casos *Brasil – Aeronaves*, *Canadá – Aeronaves* y *Estados Unidos – EVE*, los reclamantes solicitaron la adopción de *contramedidas apropiadas* en la forma suspensión de concesiones u otras obligaciones. Lo que nos permite deducir que la suspensión es una categoría de las *contramedidas*. Sin embargo, aún no ha existido un caso en que el reclamante solicite la adopción de contramedidas apropiadas en una forma distinta a la suspensión de concesiones, lo cual hace difícil establecer una clara diferencia entre ambos conceptos, ya que tampoco puede deducirse fácilmente una diferencia de los acuerdos relevantes de la OMC.

Más allá de que uno es una categoría del otro, considero que existen otras dos diferencias entre la suspensión de concesiones u otras obligaciones prevista en el ESD y las contramedidas establecidas en el Acuerdo SMC:

Lex specialis. La suspensión de concesiones u otras obligaciones es una contramedida general aplicable en cualquier disputa que surja a la luz de los acuerdos abarcados por el ESD, incluido el Acuerdo SMC. Las contramedidas apropiadas, por su parte, son un tipo de contramedidas especiales, aplicables específicamente a disputas relativas a subvenciones prohibidas, conforme al Acuerdo SMC.

Límite de la contramedida. A diferencia de la suspensión de concesiones u otras obligaciones, que requiere que el nivel de suspensión sea equivalente al nivel de anulación o menoscabo causado al reclamante, en el Acuerdo SMC se requiere que la contramedida bajo el artículo 4.10 sea *apropiada*¹⁷⁹ y *no desproporcionada*.¹⁸⁰ Así, en el caso de contramedidas bajo el Acuerdo SMC, cabe la posibilidad de que el valor de una contramedida supere al nivel de anulación o menoscabo causado al reclamante sin

de Viena sobre el Derecho de los Tratados, doctrinas de los publicistas de mayor competencia (como es el caso de la Comisión de Derecho Internacional), los principios de la buena fe, *abus de droit*, varios principios generales de derecho internacional como son el efecto útil, *in dubio mitis*, *lex specialis*, carga de la prueba, no retroactividad y la responsabilidad estatal (a mayor abundamiento ver, por ejemplo, informes del OA en los casos *Estados Unidos - Camarones II*, *Japón – Bebidas alcohólicas*, *Chile – Bebidas alcohólicas* y *Estados Unidos – Gasolina*).

¹⁷⁷ (Traducción del autor) Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with commentaries, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su 53ª sesión, en 2001, página 327.

¹⁷⁸ Artículos 22.2 del ESD y 4.10 del Acuerdo SMC.

¹⁷⁹ Párrafos 10 y 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC.

¹⁸⁰ Nota al pie 9 del Acuerdo SMC.

que pierda su calidad de válida, siempre y cuando ésta sea ‘apropiada’ y ‘no desproporcionada’.

En *Brasil – Aeronaves (Arbitraje 22.6 – Brasil)* los árbitros observaron “que, partiendo de la definición de “contramedidas” que contienen los Proyectos de artículos [de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad de los Estados], la noción de “contramedidas apropiadas” sería *más general* que la de “equivalente al nivel de la anulación o el menoscabo”. Básicamente incluiría a esta última. Limitar su significado al delimitado por los términos “equivalente al nivel de la anulación o el menoscabo” es contradictorio con el principio de efectividad en la interpretación de los tratados”.¹⁸¹ [Énfasis añadido]

(ii) Subvenciones recurribles

Como mencioné anteriormente, en caso de que el grupo especial y/o el Órgano de Apelación confirmen la existencia de una subvención recurrible que esté causando efectos desfavorables a los intereses de otros Miembros, el demandado estará obligado a adoptar las medidas que fueren apropiadas para eliminar los efectos desfavorables de la subvención o bien a retirar su medida.

En caso de que el Miembro no haya adoptado dichas medidas o retirado la subvención en el plazo de seis meses a partir de la fecha de adopción del informe del grupo especial o del Órgano de Apelación, y no habiéndose llegado a un acuerdo sobre la compensación, el OSD concederá al Miembro reclamante autorización para adoptar contramedidas, las cuales deberán ser proporcionadas al grado y a la naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se hayan determinado.¹⁸²

Como queda en evidencia, el criterio de una contramedida en tratándose de subvenciones prohibidas es distinto al aplicable a las contramedidas que responden a subvenciones recurribles. En respuesta a subvenciones prohibidas, las contramedidas deberán ser *apropiadas*.¹⁸³ Por su parte, las contramedidas que han de aplicarse en respuesta a una subvención recurrible deberán ser *proporcionadas al grado y a la naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se hayan determinado*.¹⁸⁴ Puede notarse que la expresión “apropiadas” contrasta con el criterio de “proporcionadas al grado y a la naturaleza de los efectos desfavorables (en el comercio)”. Precisamente el concepto de “apropiadas” es un criterio más amplio que el de “efectos desfavorables en el comercio”,¹⁸⁵ por lo que el criterio que deberá cumplirse para aplicar contramedidas en contra de subvenciones prohibidas es menos estricto que el que deberá cumplirse para aplicar contramedidas en contra de subvenciones recurribles. Lo cual, en mi consideración, es injustificado, ya que las distorsiones al comercio que pudiera generar una subvención recurrible pudieran ser iguales o inclusive peores a las generadas por una subvención prohibida. El estándar debería ser el mismo.

(e). Conclusiones

¹⁸¹ Decisión de los árbitros en *Brasil – Aeronaves (Arbitraje 22.6 – Brasil)*, nota al pie 46.

¹⁸² Artículo 7.9 del Acuerdo SMC.

¹⁸³ Párrafos 10 y 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC.

¹⁸⁴ Artículo 7.9 del Acuerdo SMC.

¹⁸⁵ Informe del GE en *Estados Unidos - EVE* (Recurso de Estados Unidos al artículo 22.6 del ESD), Documento WT/DS108/ARB, párrafos 5.32 y 5.60-5.62.

En la presente parte se ha analizado el régimen de las contramedidas en el derecho internacional público general, como un antecedente y punto de comparación al régimen de contramedidas del actual sistema de diferencias de la OMC. Las características de las contramedidas en el derecho internacional público general se resumen en lo siguiente: deberán presuponer y responder a la existencia de un acto internacionalmente ilícito, serán legítimas sólo si tienen como propósito el de inducir al perdedor de la disputa a que cumpla sus obligaciones de cesar la ilicitud del acto u omisión y de reparar el daño; deberán ser proporcionadas al daño ocasionado y, finalmente, tienen un carácter reversible y transitorio.

También hemos analizado que en la era GATT, la única contramedida contemplada era la suspensión de concesiones u otras obligaciones. Dicha contramedida fue solicitada por las partes contratantes en únicamente dos casos, nunca llegando a concretarse su aplicación en el caso concreto.

Adicionalmente, hemos analizado el régimen de las contramedidas en el sistema de solución de diferencias de la OMC en el marco del ESD y del Acuerdo SMC. Hemos concluido que la suspensión de concesiones u otras obligaciones se trata del último recurso contemplado por el sistema de solución de diferencias de la OMC para hallar una solución satisfactoria a las diferencias.

En el marco del ESD, la suspensión de concesiones u otras obligaciones se trata de una sanción comercial que podrá ser solicitada por el reclamante una vez que el plazo prudencial haya expirado sin que el demandado haya cumplido plenamente las resoluciones y recomendaciones adoptadas por el OSD. El nivel de suspensión deberá ser equivalente al nivel de anulación o menoscabo causado al reclamante como consecuencia de la medida incompatible. En el mismo sentido que una contramedida en el derecho internacional general, la retaliación tendrá un carácter temporal y transitorio, pudiéndose aplicar exclusivamente durante el tiempo en que el perdedor de la disputa se encuentre en incumplimiento y con la finalidad de inducirlo a cumplir las resoluciones y recomendaciones del OSD.

En lo que respecta al Acuerdo SMC, hemos visto que las características de las contramedidas dependerán del tipo de subvención que esté causando la anulación o el menoscabo. Si se trata de una subvención prohibida, las contramedidas deberán ser apropiadas y no desproporcionadas al acto internacionalmente ilícito que se ha cometido. Si se trata de una subvención recurrible, las contramedidas deberán ser proporcionadas al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se hayan determinado.

Por último, hemos establecido que existen por lo menos tres diferencias entre la suspensión de concesiones u otras obligaciones, prevista en el marco del ESD, y las contramedidas en el marco del Acuerdo SMC: la suspensión de concesiones u otras obligaciones pudiera tomar la forma de una contramedida en el marco del Acuerdo SMC; las contramedidas aplicables en contra de subvenciones prohibidas y recurribles son contramedidas que, por cuestión de materia, tienen un carácter más especial en relación a la suspensión de concesiones u otras obligaciones; por último, el límite de las contramedidas es mayor al límite prescrito para el ejercicio de la suspensión de concesiones u otras obligaciones, en cuyo caso el nivel de suspensión no podrá superar el nivel de anulación o menoscabo.

Ahora bien, me parece importante destacar también que, en caso de que la propuesta que he planteado en la parte anterior en el sentido de que el esquema de los remedios jurídicos en la OMC sea ampliado para reparar el daño causado al reclamante desde el momento en que la medida incompatible comenzó a ser implementada, sea considerada como viable, también deberá pensarse en las consecuencias de dicha enmienda en el esquema de las contramedidas del sistema de solución de diferencias.

En específico, en caso de considerarse viable dicha propuesta, el nivel de anulación o menoscabo incluirá el daño ocasionado al reclamante desde el momento en que la medida incompatible comenzó a implementarse y, consecuentemente, el nivel de suspensión de concesiones u otras obligaciones aumentará equivalentemente, logrando con esto que los Miembros tengan incentivos fuertes para cumplir lo más pronto posible las resoluciones y recomendaciones del OSD.

