
Cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones del OSD

Pronto cumplimiento

Cuando una reclamación basada en una infracción prospera, la adopción del informe del grupo especial (y, en caso de apelación, del informe del Órgano de Apelación) por el OSD da lugar a la formulación de “recomendaciones y resoluciones” del OSD, dirigidas al demandado, para que ponga sus medidas en conformidad con el acuerdo abarcado pertinente (párrafo 1 del artículo 19 del ESD).¹

El párrafo 1 del artículo 21 del ESD exige el pronto cumplimiento de las recomendaciones o resoluciones del OSD por ser esencial para asegurar la eficaz solución de las diferencias en beneficio de todos los Miembros de la OMC. El concepto de “cumplimiento”, así como el de “aplicación”, ha sido interpretado como la supresión² o modificación de la medida incompatible con las normas de la OMC, o de parte de ella.³ Ello significa

¹ En el caso de que sea aceptada una reclamación no basada en una infracción, la recomendación será que se encuentre un ajuste mutuamente satisfactorio (artículo 26 del ESD). En el contexto de las reclamaciones no basadas en una infracción, la “meta última no es la retirada de la medida de que se trate, sino llegar a un ajuste mutuamente satisfactorio, generalmente por medio de una compensación”. Informe del Órgano de Apelación, *India – Patentes (EE.UU.)*, párrafo 41 y nota 29 de dicho párrafo. En los casos en que la medida incompatible con las normas de la OMC haya sido adoptada por los gobiernos o autoridades regionales o locales dentro del territorio de un Miembro, el demandado debe tomar las medidas razonables que estén a su alcance para lograr su observancia. En los casos en que no haya sido posible lograrla, son aplicables las disposiciones relativas a la compensación y a la suspensión de concesiones o de otras obligaciones. Entendimiento relativo a la interpretación del artículo XXIV del GATT de 1994, respecto del párrafo 12 del artículo XXIV del GATT de 1994.

² El párrafo 7 del artículo 3 del ESD establece que, de no llegarse a una solución de mutuo acuerdo, el primer objetivo del mecanismo de solución de diferencias será en general conseguir la supresión de las medidas que se constate que son incompatibles con las disposiciones de la OMC.

³ Laudo del Árbitro, *Estados Unidos – Ley de compensación (Enmienda Byrd)* (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 49.

que un Miembro de la OMC cuya medida haya sido objeto de una constatación de incompatibilidad con los acuerdos abarcados puede generalmente escoger entre dos vías de actuación: la supresión de la medida o su modificación de manera que se corrijan los aspectos incompatibles. Aunque la supresión puede ser la opción preferida para garantizar el “pronto cumplimiento”, puede no ser factible en algunos casos. El demandado también puede optar por modificar la medida, siempre que ello se haga en el plazo más breve posible y que dicha modificación sea compatible con las normas de la OMC.⁴ En caso de que no sea factible el cumplimiento inmediato, el ESD prevé un plazo prudencial para que el demandado cumpla las recomendaciones y resoluciones del OSD.

Si la medida declarada incompatible con las normas de la OMC es una subvención prohibida (artículo 3 del Acuerdo SMC), esta debe retirarse “sin demora” (párrafo 7 del artículo 4 del Acuerdo SMC).⁵ La expresión “sin demora” no es sinónimo de retirada instantánea; el ESD exige que el grupo especial especifique en su recomendación el plazo dentro del cual debe retirarse la subvención prohibida (párrafo 7 del artículo 4 del Acuerdo SMC). La otra excepción a la prescripción general de lograr el “pronto cumplimiento” guarda relación con las subvenciones recurribles. En el caso de que se constate que una subvención tiene efectos desfavorables, el demandado tiene dos opciones para lograr el cumplimiento: adoptar las medidas apropiadas para eliminar los efectos desfavorables o retirar la subvención (párrafo 8 del artículo 7 del Acuerdo SMC).⁶ El demandado debe hacerlo en el plazo de seis meses a partir de la fecha en que el OSD adopte el informe del grupo especial (y, en su caso, el informe del Órgano de Apelación) (párrafo 9 del artículo 7 del Acuerdo SMC).

Propósito en cuanto a la aplicación

El OSD es el órgano de la OMC que se encarga de supervisar la aplicación de las recomendaciones y resoluciones que figuran en los informes adoptados de los grupos especiales y del Órgano de Apelación (artículo 2

⁴ Laudo del Árbitro, *Japón – DRAM (Corea)* (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 37.

⁵ Las disposiciones del párrafo 3 del artículo 21 del ESD no son pertinentes para determinar el plazo prudencial para la aplicación de una conclusión de incompatibilidad con las disposiciones sobre subvenciones prohibidas que contiene la parte II del Acuerdo SMC. Informe del Órgano de Apelación, *Brasil – Aeronaves*, párrafo 192.

⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Algodón americano (upland)* (párrafo 5 del artículo 21 – Brasil), párrafo 236.

del ESD). A este respecto, en una reunión que ha de celebrarse dentro de los 30 días siguientes a la adopción del informe o informes, el demandado tiene el deber de informar al OSD de su propósito en cuanto a la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD (párrafo 3 del artículo 21 del ESD). De ordinario en la misma reunión, el demandado declara si está en condiciones de cumplir inmediatamente las recomendaciones y resoluciones pertinentes, o si necesita un plazo prudencial para hacerlo.

Plazo prudencial para la aplicación

En caso de que no sea factible cumplir inmediatamente, el demandado dispone de un plazo prudencial⁷ para lograr el cumplimiento (párrafo 3 del artículo 21 del ESD). Por consiguiente, no se dispone incondicionalmente de un plazo prudencial para cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD, sino solo en caso de que el cumplimiento inmediato no sea factible.⁸ En la práctica, los Miembros de la OMC suelen explicar que no pueden cumplir inmediatamente las recomendaciones y resoluciones del OSD.⁹ Es posible que el demandado necesite modificar sus leyes o reglamentos nacionales para lograr la aplicación. Cuando son necesarias modificaciones legislativas, estas pueden llevar más tiempo que las modificaciones que simplemente requieren medidas reglamentarias.

El plazo prudencial no debe entenderse como un período durante el cual se considera que el demandado está actuando de conformidad con las obligaciones que le corresponden en virtud de los acuerdos abarcados.¹⁰ Antes bien, el plazo prudencial es un período de espera¹¹ que se otorga al

⁷ Nos referimos a un plazo prudencial para la aplicación. Los árbitros se han negado a especificar si se puede conceder más de un plazo para poner en conformidad diferentes medidas. Véase, por ejemplo, el Laudo del Árbitro, *Estados Unidos – Juegos de azar (párrafo 3 c) del artículo 21*, párrafo 41.

⁸ Laudo del Árbitro, *Canadá – Patentes para productos farmacéuticos (párrafo 3 c) del artículo 21*, párrafo 45.

⁹ Sin embargo, en *República Dominicana – Medidas de salvaguardia*, el demandado declaró su propósito de cumplir las resoluciones y recomendaciones del OSD poniendo fin a la medida en litigio y facilitó la fecha en que lo haría. Los reclamantes hablaron con el demandado y convinieron en que este presentara una confirmación de su propósito por escrito, confirmación que se distribuyó a los Miembros con la signatura WT/DS415-418/15.

¹⁰ En el caso de que una reclamación no basada en una infracción haya prosperado, el Miembro afectado (es decir, el demandado) estaría cumpliendo las disposiciones de la OMC, aunque anulando o menoscabando las ventajas resultantes para el reclamante.

¹¹ La expresión “período de espera” ha sido utilizada por árbitros anteriores. Véase, por ejemplo, el Laudo del Árbitro, *Corea – Bebidas alcohólicas (párrafo 3 c) del artículo 21*, párrafo 47.

demandado para que ponga sus medidas en conformidad. Durante ese plazo, el demandado no puede ser objeto de las contramedidas previstas en el ESD en caso de no aplicación.¹² No obstante, el demandado tiene que adoptar medidas para lograr el cumplimiento desde el momento de la adopción.¹³ El párrafo 6 del artículo 21 del ESD estipula que, seis meses después de la fecha en que se haya iniciado el período prudencial, el demandado empezará a informar a los Miembros sobre los progresos realizados en la aplicación de las recomendaciones o resoluciones en cada reunión del OSD, hasta que se logre la plena aplicación o hasta que el reclamante se declare satisfecho, como se indica en las páginas 179–180.

El ESD prevé tres maneras de determinar el plazo prudencial: i) puede ser propuesto por el demandado y aprobado por consenso por el OSD (párrafo 3 a) del artículo 21 del ESD)¹⁴; ii) puede ser fijado de común acuerdo por las partes en la diferencia dentro de los 45 días siguientes a la adopción del informe o informes (párrafo 3 b) del artículo 21 del ESD); o iii) puede ser determinado por un árbitro (párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD).

La primera opción -la aprobación por el OSD- no se ha aplicado nunca, lo que no es de extrañar, ya que para lograr el consenso el reclamante también debe estar de acuerdo, y las deliberaciones de las partes encaminadas a acordar un plazo prudencial, de tener éxito, llevarían lógicamente a la segunda opción, es decir, al logro de un acuerdo entre las partes. Actualmente, las partes consiguen a menudo alcanzar ese acuerdo.¹⁵

Si ninguna de esas dos primeras vías tiene éxito, las partes pueden recurrir al arbitraje previsto en el párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD. Este procedimiento se inicia a petición de parte, dirigida al Presidente

¹² Aunque puede no obstante negociar una compensación con el reclamante durante el plazo prudencial.

¹³ De hecho, al determinar el plazo prudencial para la aplicación, el árbitro puede tener en cuenta la acción o inacción del demandado en el plazo comprendido entre la fecha de adopción del informe o informes por el OSD y la iniciación del procedimiento de arbitraje. Véase el Laudo del Árbitro, *Colombia – Puertos de entrada (párrafo 3 c) del artículo 21)*, párrafo 79.

¹⁴ El párrafo 3 a) del artículo 21 del ESD no especifica la manera en que el OSD aprobará el plazo propuesto. Sin embargo, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 2 del ESD, el OSD debe adoptar esa decisión por consenso.

