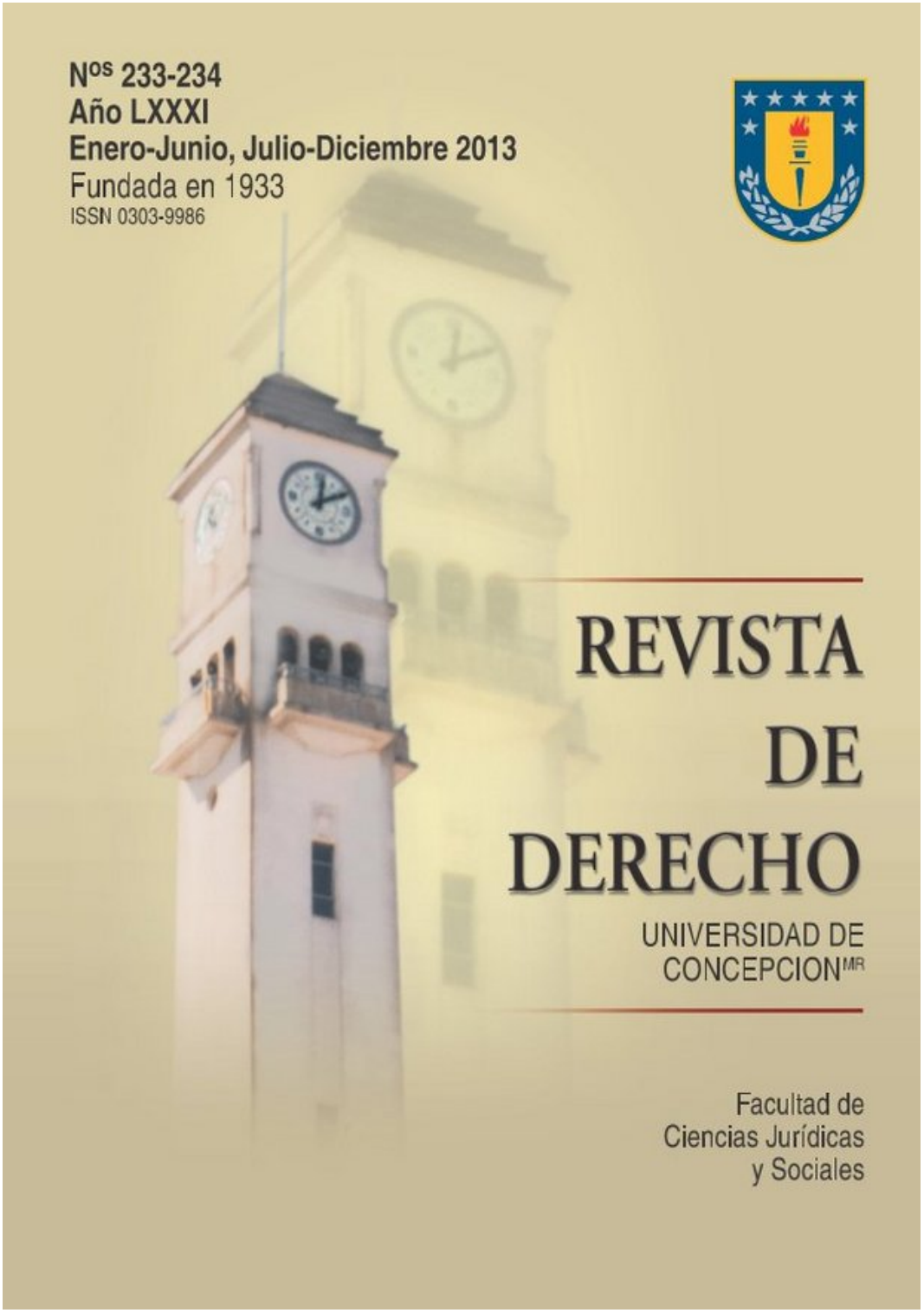
REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)



Artículo: Jurisdicción y límites en el órgano de solución de diferencias de la OMC
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Cristián Delpiano Lira

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

REVISTA DE DERECHO 233-234: 93-114, 2013 ISSN 0303-9986

JURISDICCIÓN Y LÍMITES EN EL ÓRGANO DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC[*]

CRISTIÁN DELPIANO LIRA[**]
Profesor de Derecho Internacional Público
Universidad Católica del Norte

RESUMEN

Este artículo pretende explorar las condiciones y límites bajo los cuales los grupos especiales y el Órgano de Apelación conocen una diferencia en el seno de la Organización Mundial de Comercio. El trabajo se sitúa en una etapa fundamental del procedimiento de solución de diferencias, consistente en el requerimiento que los estados realizan para su constitución. El contenido de dicho requerimiento resulta ser un elemento clave en el alcance de la jurisdicción de los grupos especiales, y fuente de frecuente discusión en las controversias que conoce el Mecanismo de Solución de Controversias de la OMC. A la vez, desarrolla el alcance y los límites que tienen los estados para recurrir al Mecanismo de Solución de Diferencias, en relación con aquellas disputas que involucran normas ajenas a los acuerdos de la Organización Mundial de Comercio.

1. INTRODUCCIÓN

El sistema de solución de diferencias (en adelante "SSD") de la Organización Mundial de Comercio (en adelante "OMC") ha tenido, durante

[*] Este artículo corresponde a una ponencia presentada por el autor en los Coloquios de Derecho Internacional 2012, organizados por la Facultad Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción en septiembre de ese año.

[**] Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca. Correo electrónico: cdelpiano@ucn.cl

Artículo: Jurisdicción y límites en el órgano de solución de diferencias de la OMC
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Cristián Delpiano Lira

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

sus 18 años de funcionamiento, una labor esencial en el desarrollo del comercio internacional. Entre el 1 de junio de 1995 y el 13 de junio de 2013 se han presentado 460 diferencias relativas a los derechos y obligaciones de los estados miembros bajo las normas OMC, más del triple que las disputas que recibió durante sus 46 años de existencia el SSD de su predecesor, el GATT de 1947[1].

Desde un punto de vista procedimental, uno de los debates más frecuentes que se presentan ante los Grupos Especiales o ante el Órgano de Apelación dice relación con el alcance de sus facultades, que se derivan de la solicitud que los estados miembros hacen de la constitución de un Grupo Especial, como del mandato estándar derivado del artículo 7 del Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que rige la Solución de Diferencias (en adelante "ESD"). Como un elemento adicional, aparece el debate sobre la obligatoriedad del recurso al SSD de la OMC en cualquier caso en que la disputa se encuentre contenida en los denominados "acuerdos abarcados", con independencia de si la disputa puede ser más amplia entre los estados miembros de la OMC[2].

Así, el objeto de este trabajo consiste en identificar los aspectos fundamentales de estos debates, y su respuesta en el SSD de la OMC. En este cometido, abordaremos el alcance de las facultades de los Grupos Especiales desde la perspectiva del mandato que el ESD les confiere para la solución de

[1] Véase Van Den Bossche, P.: *The Law and Policy of the World Trade Organization. Text, Cases and Materials*, Cambridge University Press, 2011, p. 169.

[2] Ejemplos de disputas más amplias que han involucrado otros foros pueden encontrarse en la famosa saga de madera blanda (Softwood Lumber) y en la del azúcar y endulzantes, entre Canadá y Estados Unidos y entre México y Estados Unidos, respectivamente. En ambos casos comprendió al mecanismo de solución de diferencias del NAFTA y de la OMC. También puede señalarse el caso de las salvaguardias a la importación de pollos entre Argentina y Brasil, resuelto tanto por el mecanismo de solución de controversias del MERCOSUR como de la OMC, y también el asunto pez espada, entre la Unión Europea y Chile, sometido tanto al mecanismo de solución de controversias de la OMC como al Tribunal Internacional de Derecho del Mar. En el Derecho internacional general suele citarse como ejemplo clásico del conflicto de jurisdicciones el asunto MOX Plant entre Irlanda y Reino Unido, sometido a diversos tribunales internacionales (En este sentido véase Piérola, F. y Horlick, G.: "WTO and Dispute Settlement in the 'North-South' Agreements of the Americas: Considerations for Choice of Forum", *Journal of World Trade*, Vol. 41 Nº 5, 2007, p. 885 y ss.; Taylor, R.: "Choice-of-Forum Provisions in Regional Trade Agreements and their Implications for International Dispute Resolution and International Law", *Global Trade and Customs Journal*, Vol. 3, Issue 1, 2008, p. 27 y ss.; Busch, M.: "Overlapping Institutions, Forum Shopping, and Dispute Settlement in International Trade", *International Organization*, vol. 61, Fall 2007, p. 735 y ss.; Alvarez, A.: "The WTO AB Report on *Mexico – Soft Drinks*, and the Limits of the WTO Dispute Settlement System", *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 33, Nº 3, p. 319 y ss.; Davey, W. y Sapir, A.: "The *Soft Drink* Case: The WTO and Regional Agreements", *World Trade Review*, Vol. 8, Nº 1, 2009, p. 5 y ss.).