7. Procedimiento arbitral bajo el artículo 22.6 del ESD

En las partes anteriores se ha explicado que la suspensión de concesiones u otras obligaciones bajo el ESD y las contramedidas previstas en el Acuerdo SMC para contrarrestar subvenciones prohibidas y/o recurribles, son figuras que se encuentran regidas por un principio de proporcionalidad (cuantitativa y sustantiva). Cuando no haya evidencias suficientes de que dicho principio ha sido respetado en el caso concreto, podrá iniciarse un procedimiento arbitral bajo el artículo 22.6 del ESD.

Además del supuesto anterior, también podrá iniciarse un arbitraje 22.6 si (1) el reclamante solicita autorización para suspender concesiones u otras obligaciones en un sector distinto a aquel en que se encontró la violación, es decir, si su intención es aplicar una “retaliación cruzada”, y (2) no se han aplicado los principios y procedimientos establecidos en el artículo 22.3 del ESD.

Así, en la presente parte se explicará en qué supuestos las partes podrán solicitar el establecimiento de un procedimiento arbitral bajo el artículo 22.6 del ESD; las facultades de los árbitros en el marco de dicho procedimiento; cómo se deberá componer el cuerpo de árbitros; sobre quién recaerá la carga de la prueba y, finalmente, bajo qué criterios deberán fundar su laudo.

(a) Composición y mandato del cuerpo arbitral

El arbitraje bajo el artículo 22.6 del ESD estará a cargo del grupo especial que haya entendido inicialmente del asunto, si es que estuvieran disponibles sus Miembros, o de un árbitro nombrado por el Director General, en caso de que no lo estuvieran, y se concluirá dentro de los 60 días siguientes a la fecha de expiración del plazo prudencial. La decisión del árbitro es inapelable, por lo que las partes la consideraran como definitiva y no tratarán de obtener un segundo arbitraje.¹⁸⁶

El mandato del árbitro, en el caso de la suspensión de concesiones u otras obligaciones, se compondrá de tres facultades, éste determinará (1) si el nivel de suspensión propuesto por el reclamante es equivalente al nivel de anulación o menoscabo,¹⁸⁷ (2) si el reclamante ha aplicado los principios establecidos por el artículo 22.3 del ESD, cuando

¹⁸⁶ Artículo 22.7 del ESD.

¹⁸⁷ Artículo 22.4 y 22.7 del ESD.

el demandado alegue que no lo ha hecho¹⁸⁸ y (3) si el acuerdo abarcado permite la suspensión en cuestión¹⁸⁹

Si el arbitraje 22.6 fue iniciado para revisar la compatibilidad de las contramedidas bajo el Acuerdo SMC, el mandato del árbitro será el de verificar que las contramedidas propuestas por el reclamante sean apropiadas, en el sentido del artículo 4.10 (si el caso involucra subvenciones prohibidas), o proporcionadas al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se hayan determinado, en el sentido del artículo 7.9 (si el caso involucra subvenciones recurribles).

(b) Suspensión de concesiones u otras obligaciones

Antes de accionar contramedidas bajo el ESD se deberán cumplir dos elementos. Primero, como lo establece el artículo 22.4 del ESD, el nivel de suspensión propuesto por el reclamante deberá ser equivalente al nivel de anulación o menoscabo. Segundo, cuando la intención del reclamante sea suspender concesiones u otras obligaciones en un sector distinto a aquel en que se encontró la violación (retaliación cruzada), el reclamante deberá cumplir con los principios y procedimientos establecidos en el artículo 22.3 del ESD. Ambos elementos, como mencioné en la parte anterior, conforman el principio de proporcionalidad, cuantitativa y sustantiva, respectivamente, para la suspensión de concesiones u otras obligaciones.

Antes de que el OSD conceda su autorización, por tanto, el Miembro demandado podría impugnar el *nivel de suspensión* propuesto por el reclamante, por considerar que éste no es equivalente al de anulación o menoscabo, o podría alegar que el reclamante no ha cumplido con los procedimientos y procedimientos del artículo 22.3 del ESD. Si alguna de estas circunstancias sucede, que es común, la cuestión se someterá a un arbitraje 22.6.¹⁹⁰

La carga de la prueba impuesta por el artículo 22.4 del ESD sigue la misma línea que trazó el Órgano de Apelación en el caso *Estados Unidos – Camisas y blusas*, es decir, “la carga de la prueba incumbe a la parte, sea el demandante o el demandado, que afirma una determinada reclamación o defensa. Si esa parte presenta pruebas suficientes para fundar la presunción de que su reclamación es legítima, la carga de la prueba se desplaza[rá] a la otra parte, que deberá aportar pruebas suficientes para refutar la presunción.”¹⁹¹

El demandado podría impugnar el nivel de suspensión propuesto por el reclamante a través de un arbitraje 22.6, por considerar que dicha propuesta es contraria al artículo 22.4 del ESD. Dicha disposición ordena que el nivel de suspensión de concesiones u otras obligaciones autorizado por el OSD sea equivalente al nivel de anulación o menoscabo.

¹⁸⁸ Artículos 22.3 y 22.7 del ESD.

¹⁸⁹ Artículos 22.5 y 22.7 del ESD.

¹⁹⁰ Artículo 22.6 del ESD.

¹⁹¹ *Estados Unidos – Medidas que afectan a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India* (“Estados Unidos – Camisas y Blusas”), WT/DS33/AB/R, párrafo 335; Ver también informe definitivos del Órgano de Apelación en *Estados Unidos – Subvenciones al algodón americano (Upland)* (“Estados Unidos – Algodón americano”), WT/DS267/AB/R, párrafos 644-645; *India – Restricciones cuantitativas a las importaciones de productos agrícolas, textiles e industriales* (“India – Restricciones cuantitativas”), WT/DS90/AB/R, párrafo 136.

En el sistema de solución de diferencias de la OMC existe una presunción *prima facie* de que, si se declara incompatible una medida con alguno de los acuerdos abarcados, dicha medida está anulando o menoscabando en algún nivel los derechos del reclamante.¹⁹² Al solicitar la suspensión de concesiones u otras obligaciones, el reclamante propondrá un nivel de suspensión al OSD y, según lo establecido por los árbitros en el caso *CE – Hormonas (Arbitraje 22.6)*, éste se presumirá como equivalente al nivel de anulación o menoscabo causado al reclamante. En su caso, corresponderá al Miembro demandado probar lo contrario en el contexto de un arbitraje bajo el artículo 22.6.¹⁹³

Por tanto, si el demandado impugna el nivel de suspensión propuesto por el reclamante, entonces tendrá la carga de probar que éste está actuando inconsistentemente con el artículo 22.4 del ESD, es decir, estará obligado a presentar evidencia y argumentos encaminados a acreditar que el nivel propuesto por el reclamante no es equivalente al de anulación o menoscabo.¹⁹⁴

Una vez que el demandado cumpla con su carga de la prueba, consistente en demostrar que los niveles de suspensión y anulación o menoscabo no son equivalentes, corresponderá al reclamante refutar la evidencia del demandado y acreditar que ambos niveles son efectivamente equivalentes. El Miembro demandado perderá el arbitraje 22.6 si no logra fundar la presunción de que su alegación es legítima, en cuyo caso el OSD, si se le pide, autorizará el nivel de suspensión propuesto por el reclamante siempre que la petición sea acorde con la decisión del árbitro.¹⁹⁵

En el caso *CE – Hormonas (Arbitraje 22.6 – CE)*, las CE impugnaron la conformidad de la propuesta estadounidense con el artículo 22.4. Los árbitros determinaron que incumbe a las CE probar dicha incompatibilidad y por tanto presentar argumentos y pruebas suficientes para establecer una presunción *prima facie* de que el nivel de suspensión propuesto por Estados Unidos no es equivalente al nivel de la anulación o menoscabo causados por la prohibición comunitaria de las hormonas. No obstante, dijeron, una vez que las CE hayan establecido esa presunción, corresponde a Estados Unidos exponer argumentos y presentar pruebas suficientes para refutarla. Si hubiera un equilibrio entre las pruebas y argumentos presentados, considerados globalmente, las CE, en su calidad de parte a la que incumbe inicialmente la carga de la prueba, serían la parte vencida.¹⁹⁶

(c) Principios y procedimientos del artículo 22.3

(i) Principios

¹⁹² Artículo 3.8 del ESD.

¹⁹³ Decisión de los árbitros en los casos *CE – Hormonas (Estados Unidos)* y *CE – Hormonas (Canadá)*, párrafos 9-11. Ver también decisiones de los árbitros en *CE – Bananos III (Ecuador) (Arbitraje 22.6 – EC)*, párrafos 37 y 38; decisión de los árbitros en *Brasil – Aeronaves (Arbitraje 22.6 – Brasil)*, párrafo 2.8 y pie de página 12; decisión de los árbitros en *Estados Unidos – EVE (Arbitraje 22.6 – Estados Unidos)*, párrafo 2.10 y pie de página 18; Decisión de los árbitros en *Estados Unidos – Ley de 1916 (Arbitraje 22.6 – Estados Unidos)*, párrafo 3.2 y 3.5.

¹⁹⁴ Artículo 22.4 del ESD.

¹⁹⁵ Como he mencionado anteriormente, el OSD podría desestimar por consenso la petición del reclamante, lo cual nunca ha sucedido.

¹⁹⁶ Decisión de los árbitros en los casos *CE – Hormonas (Estados Unidos)* y *CE – Hormonas (Canadá)* (Arbitraje 22.6 – CE), párrafo 9.