¹⁵ Por ejemplo, *Filipinas – Aguardientes, Estados Unidos – Cigarrillos de clavo de olor, Canadá – Energía renovable / Canadá – Programa de tarifas reguladas, República Dominicana – Medidas de salvaguardia, Estados Unidos – Camarones y hojas de sierra, y China – Aparatos de rayos X.*

del OSD. El árbitro puede ser una persona o un grupo de personas.¹⁶ En la práctica, la mayor parte de los árbitros que han actuado hasta la fecha en procedimientos del párrafo 3 c) del artículo 21 han sido Miembros actuales o antiguos Miembros del Órgano de Apelación.¹⁷ Si las partes no pueden ponerse de acuerdo para designar un árbitro en un lapso de 10 días después de haber sometido la cuestión a arbitraje, el árbitro es designado por el Director General en un plazo de otros 10 días, después de consultar con las partes.¹⁸

La misión del árbitro se limita a determinar el plazo prudencial en que debe llevarse a cabo la aplicación.¹⁹ Por consiguiente, sugerir medios para la aplicación o estimar si las medidas propuestas por el demandado lo pondrán en conformidad con los acuerdos abarcados pertinentes no forma parte del mandato del árbitro con arreglo al párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD. De hecho, la elección de la forma de aplicación es prerrogativa del demandado.²⁰ No obstante, un árbitro puede tener que determinar si el método elegido por el demandado para la aplicación pone sus medidas en conformidad con sus obligaciones en el marco de la OMC dentro de un plazo prudencial, con arreglo a las directrices del párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD.²¹ En otras palabras, “los medios de aplicación elegidos deben ser por su forma, naturaleza y contenido aptos para lograr el cumplimiento, y además deben ser compatibles con los acuerdos abarcados”.²² La cuestión de si los medios elegidos permiten lograr la plena conformidad, de impugnarse, puede decidirse en último término mediante recurso al procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 del ESD.²³

¹⁶ Nota 13 del artículo 21 del ESD.

¹⁷ Al menos en un arbitraje de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD, el Presidente del Grupo Especial del procedimiento inicial fue nombrado Árbitro por las partes. (Véase Laudo Arbitral, *Estados Unidos – Camarones II (Viet Nam)* (párrafo 3 c) del artículo 21, párrafo 1.2).

¹⁸ Nota 12 del artículo 21 del ESD.

¹⁹ Laudo del Árbitro, *CE – Hormonas* (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 38.

²⁰ Laudo del Árbitro, *Corea – Bebidas alcohólicas* (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 45.

²¹ Véase el Laudo del Árbitro, *Japón – DRAM (Corea)* (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 27 (donde se hace referencia al Laudo del Árbitro, *CE – Subvenciones a la exportación de azúcar* (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 69).

²² Laudo del Árbitro, *Colombia – Puertos de entrada* (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 64.

²³ Laudo del Árbitro, *Canadá – Patentes para productos farmacéuticos* (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 42. Véase la sección relativa al procedimiento sobre el cumplimiento en la página 160. En las reclamaciones en los casos en que no existe infracción, el párrafo 1 c) del artículo 26 del ESD establece que el árbitro que actúe al amparo del párrafo 3 c) del

El ESD establece, como “directriz” para el árbitro, que el plazo prudencial no deberá exceder de 15 meses a partir de la fecha de adopción del informe o informes (párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD). No obstante, ese período de 15 meses no es una media o un período uniforme.²⁴ En realidad, puede ser más corto o más largo, según las “circunstancias del caso”.²⁵ Al interpretar ese plazo en el contexto de la prescripción del párrafo 1 del artículo 21 del ESD relativa al “pronto cumplimiento”, varios árbitros han sostenido que el plazo prudencial debe ser el plazo más breve posible, en el marco del ordenamiento jurídico del Miembro, para aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD.²⁶ La intención es dar al demandado el tiempo que verdaderamente necesite con sus procedimientos normales, aprovechando cualquier elemento de flexibilidad existente²⁷, pero “[sin tener que] recurrir [...] a un procedimiento legislativo extraordinario”.²⁸ Normalmente, la aplicación a través de medidas administrativas suele implicar un plazo menor que la efectuada a través de medidas legislativas.²⁹

Corresponde al demandado soportar la carga de la prueba de que la duración del plazo que se proponga para la aplicación representa un plazo prudencial, y cuanto más largo sea el plazo propuesto para la aplicación,

artículo 21 “a petición de cualquiera de las partes, podrá abarcar la determinación del nivel de las ventajas anuladas o menoscabadas y [...] podrá [] sugerir[] también los medios de llegar a un ajuste mutuamente satisfactorio; esas sugerencias no serán vinculantes para las partes en la diferencia”.

²⁴ Laudo del Árbitro, *CE – Hormonas (párrafo 3 c) del artículo 21*), párrafo 25.

²⁵ Laudo del Árbitro, *Canadá – Patentes para productos farmacéuticos (párrafo 3 c) del artículo 21*), párrafo 45.

²⁶ Laudos del Árbitro, *Indonesia – Autos (párrafo 3 c) del artículo 21*), párrafo 22; *Corea – Bebidas alcohólicas (párrafo 3 c) del artículo 21*), párrafo 37; *Chile – Bebidas alcohólicas (párrafo 3 c) del artículo 21*), párrafo 38; *Canadá – Patentes para productos farmacéuticos (párrafo 3 c) del artículo 21*), párrafo 47; *Estados Unidos – Ley de 1916 (párrafo 3 c) del artículo 21*), párrafo 32; *Chile – Sistema de bandas de precios (párrafo 3 c) del artículo 21*), párrafo 34; *Estados Unidos – Ley de compensación (Enmienda Byrd) (párrafo 3 c) del artículo 21*), párrafo 42; y *CE – Preferencias arancelarias (párrafo 3 c) del artículo 21*), párrafo 26.

²⁷ Por ejemplo, Laudos del Árbitro, *Canadá – Automóviles (párrafo 3 c) del artículo 21*), párrafo 47; *Estados Unidos – Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor (párrafo 3 c) del artículo 21*), párrafo 39; *Estados Unidos – Ley de 1916 (párrafo 3 c) del artículo 21*), párrafo 39; *Canadá – Período de protección mediante patente (párrafo 3 c) del artículo 21*), párrafo 64; y *Canadá – Patentes para productos farmacéuticos (párrafo 3 c) del artículo 21*), párrafo 63.

²⁸ Laudo del Árbitro, *Corea – Bebidas alcohólicas (párrafo 3 c) del artículo 21*), párrafo 42.

²⁹ Laudos del Árbitro, *Canadá – Patentes para productos farmacéuticos (párrafo 3 c) del artículo 21*), párrafos 49–51; y *Estados Unidos – Ley de compensación (Enmienda Byrd) (párrafo 3 c) del artículo 21*), párrafo 57.

más pesada será la carga de la prueba.³⁰ El reclamante también está obligado a presentar pruebas cuando aduzca que el plazo solicitado por el demandado no es “prudencial”, y en particular si considera que un plazo más breve está justificado.³¹

Hasta ahora los árbitros han fijado plazos prudenciales de seis a 15 meses aproximadamente. Esas cifras deben considerarse con cautela, dado que cada plazo prudencial refleja el período que necesita un Miembro de la OMC para poner en conformidad una medida concreta en el contexto de un determinado régimen jurídico y administrativo. En ocasiones, en los acuerdos a que han llegado de conformidad con el párrafo 3 b) del artículo 21 del ESD, las partes han convenido en un plazo más largo. En un caso, el plazo prudencial acordado entre las partes fue de 24 meses.³² Además, las partes pueden convenir en una prórroga del plazo prudencial previamente acordado o incluso determinado mediante arbitraje. A este respecto, además del acuerdo alcanzado por las partes, el OSD ha aprobado de cuando en cuando la solicitud del demandado de prorrogar un plazo prudencial anteriormente fijado mediante arbitraje.³³

El párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD prevé que un laudo arbitral debe emitirse dentro de los 90 días siguientes a la adopción del informe del grupo especial (y del informe del Órgano de Apelación), pero este plazo casi siempre es insuficiente, sobre todo porque con frecuencia la solicitud de arbitraje se efectúa en una etapa más avanzada.³⁴ Así pues, la mayoría de las partes han convenido en prorrogar el plazo. Las partes pueden también pedir al árbitro que suspenda el procedimiento o retirar la solicitud de arbitraje para poder convenir en una solución respecto de la aplicación.³⁵

³⁰ Por ejemplo, *Laudos del Árbitro, Estados Unidos – Ley de 1916 (párrafo 3 c) del artículo 21)*, párrafo 32; y *Canadá – Patentes para productos farmacéuticos (párrafo 3 c) del artículo 21)*, párrafo 47.

³¹ *Laudos del Árbitro, Colombia – Puertos de entrada (párrafo 3 c) del artículo 21)*, párrafo 67.

³² *República Dominicana – Importación y venta de cigarrillos (WT/DS302/17)*.

³³ Por ejemplo, el plazo prudencial se prorrogó en varias ocasiones en los asuntos *CE – Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos (Canadá)* y *CE – Aprobación y comercialización de productos biotecnológicos (Argentina)*.

³⁴ Además estos arbitrajes, que fijaban sucintamente un plazo en un párrafo del primer laudo (*Laudos del Árbitro, Japón – Bebidas alcohólicas II (párrafo 3 c) del artículo 21)*, párrafo 27), son objeto, en los laudos más recientes, de exámenes jurídicos propiamente dichos con un razonamiento detallado, lo que hace que se necesite más tiempo para el debate, la redacción y la traducción. En promedio, se tarda entre cuatro y cinco meses en completar los arbitrajes de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21.

³⁵ *Laudos del Árbitro, Estados Unidos – Tubos (párrafo 3 c) del artículo 21)*, párrafos 6–9.

El ESD dispone que el período transcurrido desde el establecimiento del grupo especial hasta la fecha en que se determine el plazo prudencial no debe exceder de 15 meses, salvo que las partes en la diferencia acuerden otra cosa. Cuando el grupo especial o el Órgano de Apelación hayan prorrogado su plazo³⁶, la duración del plazo adicional debe añadirse a los 15 meses, pero, a menos que las partes convengan en que concurren circunstancias excepcionales, el período total no deberá exceder de 18 meses (párrafo 4 del artículo 21 del ESD). En la práctica, el tiempo transcurrido por término medio desde el establecimiento del grupo especial hasta la determinación del plazo prudencial para la aplicación es de unos 22 meses.

