ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

WT/DS152/R
22 de diciembre de 1999

(99-5454)

Original: inglés

ESTADOS UNIDOS - ARTÍCULOS 301 A 310 DE LA LEY DE COMERCIO EXTERIOR DE 1974

Informe del Grupo Especial

El informe del Grupo Especial encargado de examinar el asunto "Estados Unidos - Artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974" se distribuye a todos los Miembros de conformidad con lo dispuesto en el ESD. El informe se distribuye como documento no reservado a partir del 22 de diciembre de 1999 de conformidad con los Procedimientos para la distribución y la supresión del carácter reservado de los documentos de la OMC (WT/L/160/Rev.1). Se recuerda a los Miembros que, de conformidad con el ESD, sólo las partes en la diferencia pueden presentar una apelación en relación con el informe de un grupo especial, que las apelaciones están limitadas a las cuestiones de derecho abordadas en el informe del Grupo Especial y a las interpretaciones jurídicas que éste haga y que no se podrá establecer comunicación *ex parte* alguna con el Grupo Especial ni con el Órgano de Apelación respecto de las cuestiones que el Grupo o el Órgano estén examinando.

Nota de la Secretaría: El presente informe del Grupo Especial será adoptado por el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) dentro de los 30 días siguientes a la fecha de su distribución, a menos que una parte en la diferencia decida recurrir en apelación o que el OSD decida por consenso no adoptar el informe. En caso de recurrirse en apelación contra el informe del Grupo Especial, éste no será considerado por el OSD a efectos de su adopción hasta después de haber concluido el proceso de apelación. Puede obtenerse información acerca de la situación actual del informe del Grupo Especial en la Secretaría de la OMC.

ÍNDICE

Página

I. ANTECEDENTES DEL PROCEDIMIENTO 1

II. ELEMENTOS DE HECHO 2

A. ESTRUCTURA BÁSICA DE LAS MEDIDAS EN CUESTIÓN 2
1. Artículo 301 (a) 2
2. Artículo 301 (b) 4
B. ALCANCE DE LAS FACULTADES DE ADOPTAR MEDIDAS 5
C. PROCEDIMIENTO 5

III. ALEGACIONES DE LAS PARTES 7

IV. ARGUMENTOS DE LAS PARTES 8

A. PLANTEAMIENTO GENERAL 8
B. DISPOSICIONES DE LA OMC EN CUESTIÓN - PÁRRAFOS 2 A) Y C) DEL ARTÍCULO 23 DEL ESD 24
C. CUESTIONES RELACIONADAS CON LA PRUEBA Y OTRAS CUESTIONES 28
1. Carga de la prueba y constataciones de hechos sobre la legislación interna 28
2. Valor de las declaraciones hechas por los Estados Unidos ante el Grupo Especial y Declaración de Acción Administrativa 34
D. ANÁLISIS DE LA COMPATIBILIDAD CON LA OMC DE LAS MEDIDAS EN CUESTIÓN 47
1. Alcance de las obligaciones que supone la OMC con respecto a las leyes que autorizan medidas incompatibles con la propia OMC, sin tener en cuenta ninguna aplicación concreta de esas leyes 47
a) Argumentos generales 47
i) Valor de los precedentes del GATT/OMC 47
ii) Valor del Protocolo de Aplicación Provisional 59
iii) El Acuerdo de Marrakech 69
b) Argumentos específicos sobre la distinción entre legislación imperativa y legislación facultativa 88
c) Argumentos específicos sobre la "seguridad y previsibilidad" 93
d) Argumentos específicos sobre el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC 101
2. Artículo 304 127
a) Análisis general 127
b) Facultad discrecional de no formular una determinación de existencia de infracción 130
i) Interpretación del artículo 304 130
ii) Práctica 144
c) Capacidad discrecional en lo que respecta al marco temporal de las determinaciones y otras cuestiones relacionadas con los plazos 170
d) "Seguridad y previsibilidad" 186
e) Párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC 189
3. Artículo 306 198
a) Planteamiento general 198