Como he mencionado, la segunda razón por la que podría iniciarse un arbitraje bajo el artículo 22.6 del ESD, es que el demandado alegara que el reclamante no ha aplicado los principios y procedimientos establecidos en el artículo 22.3 del ESD al considerar qué concesiones u otras obligaciones va a suspender.

A. Suspensión en el mismo sector, en el marco del mismo acuerdo

El *principio general* es codificado por el apartado (a) del artículo 22.3 del ESD y consiste en que el reclamante deberá tratar de suspender concesiones u otras obligaciones en el mismo sector en que el grupo especial o el Órgano de Apelación hayan constatado la anulación o el menoscabo.¹⁹⁷

Conforme al ESD existen 22 sectores: (a) un sector *de bienes*, integrado por todos los bienes, (b) doce sectores relativos a *servicios*, que son los que figuran como sectores principales en la “Lista de Clasificación Sectorial de los Servicios”¹⁹⁸ y (c) nueve sectores relativos a los *derechos de propiedad intelectual*, que se constituyen por cada una de las categorías de los derechos de propiedad intelectual comprendidas en las secciones 1 a 7 de la Parte II del Acuerdo sobre los ADPIC¹⁹⁹ y por las obligaciones contenidas en las Partes III y IV del mismo Acuerdo.²⁰⁰

El artículo 22.3 (a) del ESD no abunda respecto de si bajo este principio general, el reclamante debe tratar de suspender concesiones u otras obligaciones en el marco del mismo acuerdo, sólo ordena que la suspensión se ejecute en el mismo sector. Este problema de redacción podría generar problemas de interpretación cuando el grupo especial o el Órgano de Apelación hayan encontrado una violación en el sector de bienes, ya que son varios acuerdos los que regulan a este sector. ¿Si se ha constatado una violación al Artículo I GATT, podrían suspenderse concesiones u otras obligaciones con fundamento en el artículo 22.3 (a), en el marco del Acuerdos como el de Agricultura o Textiles, que también regulan al comercio de bienes?

Si bien no hay elementos expresos en el artículo 22.3 (a) para contestar esta pregunta, lo cierto es que el artículo 31 de la Convención de Viena nos obliga a interpretar un tratado internacional tomando en cuenta su contexto. Si se lee el artículo 22.3 en su conjunto, podemos darnos cuenta que los Miembros tuvieron la intención de escalar la aplicación de los principios que se establecen en dicha disposición. En el artículo 22.3 (b) se establece que si el reclamante considera impracticable o ineficaz suspender concesiones u otras obligaciones en el mismo sector, podrá tratar de suspender en otro sector *en el marco del mismo acuerdo*. El artículo 22.3 (c) establece que, en caso de que

¹⁹⁷ Artículo 22.3 (a).

¹⁹⁸ Dicha lista ha quedado plasmada en el documento MTN.GNS/W/120. En dicha lista aparecen 12 sectores principales, de los que cada uno constituye un sector de servicio independiente: (1) servicios de negocios, (2) servicios de comunicación, (3) servicios de construcción y servicios de ingeniería relacionados, (4) servicios de distribución, (5) servicios de educación, (6) servicios ambientales, (7) servicios financieros, (8) servicios relacionados con la salud y servicios sociales, (9) servicios turísticos y servicios de viajes relacionados con el turismo, (10) servicios recreacionales, culturales y deportivos, (11) servicios de transporte y (12) otros servicios.

¹⁹⁹ Derechos de autor y derechos conexos (Sección 1), Marcas de fábrica o de comercio (Sección 2), Indicaciones geográficas (Sección 3), Dibujos y modelos industriales (Sección 4), patentes (Sección 5), Esquemas de trazado (topografías) de los circuitos integrados (Sección 6) e Información no divulgada (Sección 7).

²⁰⁰ Artículo 22.3 (f).

esto último también fuere impracticable o ineficaz, se podrá tratar de suspender concesiones u otras obligaciones *en el marco de otro acuerdo*.

Por tanto, una interpretación en contexto nos ayuda a concluir que el artículo 22.3 (a) ordena que la suspensión de concesiones u otras obligaciones se aplique en el marco del mismo acuerdo en que se ha constatado la violación. Solo por cuestiones excepcionales de impracticabilidad o ineficacia, el reclamante podrá retaliar en el marco de un acuerdo distinto.²⁰¹

B. Violación de múltiples acuerdos y/o sectores

En el caso *CE – Bananos III*, las CE alegaron que, en los casos en que se hayan constatado violaciones en más de un sector, o en más de un acuerdo abarcado, “las peticiones encaminadas a la suspensión de concesiones han de corresponder al número o la gravedad de las infracciones, es decir a la magnitud de la anulación o menoscabo sufridos en cada uno de esos sectores o en el marco de cada uno de esos acuerdos considerados aisladamente.”²⁰²

Los árbitros no coincidieron con las CE, concluyendo que cuando se hayan constatado violaciones en dos o más sectores, o en dos o más acuerdos, el reclamante tendrá derecho a retaliar en cualquiera de ellos o en todos hasta en un nivel equivalente al de anulación o menoscabo.²⁰³

C. Suspensión en otros sectores, en el marco del mismo acuerdo

Cuando utilizar el principio general fuere impracticable o ineficaz para inducir al demandado al *pronto cumplimiento* de las resoluciones y recomendaciones, alternativamente el reclamante podrá fundamentarse en el apartado (b) del artículo 22.3 del ESD para tratar de suspender concesiones u otras obligaciones en otros sectores, a condición de que estén abarcados por el mismo acuerdo.²⁰⁴

Conforme al ESD se entiende por “acuerdo” lo siguiente: (1) en lo relativo a bienes, todos los acuerdos del Anexo 1A del Acuerdo sobre la OMC, tomados en su conjunto, así como los acuerdos comerciales plurilaterales en la medida en que los Miembros en disputa sean parte de los mismos; (2) en lo relativo a servicios, el Acuerdo General sobre Comercio y Servicios (AGCS); y (3) en lo que relativo a derechos de propiedad intelectual, el Acuerdo sobre los ADPIC.²⁰⁵

D. Suspensión en el marco de un acuerdo distinto

Si la aplicación de los dos principios anteriores es impracticable o ineficaz para inducir al pronto cumplimiento, y si las circunstancias son lo suficientemente graves, el reclamante podrá, alternativamente y con fundamento en el apartado (c) del artículo 22.3 del ESD, suspender concesiones u otras obligaciones en el marco de un acuerdo distinto a aquel en que el grupo especial o el Órgano de Apelación hayan encontrado la violación.²⁰⁶

²⁰¹ Véase Decisión de los Árbitros en el caso *Estados Unidos – Juegos de azar* (Arbitraje 22.6 – Antigua y-Barbuda), WT/DS285/ARB.

²⁰² Decisión de los árbitros en *CE – Bananos III (Estados Unidos)* (Arbitraje 22.6- CE), párrafo 3.8.

²⁰³ Decisión de los árbitros en *CE – Bananos III (Estados Unidos)* (Arbitraje 22.6 – CE), párrafo 3.10.

²⁰⁴ Artículo 22.3 (b).

²⁰⁵ Artículo 22.3 (g).

²⁰⁶ Artículo 22.3 (c).

E. Valoración objetiva de la practicabilidad y la eficacia bajo (b) y (c) del artículo 22.3 del ESD

En el caso *CE – Bananos III*, los árbitros sostuvieron que, en el acto de solicitar una *suspensión alternativa*, el reclamante goza de cierta discrecionalidad para valorar si la suspensión en el mismo sector es impracticable o ineficaz en el caso concreto para inducir al demandado al pronto cumplimiento. Lo anterior se deduce de una interpretación literal de los apartados (b) y (c) del artículo 22.3, en los que queda plasmada la frase “si la parte [reclamante] considera impracticable o ineficaz suspender...” [énfasis añadido].²⁰⁷

Sin embargo, aclararon, una vez iniciado un arbitraje bajo el artículo 22.6, formará parte del mandato de los árbitros verificar si la valoración del reclamante sobre aquella impracticabilidad o ineficacia es correcta.

Según lo establecido por los árbitros en *CE – Bananos III*, “el examen sobre la “practicabilidad” de una suspensión alternativa atañe a la cuestión de [1] si esa alternativa está disponible para aplicarse en la práctica y [2] también si es adecuada para utilizarse en un caso en particular.” Si queda demostrado ante los árbitros que ambos elementos existen en el caso concreto, entonces la cuestión sobre la impracticabilidad quedará acreditada en favor del reclamante.

Pasamos ahora al concepto de “ineficaz”. En el caso *CE – Bananos III* se estableció que el sentido principal de este concepto es dar al reclamante la facultad de asegurarse de que la suspensión tendrá una repercusión fuerte y producirá el resultado deseado, esto es, inducir al demandado a que cumpla con las resoluciones y recomendaciones que le han sido dirigidas por el OSD.²⁰⁸

El objetivo y fin del artículo 22 del ESD es inducir al cumplimiento. Este objetivo permea en los criterios de practicabilidad y eficacia establecidos en los apartados (b) y (c) del artículo 22.3. Si se le exigiera a la parte reclamante suspender en sectores o en el marco de acuerdos en que la suspensión no fuera posible en la práctica o no tuviera un marcado efecto, no se podría lograr el objetivo de inducir al cumplimiento y no podría funcionar debidamente el mecanismo destinado a garantizar la aplicación del sistema de solución de diferencias de la OMC.²⁰⁹

Según el artículo 22.3 (e), la parte reclamante que pide la suspensión deberá proceder a presentar las razones y explicaciones que la llevaron a pedir autorización en el marco de un sector o un acuerdo distintos de aquellos en que se constató una infracción. Una vez expuestas estas razones y explicaciones, tanto la impracticabilidad como la ineficacia son elementos que se presumirán en favor del reclamante. Según los árbitros en *CE – Bananos III (Ecuador) (Arbitraje 22.6)* es suficiente que la parte reclamante considere

²⁰⁷ Decisión de los árbitros en *CE – Bananos III (Ecuador) (Arbitraje 22.6 – CE)*, párrafo 52.