Procedimiento sobre el cumplimiento de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD

En caso de desacuerdo entre las partes en una diferencia en cuanto a la existencia de medidas adoptadas por el demandado en un caso concreto para cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD o a la compatibilidad de dichas medidas con los acuerdos abarcados, cualquiera de las partes puede pedir el establecimiento de un grupo especial al amparo del párrafo 5 del artículo 21 del ESD.³⁷ Estos desacuerdos pueden surgir si, por ejemplo, se ha aprobado un nuevo reglamento o ley y el demandado inicial cree que con ello cumple plenamente las resoluciones y recomendaciones del OSD, pero el reclamante no está de acuerdo. Este procedimiento se denomina a menudo el procedimiento sobre el “cumplimiento” y trata de promover la pronta solución de las diferencias. De hecho, el procedimiento sobre el cumplimiento tiene por

³⁶ Véanse las páginas 89–90 (para la prórroga del procedimiento del grupo especial) y 146 (para la prórroga del plazo de apelación).

³⁷ Basándose en que el párrafo 5 del artículo 21 no especifica qué parte puede iniciar el procedimiento, en el asunto *Estados Unidos – Mantenimiento de la suspensión*, el Órgano de Apelación confirmó que tanto el reclamante como el demandado pueden recurrir al procedimiento de los grupos especiales sobre el cumplimiento previsto en el párrafo 5 del artículo 21. En ese caso, las Comunidades Europeas habían iniciado una nueva diferencia contra las medidas de retorsión impuestas por los Estados Unidos y el Canadá tras la autorización otorgada por el OSD en las diferencias *CE – Hormonas*. Las Comunidades Europeas opinaban que, puesto que ya habían cumplido las resoluciones y recomendaciones del OSD, esas medidas eran incompatibles con las normas de la OMC. El Órgano de Apelación constató que el procedimiento adecuado para examinar esa situación era el establecido en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD. Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 310.

objeto evitar una situación en que un reclamante se vea forzado a iniciar nuevos procedimientos de solución de diferencias cuando el demandado no haya cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD.³⁸

El párrafo 5 del artículo 21 del ESD dispone que el desacuerdo entre las partes en una diferencia en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD o a la compatibilidad de dichas medidas con las normas de la OMC debe resolverse “conforme a los presentes procedimientos de solución de diferencias”, con intervención, siempre que sea posible, del grupo especial que haya entendido inicialmente en el asunto. En la práctica, se ha interpretado que esa referencia a “los presentes procedimientos de solución de diferencias” alude a las normas y procedimientos del ESD por los que se rigen las diferencias iniciales, aunque respetando los plazos específicos y la remisión de la cuestión al grupo especial inicial, siempre que sea posible. No obstante, el ESD no estipula específicamente, por ejemplo, si es necesario celebrar consultas antes de iniciar el procedimiento sobre el cumplimiento.³⁹ Además, el ESD no dice nada sobre si un Miembro debe iniciar primero un procedimiento sobre el cumplimiento de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 antes de solicitar la suspensión de concesiones u otras obligaciones en el marco del artículo 22 del ESD.⁴⁰ En la práctica, las partes suelen llegar a un acuerdo *ad hoc* con respecto a la secuencia de los procedimientos previstos en los artículos 21 y 22 del ESD (denominado “acuerdo sobre la secuencia”).⁴¹ Esos acuerdos suelen prever la posibilidad de celebrar consultas antes de solicitar el establecimiento de un grupo especial sobre el cumplimiento. Este tipo de acuerdos en materia de procedimiento también suele contener disposiciones de carácter más general sobre las diversas etapas del procedimiento del párrafo 5 del artículo 21; por ejemplo, las

³⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Madera blanda IV (párrafo 5 del artículo 21 – Canadá)*, párrafo 72.

³⁹ En el marco de las negociaciones sobre el ESD, ha habido algún debate sobre la función de las consultas en el procedimiento de los grupos especiales sobre el cumplimiento. En ese contexto, se ha propuesto que en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD se aclare que el procedimiento sobre el cumplimiento no exige que el reclamante solicite la celebración de consultas antes de solicitar el establecimiento de un grupo especial; no obstante, la celebración de consultas seguiría siendo posible (TN/DS/25). Véase la página 216, donde se trata de las negociaciones.

⁴⁰ La suspensión de concesiones y otras obligaciones en el marco del párrafo 5 del artículo 21 se analiza en la página 166.

⁴¹ Esos acuerdos surgieron esencialmente en respuesta a la necesidad de abordar el problema de la “secuencia” entre el procedimiento de un grupo especial sobre el cumplimiento previsto en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD y el procedimiento de suspensión de concesiones y otras obligaciones previsto en el artículo 22 del ESD. Véase la página 177.

partes pueden convenir en aceptar el establecimiento de un grupo especial sobre el cumplimiento en la primera reunión del OSD en que la solicitud se incluya en el orden del día.⁴²

Se espera del grupo especial sobre el cumplimiento que emita su resolución rápidamente, normalmente en el plazo de 90 días (párrafo 5 del artículo 21 del ESD). Por lo tanto, el calendario del procedimiento de los grupos especiales sobre el cumplimiento es algo distinto que el del procedimiento de los grupos especiales iniciales, lo que indica la expectativa de que este procedimiento se lleve a cabo en un plazo más corto. El procedimiento de los grupos especiales sobre el cumplimiento suele constar de una única reunión sustantiva que tiene lugar después de que las partes hayan intercambiado tanto sus primeras comunicaciones escritas como las réplicas. Cualquiera de las partes puede recurrir contra el informe de un grupo especial sobre el cumplimiento ante el Órgano de Apelación.

Con respecto a las *medidas* que pueden impugnarse, los procedimientos sustanciados de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 son de alcance más limitado que los procedimientos iniciales. Los procedimientos sustanciados de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 tienen por objeto las medidas *destinadas a cumplir* las recomendaciones y resoluciones del OSD.⁴³ En caso de desacuerdo en cuanto a si una medida determinada está comprendida en el alcance de la jurisdicción del grupo especial establecido de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21, es posible que el grupo especial tenga que evaluar si esa medida guarda una “relación especialmente estrecha” con la “medida destinada a cumplir” declarada y con las recomendaciones y resoluciones del OSD.⁴⁴ El grupo especial debe realizar esa evaluación examinando las fechas, la naturaleza y los efectos de las diversas medidas, así como los antecedentes fácticos y jurídicos sobre la base de los cuales se ha adoptado la “medida destinada a cumplir” declarada.⁴⁵

Por lo que se refiere a las *alegaciones* que pueden plantearse en el procedimiento del párrafo 5 del artículo 21, una “medida destinada a

⁴² Por ejemplo, WT/DS46/13, párrafos 1 y 2.

⁴³ Informe del Órgano de Apelación, *Canadá – Aeronaves (párrafo 5 del artículo 21 – Brasil)*, párrafo 36.

⁴⁴ Véanse los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Madera blanda IV (párrafo 5 del artículo 21 – Canadá)*, párrafo 77; y *Estados Unidos – Reducción a cero (CE) (párrafo 5 del artículo 21 – CE)*, párrafo 203.

⁴⁵ Véanse los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Madera blanda IV (párrafo 5 del artículo 21 – Canadá)*, párrafo 77; y *Estados Unidos – Reducción a cero (CE) (párrafo 5 del artículo 21 – CE)*, párrafo 203.

cumplir” las recomendaciones y resoluciones del OSD es “una medida nueva y distinta” que debe examinarse en su integridad.⁴⁶ Por ello, la función de un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 no se limita a examinar únicamente si la medida de aplicación cumple las recomendaciones y resoluciones adoptadas por el OSD en el procedimiento inicial. Un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 debe examinar *todas* las alegaciones de incompatibilidad relacionadas con la nueva medida, incluidas las alegaciones que puedan ser nuevas y distintas de las planteadas con respecto a la medida inicial en el procedimiento inicial.⁴⁷

Es importante observar que existen algunas limitaciones a las alegaciones que pueden plantearse en las actuaciones relativas al párrafo 5 del artículo 21. En particular, no se permite que un reclamante plantee en un procedimiento sobre el cumplimiento alegaciones que ya se plantearon y desestimaron en el procedimiento inicial con respecto a un componente de la medida de aplicación que es el mismo que en la medida inicial.⁴⁸ Así pues, un reclamante no puede volver a litigar sobre una alegación relativa a aspectos de una medida inicial que no han cambiado, ni tampoco puede utilizar alegaciones sobre el cumplimiento para “volver a plantear” cuestiones que fueron decididas en cuanto al fondo en el procedimiento inicial.⁴⁹ La misma alegación respecto de un elemento de la medida que no ha sido modificado puede volver a ser objeto de litigio en el procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 cuando en el procedimiento inicial la cuestión se planteó pero no se resolvió.⁵⁰ Se pueden impugnar

⁴⁶ Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Camarones (párrafo 5 del artículo 21 – Malasia)*, párrafos 86 y 87.

⁴⁷ Véanse los informes del Órgano de Apelación, *Canadá – Aeronaves (párrafo 5 del artículo 21 – Brasil)*, párrafos 40–42; *Estados Unidos – EVE (párrafo 5 del artículo 21 – CE)*, párrafo 222; y *CE – Ropa de cama (párrafo 5 del artículo 21 – India)*, párrafo 79.

⁴⁸ Véanse los informes del Órgano de Apelación, *CE – Elementos de fijación (China) (párrafo 5 del artículo 21 – China)*, párrafo 5.15; *CE – Ropa de cama (párrafo 5 del artículo 21 – India)*, párrafos 96 y 98; *Estados Unidos – Camarones (párrafo 5 del artículo 21 – Malasia)*, párrafos 90 y 96; y *Estados Unidos – Reducción a cero (CE) (párrafo 5 del artículo 21 – CE)*, párrafo 432. Véanse también los informes del Órgano de Apelación, *México – Jarabe de maíz (párrafo 5 del artículo 21 – Estados Unidos)*, párrafo 79; y *Estados Unidos – Algodón americano (upland) (párrafo 5 del artículo 21 – Brasil)*, párrafo 210.

⁴⁹ Véanse los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Algodón americano (upland) (párrafo 5 del artículo 21 – Brasil)*, párrafo 210; *CE – Ropa de cama (párrafo 5 del artículo 21 – India)*, párrafos 86, 93 y 96–98; *Estados Unidos – Camarones (párrafo 5 del artículo 21 – Malasia)*, párrafo 96; y *Estados Unidos – Reducción a cero (CE) (párrafo 5 del artículo 21 – CE)*, párrafo 427.