Artículo: Jurisdicción y límites en el órgano de solución de diferencias de la OMC
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Cristián Delpiano Lira

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

la diferencia, desde una serie de normas dispersas contenidas en dicho cuerpo normativo, así como también el análisis del debate en torno al alcance del artículo 23 del ESD, que busca el fortalecimiento del SSD en el sistema multilateral de comercio.

Este conjunto de normas dispersas permiten sostener que el SSD puede servir para buscar una solución satisfactoria a la controversia en su conjunto, cuando ella se enmarca completamente dentro de la noción de acuerdos abarcados. Además, sirve para resolver parte de una controversia más amplia, cuando ella se encuentre, al menos en algún aspecto específico, dentro de los márgenes de los acuerdos abarcados. Cabe mencionar que este criterio impide poder otorgar una solución de conjunto a la diferencia producida entre los estados miembros de la OMC cuando involucra aspectos no contemplados en los acuerdos abarcados.

1. El alcance de las facultades de los Grupos Especiales

a) Generalidades

La jurisdicción de los Grupos Especiales y del Órgano de Apelación de la OMC se caracteriza por la inexistencia de una norma explícita que sea capaz de determinar explícitamente, a la manera del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, el ámbito en el cual se desenvuelve su jurisdicción. Sin embargo, de un conjunto de disposiciones dispersas –que analizaremos en este trabajo– se desprenden una serie de *jurisdictional issues*[3] que permiten identificar el marco de actuación del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC.

Así, a partir de diversas normas podemos intentar extraer el contenido de la jurisdicción y sus límites de actuación por parte de los Grupos Especiales y del Órgano de Apelación. La primera norma relevante a considerar es la del artículo 1.1 del ESD, que señala, *inter alia*:

Las normas y procedimientos del presente Entendimiento serán aplicables a las diferencias planteadas de conformidad con las disposiciones en materia de consultas y solución de diferencias de los acuerdos enumerados en el Apéndice 1 del presente Entendimiento (denominados en el presente Entendimiento "acuerdos abarcados").

[3] Palmeter, D. y Mavroidis, P.: *Dispute Settlement in the World Trade Organization*, Cambridge University Press, 2004, p. 17.

Artículo: Jurisdicción y límites en el órgano de solución de diferencias de la OMC
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Cristián Delpiano Lira

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

De esta forma, encontramos dos conceptos relevantes a tener en consideración para el análisis de la jurisdicción del OSD de la OMC. El primero, dice relación con que el fundamento de las diferencias que puedan resolverse por el OSD de la OMC se encuentra en las disposiciones sobre consultas y solución de diferencias de los acuerdos, y no en el ESD. La naturaleza del ESD, en este sentido, sólo apunta a la consideración procedimental de la solución de diferencias, mas no a las cuestiones de fondo, que se encuentran en las diversas disposiciones contenidas en los acuerdos abarcados, sin perjuicio de las cuestiones procedimentales contenidas en las normas sobre consultas y solución de diferencias contenidas en dichos acuerdos abarcados[4].

El segundo aspecto dice relación con el concepto de acuerdos abarcados, que están constituidos por los instrumentos enumerados en el apéndice 1 del ESD[5]. Los acuerdos abarcados no sólo limitan la jurisdicción de los Grupos Especiales, sino que además cumplen la función de delimitar el ámbito de aplicación de las normas por parte del OSD. Según analizaremos *infra*, el concepto de acuerdos abarcados definen la competencia *ratione materiae* de los Grupos Especiales y del Órgano de Apelación[6], al momento de recomendar una solución de la diferencia al OSD.

En la misma línea, el artículo 3.2 del ESD define las funciones del SSD, señalando que "[…] sirve para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados y para aclarar las disposiciones

[4] Al momento de plantear una diferencia en la OMC, habrá que estar a lo dispuesto primeramente en las normas establecidas en los diversos acuerdos, que contienen algunas disposiciones específicas en la materia. Así por ejemplo, el artículo 11 del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias obliga a los grupos especiales a pedir asesoramiento técnico cuando se planteen cuestiones de carácter científico o técnico. El anexo 2 del Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio establece un procedimiento de actuación para los grupos de expertos técnicos definidos en el artículo 14 de dicho acuerdo, entre otras disposiciones.

[5] Los acuerdos abarcados que enumera el apéndice 1, por su parte, son los siguientes: El Acuerdo por el que se Establece la Organización Mundial del Comercio, los acuerdos comerciales multilaterales, el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), el Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (GATS), el Acuerdo sobre Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), el ESD, y los acuerdos comerciales plurilaterales respecto de aquellos estados que hayan suscrito dichos acuerdos.

[6] En el caso específico del Órgano de Apelación, su mandato no se encuentra vinculado directamente a la noción de acuerdos abarcados, aunque sí lo sea en forma indirecta. En efecto, el artículo 17.6 del ESD dispone que "[l]a apelación tendrá únicamente por objeto las cuestiones de derecho tratadas en el informe del grupo especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por éste", de manera que dicho mandato se circunscribe sólo a las alegaciones de error en la interpretación y aplicación que los Grupos Especiales hagan de los acuerdos abarcados, que es el marco en el cual se circunscriben sus facultades.

Artículo: Jurisdicción y límites en el órgano de solución de diferencias de la OMC
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Cristián Delpiano Lira

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público. Las recomendaciones y resoluciones del OSD no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados".

Esta norma incorpora tanto un mandato positivo como un mandato negativo al SSD. Positivo, dado que tiene la obligación de preservar los derechos y obligaciones derivados (nuevamente) de los acuerdos abarcados, así como aclarar sus disposiciones vigentes[7]. A su vez, y como consecuencia necesaria de lo anterior, contiene el mandato negativo derivado de la imposibilidad de que sus resoluciones o recomendaciones entrañen un aumento o reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados.

Los artículos 7 y 11 del ESD, por su parte, contienen tanto el mandato de los Grupos Especiales como sus funciones. El primero señala como mandato estándar la obligación de los Grupos Especiales de "examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes (del acuerdo abarcado (de los acuerdos abarcados) que hayan invocado las partes en la diferencia), el asunto sometido al OSD por (nombre de la parte) en el documento… y formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en dicho acuerdo (dichos acuerdos)".

El artículo 11, por su parte señala que "la función de los Grupos Especiales es ayudar al OSD a cumplir las funciones que le incumben en virtud del presente Entendimiento y de los acuerdos abarcados. Por consiguiente, cada Grupo Especial deberá hacer una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido, que incluya una evaluación objetiva de los hechos, de la aplicabilidad de los acuerdos abarcados pertinentes y de la conformidad con éstos y formular otras conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en los acuerdos abarcados […]"[8].

[7] Estas disposiciones vigentes deben ser aclaradas de acuerdo a las normas usuales de interpretación del derecho internacional público, contenidas fundamentalmente en los artículos 31 a 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en este sentido puede verse Van Damme, I.: *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, Oxford University Press, 2009).

[8] Sobre el análisis de conjunto de estas normas para los efectos de las competencias implícitas de los Grupos Especiales volveremos en el apartado II.b) de este trabajo. Sin embargo, cabe considerar que, para que los Grupos Especiales den debido cumplimiento a lo dispuesto en esta norma, deben examinar todos los aspectos del asunto, tanto fácticos como jurídicos, e implica, entre otras cosas, que un grupo especial debe examinar las cuestiones planteadas, sin sobrepasar los límites de su mandato (*Canadá – Determinadas Medidas que Afectan al Sector de Generación de Energías Renovables y Canadá – Medidas Relativas al Programa de Tarifas Reguladas* (WT/DS412/R, WT/DS416/R, Informes de los Grupos Especiales de 19 de diciembre de 2012).