²⁰⁸ Los árbitros declararon en el caso *CE – Bananos III (Ecuador) (Arbitraje 22.6)*, párrafo 72, lo siguiente: “Subrayamos que los apartados b) y c) del párrafo 3 del artículo 22 no imponen al Ecuador ni a nosotros la obligación de establecer que la suspensión de concesiones u otras obligaciones es practicable y/o eficaz en el marco de otro acuerdo (esto es, el Acuerdo sobre los ADPIC) distinto de aquellos en que se han constatado infracciones (es decir, el GATT y el AGCS). Recae en las Comunidades Europeas la carga de establecer que la suspensión en el mismo sector (los mismos sectores) y/o en el marco del mismo acuerdo (los mismos acuerdos) es eficaz y practicable.” [énfasis añadido]

²⁰⁹ Decisión de los árbitros en *CE – Bananos III (Ecuador) (Arbitraje 22.6 – CE)*, párrafo 76.

que una suspensión alternativa que se refiera al mismo sector o al mismo acuerdo es impracticable o ineficaz para que dicha parte proceda a tratar de efectuar la suspensión en el marco de otro sector o acuerdo.²¹⁰

Más aún, dichos árbitros notaron que el párrafo 3 del artículo 22 establece de manera negativa los criterios de practicabilidad y eficacia. El apartado (b) implica que las consideraciones del reclamante deben demostrar que la suspensión *no* es practicable o eficaz respecto del mismo sector en que se constató la infracción, y no que la suspensión *es* practicable y eficaz en otros sectores en el marco del mismo acuerdo. Del mismo modo, el apartado (c) implica que las consideraciones del reclamante deben demostrar que la suspensión *no* es practicable o eficaz respecto de otros sectores en el marco del mismo acuerdo en que se constató una infracción, pero *no* implica que haya de demostrarse que la suspensión *es* practicable y eficaz en el marco de otro acuerdo.²¹¹

Si el demandado alega que el reclamante no ha aplicado correctamente los principios del artículo 22.3, le corresponderá al demandado acreditar su alegación. Si, por un lado, el reclamante ha propuesto una suspensión bajo el apartado (b), le corresponderá al demandado presentar evidencia y argumentos que demuestren que la suspensión es practicable o eficaz en el mismo sector. Si, por el otro, se ha propuesto una suspensión bajo el apartado (c), corresponderá al demandado demostrar que la suspensión es practicable o eficaz en otro sector, en el marco del mismo acuerdo.

Si el demandado logra relevarse de su carga de la prueba, ésta pasará al reclamante, quien ahora deberá demostrar la impracticabilidad o la ineficacia. Si la evidencia y los argumentos presentados por ambas partes tuvieron el mismo peso, el demandado, parte a la que incumbe originalmente la carga de la prueba, perderá la cuestión.²¹²

(ii) Procedimientos

Además de alegar que el reclamante no ha aplicado correctamente los principios previstos en los apartados (a), (b), y (c) del artículo 22.3 del ESD, el demandado podría también alegar que el reclamante no ha aplicado los procedimientos establecidos en los apartados (d) y (e) al aplicar dichos principios.

El apartado (d) del artículo 22.3 establece que en la aplicación de los tres principios contemplados en los apartados (a), (b) y (c), el reclamante deberá tomar en cuenta:

- i) el comercio realizado en el sector o en el marco del acuerdo en que el grupo especial o el Órgano de Apelación hayan constatado la anulación o el menoscabo, y la importancia que para el reclamante tenga ese comercio.
- ii) Los elementos económicos más amplios relacionados con la anulación o el menoscabo y las consecuencias económicas más amplias de la suspensión de concesiones u otras obligaciones.²¹³

²¹⁰ *Ibidem*, párrafo 74.

²¹¹ *Ibidem*, párrafo 77.

²¹² Ver, por ejemplo, Decisión de los árbitros en *CE – Bananos III (Ecuador) (Arbitraje 22.6- CE)*, párrafos 75 y 78.. En dicho caso se estableció que no correspondía a Ecuador, como parte reclamante, ni a los árbitros, la obligación de establecer que la suspensión de concesiones u otras obligaciones es practicable y/o eficaz en el marco de otro acuerdo (Acuerdo sobre los ADPIC) distinto a aquel en el que se constataron las violaciones (GATT y AGCS). Sostuvieron que dicha carga de la prueba recaía en las Comunidades Europeas.

²¹³ Artículo 22.3 (d).

Con respecto al primer aspecto, los árbitros en *CE – Bananos III (Ecuador) (Arbitraje 22.6)* establecieron que los criterios relativos a “ese comercio” y a la “importancia que [...] tenga ese comercio” para la parte reclamante, guardan relación, ante todo, con el comercio anulado o menoscabado por la medida en cuestión incompatible con la OMC. Dichos árbitros le atribuyeron una importancia particular al hecho de que el reclamante es un país en desarrollo Miembro para el cual el comercio del banano y el suministro de servicios al por mayor relacionados con el banano tenían una importancia mucho mayor que para las Comunidades Europeas, el Miembro al cual se aplicaría la suspensión solicitada.²¹⁴

Con respecto al segundo aspecto, los mismos árbitros establecieron que la frase “los elementos económicos más amplios relacionados con la anulación o el menoscabo” indica que el reclamante deberá tomar en consideración los “elementos económicos más amplios” relacionados con el Miembro que sufre la anulación o el menoscabo, en aquel caso Ecuador.²¹⁵

Establecieron, además, que la frase “las consecuencias más amplias de la suspensión de concesiones u otras obligaciones” “no constituye necesariamente una indicación de que “las consecuencias económicas más amplias” estén relacionadas exclusivamente con la parte con respecto a la cual se constató un incumplimiento de la normativa de la OMC. La suspensión de concesiones puede afectar no sólo a la parte que es objeto de medidas de retorsión, sino que también puede tener, por lo menos hasta cierto punto, efectos desfavorables para la parte reclamante que trata de lograr la suspensión, en especial cuando entre una y otra parte hay un gran desequilibrio en cuanto al volumen del comercio y al poder económico”,²¹⁶ como sucede en el caso en que existan diferencias sustanciales entre las partes en lo que respecta al tamaño de sus economías y al nivel de desarrollo socioeconómico.

Pasando ahora al procedimiento establecido por el apartado (e) del artículo 22.3, si el Miembro desea suspender concesiones u otras obligaciones en un sector distinto aquel en que se encontró la violación, pero en el marco del mismo acuerdo, es decir, si el reclamante desea pedir autorización bajo el apartado (b), éste deberá, además de cumplir con las obligaciones del apartado (d): (1) indicar las razones por las que, en su consideración, aplicar la suspensión en el mismo sector o en el marco del mismo acuerdo sería impracticable o ineficaz para inducir al pronto cumplimiento, (2) notificar su solicitud al OSD, a los consejos y a los órganos sectoriales correspondientes y (3) considerar que no sea practicable o eficaz suspender concesiones u otras obligaciones en el mismo sector.

Si en consideración del Miembro reclamante, aplicar la suspensión en el marco del mismo acuerdo es impracticable o ineficaz para inducir al demandado a que cumpla prontamente con sus obligaciones, es decir, si el reclamante desea pedir autorización bajo el apartado (c), además de cumplir con las obligaciones descritas en los apartados (d) y (e) de dicha disposición, deberá considerar que las circunstancias sean lo suficientemente graves como para tomar dicha acción.

²¹⁴ Decisión de los árbitros en *CE – Bananos III (Ecuador) (Arbitraje 22.6)*, párrafo 84.

²¹⁵ *Ibidem*, párrafo 85.

²¹⁶ *Ibidem*, párrafo 86.

Finalmente, si el árbitro ha encontrado que el reclamante no ha aplicado los procedimientos anteriores al aplicar los principios previstos en los apartados (a), (b) y (c) del artículo 22.3 del ESD, el reclamante estará obligado a aplicarlos.²¹⁷ El OSD no autorizará la suspensión sino hasta después de verificar el cumplimiento al artículo 22.3 por parte del reclamante.²¹⁸

Por último, resta por decir que el OSD no podrá autorizar contramedida alguna sino sólo después de que el árbitro emita su laudo.²¹⁹

(d) Contramedidas apropiadas

Como he mencionado, el Acuerdo SMC, en su calidad de *lex specialis*, prevé dos tipos especiales de sanciones comerciales aplicables en aquellos casos en que se involucren subvenciones. Habiéndose constatado la existencia de una *subvención prohibida* en los términos del Acuerdo SMC, el demandado deberá retirar la subvención en cuestión sin demora, en el plazo especificado por el grupo especial en un principio. Si esto no sucede, el OSD autorizará al reclamante a adoptar ‘contramedidas apropiadas’, a menos que decida por consenso desestimar la petición.²²⁰

El artículo 4.11 del Acuerdo SMC establece que en caso de que una parte en la diferencia solicite un arbitraje al amparo del artículo 22.6 del ESD, el árbitro determinará si las contramedidas son *apropiadas*, es decir, si se cumple con el estándar del artículo 4.10.

El Miembro demandado, por tanto, podría impugnar bajo los artículos 4.11 del Acuerdo SMC y 22.6 del ESD, que la contramedida propuesta por el demandado a la autorización del OSD es incompatible con el artículo 4.10 del Acuerdo SMC, alegando que ella es inapropiada.