⁵⁰ Véanse los informes del Órgano de Apelación, *CE – Elementos de fijación (China) (párrafo 5 del artículo 21 – China)*, párrafo 5.15; y *Estados Unidos – Algodón americano (upland)*

aspectos de la medida inicial cuando la “medida destinada a cumplir” incorpora elementos de la medida inicial que no han sido modificados, pero que no se pueden separar de otros aspectos de la medida destinada a cumplir.⁵¹ Además, normalmente un reclamante no puede formular, en el procedimiento del párrafo 5 del artículo 21, alegaciones que no planteó en el procedimiento inicial habiendo tenido la oportunidad de hacerlo.⁵²

Medidas correctivas en caso de no aplicación

Si el demandado no pone la medida en conformidad con las obligaciones que le corresponden en el marco de la OMC en un plazo razonable, el reclamante tiene derecho, en determinadas condiciones⁵³, a recurrir a medidas temporales, que pueden ser una compensación o bien la suspensión de concesiones u otras obligaciones (contramedidas), como se verá más adelante. Ninguna de estas medidas temporales es preferible a la aplicación plena de las recomendaciones y resoluciones del OSD (párrafo 7 del artículo 3 y párrafo 1 del artículo 22 del ESD).

Compensación

Si el demandado no ha logrado el pleno cumplimiento al término del plazo prudencial, debe entablar negociaciones con el reclamante, si este así se lo pide, con miras a acordar una compensación mutuamente aceptable (párrafo 2 del artículo 22 del ESD). Si dentro de los 20 días

(párrafo 5 del artículo 21 – Brasil), párrafo 210. Entre las razones por las que no se ha resuelto una alegación figuran, por ejemplo, que el Órgano de Apelación no pudo completar el análisis, o que no se formularon constataciones sobre la alegación como resultado de la aplicación del principio de economía procesal. Véanse los informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Algodón americano (upland)* (párrafo 5 del artículo 21 – Brasil), párrafo 210; *Estados Unidos – Exámenes por extinción respecto de los artículos tubulares para campos petrolíferos* (párrafo 5 del artículo 21 – Argentina), párrafo 148; y *CE – Ropa de cama* (párrafo 5 del artículo 21 – India), nota 115 del párrafo 96.

⁵¹ Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Reducción a cero (CE)* (párrafo 5 del artículo 21 – CE), párrafo 432.

⁵² Véase el informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Algodón americano (upland)* (párrafo 5 del artículo 21 – Brasil), párrafo 211.

⁵³ En la práctica, antes de la expiración del plazo prudencial, las partes suelen convenir en iniciar un procedimiento de un grupo especial sobre el cumplimiento de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD con anterioridad o paralelamente al procedimiento de suspensión de concesiones previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD. Véase la página 177, donde se trata de la secuencia. Asimismo, durante el plazo prudencial las partes pueden iniciar negociaciones con miras a llegar a un acuerdo sobre la compensación.

siguientes a la expiración del plazo prudencial no hay acuerdo con respecto a la compensación, el reclamante puede solicitar la suspensión de concesiones, es decir, puede pedir autorización para imponer contramedidas (párrafo 2 del artículo 22 del ESD).

La compensación de conformidad con los artículos 21 y 22 del ESD debe ser compatible con las normas de la OMC y mutuamente convenida. En la práctica desarrollada hasta ahora, apenas se ha recurrido a la compensación en los casos que han llegado a esta etapa. La conformidad con los acuerdos abarcados implica, entre otras cosas, la compatibilidad con las obligaciones de nación más favorecida (NMF) (por ejemplo, el artículo I del GATT de 1994). En los casos en que procede, ello puede suponer que Miembros de la OMC distintos de los reclamantes también se beneficien de la oferta de una compensación en forma de una medida que conlleva tales obligaciones, como una reducción arancelaria. Esto puede hacer que la compensación sea menos atractiva para el demandado, ya que el “precio de compensación” aumenta, y para el reclamante, que no obtiene una ventaja exclusiva. Estos obstáculos podrían superarse en cierta medida si las partes eligiesen una ventaja comercial (por ejemplo, una reducción arancelaria) en un sector cuyas exportaciones sean de interés particular para el reclamante, y los otros Miembros estuvieran poco interesados en las exportaciones de este sector o producto, o si eligiesen una forma de compensación compatible con las normas de la OMC que no entrañara esas obligaciones.

En un número limitado de diferencias, las partes han convenido en arreglos monetarios transitorios, que han sido descritos como formas de compensación.⁵⁴

⁵⁴ En el asunto *Estados Unidos – Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor*, en el que se constató que los Estados Unidos habían incumplido las obligaciones que les correspondían en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC, las partes convinieron, en el contexto de un acuerdo temporal mutuamente satisfactorio notificado, en que los Estados Unidos pagarían una suma global a un fondo que habrían de establecer las sociedades administradoras de los derechos de los intérpretes o ejecutantes en las Comunidades Europeas para la prestación de asistencia general a sus miembros y la promoción de los derechos de los autores. La cuantía del pago se calculó mediante un procedimiento de arbitraje conforme al artículo 25 del ESD. Laudo de los Árbitros, *Estados Unidos – Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor (artículo 25)*. Véase la página 206, donde se trata de los arbitrajes de conformidad con el artículo 25 del ESD. En el asunto *Estados Unidos – Algodón americano (upland)*, después de someter la cuestión a arbitraje de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 (suspensión de concesiones) y de que el Brasil obtuviera autorización del OSD para adoptar medidas de retorsión contra los Estados Unidos, las partes convinieron en constituir un fondo para la asistencia técnica

Contramedidas (suspensión de concesiones y otras obligaciones)

Finalidad de las contramedidas en el marco del ESD

Si, dentro de los 20 días siguientes a la fecha de expiración del plazo prudencial, las partes no han convenido en una compensación satisfactoria, el reclamante puede pedir la autorización del OSD para imponer contramedidas al demandado que no ha aplicado las recomendaciones y resoluciones del OSD. Técnicamente, esto se denomina “suspensión de concesiones u otras obligaciones resultantes de los acuerdos abarcados” (párrafo 2 del artículo 22 del ESD). La suspensión de concesiones u otras obligaciones es la consecuencia última más grave que tiene que asumir un demandado que no aplica las resoluciones o recomendaciones en el sistema de solución de diferencias de la OMC. El párrafo 7 del artículo 3 del ESD establece que los Miembros deben hacer uso de esas contramedidas como último recurso. Al igual que en el caso de la compensación, la suspensión de concesiones u otras obligaciones es una medida correctiva temporal que no sustituye al cumplimiento, sino que induce a él.⁵⁵ Por consiguiente, las contramedidas no tienen por objeto ser medidas correctivas “de carácter punitivo”.⁵⁶ La cuestión del cumplimiento se mantiene así en el orden del día del OSD a petición del reclamante hasta que se resuelve (párrafo 8 del artículo 22 del ESD). Asimismo, las contramedidas deben ser revocadas una vez que el demandado ha cumplido plenamente las recomendaciones y resoluciones del OSD.⁵⁷

y la creación de capacidad en relación con el sector del algodón en el Brasil y con la cooperación internacional con otros países en desarrollo con respecto a la producción de algodón. Las partes notificaron ese entendimiento en el contexto de un acuerdo marco en el que especificaban que el contenido de su comunicación conjunta no constituía una solución mutuamente convenida que ponía fin a la diferencia, y que, aunque la solución temporal notificada seguiría vigente, no se impondrían contramedidas.

⁵⁵ Árbitros anteriores han confirmado sistemáticamente que el carácter temporal de las contramedidas indica que estas tienen por finalidad inducir al cumplimiento. También han considerado que 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. Véanse, por ejemplo, las Decisiones de los Árbitros, *CE – Banano III (EE.UU.) (párrafo 6 del artículo 22 – CE)*, párrafo 76; y *Canadá – Créditos y garantías para las aeronaves (párrafo 6 del artículo 22 – Canadá)*, párrafo 3.105.

⁵⁶ Véanse, por ejemplo, las Decisiones de los Árbitros, *CE – Banano III (EE.UU.) (párrafo 6 del artículo 22 – CE)*, párrafo 6.3; y *CE – Hormonas (párrafo 6 del artículo 22 – Canadá)*, párrafo 39.

⁵⁷ Informes del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Mantenimiento de la suspensión/ Canadá – Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 355.

La suspensión de concesiones, en contraposición a la de “otras obligaciones”, es la forma de contramedidas más común. Concesiones son, por ejemplo, los compromisos de reducción arancelaria que los Miembros de la OMC han contraído en las negociaciones comerciales multilaterales y que están consolidados en virtud del artículo II del GATT de 1994. Estas concesiones consolidadas (también denominadas “consolidaciones”) no son sino una de las obligaciones previstas en la OMC. En unos pocos casos, por ejemplo, el reclamante ha obtenido autorización para suspender obligaciones en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC⁵⁸, el Acuerdo sobre los Textiles y el Vestido y el Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación⁵⁹, o el Acuerdo Antidumping.⁶⁰

Así pues, se permite al reclamante que imponga contramedidas que, de lo contrario, serían incompatibles con los acuerdos abarcados, en respuesta a una violación o a una anulación o menoscabo sin infracción. Las contramedidas son aplicadas selectivamente por el reclamante contra el demandado que no cumple plenamente, y son por tanto de carácter discriminatorio.

La suspensión de obligaciones en respuesta a una falta de aplicación puntual es problemática, porque de ordinario da lugar a que el reclamante responda a una medida comercial (incompatible con las normas de la OMC) con otro obstáculo comercial, lo que es contrario a los principios de liberalización en que se basa la OMC. Además, la adopción de medidas que crean obstáculos al comercio tiene su precio, porque casi siempre son económicamente perjudiciales, no solo para el demandado que no ha cumplido, sino también para el reclamante que impone esos obstáculos. De hecho, los obstáculos a la importación tienden a elevar los precios internos para los consumidores y pueden dar lugar a un incremento de los costos de los insumos intermedios utilizados por las industrias de elaboración en el territorio del reclamante que impone las contramedidas. Ello puede traducirse en un aumento de los precios y una disminución de las exportaciones porque los productos serían menos competitivos. Los obstáculos a la importación pueden actuar también como elemento disuasorio de la inversión extranjera.