Artículo: Jurisdicción y límites en el órgano de solución de diferencias de la OMC
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Cristián Delpiano Lira

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Hasta aquí, el concepto que se reitera en todas las normas es el de *acuerdos abarcados*, que tiene incidencia directa en el alcance de la jurisdicción de los Grupos Especiales y, por extensión, del Órgano de Apelación cuando conoce las cuestiones jurídicas[9]. Ello también responde a la cuestión de las jurisdicciones concurrentes, o del conflicto o superposición de jurisdicciones entre las establecidas en diversos tratados internacionales y el MSD de la OMC, que puede ser definido como situaciones en las cuales la misma diferencia o aspectos relacionados de la misma diferencia puede ser conocida por dos instituciones o dos órganos de adjudicación distintos. En ciertas circunstancias, ello puede conllevar a dificultades relacionadas a la figura del denominado "forum - shopping" o "choice of fora", en que quienes vayan a someter la controversia tendrán la facultad de escoger entre al menos dos jurisdicciones o dos órganos de adjudicación diferentes[10].

b) La distinción entre "medida" y "asunto" para los efectos del mandato de los Grupos Especiales

El mandato, junto con el requerimiento del Grupo Especial en los términos del artículo 6.2 del ESD, sirve a dos objetivos fundamentales para el trabajo efectivo del SSD. Por una parte, delimita el marco jurisdiccional para el procedimiento y, por otra parte, para las notificaciones a reclamados y terceros estados de las alegaciones en disputa. Por esa razón, las partes en litigio suelen observar muy de cerca el marco jurisdiccional de estos Grupos Especiales, presentándose numerosas controversias sobre esta cuestión[11]. En palabras del Órgano de Apelación, "[e]l mandato de un Grupo Especial es importante por

[9] El artículo 17.6 del ESD establece que "[l]a apelación tiene únicamente por objeto las cuestiones de derecho tratadas en el informe del Grupo Especial y las interpretaciones jurídicas formuladas por éste".

[10] Marceau, G.: "Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdiction. The Relationship between the WTO Agreements and MEA's and other Treaties", *Journal of World Trade*, Vol. 35, Nº 6, 2001, p. 1108. También puede verse Kuijper, P.J.: *Conflicting Rules and Clashing Courts: The Case of Multilateral Environmental Agreements, Free Trade Agreements and the WTO*, Issue Paper Nº 10, ICTSD's Programme on Dispute Settlement and Legal Aspects of International Trade, International Centre for Trade and Sustainable Development, Geneva, 2010, p. 4; Graewert, T.: "Conflicting Laws and Jurisdictions in the Dispute Settlement Process of Regional Trade Agreements and the WTO", *Contemporary Asia Arbitration Journal*, Vol. 1, Nº 2, 2008, p. 290. La noción de acuerdos abarcados también lleva a una segunda cuestión consistente en el grado de apertura que tienen las normas OMC frente al Derecho internacional, o, dicho de otra manera, hasta qué punto puede un Grupo Especial interpretar y/o aplicar normas ajenas a los acuerdos abarcados para resolver la diferencia, cuestión que no trataremos en el presente trabajo.

[11] Little, S.: "Preliminary Objections to *panel* Requests and Terms of Reference", *Journal of World Trade*, Vol. 35, Nº 4, 2001, p. 517.

Artículo: Jurisdicción y límites en el órgano de solución de diferencias de la OMC
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Cristián Delpiano Lira

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

dos motivos. En primer lugar, el mandato cumple un importante objetivo en cuanto al debido proceso, a saber, proporciona a las partes y a los terceros información suficiente con respecto a las reclamaciones que se formulan en la diferencia con miras a darles la oportunidad de responder a los argumentos del reclamante. En segundo lugar, establece la competencia del Grupo Especial al definir las reclamaciones concretas planteadas en la diferencia"[12].

Además, frecuentemente constituye la base jurídica sobre la cual se estructura el mandato del Grupo Especial, en los términos del artículo 7.1 del ESD, de manera que la solicitud de establecimiento de un Grupo Especial debe ser "suficientemente precisa"[13], al menos en las alegaciones[14]. A mayor abundamiento, "la identificación precisa de las medidas concretas al principio es fundamental para definir el alcance de la diferencia que debe examinar un Grupo Especial"[15].

Además de los artículos 7 y 11 del ESD ya señalados, el artículo 6.2 es otro elemento a considerar para determinar la jurisdicción de los Grupos Especiales. En efecto, dicha norma establece que [En] las peticiones de establecimiento de Grupos Especiales […], 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 […].

[12] *Brasil - Medidas que Afectan al Coco Desecado* (WT/DS22/AB/R), Informe del Órgano de Apelación de 21 de febrero de 1997, p. 25.

[13] *Comunidades Europeas - Bananos III* (WT/DS27/AB/R), Informe del Órgano de Apelación, párrafo 142.

[14] El Órgano de Apelación distingue entre las *alegaciones* y los *argumentos*, señalando que en la solicitud de establecimiento del Grupo Especial "basta que las partes reclamantes enumeren las disposiciones de los acuerdos concretos que se alega que han sido vulnerados, sin exponer argumentos detallados acerca de cuáles son los aspectos concretos de las medidas en cuestión en relación con las disposiciones concretas de esos acuerdos. A nuestro parecer, hay una importante diferencia entre las *alegaciones* identificadas en la solicitud de establecimiento de un Grupo Especial, que determinan el mandato del Grupo Especial de conformidad con el artículo 7 del ESD, y los *argumentos* que apoyan esas alegaciones, que se exponen y aclaran progresivamente en las primeras comunicaciones escritas, los escritos de réplica y la primera y segunda reuniones del Grupo Especial con las partes" (*Comunidades Europeas - Bananos III* (WT/DS27/AB/R), Informe del Órgano de Apelación, párrafo 141 (Cursiva en el original)). En el mismo sentido *India - Patentes* (WT/DS50/AB/R), Informe del Órgano de Apelación, párrafo 88). Por alegaciones, el Órgano de Apelación entiende que un alegación consiste en "la afirmación de que la parte demandada ha vulnerado una determinada disposición de un acuerdo determinado, o ha anulado o menoscabado las ventajas dimanantes de esa disposición" (*Corea - Medidas de Salvaguardia Definitiva Impuesta a las Importaciones de Determinados Productos Lácteos* (WT/DS98/AB/R), Informe del Órgano de Apelación de 14 de diciembre de 1999, párrafo 139).

[15] *Comunidades Europeas - Clasificación Aduanera de los Trozos de Pollo Deshuesados Congelados* (WT/DS269/AB/R - WT/DS286/AB/R), Informe del Órgano de Apelación de 12 de septiembre de 2005, párrafo 155.

Artículo: Jurisdicción y límites en el órgano de solución de diferencias de la OMC
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Cristián Delpiano Lira

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Entre la norma del artículo 7 y la del artículo 6.2 del ESD se puede apreciar una aparente antinomia, en el sentido que el primero exige que los Grupos Especiales conozcan el "asunto"[16] sometido a su consideración, mientras que el segundo exige a las partes identificar las "medidas"[17] en litigio. En otras palabras, de conformidad con el artículo 6.2, los Grupos Especiales se pueden establecer sí y solo sí se detalla una medida concreta en litigio, pero de acuerdo al mandato establecido en el artículo 7.1 del ESD, los Grupos Especiales no sólo tienen competencia para analizar las medidas que se alegan como incompatibles con las normas OMC, sino que tienen una competencia más amplia, relativa al análisis del "asunto" sometido a su consideración.

Tanto la expresión "medidas" como la expresión "asunto" no se encuentran definidas en los acuerdos abarcados. Sin embargo, respecto del primer concepto, tanto los Grupos Especiales como el Órgano de Apelación han sugerido una definición amplia, en términos tales que puede abarcar las leyes y reglamentos publicados por un gobierno. Sin embargo, su alcance puede ser aún más amplio, incluyendo otros actos del Gobierno distintos de la publicación de normas legalmente exigibles. Al mismo tiempo, es cierto que no cabe considerar que cualquier declaración de un funcionario público o cualquier estudio preparado por una institución no gubernamental a instancia del gobierno o con cierto grado de apoyo del mismo constituya una medida de un gobierno Miembro[18].

Estas supuestas "medidas" deben tener en cuenta el contexto en el que se producen los actos de gobierno y el efecto que tienen sobre los particulares, de manera que ante medidas gubernamentales no vinculantes, el Grupo Especial consideró que se debe tener en cuenta si tiene o no efectos similares a los de una medida vinculante[19].