Según lo establecido por los árbitros en *Estados Unidos – EVE*, el Miembro reclamante no sólo está autorizado para adoptar contramedidas destinadas expresamente a compensar el acto ilícito original y la alteración del equilibrio de derechos-obligaciones que ese acto ilícito supone, sino también a evaluar el carácter de “apropiadas” de estas contramedidas en función de la gravedad de la infracción y de la naturaleza de la alteración del equilibrio de derechos-obligaciones en cuestión.²²¹ Las contramedidas propuestas por el reclamante a la autorización del OSD, por tanto, se presumirán ‘apropiadas’ en el sentido del artículo 4.10 del Acuerdo SMC, salvo se demuestre lo contrario *infra*.

²¹⁷ La obligación de aplicar los principios y procedimiento del artículo 22.3 no emana del laudo arbitral en sí mismo, ya que éste solo determinará si éstos fueron seguidos por el reclamante en el caso concreto, sino del artículo 22.7 que establece que “En el caso de que determine que no se han seguido dichos principios y procedimientos, la parte reclamante los aplicará de conformidad con las disposiciones del párrafo 3 [del artículo 22]”.

²¹⁸ El artículo 22.7 del ESD establece que, en caso de haber encontrado los árbitros que el reclamante no ha aplicado correctamente los principios y procedimientos establecidos en el artículo 22.3, el OSD, si se le pide, otorgará autorización para suspender concesiones u otras obligaciones siempre que la petición sea acorde con la decisión del árbitro, es decir,

²¹⁹ Artículo 22.6 del ESD.

²²⁰ Artículo 4.10 del Acuerdo SMC.

²²¹ Decisión de los árbitros en el caso *Estados Unidos – EVE (Arbitraje 22.6 - Estados Unidos)*, WT/DS/108/ARB, párrafos. 5.60-5.62.

En *Brasil – Aeronaves (Arbitraje 22.6 – Brasil)* y en *Canadá – Aeronaves (Arbitraje 22.6 - Canadá)*, los árbitros sostuvieron que los principios generales de carga de la prueba aplicables a cualquier alegación,²²² aplican también a una alegación bajo el artículo 4.10 del Acuerdo SMC de que la contramedida propuesta por el reclamante es inapropiada y desproporcionada en el sentido de dicha disposición.²²³ En aquel caso, consideraron los árbitros, Brasil estaba obligado a probar *prima facie* la incompatibilidad de la contramedida propuesta por Canadá. Una vez que Brasil se relevara de su carga de la prueba, correspondería a Canadá presentar pruebas suficientes para refutar los argumentos y la evidencia presentada por Brasil. En caso de que las pruebas presentadas por ambas partes tuvieran igual peso, Brasil, en su calidad de parte a la que inicialmente incumbe la carga de la prueba, sería la parte vencida.²²⁴

(e) Contramedidas proporcionadas al grado y naturaleza de los efectos desfavorables

El artículo 7.9 del Acuerdo SMC establece que, en caso de que el demandado no haya adoptado medidas apropiadas para eliminar los efectos desfavorables de la *subvención recurrible* ni la haya retirado en un plazo de seis meses a partir de la adopción del informe del grupo especial o el Órgano de Apelación, el OSD concederá al reclamante autorización para adoptar contramedidas, proporcionadas al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado, salvo que el OSD decida por consenso desestimar la petición.

El artículo 7.10 del Acuerdo SMC establece que en caso de que una parte solicite un arbitraje al amparo del artículo 22.6 del ESD, el árbitro determinará si las contramedidas son proporcionadas al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se hayan determinado.

De acuerdo a lo anterior, la carga de la prueba en este arbitraje recaerá, en principio, en el Miembro demandado, que será el que impugne la incompatibilidad de la contramedida propuesta con el estándar del artículo 7.9.

(f) Conclusiones

En la presente parte hemos descrito que si el Miembro demandado impugna el nivel de suspensión propuesto por el reclamante al solicitarle su autorización al OSD para suspender concesiones u otras obligaciones, o sostiene que no se han cumplido con los principios y procedimientos establecidos en el artículo 22.3, la cuestión se someterá a arbitraje bajo el artículo 22.6.

Además, hemos establecido que el cuerpo de árbitros estará compuesto por el grupo especial que haya conocido inicialmente de la disputa o, en su defecto, por aquellos expertos nombrados por el Director General.

²²² “[L]a carga de la prueba incumbe a la parte, sea el demandante o el demandado, que afirma una determinada reclamación o defensa. 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.” (Informe definitivo del Órgano de Apelación en *Estados Unidos - Camisas y blusas*, párrafo 335. Ver también Decisión de los árbitros en *CE – Hormonas (Arbitraje 22.6 - CE)*, párrafos 8-11.

²²³ Decisión de los árbitros en *Brasil – Aeronaves (Arbitraje 22.6 – Brasil)*, párrafo 2.8; Decisión de los árbitros en *Canadá – Aeronaves (Arbitraje 22.6 – Canadá)*, párrafo 2.6-2.8.

²²⁴ Decisión de los árbitros en el caso *Brasil – Aeronaves (Arbitraje 22.6 – Brasil)*, párrafo 2.8.

La facultad del árbitro será la de determinar si el nivel de suspensión propuesto por el reclamante es equivalente al nivel de anulación o menoscabo y si el reclamante ha cumplido con los principios y procedimientos establecidos en el artículo 22.3 en caso de una retaliación cruzada. En caso de subvenciones prohibidas, el mandato del árbitro será la de determinar si la contramedida propuesta por el reclamante es apropiada. En el caso de subvenciones recurribles, su mandato será determinar si la contramedida propuesta por el reclamante es proporcionada al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado.

Hemos establecido también que la decisión del árbitro deberá ser expedida dentro de los 60 días siguientes a la fecha de expiración del plazo prudencial. Además, durante el curso del arbitraje no se suspenderán concesiones u otras obligaciones.

Hemos concluido que la regla general de la carga de la prueba será aplicable en el procedimiento 22.6, por lo que corresponderá a quien impugne el nivel de concesión propuesto por el reclamante o a quien afirme que el reclamante no ha cumplido con los principios y procedimientos establecidos en el artículo 22.3 del ESD, demostrar dichas alegaciones.

Finalmente, hemos explicado que en el caso de contramedidas bajo el Acuerdo SMC, igualmente corresponderá al demandado demostrar que las contramedidas propuestas por el reclamante no son apropiadas (tratándose de subvenciones prohibidas) o que no son desproporcionadas al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado (tratándose de subvenciones recurribles).

Por último, debemos destacar la propuesta de México que ha quedado descrita en las partes anteriores. Así, México propone una enmienda al artículo 22.6 del ESD en el sentido de facultar a los árbitros constituidos bajo el artículo 22.6, para que en su cálculo incluyan al nivel de anulación o menoscabo sufrido por el reclamante durante el plazo prudencial y no exclusivamente a aquel sufrido a partir de que el plazo prudencial haya expirado, como en el actual escenario sucede.

Considero que la anterior propuesta tendría un efecto favorable en el esquema de contramedidas de la OMC, ya que induciría con mayor fuerza al demandado a que cumpla las resoluciones y recomendaciones del OSD prontamente.

8. El problema de la secuencialidad

En las partes anteriores se han explicado aisladamente cada uno de los elementos que conforman el denominado *problema de la secuencialidad*: el plazo prudencial, la compensación, la suspensión de concesiones u otras obligaciones, el panel de cumplimiento 21.5 y el procedimiento arbitral 22.6. Hemos abundado en ellos tanto en su parte sustantiva como en su parte adjetiva, por lo que en esta parte me abstengo de explicarlos nuevamente y, en vez de ello, me remito a lo explicado en las partes anteriores.

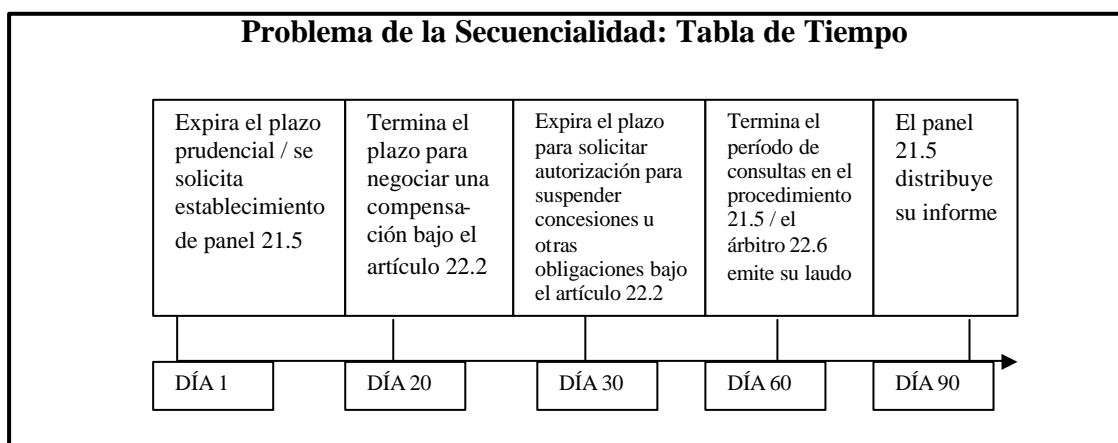
En esta parte, estos cinco elementos serán analizados en su conjunto, como parte de un sistema único, procesalmente dinámico. Además, se explicará en qué consiste el *acuerdo de secuencialidad* celebrado por los Miembros, con el que se logra, caso por caso, resolver el problema de la secuencialidad del que padece el ESD y que surgió por vez primera en el caso *CE - Bananos III*.