Página

b) Qué constituye una "determinación" - Relación entre el párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22 del ESD 199
c) Capacidad discrecional para no considerar que se ha producido un incumplimiento/Capacidad discrecional con respecto a los plazos para la consideración 224
d) Práctica 226
4. Artículos 306 y 305 228
a) Planteamiento general 228
b) Las facultades discrecionales del USTR para no adoptar medidas 234
c) Facultades discrecionales con respecto al calendario correspondiente a las medidas 237
d) Facultades discrecionales del Presidente 243
5. Reclamación en virtud del GATT 246

V. ARGUMENTOS DE LOS TERCEROS 248

A. BRASIL 248
1. Introducción 248
2. Argumentos de derecho 249
a) El párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC 249
b) Distinción entre leyes obligatorias y leyes facultativas 255
c) Otros argumentos 257
3. Conclusión 258
B. CANADÁ 259
1. Introducción 259
2. Las medidas en cuestión 259
3. Argumentos de derecho 262
4. Conclusión 266
C. CUBA 267
1. Introducción 267
2. Argumentos de derecho 267
D. DOMINICA Y SANTA LUCÍA 269
1. Introducción 269
2. Argumentos de derecho 269
E. REPÚBLICA DOMINICANA 277
1. Introducción 277
2. Argumentos de derecho 277
F. HONG KONG, CHINA 280
1. Planteamiento general 280
2. Argumentos de derecho 281
a) Naturaleza del mecanismo de solución de diferencias del GATT de 1947 y de la OMC 281
b) Aplicación 283
c) Distinción entre la legislación iobligatoria y la legislación facultativa 285
3. Conclusión 288
G. INDIA 289
1. Introducción 289
2. Las medidas en cuestión 289
3. Argumentos de derecho 290
a) Antecedentes de la redacción del Acuerdo sobre la OMC 290

Página

b) El párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC 291
c) El artículo 23 del ESD 292
d) Los artículos I, II, III, VIII y XI del GATT de 1994 292
4. Conclusión 293
H. JAMAICA 293
1. Introducción 293
2. Argumentos de derecho 293
I. JAPÓN 298
1. Introducción 298
2. Argumentos de derecho 298
J. COREA 302
1. Introducción 302
2. Planteamiento general 308
a) La importancia del ESD 308
b) Las medidas en cuestión 310
3. Argumentos de derecho 311
4. Conclusión 318
K. TAILANDIA 318
1. Introducción 318
2. Argumentos de derecho 319

VI. REEXAMEN INTERMEDIO 325

VII. CONSTATACIONES 327

A. ALEGACIONES DE LAS PARTES 327
B. CONSIDERACIONES PRELIMINARES 329
1. Disposiciones pertinentes de la OMC y de los artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de los Estados Unidos 329
2. Mandato del Grupo Especial 329
3. Determinación de los hechos: Normas aplicables a la carga de la prueba y a la interpretación de la legislación nacional 330
a) Carga de la prueba – Consideraciones generales 330
b) Examen de la legislación nacional 330
4. Normas de interpretación de los tratados 331
5. Descripción general del funcionamiento de los artículos 301 a 310 333
6. La medida en cuestión y la metodología general del Grupo Especial 333
C. LA ALEGACIÓN DE LAS CE DE QUE EL ARTÍCULO 304 ES INCOMPATIBLE CON EL PÁRRAFO 2 A) DEL ARTÍCULO 23 DEL ESD 335
1. Alegaciones y argumentos de las Partes 335
2. Constataciones preliminares del Grupo Especial sobre los términos del artículo 304 335
3. Los términos del artículo 304 y las obligaciones que impone a los Miembros el artículo 23 del ESD 338
a) Doble naturaleza de las obligaciones impuestas por el artículo 23 del ESD 338
b) Disposiciones legislativas que infringen el artículo 23 del ESD 342
4. El párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD interpretado de conformidad con las reglas que sobre la interpretación de los tratados figuran en la Convención de Viena 346