⁵⁸ Decisión de los Árbitros, *CE – Banano III (Ecuador)* (párrafo 6 del artículo 22 – CE), párrafo 173.

⁵⁹ Decisión de los Árbitros, *Brasil – Aeronaves* (párrafo 6 del artículo 22 – Brasil), párrafo 4.1.

⁶⁰ Decisión del Árbitro, *Estados Unidos – Ley de compensación (Enmienda Byrd)* (párrafo 6 del artículo 22 – Canadá), párrafo 5.2.

Dicho esto, es importante insistir en que las contramedidas constituyen el último recurso del sistema de solución de diferencias de la OMC, y en la mayoría de los casos no se aplican en la práctica. De hecho, hasta la fecha tan solo se ha pedido y otorgado autorización para imponer contramedidas en 10 casos.⁶¹ Por tanto, es una excepción, y no la regla, que una diferencia llegue hasta este punto y no se resuelva en una etapa anterior por otros medios.

Procedimiento de autorización de la suspensión de concesiones u otras obligaciones

La suspensión de concesiones u otras obligaciones en el marco de la OMC en relación con otro Miembro requiere la autorización previa del OSD. El ESD establece que el OSD, previa petición, concederá autorización para suspender concesiones u otras obligaciones dentro de los 30 días siguientes a la expiración del plazo prudencial, a menos que decida otra cosa por consenso negativo.⁶² No obstante, si el demandado impugna el nivel de la suspensión propuesta, o sostiene que no se han seguido los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3 del artículo 22 (descritos en el siguiente capítulo), la cuestión se someterá a arbitraje (párrafo 6 del artículo 22 del ESD), y ese arbitraje tendrá que llevarse a cabo antes de que el OSD pueda autorizar las contramedidas.⁶³ La remisión a arbitraje no requiere ninguna acción específica del OSD para que la cuestión sea debidamente sometida a arbitraje.⁶⁴

⁶¹ *CE – Banano III; CE – Hormonas; Canadá – Aeronaves; Brasil – Aeronaves; Estados Unidos – EVE; Estados Unidos – Ley de 1916 (CE); Estados Unidos – Ley de compensación (Enmienda Byrd); Estados Unidos – Juegos de azar; Estados Unidos – Algodón americano (upland); y Estados Unidos – EPO.*

⁶² En la práctica, las peticiones de autorización para suspender obligaciones van por lo general precedidas de un procedimiento sobre el cumplimiento de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21, siempre que hay desacuerdo entre las partes en cuanto a si el demandado ha aplicado las recomendaciones y resoluciones del OSD. Véase la sección relativa a la cuestión de la “secuencia” en la página 177.

⁶³ La obligación de no suspender las concesiones sin autorización previa del OSD se enuncia explícitamente en el párrafo 6 del artículo 22 y en el párrafo 2 c) del artículo 23 del ESD. La suspensión de concesiones sin esa autorización previa constituye también una infracción del párrafo 7 del artículo 3 del ESD. Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos – Determinados productos procedentes de las CE*, párrafo 120.

⁶⁴ La cuestión de si cuando se notifica una impugnación del nivel de suspensión propuesto el OSD debe adoptar una medida específica para que la cuestión sea sometida a arbitraje es una cuestión controvertida entre los Miembros. Aun reconociéndolo, en el asunto *Estados Unidos – EPO (párrafo 6 del artículo 22 – Estados Unidos)* el Árbitro constató que en el ESD

Una vez que el árbitro ha emitido una decisión, el reclamante puede volver a presentar una petición al OSD para suspender concesiones u otras obligaciones que sea acorde con los términos de la decisión. La autorización será después concedida por el OSD por consenso negativo o en contrario, lo que en la práctica significa de manera automática.⁶⁵

Principios y procedimientos por los que se rige la suspensión de concesiones u otras obligaciones

Cuando un reclamante se plantea la posibilidad de imponer contramedidas, hay dos elementos que debe considerar: en primer lugar, un requisito cuantitativo, a saber, el nivel de la suspensión que puede autorizarse, y, en segundo lugar, un requisito cualitativo, a saber, el tipo de contramedidas que pueden autorizarse (las obligaciones en un sector comercial o en el marco de un acuerdo que pueden suspenderse).

Nivel admisible de la suspensión El nivel de la suspensión de concesiones u otras obligaciones autorizado por el OSD debe ser “equivalente” al nivel de la anulación o menoscabo (párrafo 4 del artículo 22 del ESD). Se ha interpretado que eso significa que las contramedidas del reclamante no pueden causar un daño mayor que el causado por la medida incompatible inicial del demandado. Las consecuencias de la medida incompatible con las normas de la OMC (el nivel de anulación o menoscabo) se suelen calcular comparando el nivel real del comercio (el comercio que se realiza en el marco de la medida incompatible) con el nivel hipotético que se habría realizado si las medidas incompatibles con las normas de la OMC se hubieran puesto en conformidad al finalizar el plazo prudencial. Esa cuantía por lo general se calcula anualmente.

Sector en el que pueden imponerse contramedidas Por lo que respecta al tipo de concesiones u otras obligaciones que pueden suspenderse, el ESD exige que el reclamante aplique varios principios y procedimientos al considerar qué concesiones o qué otras obligaciones suspender. El

hay indicaciones contextuales que dan a entender que la remisión a arbitraje no tiene que realizarla el OSD. Decisiones del Árbitro, *Estados Unidos – EPO* (párrafo 6 del artículo 22 – *Estados Unidos*), párrafos 2.11 (donde se hace referencia a la reunión del OSD celebrada el 20 de julio de 2015, WT/DSB/M/365), 2.12, 2.17 y 2.18.

⁶⁵ Se trata de la tercera situación fundamental en la que el OSD decide por consenso “negativo” o “en contrario”. Véase la sección relativa al OSD en la página 27.

principio general es que las contramedidas deben imponerse en el mismo sector y en el marco del mismo acuerdo en que se haya constatado la infracción u otra anulación o menoscabo (párrafo 3 a) del artículo 22 del ESD). El propio ESD define lo que se entiende por “sector” y por “acuerdo” a los efectos de esta disposición.⁶⁶

El principio de imposición de contramedidas en el “mismo sector” significa que, por ejemplo, la respuesta a una infracción en el sector de los derechos de patente debe guardar relación con esos derechos. Si la infracción ha ocurrido en el sector de los servicios de distribución, la contramedida deberá aplicarse en este mismo sector. Por otra parte, un arancel incompatible con las normas de la OMC sobre los automóviles (una mercancía) podría contrarrestarse con una sobretasa arancelaria sobre el queso, los muebles o los pijamas (que también son mercancías). Por ejemplo, en el asunto *CE – Hormonas (Estados Unidos/Canadá)*, la prohibición incompatible con las normas de la OMC aplicada a las importaciones de carne de bovino fue contrarrestada por el Canadá con la imposición de sobretasas arancelarias no solo a los productos cárnicos sino también a varios otros productos, como chocolate, hortalizas, agua y vodka.⁶⁷ Una subvención prohibida también podría contrarrestarse con una sobretasa arancelaria sobre mercancías, ya que el Acuerdo SMC es un Acuerdo del Anexo 1^a (un acuerdo por el que se rige el comercio de mercancías). Así ocurrió, por ejemplo, en el asunto *Brasil – Aeronaves*.⁶⁸

No obstante, si el reclamante considera impracticable o ineficaz adoptar medidas de retorsión en el mismo sector, las contramedidas pueden imponerse en un sector diferente en el marco del mismo acuerdo (párrafo 3 b) del artículo 22 del ESD).⁶⁹ Esta opción no es aplicable en la

⁶⁶ Con este objeto, los acuerdos comerciales multilaterales se dividen en tres grupos, correspondientes a las tres partes del Anexo 1 del Acuerdo sobre la OMC (el Anexo 1A contiene el GATT de 1994 y los otros acuerdos comerciales multilaterales sobre el comercio de mercancías, el Anexo 1B el AGCS y el Anexo 1C el Acuerdo sobre los ADPIC) (párrafo 3 g) del artículo 22 del ESD). Dentro de estos Acuerdos pueden distinguirse diversos sectores. Con respecto al Acuerdo sobre los ADPIC, las categorías de derechos de propiedad intelectual y las obligaciones dimanantes de la Parte III y de la Parte IV de dicho Acuerdo constituyen sectores separados. En el AGCS, cada sector principal está identificado en la versión actual de la “Lista de Clasificación Sectorial de los Servicios”. En cuanto a las mercancías, todas ellas pertenecen al mismo sector (párrafo 3 f) del artículo 22 del ESD).

⁶⁷ Decisión de los Árbitros, *CE – Hormonas (Canadá)* (párrafo 6 del artículo 22 – CE), anexo II. Decisión del Árbitro, *Brasil – Aeronaves* (párrafo 6 del artículo 22 – Brasil), párrafo 3.29.

⁶⁹ La practicabilidad y eficacia se han medido, por ejemplo, en términos de la contribución de la contramedida al objetivo de inducir al cumplimiento. Decisión de los Árbitros, *CE – Banano III (Ecuador)* (párrafo 6 del artículo 22 – CE), párrafo 76.

práctica al sector de las mercancías (porque se considera que todas las mercancías pertenecen al mismo acuerdo y sector) pero, por ejemplo, una infracción relativa a las patentes podría contrarrestarse con medidas en el sector de las marcas comerciales (es decir, en otro sector en el marco del mismo acuerdo, en este caso el Acuerdo sobre los ADPIC). De igual modo, una infracción de los servicios de distribución podría contrarrestarse en el sector de los servicios de salud.