A manera de introducción, me gustaría resaltar que el problema de la secuencialidad es un tema clave en las reuniones formales e informales que actualmente celebran los Miembros de la OMC con el objetivo de enmendar el ESD.²²⁵ Existe el riesgo de que, mientras siga existiendo este problema, los Miembros pierdan su derecho a imponer contramedidas en contra del Miembro que no cumpla con las recomendaciones y resoluciones del OSD. Algo que evidentemente debilitaría al sistema de solución de diferencias de la OMC día a día, ya que de haberse perdido el derecho a imponer contramedidas, el perdedor de una disputa tendrá aún menos incentivos para cumplir con lo ordenado por el OSD. Finalmente, queda por decir que el problema de la secuencialidad, es una situación legal que contraría al objetivo y fin del mecanismo de solución de diferencias: hallar una solución positiva a las diferencias.²²⁶

(a) El problema de la secuencialidad

El origen del problema de la secuencialidad es la falta de referencia cruzada entre el artículo 21.5 y el 22.2 del ESD. Se trata de un problema de plazos procesales que pone en peligro la vigencia del derecho del reclamante a solicitar autorización para suspender concesiones u otras obligaciones.

Todo comienza con la expiración del plazo prudencial. El Miembro demandado debe implementar las recomendaciones y resoluciones del OSD dentro del plazo prudencial que se ha establecido bajo el artículo 21.3 del ESD. Si el demandado no lo hace o si existe controversia entre reclamante y demandado respecto de si efectivamente lo ha hecho, el Miembro reclamante podrá solicitarle al OSD la autorización para suspender concesiones u otras obligaciones bajo el artículo 22.2 del ESD. Sin embargo, para que esta autorización sea concedida por el OSD, el reclamante requerirá de una base fáctica que demuestre que el Miembro demandado se encuentra en una situación de incumplimiento. Si el demandado manifiesta expresamente que no ha cumplido, lo cual en la práctica no sucede, el reclamante tomará esta declaración como la base fáctica de su solicitud. Por el contrario, si no hay una declaración en este sentido y más bien existe controversia respecto de si el demandado ha implementado completamente las recomendaciones y resoluciones del OSD, como generalmente sucede en la práctica, el reclamante tendrá que buscar otra base fáctica que soporte su solicitud. Dicha base no podrá ser otra que el informe definitivo del grupo especial revisor que conoce del caso bajo el artículo 21.5 del ESD.



²²⁵ México es uno de los Miembros líderes en este sentido.

²²⁶ Artículo 3.7 del ESD.

El artículo 22.2 del ESD establece que si el demandado no pone en conformidad la medida que ha sido declarada compatible con el acuerdo abarcado en cuestión o no cumple de otro modo las recomendaciones y resoluciones dentro del plazo prudencial, el Miembro reclamante podrá solicitarle una compensación. Si las negociaciones—buscando una compensación—fracasan, el reclamante podrá solicitarle al OSD su autorización para suspender concesiones u otras obligaciones al demandado. Este derecho deberá ejercerse dentro de los 30 días siguientes a la expiración del plazo prudencial. Si no se hace así, el reclamante perderá su derecho para retaliar en contra del demandado.

De esos 30 días, 20 podrían utilizarse para negociar una compensación (algo que como he dicho, es una condición previa para ejercer el derecho a retaliar bajo el ESD), por lo que en realidad el reclamante tendría 10 días efectivos para ejercer su derecho a solicitar la suspensión de concesiones u otras obligaciones. Desde un punto de vista jurídico, el plazo de 20 días para negociar una compensación no es taxativo. De hecho, el período de negociación podría tomar menos días si se llega a un acuerdo antes o si la negociación fracasa prematuramente. Sin embargo, en la práctica, estas negociaciones suelen extenderse hasta el día 20. Al demandado le conviene mantener despiertas las esperanzas del reclamante de que recibirá una compensación.

He mencionado que para solicitar autorización para suspender concesiones, el solicitante deberá tener una base fáctica que compruebe que su contraparte se encuentra en una situación de incumplimiento. Dicha base fáctica no podrá ser otra que el informe definitivo del panel de cumplimiento que conozca del caso con fundamento en el artículo 21.5 del ESD. Dicha disposición establece que, en caso de desacuerdo en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones, o a la compatibilidad de dichas medidas con un acuerdo abarcado, esta diferencia se resolverá por un panel de cumplimiento dentro de los 90 días siguientes a la expiración del plazo prudencial. Este período de tiempo dificulta el ejercicio del derecho a solicitar retaliación bajo el artículo 22.2. Dicha disposición, como he mencionado, establece que el derecho a suspender concesiones u otras obligaciones deberá ser ejercitado dentro de los 30 días siguientes a la expiración del plazo prudencial. Noventa días es demasiado para el reclamante. Por tanto, iniciar un procedimiento de revisión bajo el 21.5 podría traducirse en la caducidad de su derecho a retaliar.

La pregunta que aparece entonces es la siguiente: si el reclamante no se espera a la decisión del panel revisor 21.5, ¿sobre qué base fáctica podrá demostrar que el demandado se encuentra en una situación de incumplimiento, al momento de solicitar autorización para suspender concesiones u otras obligaciones? El escenario con el que se enfrenta el reclamante, es que en caso de existir desacuerdo en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones, o a la compatibilidad de dichas medidas con un acuerdo abarcado (causas por las que se inicia un procedimiento 21.5), el OSD simplemente no otorgará su autorización.

En adición a lo anterior, el artículo 22.6 también es relevante en el estudio del problema de la secuencialidad. Esta disposición establece que el árbitro deberá expedir su laudo dentro de los 60 días siguientes a la expiración del plazo prudencial. Sin embargo, si el

panel revisor que se constituya bajo el artículo 21.5 no expide su informe definitivo sino hasta 90 días después de la expiración del plazo prudencial, entonces será imposible para los árbitros que se constituyan bajo el artículo 22.6 circular su laudo dentro del plazo al que están vinculados, es decir, dentro de los 60 días siguientes a la expiración del plazo prudencial. De hecho, como deben solicitarse consultas bajo el artículo 21.5 antes de que el panel revisor conozca del caso, el período de 60 días que se otorga para la celebración de dichas consultas agotaría la totalidad del tiempo que tienen los árbitros 22.6 para emitir su laudo. Lo que se hará en este caso es que los Miembros solicitarán la suspensión del arbitraje 22.6 hasta en tanto el procedimiento 21.5 concluya.

A lo anterior debemos adicionarle un elemento más. Más allá de la situación jurídica contenida en el ESD, el problema de la secuencialidad es agravado por las circunstancias de cada caso. En razón de la dificultad del caso, los paneles de cumplimiento suelen tomarse más de los 90 días que tienen autorizados para llegar a una conclusión (algo que tienen autorizado hacer en aquellas circunstancias en las que consideren imposible presentar su informe en ese plazo). Más aún, todas las decisiones de un panel de cumplimiento pueden ser apeladas ante el Órgano de Apelación.²²⁷

El caso *CE - Bananos III* constituye el primer precedente en que las partes solicitaron la revisión de una medida bajo el artículo 21.5 del ESD. En aquel caso, tanto las Comunidades Europeas, alegando que ya habían cumplido con las resoluciones y recomendaciones del OSD, como Ecuador, quien alegaba lo contrario, solicitaron un procedimiento 21.5. Ambas solicitudes fueron anteriores a la expiración del plazo prudencial.

Por su parte, Estados Unidos solicitó autorización para suspender concesiones u otras obligaciones. Al respecto, las CE solicitaron se iniciara un procedimiento arbitral bajo el artículo 22.6, alegando que el nivel de suspensión propuesto por Estados Unidos no era equivalente al de anulación o menoscabo efectivamente causado.

Los tres procedimientos se llevaron paralelamente ante el grupo especial original. En el procedimiento de revisión 21.5 de Ecuador, los panelistas encontraron que los esfuerzos de las CE no habían sido suficientes para cumplir con las recomendaciones y resoluciones del OSD y que, por tanto, seguían en incumplimiento.²²⁸ En el procedimiento 21.5 solicitado por CE, los panelistas igualmente establecieron que “Dado que hemos constatado en el procedimiento iniciado por el Ecuador que las medidas de aplicación de la CE no son compatibles con sus obligaciones en la OMC, es evidente que no cabe presumir en este procedimiento que son compatibles”.²²⁹

²²⁷ El caso *Canadá - Productos lácteos*, WT/DS103, es un caso en que se hizo recurso al artículo 21.5 dos veces. En ambos procedimientos, la decisión del panel de cumplimiento fue apelada. En aquel caso el plazo prudencial expiró el 31 de enero de 2001. La última decisión del Órgano de Apelación en el procedimiento 21.5 fue distribuida a los miembros el 20 de diciembre de 2002. Es decir, tuvieron que transcurrir 11 meses a partir del vencimiento del plazo prudencial para que Estados Unidos y Nueva Zelanda tuviera una base fáctica que soportara su solicitud para suspender concesiones u otras obligaciones. Finalmente, ni Estados Unidos ni Nueva Zelanda suspendieron concesiones ni otras obligaciones por haberse convenido una solución mutuamente aceptable con el Canadá.

²²⁸ Informe del GE en *CE - Bananos III, Recurso del Ecuador al artículo 21.5 del ESD* (“*CE - Bananos III (21.5 - Ecuador)*”), WT/DS27/RW/ECU, adoptado el 12 de abril de 1999, párrafo 7.1.

²²⁹ Informe del GE en *CE - Bananos III, Recurso de las Comunidades Europeas al artículo 21.5 del ESD* (“*CE - Bananos III (21.5 - CE)*”), WT/DS27/RW/EEC y Corr. 1, adoptado el 12 de abril de 1999, párrafo 4.15.