El Órgano de Apelación, por su parte, señaló que, [e]n principio, todo acto u omisión atribuible a un Miembro de la OMC puede ser una medida de ese Miembro a efectos del procedimiento de solución de diferencias. Los actos u omisiones que pueden ser atribuidos de ese modo son habitualmente los

[16] "Matter", en la versión inglesa.

[17] "Measures", en la versión inglesa.

[18] *Japón - Películas* (WT/DS44/R), Informe del Grupo Especial de 31 de marzo de 1998, párrafo 10.43 y ss, nota al pie omitida. Cabe consignar que esta definición la analizó en el contexto de las reclamaciones sin infracción.

[19] *Japón - Películas* (WT/DS44/R), Informe del Grupo Especial de 31 de marzo de 1998, párrafo 10.49.

Artículo: Jurisdicción y límites en el órgano de solución de diferencias de la OMC
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Cristián Delpiano Lira

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

actos u omisiones de los órganos del Estado, incluidos los del Poder Ejecutivo […]. [L]os instrumentos de un Miembro que contengan reglas o normas pueden constituir una 'medida', con independencia de que esas reglas o normas se apliquen en un caso concreto y de cómo se apliquen. Esto es así porque las disciplinas del GATT y la OMC, así como el sistema de solución de diferencias, tienen por objeto proteger no sólo el comercio actual sino también la seguridad y previsibilidad necesarias para llevar a cabo el comercio futuro[20].

Así, también los Grupos Especiales pueden considerar medidas que, aunque individualmente consideradas no sean incompatibles con las normas OMC, cuando actúan conjuntamente en términos tales que dan lugar a la imposición de derechos incompatibles con las normas de la OMC, pueden devenir, *prima facie* incompatibles con dichas normas[21].

El término "asunto"[22] empleado en el mandato de los Grupos Especiales del artículo 7.1 debe analizarse conjuntamente con la expresión "medida" del artículo 6.2. En este sentido, la "cuestión" sometida a un Grupo Especial está constituida por las reclamaciones concretas formuladas por las partes en la diferencia en los documentos pertinentes especificados en el mandato[23].

En un informe posterior, intentó aclarar aún más la relación existente entre las expresiones "cuestión", "medidas", y "reclamaciones". En este sentido, haciendo referencia al asunto *Estados Unidos - Imposición de derechos antidumping a las importaciones de salmón del Atlántico, fresco y refrigerado, procedentes de Noruega*, cabe hacer una distinción entre la "medida" y las

[20] *Estados Unidos - Examen por Extinción de los Derechos Antidumping sobre los Productos Planos de Acero al Carbono Resistentes a la Corrosión Procedentes del Japón* (WT/DS244/AB/R), Informe del Órgano de Apelación de 15 de diciembre de 2003, párrafos 81 y 82, notas a pie omitidas. En otro asunto, el Órgano de Apelación agregó que "[e]n la práctica establecida del GATT de 1947, *cualquier* acto de un Miembro, legalmente vinculante o no, incluida la orientación administrativa no vinculante de un gobierno […] puede ser una 'medida'. También puede ser una medida una omisión o inacción por parte de un Miembro" (*Guatemala - Cemento I* (WT/DS60/AB/R), Informe del Órgano de Apelación de 2 de noviembre de 1998, nota 47 al párrafo 69).

[21] *China - Medidas Relativas a la Exportación de Diversas Materias Primas* (WT/DS394/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R), Informes del Grupo Especial de 5 de julio de 2011, párrafo 7.68, y *China - Medidas Relativas a la Exportación de Diversas Materias Primas* (WT/DS394/AB/R, WT/DS395/AB/R, WT/DS398/AB/R), Informe del Órgano de Apelación de 30 de enero de 2012, párrafo 254.

[22] Hay que consignar que en la versión en español del caso *Brasil – Coco Desecado*, la palabra "matter" fue traducida como cuestión, aunque se refiere a la expresión "asunto", en los términos del mandato establecido en el artículo 7 del ESD.

[23] *Brasil - Coco Desecado* (WT/DS22/AB/R), Informe del Órgano de Apelación de 21 de febrero de 1997, p. 25.

Artículo: Jurisdicción y límites en el órgano de solución de diferencias de la OMC
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Cristián Delpiano Lira

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

"reclamaciones"; en conjunto, la "medida" y las "reclamaciones" formuladas en relación con esa medida constituyen la cuestión sometida al OSD, base del mandato de un Grupo Especial[24].

c) La "medida concreta en litigio"

Para completar el análisis en relación con el alcance de la jurisdicción de los Grupos Especiales, es necesario detenerse en la expresión "medidas concretas en litigio" señalada en el artículo 6.2. Esta cuestión involucra dos aspectos diferenciados. En primer lugar, si acaso puede un Grupo Especial pronunciarse sobre una medida que no esté expresamente comprendida en la solicitud de establecimiento de un Grupo Especial. En segundo lugar, si caben dentro de las medidas concretas adoptadas bajo el amparo de acuerdos internacionales suscritos por un Estado miembro de la OMC.

La primera cuestión se planteó en el asunto *Japón - Películas*, en el cual el Grupo Especial señaló que para que una "medida" no descrita expresamente en la solicitud esté comprendida en los términos del párrafo 2 del artículo 6 es imprescindible que dicha "medida" tenga una relación clara con otra descrita expresamente en la solicitud, de forma que quepa decir que está incluida en la "medida" especificada. A nuestro parecer, las prescripciones del párrafo 2 del artículo 6 se cumplirían en el caso de una "medida" subsidiaria de una "medida" identificada expresamente, o que tuviera una relación tan estrecha con ella que pudiera considerarse razonablemente que la parte demandada había tenido suficiente conocimiento del alcance de las reclamaciones formuladas por la parte reclamante. Esos dos elementos clave –relación estrecha y conocimiento– están interrelacionados: sólo podrá tenerse suficiente conocimiento de una "medida" si ésta es subsidiaria de otra "medida" identificada expresamente o guarda una estrecha relación con ella"[25].

[24] En el caso citado el Grupo Especial constató que la "cuestión" se cifraba en *las reclamaciones concretas* planteadas por Noruega [...] con respecto a *la imposición de esos derechos*. En consecuencia, en palabras del Órgano de Apelación, "la *cuestión* sometida al OSD consta de dos elementos: las *medidas* concretas en litigio y *los fundamentos de derecho de la reclamación* (o *alegaciones*)" (*Guatemala - Cemento I* (WT/DS60/AB/R), Informe del Órgano de Apelación de 2 de noviembre de 1998, párrafos 72 y 73). En el mismo sentido *Estados Unidos - Derechos Compensatorios sobre Determinados Productos Planos de Acero al Carbono Resistente a la Corrosión Procedente de Alemania* (WT/DS213/AB/R), Informe del Órgano de Apelación de 28 de noviembre de 2002, párrafo 125. Cabe señalar a su vez que las reclamaciones deben ser formuladas explícitamente, y no puede ser formuladas de forma implícita (*Chile - Sistema de Bandas de Precios y Medidas de Salvaguardia Aplicados a Determinados Productos Agrícolas*, (WT/DS207/AB/R), Informe del Órgano de Apelación de 23 de septiembre de 2002, párrafo 164).

[25] *Japón - Películas* (WT/DS44/R), Informe del Grupo Especial de 31 de marzo de 1998, párrafo 10.8.

Artículo: Jurisdicción y límites en el órgano de solución de diferencias de la OMC
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Cristián Delpiano Lira

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Este criterio ha sido seguido por otros *panels*, a la vez que ha sido apoyado por el Órgano de Apelación[26]. De esta forma, en la identificación de la medida concreta en litigio, la primera cuestión que debe tenerse presente es que aquellas medidas no identificadas en la solicitud de establecimiento de los Grupos Especiales no pueden integrar el mandato de éstos, salvo en aquellos casos en que el reclamante alega que una medida no identificada en la solicitud de establecimiento del *panel* se encuentre estrechamente relacionada con la medida identificada de conformidad con el artículo 6.2 del ESD. A mayor abundamiento, la práctica de los Grupos Especiales y del Órgano de Apelación ha sido la de determinar si esa medida está estrechamente relacionada o si es subsidiaria a una medida debidamente identificada, y, también en el contexto de la relación estrecha entre las medidas identificadas y no identificadas, si el reclamado haya podido tener suficiente conocimiento del alcance de las reclamaciones[27].