Además, si el reclamante considera que es impracticable o ineficaz adoptar medidas de retorsión en el marco del mismo acuerdo, y que las circunstancias son suficientemente graves, las contramedidas pueden aplicarse en el marco de otro acuerdo (párrafo 3 c) del artículo 22 del ESD).⁷⁰ El objetivo de esta disposición es reducir la posibilidad de que las medidas de retorsión se extiendan a sectores no relacionados, asegurando al mismo tiempo que las contramedidas adoptadas sean eficaces. La posibilidad de adoptar medidas de “retorsión cruzada” se dio por primera vez en *CE – Banano III (Ecuador) (párrafo 6 del artículo 22 – CE)*. En ese asunto, aunque las infracciones de las disposiciones de la OMC habían tenido lugar en el marco del GATT de 1994 y del AGCS, el árbitro autorizó al Ecuador a adoptar medidas de retorsión cruzada en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC (derecho de autor y derechos conexos, indicaciones geográficas, dibujos y modelos industriales) en la medida en que las contramedidas en el marco del GATT de 1994 y del AGCS fueran insuficientes para alcanzar el nivel de anulación o menoscabo necesario.⁷¹

⁷⁰ Árbitros anteriores han evaluado las circunstancias relacionadas con la practicabilidad y eficacia de la suspensión en el marco del mismo acuerdo y han definido la gravedad de esas circunstancias en función de la dificultad para que el reclamante encuentre una manera de asegurar la eficacia de una suspensión de concesiones u otras obligaciones. Decisión del Árbitro, *Estados Unidos – Juegos de azar (párrafo 6 del artículo 22 – Estados Unidos)*, párrafo 4.115; y Decisiones del Árbitro, *Estados Unidos – Algodón americano (upland) (párrafo 6 del artículo 22 – Estados Unidos I / Estados Unidos II)*, párrafos 5.83 y 5.215.

⁷¹ Decisión de los Árbitros, *CE – Banano III (Ecuador) (párrafo 6 del artículo 22 – CE)*, párrafo 173 d). En el asunto *Estados Unidos – Juegos de azar*, se autorizó también a Antigua a suspender concesiones en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC por razones similares. Decisión del Árbitro, *Estados Unidos – Juegos de azar (párrafo 6 del artículo 22 – Estados Unidos)*, párrafo 6.1. En el asunto *Estados Unidos – Algodón americano (upland)*, el árbitro autorizó al Brasil a suspender concesiones en el marco de los acuerdos comerciales multilaterales, pero le permitió recurrir a la retorsión cruzada en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC o el AGCS si el nivel de anulación o menoscabo sobrepasaba un determinado umbral. Decisiones del Árbitro, *Estados Unidos – Algodón americano (upland) (párrafo 6 del artículo 22 – Estados Unidos I / Estados Unidos II)*, párrafo 6.5.

Particularmente en el caso de los países Miembros más pequeños y los países en desarrollo Miembros, la “retorsión cruzada”, es decir, la posibilidad de suspender obligaciones en un sector distinto o en el marco de un acuerdo diferente puede tener una importancia considerable por varias razones. En primer lugar, los países más pequeños y los países en desarrollo no siempre importan bienes y servicios, o utilizan derechos de propiedad intelectual, en cantidades suficientes y en los mismos sectores en que ha tenido lugar la infracción o la anulación o menoscabo. Por eso puede resultar imposible suspender obligaciones a un nivel equivalente al de la anulación o menoscabo causados por el demandado, salvo que puedan suspenderse obligaciones en un sector distinto o en el marco de un acuerdo diferente.⁷² En segundo lugar, la suspensión en el mismo sector o en el marco del mismo acuerdo sería ineficaz o impracticable cuando la relación comercial bilateral sea asimétrica, en la medida en que ese comercio sea relativamente importante para el reclamante y relativamente poco importante para el demandado, particularmente cuando este es una gran potencia comercial. En tal caso, los efectos de la suspensión de obligaciones y de la imposición de obstáculos al comercio como medidas de retorsión podrían ser prácticamente imperceptibles para el demandado y resultar al mismo tiempo perjudiciales para los intereses del Miembro que haya adoptado las medidas de retorsión. En tercer lugar, la imposición de medidas de retorsión contra determinadas importaciones puede ser un lujo que económicamente el reclamante no pueda permitirse si con ello se reduce la oferta y/o aumenta el precio de las importaciones que puedan ser esenciales para los productores y consumidores del reclamante.⁷³

⁷² Por ejemplo, en el asunto *Estados Unidos – Algodón americano (upland)* (párrafo 6 del artículo 22 – *Estados Unidos I / Estados Unidos II*), la cuantía total del comercio al que podía afectar la contramedida era demasiado pequeña y la contramedida excedía de la cuantía total del comercio al que podía afectar la contramedida en el mismo sector sin causar perjuicio a los intereses del reclamante. Decisiones del Árbitro, *Estados Unidos – Algodón americano (upland)* (párrafo 6 del artículo 22 – *Estados Unidos I / Estados Unidos II*), párrafo 5.73.

⁷³ En el asunto *Estados Unidos – Juegos de azar*, Antigua y Barbuda pidió autorización para suspender sus concesiones en el sector de los derechos de propiedad intelectual con respecto a productos estadounidenses protegidos por el derecho de autor y por marcas de fábrica o de comercio en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC, porque consideraba que la suspensión de obligaciones en el mismo sector y en el marco del mismo acuerdo en que había tenido lugar la infracción inicial (AGCS, servicios de esparcimiento, culturales y deportivos) era impracticable e ineficaz. Aunque Antigua había contraído compromisos en él, el comercio en ese sector era insignificante. Además, se constató que la suspensión

Teniendo en cuenta estos factores, se ha solicitado y autorizado en algunos casos la retorsión cruzada, en particular en forma de suspensión de obligaciones en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC.⁷⁴

Arbitraje de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD

El OSD debe en principio conceder autorización para suspender concesiones u otras obligaciones dentro de los 30 días siguientes a la expiración del plazo prudencial por consenso negativo, a menos que el demandado no esté de acuerdo con la suspensión propuesta por el reclamante. Si el demandado impugna el nivel propuesto, como suele suceder, la cuestión se someterá a arbitraje (párrafos 6 y 7 del artículo 22 del ESD).⁷⁵ Ese desacuerdo puede guardar relación con una de las dos cuestiones siguientes: i) si el nivel de la retorsión es equivalente al nivel de anulación o menoscabo; y/o ii) si se respetan los principios que rigen el tipo de suspensión permitida.⁷⁶

Si los miembros del grupo especial que haya entendido inicialmente en el asunto están disponibles, serán ellos quienes actúen como árbitros; de no ser así, el árbitro es nombrado por el Director General de la OMC. El párrafo 6 del artículo 22 del ESD también dispone que el arbitraje se concluirá dentro de los 60 días siguientes a la fecha de expiración del plazo prudencial. En la práctica, los arbitrajes de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD suelen comenzar mucho tiempo después de la expiración del plazo prudencial, una vez que ha finalizado el procedimiento sobre el cumplimiento previsto en el párrafo 5 del

en otro sector en el marco del AGCS en el que Antigua había contraído compromisos (servicios de telecomunicaciones, por ejemplo) también era impracticable e ineficaz, no solo por el bajo volumen de comercio sino también porque las perturbaciones que ocasionaría el cambio de servicios y proveedores y el consiguiente aumento del costo para los consumidores de Antigua impondrían una carga para los ciudadanos antiguanos, y no tendrían ninguna repercusión perceptible en los Estados Unidos. Finalmente, el árbitro constató que las circunstancias eran suficientemente graves para autorizar la suspensión en el marco de otro acuerdo debido al gran desequilibrio que había en cuanto al volumen de comercio y el poder económico, entre Antigua y los Estados Unidos. Decisión del Árbitro, *Estados Unidos – Juegos de azar (párrafo 6 del artículo 22 – Estados Unidos)*.

⁷⁴ Véanse, por ejemplo, las Decisiones de los Árbitros, *CE – Banano III (Ecuador) (párrafo 6 del artículo 22 – CE)*; *Estados Unidos – Juegos de azar (párrafo 6 del artículo 22 – Estados Unidos)*; y *Estados Unidos – Algodón (párrafo 6 del artículo 22 – Brasil)*.

⁷⁵ Véanse las Decisiones del Árbitro, *Estados Unidos – EPO (párrafo 6 del artículo 22 – Estados Unidos)*, párrafos 2.11–2.18.

⁷⁶ Véase la sección relativa a los principios y procedimientos por los que se rige la suspensión de concesiones u otras obligaciones en la página 169.

artículo 21 del ESD (que incluye la resolución por un grupo especial y, posiblemente, por el Órgano de Apelación). El reclamante no debe proceder a la suspensión de obligaciones durante el curso del arbitraje porque el OSD no puede examinar y autorizar la suspensión antes de la conclusión del arbitraje.

Los arbitrajes de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 se diferencian en algunos aspectos de otros procedimientos previstos en el ESD. En primer lugar, la iniciación del arbitraje la solicita el demandado que se opone al nivel o la naturaleza de la solicitud del reclamante de que el OSD autorice la suspensión de concesiones u otras obligaciones. En segundo lugar, los árbitros han establecido la práctica de solicitar al reclamante que presente, al inicio del procedimiento, un documento sobre metodología. En esa comunicación escrita, el reclamante explica la propuesta de suspensión cuya autorización por el OSD solicita al amparo del párrafo 2 del artículo 22 del ESD. Además, en los arbitrajes de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22, como en los procedimientos de los grupos especiales sobre el cumplimiento establecidos de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21⁷⁷, las partes intercambian tanto sus primeras comunicaciones escritas como las réplicas antes de la audiencia, que suele ser una sola. Los derechos de los terceros en los procedimientos de arbitraje del párrafo 6 del artículo 22 no están contemplados en el ESD, y los árbitros han denegado solicitudes de reconocimiento de la condición de tercero basándose en que la parte que formulaba la solicitud no podía demostrar que sus derechos se verían desfavorablemente afectados por no poder participar en el procedimiento.⁷⁸

El mandato del árbitro en este tipo de procedimientos es determinar si el nivel de la suspensión de concesiones propuesta es equivalente al nivel de anulación o menoscabo y, cuando se impugne esa equivalencia, si se

⁷⁷ Véase la sección relativa al procedimiento sobre el cumplimiento de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD en la página 160.