En el arbitraje 22.6 de las CE, los árbitros razonaron, en mi consideración, incorrectamente, que: “no podemos cumplir nuestra función de evaluar la equivalencia entre los dos niveles citados si no llegamos antes a una conclusión acerca de si el régimen revisado de las CE es, sobre la base de nuestras constataciones y de las constataciones del Órgano de Apelación en la diferencia inicial, plenamente compatible con la OMC”.²³⁰ Así, dichos árbitros primero analizaron, sin ninguna referencia a las conclusiones del panel de cumplimiento, la compatibilidad del nuevo régimen bananero de CE, concluyendo que éste era incompatible con la OMC. Posteriormente fijaron el nivel de suspensión equivalente a la anulación o al menoscabo causado por dicha inconsistencia.²³¹ Al emitir su laudo, los árbitros consideraron haber hecho una buena labor.²³² Esto resolvió el problema para el caso de *CE – Bananos III*, sin embargo el Órgano de Apelación en *Estados Unidos – Determinados productos procedentes de las CE*²³³ puso en duda el razonamiento jurídico de los árbitros de *CE – Bananos III*.

En dicha disputa, el grupo especial había confirmado la validez del argumento jurídico utilizado por los árbitros 22.6 en el caso de *CE – Bananos III* en el sentido de que dichos árbitros están facultados para revisar la consistencia de la medida con los acuerdos de la OMC.²³⁴ El Órgano de Apelación, sin embargo, rechazó lo dicho por este grupo especial y estableció que, en su consideración, los árbitros 22.6 sólo están facultados para verificar y calcular el nivel de suspensión que es debido en el caso concreto. La facultad de revisar la consistencia de un nuevo régimen, razonaron, es una facultad exclusiva del panel de cumplimiento.²³⁵

En este último caso, el Órgano de Apelación estaba facultado para opinar sobre este asunto, ya que lo que revisó fue el informe de un grupo especial. Sin embargo, las decisiones del Órgano de Apelación no afectan a las decisiones de los árbitros 22.6, ya que éstas son inapelables por naturaleza. Si un árbitro vuelve a decidir que efectivamente está facultado para evaluar la consistencia de una medida con los acuerdos de la OMC, no habrá forma de rebatir dicha decisión, salvo que el OSD decida por consenso negativo hacerlo.²³⁶

(b) Acuerdo de secuencialidad

El problema de la secuencialidad se trata de una situación real que afecta a todos los Miembros que desean ejercer su derecho a suspender concesiones u otras obligaciones. Si la práctica obliga a los Miembros a iniciar un procedimiento de revisión 21.5 antes de

²³⁰ Laudo arbitral en *CE – Bananos III, Recurso de las Comunidades Europeas al artículo 22.6 del ESD* (“*CE – Bananos III (Arbitraje 22.6 – CE)*”), WT/DS27/ARB, adoptado el 9 de abril de 1999, párrafo 4.8

²³¹ Cfr. PALMETER, David y MAVROIDIS Petros C., *Dispute Settlement in the World Trade Organization: Practice and Procedure*, Cambridge University Press, Reino Unido, Segunda Edición, 2004, págs. 280-282.

²³² Ver Laudo arbitral en *CE – Banano III (Arbitraje 22.6 – CE)*, WT/DS27/ARB, adoptado el 9 de abril de 1999, párrafo 4.15.

²³³ WT/DS165

²³⁴ Informe del GE en *Estados Unidos – Medidas aplicadas a la importación de ciertos productos procedentes de las Comunidades Europeas* (“*Estados Unidos – Determinados productos procedentes de las CE*”), WT/DS165/R, párrafo 6.122.

²³⁵ Informe del Órgano de Apelación en *Estados Unidos – Determinados productos procedentes de las CE*, WT/DS165/AB/R, párrafo 89.

²³⁶ Cfr. PALMETER, David y MAVROIDIS Petros C., *Dispute Settlement in the World Trade Organization: Practice and Procedure*, Cambridge University Press, Reino Unido, Segunda Edición, 2004, págs. 283-284.

aplicar sanciones comerciales, entonces muy probablemente el Miembro perderá su derecho a suspender concesiones u otras obligaciones y no habrá incentivos para que el perdedor de la disputa cumpla las resoluciones y recomendaciones del OSD.

En la actualidad, las deficiencias del ESD están siendo subsanadas caso por caso por los Miembros, al hacer uso de las reglas del derecho internacional general para salvar su derecho a suspender concesiones u otras obligaciones. El artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece que todo tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. Juntamente con el contexto habrá de tenerse en cuenta todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación o de la aplicación de sus disposiciones. Así es como los Miembros modifican el contexto del ESD, caso por caso, celebrando un acuerdo para subsanar el problema de secuencialidad. Dicho acuerdo es denominado *acuerdo de secuencialidad*.

Las cláusulas más importantes del acuerdo de secuencialidad suelen ser las siguientes, aunque pueden variar:

1. El reclamante podrá solicitar el establecimiento de un panel de cumplimiento bajo el artículo 21.5 del en cualquier momento.
2. En la primera reunión del OSD en que el reclamante solicite el establecimiento de un panel de cumplimiento, el demandado aceptará dicho establecimiento.
3. Las partes cooperarán para que el panel de cumplimiento pueda circular su informe dentro de los 90 días siguientes a su composición.
4. En caso de existir apelación, las partes cooperarán para que el Órgano de Apelación circule su informe dentro de los 90 días siguientes a la notificación de apelación ante el OSD.
5. El reclamante podrá solicitar autorización para suspender concesiones u otras obligaciones conforme al artículo 22.2 del ESD simultáneamente con una solicitud de establecimiento de panel de cumplimiento, o en cualquier momento de haberse hecho ésta. El demandado no podrá alegar que el derecho del reclamante a obtener autorización para suspender concesiones u otras obligaciones ha precluido, a pesar de que la solicitud se haya hecho fuera del plazo previsto en el artículo 22.6 del ESD.
6. Si el reclamante solicita autorización para suspender concesiones u otras obligaciones bajo el artículo 22.2, el demandado objetará bajo el artículo 22.6 el nivel de suspensión propuesto y/o alegará que los principios y procedimientos establecidos en el artículo 22.3 del ESD no han sido aplicados.
7. Si el asunto ha sido referido a un arbitraje 22.6 antes que el OSD adopte sus recomendaciones y resoluciones en el procedimiento 21.5, las partes solicitarán al árbitro 22.6 que suspenda su trabajo.
8. Si el OSD determina que no existe una medida destinada a cumplir o que ésta es inconsistente con algún acuerdo abarcado, cualquier parte podrá solicitarle al árbitro 22.6 que reinicie su trabajo. Las partes cooperarán para que el árbitro 22.6 circule su laudo dentro de los 60 días siguientes al reinicio de sus labores.
9. Si el OSD determina que el demandado ha cumplido con sus recomendaciones y resoluciones, el reclamante retirará su solicitud para suspender concesiones u

otras obligaciones, y terminará, consecuentemente, el procedimiento arbitral 22.6.

(c) Conclusiones

Una vez expuesto lo anterior, queda por decir que, si bien el problema de la secuencialidad contenido en el ESD es resuelto casuísticamente por los Miembros a través de los denominados acuerdos de secuencialidad, siempre existe la posibilidad de que un Miembro se niegue a celebrarlos. Visto con frialdad, el Miembro demandado no tiene muchos incentivos para celebrar el acuerdo de secuencialidad, ya que prefiere que el reclamante pierda su derecho a imponer contramedidas en su contra. Los Miembros se encuentran en disposición para celebrar dichos acuerdos porque si a futuro existe un caso importante para ellos, en el que actúen como reclamantes, ellos son los que necesitarán de la buena fe del demandado. Cerrarle las puertas a un Miembro en el presente sería cerrarse las puertas asimismo en un futuro.

Por tanto, resulta claro que el problema de la secuencialidad necesita resolverse en el mismo ESD y no casuísticamente a través de la celebración de acuerdos de secuencialidad, sólo así se arrancarían el problema de raíz y se dejaría de depender de la buena fe de las partes.

9. Conclusión

En el estudio llevado a cabo en este capítulo queda explicado el por qué de la relevancia de la declaración hecha por Steve Charnovitz en el año 2000, en el sentido de que “[l]a OMC podrá tener el mejor sistema de solución de diferencias de cualquier organización internacional, pero no tiene el mejor sistema de cumplimiento”.²³⁷

Como ya mencioné en algún momento, en mi interpretación son tres los factores que un Miembro tomará en consideración para decidir sobre si cumplirán o no las recomendaciones y resoluciones del OSD. Primero, la *legitimidad en ejercicio* del sistema de solución de diferencias. Si los Miembros y la Organización son capaces de utilizar el sistema de solución de diferencias para, consistentemente, aplicar en cada disputa los principios para los que dicho sistema fue creado en un principio,²³⁸ el demandado tendrá más incentivos para creer que cumplir con sus obligaciones es la mejor opción. La legitimidad en ejercicio, por tanto, es un factor que depende de la efectividad del sistema para consagrar los principios del sistema de solución de diferencias; a mayor efectividad, mayor legitimidad en ejercicio y mayores incentivos para que el demandado cumpla con las recomendaciones y resoluciones del OSD. Segundo, el *poder inductivo de las contramedidas y de los remedios jurídicos*. Si el nivel de las contramedidas y de los remedios jurídicos es bajo, el demandado tendrá

²³⁷ CHARNOVITZ, Steve, “*Rethinking WTO Trade Sanctions*”, American Journal of International Law, **95** (4), Octubre del 2000, pág. 832.