La segunda cuestión a considerar consiste en determinar si puede considerarse una medida en litigio un acuerdo internacional, ya sea que en sí mismo sea incompatible con las normas de los acuerdos abarcados, o bien si en la medidas adoptadas para su implementación puedan verse infringidas normas de dichos acuerdos, o bien cuando una ventaja resultante de los acuerdos abarcados se vea anulada o menoscabada.

Esta cuestión fue planteada en el caso *México - Refrescos*, en el cual el Órgano de Apelación examinó la expresión "leyes y reglamentos" en el contexto del artículo XX letra d) del GATT[28]. En efecto, el Órgano de Apelación consideró que debía determinar si la expresión leyes y reglamentos abarca medidas incompatibles con las normas de la OMC aplicadas para lograr la

[26] En un sentido similar, el Órgano de Apelación señaló que "basta que las partes reclamantes enumeren las disposiciones de los acuerdos concretos que se alega que han sido vulnerados, sin exponer argumentos detallados acerca de cuáles son los aspectos concretos de las medidas en cuestión en relación con las disposiciones concretas de esos acuerdos" (*Comunidades Europeas - Bananos III* (WT/DS27/AB/R), Informe del Órgano de Apelación de 9 de septiembre de 1997, párrafo 141).

[27] Little, S.: "Preliminary Objections to *panel* Requests and Terms of Reference", *Journal of World Trade*, Vol. 35, Nº 4, 2001, p. 533.

[28] El artículo XX letra d) permite a los Estados miembros adoptar medidas "necesarias para lograr la observancia de las leyes y de los reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo, tales como las leyes y reglamentos relativos a la aplicación de las medidas aduaneras, al mantenimiento en vigor de los monopolios administrados de conformidad con el párrafo 4 del artículo II y con el artículo XVII, a la protección de patentes, marcas de fábrica y derechos de autor y de reproducción, y a la prevención de prácticas que puedan inducir a error".

Artículo: Jurisdicción y límites en el órgano de solución de diferencias de la OMC
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Cristián Delpiano Lira

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

observancia de las obligaciones que corresponden a otro Miembro de la OMC en el marco de un acuerdo internacional[29].

A pesar que se trata de dos contextos diversos, merece la pena señalar que la tesis del Órgano de Apelación consideró que la expresión "leyes y reglamentos" se refiere a las normas que forman parte del ordenamiento jurídico nacional, por lo que "no incluyen las obligaciones que corresponden a *otro* Miembro de la OMC en el marco de un acuerdo internacional"[30].

Sin embargo, dentro de dichas normas se incluyen, en todo caso, aquellos actos nacionales legislativos o reglamentarios que estén destinados a aplicar un acuerdo internacional, dado que en tales casos, el origen de la norma es internacional, pero el instrumento de aplicación es una ley o un reglamento nacional. También se incluyen dentro del ordenamiento jurídico nacional aquellas normas internacionales que tengan un efecto directo en los ordenamientos jurídicos nacionales, sin necesidad de una legislación de aplicación.

Esta interpretación es apoyada por el propio texto del artículo XX.d), en el cual los ejemplos de leyes y reglamentos de la propia norma discurre sobre la concepción de norma interna, dado que "implican la reglamentación por un gobierno de una actividad realizada por varios agentes económicos [...], así como por organismos gubernamentales"[31], además del hecho que

[29] *México - Medidas Fiscales sobre los Refrescos y otras Bebidas* (WT/DS308/AB/R), Informe del Órgano de Apelación de 6 de marzo de 2006, párrafo 68. En efecto, este asunto fue el primero en el cual la invocación del artículo XX letra d) se refiere a un tratado internacional, puesto que todas las anteriores diferencias sobre el artículo XX.d) se referían a leyes y reglamentos nacionales.

[30] *México - Medidas Fiscales sobre los Refrescos y otras Bebidas* (WT/DS308/AB/R), Informe del Órgano de Apelación de 6 de marzo de 2006, párrafo 69 junto con la nota 148 (Cursivas en el original).

[31] El Órgano de Apelación hizo suyo el argumento estadounidense relativo a que la expresión "leyes y reglamentos" está matizada por el requisito que éstas no sean "incompatibles" con el GATT de 1994, en circunstancias que los acuerdos de la OMC utilizan la expresión "conflicto" cuando se refieren a las obligaciones derivadas de tratados (*México - Medidas Fiscales sobre los Refrescos y otras Bebidas* (WT/DS308/AB/R), Informe del Órgano de Apelación de 6 de marzo de 2006, párrafo 70 junto con la nota 152). Además aceptó también el argumento de los Estados Unidos relativo a que si se acoge el hecho que la expresión "leyes y reglamentos" del artículo XX.d) "abarcan obligaciones internacionales de otro Miembro de la OMC implicaría, por lógica, que un Miembro de la OMC podría invocar el apartado d) del artículo XX para justificar también medidas destinadas a 'lograr la observancia' de obligaciones de ese otro Miembro en el marco de la OMC. Siguiendo esta misma lógica, esas medidas al amparo del apartado d) del artículo XX eludirían las normas específicas y detalladas que se aplican cuando un Miembro de la OMC trata de adoptar contramedidas en respuesta al incumplimiento por otro Miembro de resoluciones y recomendaciones del OSD de conformidad con el párrafo 2 del artículo XXIII del GATT de 1994 y los artículos 22 y 23 del ESD" (*México - Medidas Fiscales sobre los Refrescos y otras Bebidas* (WT/DS308/AB/R), Informe del Órgano de Apelación de 6 de marzo de 2006, párrafo 77). Esta interpretación, además, aparece consistente con el sentido corriente de la expresión leyes y reglamentos (Davey, W.; Sapir, A.: "The Soft Drink Case: The WTO and Regional Trade Agreements", *World Trade Review*, Vol. 8, Nº 1, 2009, p. 11).

Artículo: Jurisdicción y límites en el órgano de solución de diferencias de la OMC
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Cristián Delpiano Lira

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

diversas normas de los acuerdos OMC se refieren expresamente a obligaciones o acuerdos internacionales.

2. La jurisdicción en el artículo 23 del ESD

a) El MSD de la OMC como norma de jurisdicción obligatoria

Para completar el marco de referencia en materia de jurisdicción de los Grupos Especiales, cabe hacer una referencia a la norma del artículo 23 del ESD, que señala lo siguiente:

Cuando traten de reparar el incumplimiento de obligaciones u otro tipo de anulación o menoscabo de las ventajas resultantes de los acuerdos abarcados, o un impedimento al logro de cualquiera de los objetivos de los acuerdos abarcados, los miembros recurrirán a las normas y procedimientos del presente Entendimiento, que deberán acatar.

En la lógica del sistema de solución de diferencias de la OMC, el objetivo que pretende esta norma es impedir la adopción de medidas unilaterales frente al incumplimiento de obligaciones u otro tipo de anulación o menoscabo de las ventajas resultantes de los acuerdos abarcados. En efecto, el artículo 23 del ESD dispone que, en ese caso, los miembros se encuentran obligados a recurrir a las normas y procedimientos del propio ESD, lo que produce como consecuencia necesaria la exclusión de otros foros para la solución de controversias relativas a las normas de la OMC[32], así como impedir que los miembros determinen unilateralmente si ha habido o no una infracción, o bien si se han anulado o menoscabado ventajas o se ha comprometido el cumplimiento de uno de los objetivos de los acuerdos abarcados. A mayor abundamiento, un Grupo

[32] *Méjico - Medidas Fiscales sobre los Refrescos y otras Bebidas* (WT/DS308/AB/R), Informe del Órgano de Apelación de 6 de marzo de 2006, párrafo 58. Sobre la opción de foros puede verse Anderson, G: "Can Someone Please Settle this Dispute? Canadian Softwood Lumber and the Dispute Settlement Mechanisms of the NAFTA and the WTO", *The World Economy*, Vol. 29, N° 5, 2006, p. 585 y ss.; Taylor, R.: "Choice - of - Forum Provisions in Regional Trade Agreements and their Implications for International Dispute Resolution and International Law", *Global Trade and Customs Journal*, Vol. 3, Issue 1, 2008, p. 27 y ss.; A partir del asunto *Argentina* - Pollos, Graewert señala que "it seems that it is possible to bring forward estoppel as a valid claim, which would lead a *panel* to decline its jurisdiction, since a choice of forum clause in an RTA could be understood as an express consent of the parties to refrain from bringing a claim. It could even be enough when, in the absence of a choice of forum clause, the parties agreed *ad hoc* before an RTA tribunal to refrain from further proceedings, because such an agreement would probably be considered an express consent" (Graewert, T.: "Conflicting Laws and Jurisdictions in the Dispute Settlement Process of Regional Trade Agreements and the WTO", *Contemporary Asia Arbitration Journal*, Vol. 1, N° 2, 2008, p. 302).