⁷⁸ Véanse las Decisiones del Árbitro, *Estados Unidos – EPO (párrafo 6 del artículo 22 – Estados Unidos)*, párrafo 2.20 (donde se hace referencia a las Decisiones de los Árbitros, *CE – Banano III (EE.UU.) (párrafo 6 del artículo 22 – CE)*, párrafo 2.8; *Brasil – Aeronaves (párrafo 6 del artículo 22 – Brasil)*, párrafo 2.5; y *Estados Unidos – Juegos de azar (párrafo 6 del artículo 22 – Estados Unidos)*, párrafo 2.31). Sin embargo, en determinadas situaciones, los árbitros han autorizado ciertos derechos de participación de Miembros que no eran parte directa en el arbitraje. Véanse las Decisiones del Árbitro, *Estados Unidos – EPO (párrafo 6 del artículo 22 – Estados Unidos)*, párrafo 2.20; *CE – Hormonas (Canadá) (párrafo 6 del artículo 22 – CE)*, párrafo 7; y *CE – Hormonas (Estados Unidos) (párrafo 6 del artículo 22 – CE)*, párrafo 7.

han seguido las normas y procedimientos que determinan en qué sector o en el marco de qué acuerdo se permite la retorsión cruzada.⁷⁹ Para evaluar si el nivel de la suspensión propuesta cumple las prescripciones del ESD, normalmente el árbitro determina si refleja correctamente el valor aproximado de las oportunidades comerciales reales y potenciales perdidas a causa de la medida que se ha declarado incompatible con las normas de la OMC o causante de la anulación o menoscabo de ventajas.⁸⁰ Si no es así, el árbitro puede tener que calcular lo que constituiría un nivel de suspensión equivalente al nivel de anulación o menoscabo. La manera de calcular ese nivel varía en cada caso. Algunos árbitros han elaborado sus propias metodologías adecuadas⁸¹, que, o bien se basaron en elementos de las metodologías propuestas inicialmente por las partes⁸², o bien siguieron un enfoque completamente diferente.⁸³ Si se alega que no se han seguido los principios y procedimientos para la retorsión cruzada (párrafo 3 del artículo 22 del ESD)⁸⁴, el árbitro examinará también esta alegación (párrafo 7 del artículo 22 del ESD). Sin embargo, está vedado al árbitro examinar la naturaleza de las concesiones u otras obligaciones que se hayan de suspender. En la práctica, los aspectos tales como la elección de los productos objeto de la medida o el nivel del derecho adicional se dejan a la discreción del Miembro que aplica las medidas de retorsión.⁸⁵

⁷⁹ Véanse las Decisiones del Árbitro, *Estados Unidos – EPO* (párrafo 6 del artículo 22 – *Estados Unidos*), párrafos 4.1–4.6.

⁸⁰ En circunstancias limitadas, los árbitros han medido la anulación o menoscabo en términos distintos de los meros efectos en el comercio. Véanse, por ejemplo, la Decisión de los Árbitros, *Estados Unidos – Ley de 1916 (CE)* (párrafo 6 del artículo 22 – *Estados Unidos*), párrafo 7.7; y el Laudo de los Árbitros, *Estados Unidos – Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor (artículo 25)*, párrafo 3.18. En el asunto *Estados Unidos – EPO* (párrafo 6 del artículo 22 – *Estados Unidos*), el árbitro decidió que la expresión “anulación o menoscabo de ventajas” no incluía la “contención de la subida de los precios internos” en los mercados internos de los reclamantes. Véase la Decisión de los Árbitros, *Estados Unidos – EPO* (párrafo 6 del artículo 22 – *Estados Unidos*), párrafos 5.1–5.27.

⁸¹ Véanse las Decisiones del Árbitro, *Estados Unidos – Ley de compensación (Enmienda Byrd) (México)* (párrafo 6 del artículo 22 – *Estados Unidos*), párrafo 3.13; y *Estados Unidos – EPO* (párrafo 6 del artículo 22 – *Estados Unidos*), párrafo 4.5.

⁸² Véanse, por ejemplo, las Decisiones del Árbitro, *Estados Unidos – Juegos de azar* (párrafo 6 del artículo 22 – *Estados Unidos*), párrafo 3.174; y *Estados Unidos – EPO* (párrafo 6 del artículo 22 – *Estados Unidos*), párrafos 6.27–6.33.

⁸³ Decisión del Árbitro, *Estados Unidos – Ley de compensación (Enmienda Byrd) (México)* (párrafo 6 del artículo 22 – *Estados Unidos*), párrafos 3.69–3.79.

⁸⁴ Véase la sección relativa a los principios y procedimientos por los que se rige la suspensión de concesiones u otras obligaciones en la página 169.

⁸⁵ Decisión de los Árbitros, *CE – Hormonas (Estados Unidos)* (párrafo 6 del artículo 22 – *CE*), párrafo 19.

Las partes están obligadas a aceptar como definitiva la decisión del árbitro y no tratar de obtener un segundo arbitraje (párrafo 7 del artículo 22 del ESD). Se informa sin demora del resultado del arbitraje al OSD. Una vez emitida la decisión, el reclamante puede solicitar al OSD que autorice la suspensión de concesiones u otras obligaciones.⁸⁶ El OSD lo hará por consenso negativo o en contrario siempre que la petición sea acorde con la decisión del árbitro (párrafo 7 del artículo 22 del ESD). A ese respecto, la decisión del árbitro puede distinguirse de las resoluciones de los grupos especiales y del Órgano de Apelación en la medida en que no tiene que ser adoptada por el OSD.

El hecho de haber obtenido la autorización del OSD⁸⁷ para suspender concesiones u otras obligaciones no significa que el reclamante esté obligado a hacerlo. De hecho, un reclamante puede optar por no proceder a la suspensión y servirse de la autorización como medio de negociar con el demandado.⁸⁸ Una vez otorgada la autorización, el Miembro autorizado debe asegurarse de respetar el requisito de equivalencia al aplicar cualquier medida de retorsión conforme a la autorización.⁸⁹

Normas especiales sobre las contramedidas respecto de las subvenciones prohibidas y recurribles en el marco del Acuerdo SMC

El Acuerdo SMC prevé normas especiales sobre las contramedidas que pueden autorizarse con respecto a las subvenciones prohibidas y recurribles.⁹⁰

⁸⁶ En particular, los reclamantes no están obligados a solicitar autorización para suspender concesiones u otras obligaciones tras la decisión del árbitro. De hecho, ha habido casos en los que los reclamantes decidieron no hacerlo, como en los asuntos *Estados Unidos – Ley de 1916 (CE)* y *Estados Unidos – Juegos de azar*.

⁸⁷ Hasta el 1º de diciembre de 2016, el OSD ha otorgado autorización para suspender concesiones en 10 diferencias: *CE – Banano III*; *CE – Hormonas*; *Brasil – Aeronaves*; *Estados Unidos – EVE*; *Canadá – Aeronaves*; *Estados Unidos – Ley de 1916*; *Estados Unidos – Ley de compensación (Enmienda Byrd)*; *Estados Unidos – Juegos de azar*; y *Estados Unidos – Algodón americano (upland)*; y *Estados Unidos – EPO*.

⁸⁸ Por ejemplo, en los asuntos *Canadá – Créditos y garantías para las aeronaves y Brasil – Aeronaves*, las partes en ambas diferencias, el Brasil y el Canadá, no suspendieron concesiones respecto de la otra parte a pesar de haber obtenido autorización para suspender concesiones por valor de 247.797.000 dólares EE.UU. y 344,2 millones de dólares canadienses, respectivamente.

⁸⁹ Véase, por ejemplo, la Decisión de los Árbitros, *CE – Banano III (Ecuador)* (párrafo 6 del artículo 22 – CE), párrafos 80–84.

⁹⁰ Salvo que haya discrepancia entre ellas, esas normas especiales o adicionales del Acuerdo SMC y las disposiciones del ESD por las que se rige la suspensión de concesiones u otras

En el caso de las subvenciones prohibidas, si el demandado no ha cumplido la recomendación del OSD en el plazo especificado por el grupo especial para la retirada de la subvención, el OSD autoriza al reclamante a adoptar “contramedidas apropiadas”, salvo que se decida lo contrario por consenso negativo (párrafo 10 del artículo 4 del Acuerdo SMC). En tal caso, el árbitro nombrado en virtud del párrafo 6 del artículo 22 del ESD debe determinar si las contramedidas propuestas son apropiadas (párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC). En la práctica, se ha constatado que el criterio de que las contramedidas deben ser “apropiadas” permite que superen el nivel estrictamente “equivalente” al de la anulación o menoscabo causado por la subvención prohibida.⁹¹

En el caso de las subvenciones recurribles, si el demandado no ha cumplido la recomendación del OSD de retirar la subvención o eliminar sus efectos desfavorables en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la adopción del informe del grupo especial o del Órgano de Apelación, el reclamante tiene derecho a solicitar autorización para imponer “contramedidas, proporcionadas al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado” (párrafo 9 del artículo 7 del Acuerdo SMC). Si el demandado no está de acuerdo con las contramedidas solicitadas, puede solicitar un arbitraje al amparo de lo dispuesto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, en cuyo caso el árbitro determinará si las contramedidas son proporcionadas al grado y naturaleza de los efectos desfavorables (párrafo 10 del artículo 7 del Acuerdo SMC).⁹²

La cuestión de la “secuencia”

Una de las cuestiones conflictivas que se plantean en la etapa de aplicación del sistema de solución de diferencias es la relación entre el párrafo 5 del artículo 21 y el párrafo 2 del artículo 22 del ESD. Se trata de determinar cuál

obligaciones deben interpretarse conjuntamente de modo que unas y otras tengan sentido. Decisión del Árbitro, *Brasil – Aeronaves (párrafo 6 del artículo 22 – Brasil)*, párrafo 3.57.

⁹¹ Si bien la expresión “contramedidas apropiadas” permite cierta flexibilidad para determinar qué es “apropiado” en las circunstancias propias de un caso concreto, esa flexibilidad no es ilimitada. Decisión del Árbitro, *Estados Unidos – EVE (párrafo 6 del artículo 22)*, párrafos 5.11 y 5.12. Véanse también las Decisiones del Árbitro, *Estados Unidos – Algodón americano (upland) (párrafo 6 del artículo 22 – Estados Unidos I / Estados Unidos II)*, párrafos 4.85 y 4.86.