²³⁸ Los principios del sistema de solución de diferencias están plasmados en el ESD y quedan resumidos a continuación: (1) el sistema de solución de diferencias sirve para preservar los derechos y obligaciones de los miembros (artículo 3.2 del ESD), (2) es esencial para ese sistema la pronta solución de las diferencias entre los miembros (artículo 3.3), (3) todas las soluciones en materia de consultas y solución de diferencias habrán de ser compatibles con los acuerdos abarcados y no deberán anular ni menoscabar las ventajas resultantes de ser mismos, ni deberán poner obstáculos a la consecución de ninguno de los objetivos de dichos acuerdos (artículo 3.5), (4) el mecanismo de solución de diferencias tiene como objetivo hallar una solución positiva a las diferencias (artículo 3.7), (5) deberá darse preferencia a una solución mutuamente aceptable; de no llegarse a una, el primer objetivo del mecanismo de solución de diferencias será en general conseguir la supresión de la medida ilícita (artículo 3.7).

pocos incentivos para cumplir las recomendaciones y resoluciones. Por el contrario, si son altos, el demandado tendrá más incentivos para cumplir lo antes posible, ya que pensará que entre más tiempo pase, mayor será el daño que le ocasionarán las contramedidas y más el dinero que tendrá que pagar al reclamante para compensar el daño que le ha ocasionado. Y tercero, la *evaluación costo-beneficio* que haga el demandado sobre la afectación de factores económicos, políticos y sociales derivada del cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones.

En esta parte me gustaría hacer una reflexión sobre los primeros dos factores. El reiterado incumplimiento de las resoluciones y recomendaciones del OSD es un reflejo de la fragilidad del sistema de solución de diferencias de la OMC. Disputas como las de *CE – Bananos III, Estados Unidos – Enmienda Byrd, Estados Unidos – Artículo 110 (5) de la Ley de Derecho de Autor y Estados Unidos – Artículo 211 de la Ley de Asignaciones*,²³⁹ son algunos ejemplos que demuestran que los Miembros más poderosos, en este caso Estados Unidos y Comunidades Europeas, son capaces de retar a la OMC y a sus Miembros y de poner en tela de juicio la legitimidad y la eficacia de su sistema de solución de diferencias a través del incumplimiento reiterado de sus obligaciones. Llama la atención el caso de *CE – Bananos III*. Los informes del grupo especial y del Órgano de Apelación en ese caso fueron adoptados el 25 de septiembre de 1997 y a la fecha las CE no han cumplido. De hecho, recientemente Ecuador solicitó el establecimiento de un segundo panel de cumplimiento 21.5 para que se revisara el “nuevo” régimen bananero de las CE y su compatibilidad con los acuerdos abarcados,²⁴⁰ por lo que seguramente el cumplimiento de las CE tardará mucho tiempo más.

Más aún, de 1995 a la fecha se han solicitado 26 procedimientos 21.5,²⁴¹ y en la mayoría de ellos se han encontrado que el demandado sigue en incumplimiento de sus obligaciones OMC. En promedio, más de dos casos al año son los que ponen a prueba la legitimidad del sistema de solución de diferencias. El número parecería ser no muy representativo del problema de incumplimiento que estoy planteando, en especial si consideramos que, en promedio, se inician casi 30 casos al año en la OMC. Sin embargo, el problema de incumplimiento, y de la consecuente pérdida de legitimidad en el sistema de solución de diferencias en la OMC, va más allá de los números. Se necesita de un sólo caso para afirmar que dicho sistema no está cumpliendo con sus objetivos de “preservar los derechos y obligaciones de los Miembros” y de “hallar una solución positiva a todas las diferencias”. A pesar de que en agosto de 2006 se puso en tela de juicio el futuro de la OMC, la realidad es que sólo han transcurrido 12 años a partir de su establecimiento. Esta Organización durará mucho tiempo más, por ello el hincapié de los Miembros a enmendar el ESD. Están conscientes de que se necesita un mayor grado de efectividad en la implementación de las recomendaciones y resoluciones del OSD, y que sólo así se legitimará el sistema de solución de diferencias de la OMC a futuro.

²³⁹ A pesar de haber transcurrido por lo menos cuatro años a partir de la adopción de los informes del GE y Órgano de Apelación, todos estos casos siguen activos debido al incumplimiento de CE y Estados Unidos.

²⁴⁰ Ver documento WT/DS27/85. Recientemente, el grupo especial emitió su informe, en el que concluyó que CE sigue en violación de sus obligaciones (Ver documento WT/DS27/RW2/ECU, 7 de abril de 2008).

²⁴¹ 10 entre 1994 y 2000, 5 en el 2001, uno en el 2002, tres en el 2004, 7 en el 2005 y 5 en el 2006. Ver documento WT/DSB/42/Add. 1.

Me refiero ahora al segundo factor, al del poder inductivo de las contramedidas y de los remedios jurídicos. En el derecho de la OMC sólo existen dos remedios jurídicos: la supresión de la medida ilícita y la compensación. Como bien apunta Joost Pauwelyn, el sistema de solución de diferencias de la OMC carece del remedio jurídico de la reparación—al menos en el sentido tradicional de una compensación por los daños ocasionados en el pasado.²⁴² La carencia del remedio de la reparación, es algo que, en mi interpretación, limita el poder inductivo que pudiera tener la suspensión de concesiones u otras obligaciones sobre el demandado. Al no existir este remedio jurídico en el derecho de la OMC, no podrá tomarse en consideración el daño ocasionado al reclamante antes de la expiración del plazo prudencial para calcular el nivel de anulación o menoscabo y, consecuentemente, tampoco para calcular el nivel de suspensión de concesiones u otras obligaciones. Esta es una situación de la que suelen abusar los Miembros.

Es común que los sectores comerciales más importantes de un país presionen a su gobierno para que los proteja de la competencia extranjera cuando ésta les afecta. Para proteger el empleo de sus nacionales, por ejemplo, los gobiernos a veces no tienen otra alternativa que imponer una medida incompatible con los acuerdos de la OMC. Aunque esos Miembros sean demandados ante la OMC, ellos saben que no hay obligación a reparar los daños causados en el pasado y que, consecuentemente, no habrá consecuencias económicas en su contra si cumplen con las recomendaciones y resoluciones del OSD antes de que venza el plazo prudencial. Más aún, esos Miembros no estarán incentivados a retirar la medida ilícita sino hasta el momento en que el costo de mantenerla en activo sea mayor al costo de retirarla. Si se incluyera el remedio de la reparación al sistema de solución de diferencias y se permitiera calcular el nivel de anulación o menoscabo a partir del momento en que la medida ilícita entró en vigor y no sólo a partir del vencimiento del plazo prudencial, los Miembros pensarían dos veces antes de implementar una medida que fuera incompatible con la OMC.

La propuesta anterior, por tanto, trata de asemejar el derecho de la OMC con el derecho internacional general en el aspecto de los remedios jurídicos y de las contramedidas. Si un acto es declarado internacionalmente ilícito en el ámbito del derecho internacional general, la parte que ha perdido la disputa tendrá la obligación de cesar el acto ilícito, si todavía existe, y de reparar el daño causado por el mismo a terceros Estados. A pesar de que, antes de establecerse la OMC, la Corte Internacional de Justicia ya había pronunciado que “[l]a reparación debe, tanto como sea posible, remover todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que, en toda probabilidad, habría existido si el acto no hubiera sido cometido”, la intención de los Miembros fue apartarse de este principio y, por tanto, excluir al remedio de la reparación del derecho que los regiría. Una decisión que, en mi consideración, no fue la mejor. Como ha quedado en evidencia, la experiencia demuestra que durante sus primeros 13 años de existencia, el sistema de solución de diferencias de la OMC se ha visto necesitado de remedios jurídicos y contramedidas con un alto nivel inductivo.²⁴³

²⁴² PAUWELYN, Joost, *Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules are Rules – Toward a More Collective Approach*, *American Journal of International Law*, 94 (2), Abril 2000, págs. 339 en MAVROIDIS, Petros C. y SYKES, Alan O. (compiladores), *THE WTO AND INTERNATIONAL TRADE LAW/DISPUTE SETTLEMENT: Critical perspectives on the global trading system and the WTO*, Edward Elgar Publishing Limited, Reino Unido/ Estados Unidos, 2005, pág. 428.

Si bien la práctica litigiosa de los últimos 13 años ha dejado en evidencia la fragilidad del esquema de cumplimiento del sistema de solución de diferencias de la OMC, está en la voluntad de los Miembros aprender de los errores del pasado y enmendarlos, y de esta forma contribuir con un objetivo aún más importante: el de fomentar un comercio mundial más justo.

²⁴³ Algunas otras propuestas han sido planteadas por los Miembros en busca de mejorar el sistema de solución de diferencias. Éstas tienen el objetivo de enmendar el ESD en, por lo menos, tres cuestiones:

1. Se debe establecer una secuencia entre el panel de cumplimiento y la solicitud para suspender concesiones u otras obligaciones, en el sentido de que una solicitud de este tipo sólo pueda ser examinada si el panel de cumplimiento se ha pronunciado sobre la inadecuación de medida destinada a cumplir.
2. Los paneles de cumplimiento deben ser tratados como árbitros, en el sentido de que sus decisiones deben ser inapelables.
3. Las decisiones de los paneles de cumplimiento deberían ser la *ultima ratio* en el procedimiento de solución de diferencias, esto es, los Miembros deberían tener un solo plazo prudencial para poner sus medidas en conformidad con los acuerdos abarcados.

Ver para estos efectos MAVROIDIS, Petros C., “*Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place*”, *European Journal of International Law*, 11 (4), pág. 799.