Artículo: Jurisdicción y límites en el órgano de solución de diferencias de la OMC
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Cristián Delpiano Lira

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Especial señaló que [i]ncumbe a la OMC –no a ninguno de los Miembros de la OMC– determinar mediante el procedimiento establecido en el ESD que existe una incompatibilidad con las normas de la OMC (párrafo 2 a) del artículo 23), [de manera que prohíbe] que los miembros de la OMC actúen unilateralmente en casos concretos para tratar de remediar incompatibilidades con las normas de la OMC en cualquier diferencia dada[33].

De esta forma, el artículo 23 del ESD contiene ya no un mandato para los Grupos Especiales, sino que para los propios estados miembros, en el sentido que establece una verdadera obligación de recurrir al SSD, con exclusión de cualquier otro sistema[34], cuando traten de reparar el incumplimiento de obligaciones u otro tipo de anulación o menoscabo de las ventajas resultantes de los acuerdos abarcados, o un impedimento al logro de cualquiera de los objetivos de los acuerdos abarcados[35]. Así, no cabe duda que la jurisdicción de los Grupos Especiales y del Órgano de Apelación es obligatoria y exclusiva cuando se trata de alegaciones de violación de disposiciones de los acuerdos OMC, sin perjuicio del recurso al arbitraje contemplado en el artículo 25 del ESD[36]. A mayor abundamiento, se puede sostener que si un Estado miembro fuera a actuar en contra del artículo 23 del ESD intentando resolver la cuestión en forma unilateral o llevando el asunto a otro foro, dicho Estado miembro estaría en violación de los acuerdos OMC y podría estar sujeto a sanciones correspondientes al nivel de beneficios comerciales anulados o menoscabados dentro del marco de los acuerdos abarcados. De la constatación que muchas de

[33] *Estados Unidos - Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974* (WT/DS152/R), Informe del Grupo Especial de 22 de diciembre de 1999, párrafos 7.38 a) y 7.39.

[34] Que se puede denominar "cláusula exclusiva para la solución de diferencias" (*Estados Unidos - Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974* (WT/DS152/R), Informe del Grupo Especial de 22 de diciembre de 1999, párrafo 7.43).

[35] En un sentido similar véase Graewert, T.: "Conflicting Laws and Jurisdictions in the Dispute Settlement Process of Regional Trade Agreements and the WTO", *Contemporary Asia Arbitration Journal*, Vol. 1, N° 2, 2008, p. 293.

[36] Kuijper, P.J.: *Conflicting Rules and Clashing Courts: The Case of Multilateral Environmental Agreements, Free Trade Agreements and the WTO*, Issue Paper N° 10, ICTSD's Programme on Dispute Settlement and Legal Aspects of International Trade, International Centre for Trade and Sustainable Development, Geneva, 2010, p. 26. Véase también Petersmann, E. - U.: "Dispute Settlement in International Economic Law - Lessons for Strengthening International Dispute Settlement in non - Economic Areas", *Journal of International Economic Law*, Vol. 2, N° 2, 1999, p. 209.

Artículo: Jurisdicción y límites en el órgano de solución de diferencias de la OMC
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Cristián Delpiano Lira

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

las acciones de los estados tienen consecuencias comerciales, se puede apreciar el poder del artículo 23[37].

b) Límites del artículo 23 del ESD

Sin perjuicio de la obligación señalada en el párrafo anterior, no por ello debemos considerar que la jurisdicción del OSD es amplia. Muy por el contrario, en el derecho internacional sabemos que la jurisdicción tiene un carácter voluntario, de manera que los órganos de adjudicación no pueden ejercer más competencias que las que los estados le otorgan. En otras palabras, el alcance de la jurisdicción queda circunscrita dentro de los confines en que ha sido aceptada por los estados parte en la diferencia[38]. En este sentido, del análisis realizado hasta aquí aparece de manifiesto que la jurisdicción de los Grupos Especiales y del Órgano de Apelación tiene una limitación proveniente tanto del derecho internacional general como de las propias normas OMC.

Desde el derecho internacional general, sin embargo, se pueden reconocer ciertas competencias implícitas de los Grupos Especiales. Entre las más importantes se refieren al principio general que los Grupos Especiales tienen competencia sobre su propia competencia y sus límites, el principio *iura novit curia*, los principios generales relativos a la prueba, debido proceso, el principio de cosa juzgada, así como también la competencia sobre la interpretación de las normas alegadas por las partes[39].

En el asunto *México - Medidas Fiscales sobre los Refrescos y otras Bebidas*, se planteó la cuestión de si acaso, dentro de sus competencias implícitas, los Grupos Especiales tienen la facultad de declinar su jurisdicción, especialmente cuando la controversia responde a una cuestión más amplia que excede los

[37] Marceau, G.: "Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdiction. The Relationship between the WTO Agreements and MEA's and other Treaties", *Journal of World Trade*, Vol. 35, N° 6, 2001, p. 1101. En otra publicación, la misma autora señala que "[t]he WTO dispute settlement mechanism can be triggered easily and quickly, and panels and the Appellate Body will often be expected to make rapid rulings, arguably at the exclusion of other jurisdictions and on any WTO - related complaint" (Marceau, G.: "WTO Dispute Settlement and Human Rights", *European Journal of International Law*, Vol. 13, Nº 4, 2002, p. 757).

[38] Fernández, X.: *La OMC y el Derecho Internacional*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 112.

[39] Pauwelyn, J.: "The Role of Public International Law in the WTO: How far can we go?", *American Journal of International Law*, Vol. 95, 2001, p. 555 y ss.; *México -Refrescos* (WT/DS308/AB/R), Informe del Órgano de Apelación, párrafo 45; Fernández, X.: *La OMC y el Derecho Internacional*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 104 y ss.

Artículo: Jurisdicción y límites en el órgano de solución de diferencias de la OMC
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Cristián Delpiano Lira

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

límites de los acuerdos abarcados[40]. Para responder esta cuestión, el Órgano de Apelación realizó un análisis transversal de los artículos 3.2, artículo 7 párrafos 1 y 2, el artículo 11, el artículo 19.2 y del artículo 23, todos del ESD.

En relación con el artículo 7, señaló que el mandato uniforme se circunscribe a examinar las alegaciones de la parte reclamante y formular conclusiones con respecto a la compatibilidad de la medida con las normas de los acuerdos abarcados que hayan invocado las partes en la diferencia[41].

Por su parte, el artículo 11 identifica las funciones de los Grupos Especiales, cual es la de realizar una evaluación objetiva del asunto, que incluya una evaluación objetiva de los hechos, así como de la aplicabilidad de los acuerdos abarcados, lo que se suele denominar la norma de examen ("standard of review"[42] en inglés), que define el rol del OSD frente a los demás actores del sistema[43].

[40] En efecto, la controversia se produce debido a que México consideraba que la controversia respondía a una cuestión más amplia que excedía los límites de los acuerdos abarcados. A mayor abundamiento, este caso es un ejemplo de la posición de la OMC frente a la jurisdicción otorgada a otros órganos de adjudicación contemplados en ACR, como el NAFTA, en el caso *sub lite*. En un asunto anterior, Argentina solicitó a un Grupo Especial que se abstuviera de pronunciarse sobre las reclamaciones planteadas por Brasil, debido a que ya había impugnado la misma medida sin éxito ante un tribunal arbitral del MERCOSUR, alegando principios como el de buena fe y *estoppel*. Sin embargo, el Grupo Especial señaló que "el hecho de que el Brasil haya preferido no invocar sus derechos en el marco de la solución de diferencias de la OMC después de otros procedimientos de solución de diferencias en el marco del MERCOSUR no significa, a nuestro juicio, que el Brasil haya renunciado de manera implícita a sus derechos en virtud del *ESD*" (*Argentina - Derechos Antidumping Definitivos sobre los Pollos Procedentes del Brasil* (WT/DS241/R), Informe del Grupo Especial de 22 de abril de 2003, párrafo 7.38).

[41] *México - Refrescos* (WT/DS308/AB/R), Informe del Órgano de Apelación de 6 de marzo de 2006, párrafos 48 y 49.