⁹² Decisión de los Árbitros, *Estados Unidos – Algodón americano (upland) (párrafo 6 del artículo 22 – Estados Unidos II)*, párrafos 4.8 y 4.16.

de los dos procedimientos, en su caso, tiene prioridad: el procedimiento sobre el cumplimiento previsto en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD o el acceso a medidas correctivas de conformidad con el artículo 22 del ESD. El párrafo 6 del artículo 22 del ESD establece que el OSD ha de conceder autorización para suspender obligaciones dentro de los 30 días siguientes a la expiración del plazo prudencial (si no hay un consenso negativo o en contrario). Un posible arbitraje sobre el nivel y la forma de la retorsión debe concluirse dentro de los 60 días siguientes a la expiración del plazo prudencial. Este período no es suficiente para completar el procedimiento de examen del cumplimiento previsto en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD (90 días para las actuaciones del grupo especial, más la posible apelación). Al mismo tiempo, el párrafo 5 del artículo 21 del ESD exige que se recurra al procedimiento sobre el cumplimiento en caso de desacuerdo en cuanto a si se ha logrado el pleno cumplimiento, y el artículo 23 del ESD prohíbe a los Miembros de la OMC decidir unilateralmente si una medida es incompatible con los acuerdos abarcados o si anula o menoscaba ventajas.⁹³

Este conflicto adquirió su mayor intensidad en el primer caso que llegó a la etapa del procedimiento relativa al cumplimiento: la diferencia *CE – Banano III*. En casos subsiguientes, las partes han alcanzado, por lo común, un acuerdo *ad hoc* sobre la secuencia de los procedimientos previstos en el párrafo 5 del artículo 21 y en el artículo 22. En algunos casos, las partes han convenido en iniciar simultáneamente los procedimientos de conformidad con los mencionados artículos, y a continuación suspender los procedimientos de retorsión en virtud del artículo 22 (la autorización del OSD y el arbitraje del párrafo 6 del artículo 22), hasta que se termine el procedimiento del párrafo 5 del artículo 21.⁹⁴ En otros, las partes han acordado iniciar el procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 antes de recurrir a los procedimientos de retorsión del artículo 22, en el entendimiento de que, una vez completado el procedimiento sobre el cumplimiento, el demandado no se opondrá a una solicitud de autorización de suspensión de concesiones de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD porque haya expirado el plazo de 30 días de que dispone el OSD para conceder esta autorización.⁹⁵

⁹³ Véase la sección relativa a la prohibición de las determinaciones unilaterales en la página 17.

⁹⁴ Véanse, por ejemplo, los acuerdos *ad hoc* a que llegaron las partes en los asuntos *Canadá – Productos lácteos* (WT/DS103/14); o *Estados Unidos – EVE* (WT/DS108/12).

⁹⁵ Véanse, por ejemplo, los acuerdos *ad hoc* a que llegaron las partes en los asuntos *Brasil – Aeronaves* (WT/DS46/13), *Canadá – Aeronaves* (WT/DS70/9), *CE – Ropa de cama* (WT/DS141/11), *CE – Subvenciones a la exportación de azúcar* (WT/DS283/17); o *Estados Unidos – Medidas antidumping sobre las tuberías para perforación petrolera* (WT/DS282/12).

Los Miembros están tratando de hallar una solución permanente a esta cuestión en el marco de las negociaciones en curso para la mejora del ESD.⁹⁶

Vigilancia multilateral por el OSD en espera de la plena aplicación o satisfacción

Una de las funciones del OSD es vigilar la aplicación por el demandado de sus recomendaciones y resoluciones (párrafo 6 del artículo 21 del ESD).⁹⁷ A menos que el OSD decida otra cosa por consenso, la cuestión de la aplicación es 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.⁹⁸ Cabe señalar que todo Miembro puede plantear en el OSD la cuestión de la aplicación, en cualquier momento después de la adopción del informe o informes, pero no hay ninguna obligación de incluirla en el orden del día de las reuniones del OSD antes de transcurridos seis meses desde el establecimiento de ese período. Posteriormente, la cuestión se mantiene en el orden del día de las reuniones del OSD hasta que se resuelva.⁹⁹

Por lo menos 10 días antes de cada una de las reuniones mensuales del OSD, el demandado está obligado a presentar al OSD por escrito un informe de situación sobre los progresos realizados en la aplicación.¹⁰⁰ Estos informes de situación garantizan la transparencia y podrían constituir un incentivo para la aplicación. Cuando el demandado

⁹⁶ Véase la página 216, donde se trata de las negociaciones.

⁹⁷ Cabría aducir que la función de vigilancia comienza ya cuando el Miembro afectado (es decir, el demandado) informa al OSD de su propósito en cuanto a la aplicación en una reunión del OSD que ha de celebrarse dentro de los 30 días siguientes a la adopción del informe del grupo especial o del Órgano de Apelación de conformidad con el párrafo 3 del artículo 21 del ESD.

⁹⁸ La fecha de “establecimiento” se refiere a la fecha en que se ha determinado la duración del plazo prudencial, y no a la de expiración de ese plazo. Por consiguiente, según la vía procesal que se elija para determinar el plazo prudencial, esa fecha coincidirá con una de las siguientes fechas: i) la fecha en que el OSD adopte el plazo propuesto por el demandado (párrafo 3 a) del artículo 21 del ESD); ii) la fecha en que las partes notifiquen su acuerdo sobre el plazo prudencial (párrafo 3 b) del artículo 21 del ESD); o iii) la fecha en que se distribuya el laudo del árbitro designado de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD.

⁹⁹ Por ejemplo, la diferencia *CE – Banano III* permaneció en el orden del día del OSD durante años, y era el primero que se examinaba en las reuniones ordinarias del OSD.

¹⁰⁰ Esos informes de situación se publican como documentos de la serie WT/DS de la diferencia de que se trate.

presenta estos informes de situación al OSD, es habitual que los otros Miembros, y en particular los reclamantes, aprovechen la oportunidad para exigir una aplicación completa y expeditiva y declarar que siguen el asunto con mucha atención.¹⁰¹

En los asuntos planteados por países en desarrollo, el OSD considerará el posible curso de acción adecuado a las circunstancias.¹⁰² Además, si el caso ha sido promovido por un país en desarrollo Miembro, el OSD, al considerar qué disposiciones adecuadas podrían adoptarse, debe tener en cuenta no solo el comercio afectado por las medidas objeto de la reclamación sino también su repercusión en la economía de los países en desarrollo Miembros de que se trate.¹⁰³

El deber del OSD de someter a vigilancia la aplicación de sus resoluciones y recomendaciones hasta que se resuelva la cuestión implica que esa vigilancia continúa hasta que el demandado haya puesto en conformidad sus medidas o el reclamante se haya declarado satisfecho. Por lo tanto, en los casos en que se ha acordado una compensación o se han impuesto contramedidas, pero sigue sin haber cumplimiento, el OSD continúa vigilando la aplicación de sus recomendaciones y resoluciones (párrafo 8 del artículo 22 del ESD). En la práctica, la vigilancia por el OSD se interrumpe, a veces temporalmente, cuando el reclamante no solicita la inclusión de la cuestión en el orden del día del OSD.

Procedimiento especial para las reclamaciones en los casos en que no existe infracción y en casos en que existe otra situación

Reclamaciones en los casos en que no existe infracción

Aunque los procedimientos descritos en este capítulo, incluidos los relativos a la aplicación, se aplican también a las reclamaciones en los casos en que no existe infracción, el proceso de las reclamaciones de este tipo presenta varias particularidades que merecen atención. Las disposiciones que contienen una referencia explícita a una medida declarada incompatible con los acuerdos abarcados, sin referirse también a la anulación o el menoscabo de ventajas causados por medidas compatibles con las normas de la OMC, no son pertinentes

¹⁰¹ El resumen de esas deliberaciones figura en el acta de la reunión del OSD de que se trate (WT/DSB/M/##).

¹⁰² Párrafo 7 del artículo 21 del ESD.

¹⁰³ Párrafo 8 del artículo 21 del ESD.

para las reclamaciones no basadas en una infracción. Además, el párrafo 1 del artículo 26 del ESD prevé varias disposiciones especiales que se aplican solamente a las reclamaciones en los casos en que no existe infracción. Aunque estas características especiales se han mencionado ya en el contexto pertinente, se resumen a continuación los aspectos más importantes.

- No hay obligación de retirar una medida respecto de la que se haya llegado a la conclusión de que anula o menoscaba ventajas o compromete el logro de un objetivo si no se ha constatado que es incompatible con un acuerdo abarcado.
- El grupo especial (y el Órgano de Apelación) recomiendan en consecuencia que el Miembro de que se trate (es decir, el demandado) realice un ajuste mutuamente satisfactorio.
- A petición de cualquiera de las partes, el arbitraje previsto en el párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD sobre el plazo prudencial puede abarcar la determinación del nivel de las ventajas anuladas o menoscabadas y en él pueden sugerirse también los medios de llegar a un ajuste mutuamente satisfactorio, aunque esas sugerencias no son vinculantes para las partes.
- La compensación puede ser parte de un ajuste mutuamente satisfactorio como arreglo definitivo de la diferencia. De conformidad con las normas generales, la compensación es solo temporal, hasta la aplicación definitiva. No obstante, en los casos en que no existe infracción, en los que no se exige la retirada de la medida, un ajuste satisfactorio podría tomar la forma de una compensación.

Reclamaciones en casos en que existe otra situación

Las reclamaciones en casos en que existe otra situación¹⁰⁴ se diferencian bastante porque los procedimientos generales del ESD solo se aplican hasta el momento de la distribución del informe del grupo especial (párrafo 2 del artículo 26 del ESD). Son aplicables las normas y procedimientos de solución de diferencias contenidos en la Decisión de 12 de abril de 1989¹⁰⁵ a la consideración de las recomendaciones y resoluciones para su adopción y a la vigilancia y aplicación de dichas

¹⁰⁴ Véase la sección relativa a los tipos de reclamaciones en la página 54.

¹⁰⁵ IBDD 36S/66–72.

recomendaciones y resoluciones. Esto significa que la norma del consenso negativo o en contrario no es aplicable a la adopción del informe del grupo especial ni a la autorización de la suspensión de obligaciones en caso de no aplicación. En otros términos, cualquier Miembro puede bloquear estas decisiones en el OSD oponiéndose a la adopción del informe.

Además, si un grupo especial llega a la conclusión de que el reclamante ha presentado satisfactoriamente sus alegaciones con respecto a una reclamación en casos en que existe otra situación, aunque vaya acompañada de una reclamación simultánea, basada o no en una infracción, el grupo especial debe abordar la reclamación en casos en que existe otra situación en un informe por separado (párrafo 2 b) del artículo 26 del ESD).