[42] El Órgano de Apelación ha señalado que este examen debe ser crítico y penetrante y basarse en las informaciones que obren en el expediente y las explicaciones dadas por la autoridad en el informe que haya publicado, estando imposibilitados de realizar un examen *de novo*, ni tampoco adherirse simplemente a las conclusiones de la autoridad nacional (*Estados Unidos - Investigación de la Comisión de Comercio Internacional Respecto de la Madera Blanda Procedente del Canadá. Recurso del Canadá al párrafo 5 del artículo 21 del ESD* (WT/DS277/AB/RW), Informe del Órgano de Apelación de 13 de abril de 2006, párrafo 93; *Estados Unidos - Derechos Antidumping y Compensatorios Definitivos sobre Determinados Productos Procedentes de China* (WT/DS379/AB/R), Informe del Órgano de Apelación de 11 de marzo de 2011, párrafo 461). El artículo 11 del ESD ha servido en muchos casos como vía para que el Órgano de Apelación pueda constatar errores de los Grupos Especiales en la apreciación de los hechos, dentro de las facultades conferidas por el artículo 17.6 del mismo, en la medida que constate que en la apreciación de los hechos se ha excedido en el ejercicio de las facultades de los Grupos Especiales (*China - Derechos Compensatorios y Antidumping sobre el Acero Magnético Laminado Plano de Grano Orientado Procedente de los Estados Unidos* (WT/DS414/AB/R), Informe del Órgano de Apelación de 18 de octubre de 2012, párrafo 183 y nota 301).

[43] "It defines the limits of the adjudicative body's authority and duty to control the interpretation of, and the respect for, the legal rules for which the adjudicative body has been entrusted with jurisdiction.

Artículo: Jurisdicción y límites en el órgano de solución de diferencias de la OMC
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Cristián Delpiano Lira

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

En este sentido, el Órgano de Apelación ha señalado que la obligación contenida en el artículo 11 no puede ser cumplida por los Grupos Especiales si declinara ejercer una jurisdicción válidamente conferida y se abstuviera de formular conclusiones con respecto al asunto a que se le haya sometido[44].

A mayor abundamiento, el Órgano de Apelación considera que el artículo 23 confiere un derecho a los estados miembros de naturaleza amplia para recurrir al SSD, de manera de preservar sus derechos y obligaciones en el marco de los acuerdos abarcados[45], por lo que el hecho que un miembro tenga derecho a iniciar una controversia en el marco de la OMC siempre que considere que las ventajas resultantes de los acuerdos abarcados estén anuladas o menoscabadas, también implica que el miembro reclamante *tiene derecho* a una resolución del Grupo Especial de la OMC[46].

De ello, el Órgano de Apelación concluye que [l]a decisión de un Grupo Especial de declinar el ejercicio de una jurisdicción que le ha sido válidamente conferida parecería entrañar la "reducción" del derecho del Miembro reclamante de "trat[ar] de reparar el incumplimiento de obligaciones" en el sentido del artículo 23 del ESD, y de promover una diferencia de conformidad con el párrafo 3 del artículo 3 del ESD. Esto no sería compatible con las obligaciones que corresponden a los Grupos Especiales en virtud del párrafo 2 del artículo 3 y del párrafo 2 del artículo 19 del ESD. Por lo tanto, no vemos motivo alguno para no coincidir con la declaración del Grupo Especial de que "no parece que los Grupos Especiales [de la OMC] puedan elegir libremente si ejercen o no su jurisdicción"[47].

In the international context of the World Trade Organization (WTO), it therefore partly defines the relationship between the nation state Members and the international organization WTO" (Spamann, H.: "Standard of Review for World Trade Organization *panels* in Trade Remedy Cases: a Critical Analysis", *Journal of World Trade*, Vol. 38, N° 3, 2004, p. 509). A mayor abundamiento, puede también decirse que la norma de examen constituye el margen de actuación de los Estados en el diseño y ejecución de la política comercial, y hasta qué punto ese diseño y ejecución pueden ser examinados por los órganos de adjudicación de la OMC en su determinación de compatibilidad con las normas OMC (Oesch, M.: *Standards of Review in WTO Dispute Resolution*, Oxford University Press, 2005, p. 14).

[44] *México - Refrescos* (WT/DS308/AB/R), Informe del Órgano de Apelación de 6 de marzo de 2006, párrafo 51.

[45] *Estados Unidos -Examen por Extinción: Acero Resistente a la Corrosión* (WT/DS244/AB/R), Informe del Órgano de Apelación de 15 de diciembre de 2003, párrafo 89.

[46] *México - Refrescos* (WT/DS308/AB/R), Informe del Órgano de Apelación de 6 de marzo de 2006, párrafo 52 (Cursiva en el original).

[47] *México - Refrescos* (WT/DS308/AB/R), Informe del Órgano de Apelación de 6 de marzo de 2006, párrafo 53 (se omiten las notas a pie de página).

Artículo: Jurisdicción y límites en el órgano de solución de diferencias de la OMC
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Cristián Delpiano Lira

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Sin embargo, un Grupo Especial ha reconocido que un Estado miembro podría teóricamente renunciar a sus derechos en el marco de los acuerdos OMC en virtud de un acuerdo distinto de éstos; esta renuncia tendría que formularse en un acuerdo posterior a los concertados en virtud de la OMC, y en ningún caso se podría invocar la renuncia a estos derechos a través de acuerdos concertados antes de concluir los acuerdos OMC[48].

Incluso, se puede sostener que el Órgano de Apelación tiene facultades para identificar los efectos de la resolución de un órgano ajeno a la OMC en las normas OMC. En efecto, Brasil había impuesto una medida tendiente a impedir la importación de neumáticos recauchutados y usados, con independencia de su país de procedencia. Sin embargo, respondiendo a una resolución emitida por un tribunal en el marco del MERCOSUR, eliminó las restricciones impuestas a la importación de neumáticos procedentes de los países del MERCOSUR, dado que el tribunal consideró que dicha medida era incompatible con la prohibición de nuevas restricciones al comercio con arreglo a la legislación regional. Esta medida fue impugnada por las CCEE en el seno del MSD de la OMC, por considerar que constituía una discriminación arbitraria en la aplicación de la medida. El Órgano de Apelación consideró que la implementación de la resolución dictada en el marco del sistema de solución de diferencias del MERCOSUR ha dado lugar a que la prohibición de las importaciones se aplique en forma que constituye una discriminación arbitraria o injustificable[49].

Cabe reiterar, en todo caso, que no se impugnaba la resolución del tribunal del MERCOSUR, sino que más bien se impugnaban las medidas adoptadas por Brasil en cumplimiento de dicha sentencia, de manera que, tal como lo consideró el Órgano de Apelación, no se está frente a un conflicto en sentido estricto, entre las disposiciones en el marco del MERCOSUR y el

[48] *Comunidades Europeas y Determinados Estados Miembros - Medidas que Afectan al Comercio de Grandes Aeronaves* Civiles (WT/DS316/R), Informe del Grupo Especial de 30 de junio de 2010, párrafo 7.92.

[49] Véase *Brasil - Medidas que Afectan a las Importaciones de Neumáticos Recauchutados* (WT/DS332/AB/R), Informe del Órgano de Apelación de 3 de diciembre de 2007, párrafo 228. Cabe destacar que en este punto el Órgano de Apelación revocó la constatación de Grupo Especial sobre la materia. En efecto, había considerado que la medida no podía considerarse arbitraria debido a que se había adoptado justamente en cumplimiento de una resolución dictada en el marco del MERCOSUR (Véase en este sentido *Brasil - Medidas que Afectan a las Importaciones de Neumáticos Recauchutados* (WT/DS332/R), Informe del Grupo Especial de 12 de junio de 2007, párrafo 7.272). A su vez, cabe señalar que en este caso tanto el Grupo Especial como el Órgano de Apelación evitaron abordar la cuestión de si el MERCOSUR cumplía con los parámetros para ser considerada una UA, a pesar de las argumentaciones en ese sentido.

Artículo: Jurisdicción y límites en el órgano de solución de diferencias de la OMC
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Cristián Delpiano Lira

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

GATT de 1994. Con todo, el Órgano de Apelación hace una observación en el sentido que el párrafo 8 a) del artículo XXIV del GATT de 1994 exceptúa, en los casos necesarios, medidas permitidas con arreglo al artículo XX de la obligación de eliminar "los derechos de aduana y las demás reglamentaciones comerciales restrictivas" con respecto a lo esencial de los intercambios comerciales dentro de una unión aduanera. En consecuencia, suponiendo, a efectos de argumentación, que el MERCOSUR es compatible con el artículo XXIV y que la prohibición de las importaciones satisface las prescripciones del artículo XX, esta medida estaría exenta, en caso necesario, en virtud del párrafo 8 a) del artículo XXIV de la obligación de eliminar las demás reglamentaciones comerciales restrictivas dentro de una unión aduanera[50].

De esta manera, en la medida que sean invocados acuerdos abarcados en el marco del SSD, los Grupos Especiales no tienen la facultad de declinar su jurisdicción, ni aún a pretexto de considerar que la disputa es más amplia. El único caso en que cabría declinar su jurisdicción sería en el cual pudiera identificar que la disputa no involucra acuerdos abarcados, o bien en el caso que un Estado miembro de la OMC hubiese renunciado al recurso al SSD por un instrumento posterior a los Acuerdos de Marrakesh, pudiendo generar un cierto efecto de supremacía del OSD con respecto a otros tribunales cuando se trata de una diferencia comercial[51].

CONCLUSIONES

La precisión en la solicitud de establecimiento de un Grupo Especial resulta ser un elemento clave en la definición del mandato del mismo, y por extensión, del Órgano de Apelación. Una solicitud de esta naturaleza que no

[50] *Brasil - Medidas que Afectan a las Importaciones de Neumáticos Recauchutados* (WT/DS332/AB/R), Informe del Órgano de Apelación de 3 de diciembre de 2007, párrafo 234 junto con la nota al pie N° 445. Sobre el conflicto de jurisdicciones que a partir de esta sentencia se pueden producir, véase Hillman, J.: "Conflicts between Dispute Settlement Mechanisms in Regional Trade Agreements and the WTO - What should the WTO Do?", *Cornell International Law Journal*, Vol. 42, 2009, p. 193 y ss. Pauwelyn señala que uno de los casos en los cuales el Órgano de Apelación habría de declinar su jurisdicción sería aquel en el cual las partes acuerden a través de un acuerdo bilateral aceptar la resolución del Grupo Especial, de manera de renunciar a recurrir de apelación. En este sentido, en la aplicación de dicho acuerdo el Órgano de Apelación no actuaría más allá de su jurisdicción, pero sí actuaría más allá de su norma aplicable (Pauwelyn, J.: "How to Win a World Trade Organization Dispute Based on non - World Trade Organization Law?", *Journal of World Trade*, Vol. 37, Nº 6, 2003, p. 1007).

[51] En este sentido véase Moura, S.: "MERCOSUR and the WTO", en Toscano, M.; Lixinski, L.; Olmos, M.B. (Eds.): *The Law of MERCOSUR*, Hart Publishing, Oxford, 2010, p. 131 y ss.

Artículo: Jurisdicción y límites en el órgano de solución de diferencias de la OMC
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Cristián Delpiano Lira

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

contenga una referencia específica a la medida impugnada ante el SSD resulta en un fracaso seguro para el Estado miembro que pretende ver restablecidos las concesiones y derechos otorgados en los acuerdos abarcados.

A pesar que dentro del propio SSD se ha desarrollado una concepción amplia del concepto de medida, resulta relevante que la orientación que tengan los Grupos Especiales y el Órgano de Apelación sea precisa, como una manera de enmarcar de forma adecuada el ejercicio de la jurisdicción por parte de los Grupos Especiales. Sin embargo, también cabe apuntar que la amplitud del concepto también permite a los estados litigantes y terceros en la diferencia poder defender con mayor amplitud los derechos considerados en la solicitud y en las alegaciones.

Esto resulta relevante, además, teniendo en cuenta que cualquier alegación que se circunscriba dentro de los márgenes de los acuerdos abarcados permite al Órgano de Solución de Diferencias resolver el asunto, aun cuando ello signifique decidir sobre parte de una disputa más amplia, y no sobre toda la disputa, en el caso que parte de ella se circunscriba a acuerdos ajenos a los establecidos en el sistema multilateral de comercio. Así, las normas analizadas en este trabajo permiten sostener que la jurisdicción de los Grupos Especiales y del Órgano de Apelación pueden abordar ya sea aspectos íntegramente contenidos en la diferencia cuando ella se fundamenta sólo sobre la noción de acuerdos abarcados, o bien aspectos parciales de una controversia que vaya más allá de las cuestiones meramente comerciales, cuando sólo parte de ella puede circunscribirse dentro de los márgenes de los acuerdos abarcados.

BIBLIOGRAFÍA

Alvarez, A.: "The WTO AB Report on Mexico - Soft Drinks, and the Limits of the WTO Dispute Settlement System", *Legal Issues of Economic Integration*, Vol. 33, Nº 3.

Anderson, G: "Can Someone Please Settle this Dispute? Canadian Softwood Lumber and the Dispute Settlement Mechanisms of the NAFTA and the WTO", *The World Economy*, Vol. 29, N° 5, 2006.

Busch, M.: "Overlapping Institutions, Forum Shopping, and Dispute Settlement in International Trade", *International Organization*, Vol. 61, Fall 2007.

Davey, W. y Sapir, A.: "The Soft Drink Case: The WTO and Regional Agreements", *World Trade Review*, Vol. 8, Nº 1, 2009.

Artículo: Jurisdicción y límites en el órgano de solución de diferencias de la OMC
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Cristián Delpiano Lira

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Fernández, X.: *La OMC y el Derecho Internacional*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

Graewert, T.: "Conflicting Laws and Jurisdictions in the Dispute Settlement Process of Regional Trade Agreements and the WTO", *Contemporary Asia Arbitration Journal*, Vol. 1, N° 2, 2008.

Hillman, J.: "Conflicts between Dispute Settlement Mechanisms in Regional Trade Agreements and the WTO - What should the WTO Do?", *Cornell International Law Journal*, Vol. 42, 2009.

Kuijper, P.J.: Conflicting Rules and Clashing Courts: The Case of Multilateral Environmental Agreements, Free Trade Agreements and the WTO, Issue Paper N° 10, ICTSD's Programme on Dispute Settlement and Legal Aspects of International Trade, International Centre for Trade and Sustainable Development, Geneva, 2010.

Little, S.: "Preliminary Objections to panel Requests and Terms of Reference", *Journal of World Trade*, Vol. 35, N° 4, 2001.

Marceau, G.: "Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdiction. The Relationship between the WTO Agreements and MEA's and other Treaties", *Journal of World Trade*, Vol. 35, N° 6, 2001.

Marceau, G.: "WTO Dispute Settlement and Human Rights", *European Journal of International Law*, Vol. 13, Nº 4, 2002.

Moura, S.: "MERCOSUR and the WTO", en Toscano, M.; Lixinski, L.; Olmos, M.B. (Eds.): *The Law of MERCOSUR*, Hart Publishing, Oxford, 2010.

Oesch, M.: *Standards of Review in WTO Dispute Resolution*, Oxford University Press, 2005.

Palmeter, D. y Mavroidis, P.: *Dispute Settlement in the World Trade Organization*, Cambridge University Press, 2004.

Pauwelyn, J.: "The Role of Public International Law in the WTO: How far can we go?", *American Journal of International Law*, Vol. 95, 2001.

Pauwelyn, J.: "How to Win a World Trade Organization Dispute Based on non - World Trade Organization Law?", *Journal of World Trade*, Vol. 37, Nº 6, 2003.

Petersmann, E. - U.: "Dispute Settlement in International Economic Law - Lessons for Strengthening International Dispute Settlement in non - Economic Areas", *Journal of International Economic Law*, Vol. 2, Nº 2, 1999.

Piérola, F. y Horlick, G.: "WTO and Dispute Settlement in the 'North-South' Agreements of the Americas: Considerations for Choice of Forum", *Journal of World Trade*, Vol. 41 Nº 5, 2007.

Artículo: Jurisdicción y límites en el órgano de solución de diferencias de la OMC
Revista: Nº233-234, año LXXXI (En-Dic, 2013)
Autor: Cristián Delpiano Lira

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Spamann, H.: "Standard of Review for World Trade Organization panels in Trade Remedy Cases: a Critical Analysis", *Journal of World Trade*, Vol. 38, N° 3, 2004.

Taylor, R.: "Choice-of-Forum Provisions in Regional Trade Agreements and their Implications for International Dispute Resolution and International Law", *Global Trade and Customs Journal*, Vol. 3, Issue 1, 2008.

Van Damme, I.: *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, Oxford University Press, 2009.

Van Den Bossche, P.: *The Law and Policy of the World Trade Organization. Text, Cases and Materials*, Cambridge University Press, 2011.