Página

a) "Un tratado deberá interpretarse […] conforme al sentido ordinario que hayan de atribuirse a los términos del tratado […]" 346
b) "Un tratado deberá interpretarse de buena fe […]" 347
c) "[…] el sentido corriente […] teniendo en cuenta [el] objeto y [el] fin [del tratado]" 348
d) "[…] en el contexto de éstos [los términos del tratado] […]" 355
5. Conclusión preliminar después del examen de los términos del artículo 304 por el Grupo Especial 355
6. Elementos no legislativos del artículo 304 356
a) Introducción y resumen del análisis del Grupo Especial 356
b) La dimensión interna: la Declaración de Acción Administrativa de los Estados Unidos 359
c) Declaraciones hechas por los Estados Unidos ante este Grupo Especial 362
d) Práctica seguida por el USTR en relación con el artículo 304 365
7. Resumen del análisis y de la constatación del Grupo Especial con respecto a la alegación de las CE relativa al artículo 304 366
D. ALEGACIÓN DE LAS CE DE QUE EL ARTÍCULO 306 ES INCOMPATIBLE CON EL PÁRRAFO 2 A) DEL ARTÍCULO 23 DEL ESD 368
1. Alegaciones y argumentos de las partes 368
2. Constataciones preliminares del Grupo Especial con respecto a los términos del artículo 306 369
3. Obligaciones de los Estados Unidos en virtud del párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD aplicado al artículo 306 371
a) Hipotésis de que es correcta la opinión de los Estados Unidos 372
b) Hipotésis de que es correcta la opinión de las CE 374
4. La constatación del Grupo Especial con respecto a la reclamación de las CE relativa al artículo 306 376
E. LA RECLAMACIÓN DE LAS CE, DE QUE LOS ARTÍCULOS 305 Y 306 SON INCOMPATIBLES CON EL PÁRRAFO 2 C) DEL ARTÍCULO 23 DEL ESD 377
1. Introducción 377
2. La reclamación de las CE con respecto a las determinaciones relativas a la adopción de medidas de conformidad con el artículo 306 (b) 377
3. La reclamación de las CE con respecto a la aplicación de medidas de conformidad con el artículo 305 379
F. LAS RECLAMACIONES DE LAS CE EN VIRTUD DEL GATT DE 1994 381

VIII. CONCLUSIONES 382

ANEXO I 383
A. ARTÍCULOS 301 A 310 DE LA LEY DE COMERCIO EXTERIOR DE 1974 383
B. DISPOSICIONES PERTINENTES DE LA OMC 397

ANEXO II 400

DESCRIPCIÓN GENERAL DEL FUNCIONAMIENTO DE LOS ARTÍCULOS 301 A 310 400

Página

A. INVESTIGACIÓN DEL USTR DE CONFORMIDAD CON LOS ARTÍCULOS 302 Y 303 400
B. "DETERMINACIÓN" RELATIVA A LA NEGACIÓN DE DERECHOS DE LOS ESTADOS UNIDOS DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 304 400
C. "CONSIDERACIÓN" RELATIVA A LA APLICACIÓN DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 306 401
D. "DETERMINACIÓN" SOBRE LAS MEDIDAS QUE HAN DE ADOPTARSE DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 306 Y APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 305 402

I. ANTECEDENTES DEL PROCEDIMIENTO

1.1 El presente procedimiento fue iniciado por las Comunidades Europeas como parte reclamante.

1.2 El 25 de noviembre de 1998, las Comunidades Europeas solicitaron la celebración de consultas con los Estados Unidos de conformidad con el párrafo 1 del artículo XXII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 ("GATT de 1994") y el artículo 4 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias ("ESD"), en relación con el título III, capítulo 1 (artículos 301 a 310) de la Ley de Comercio Exterior de 1974, modificada (19 U.S.C., párrafos 2411 a 2420) (WT/DS152/1). Los Estados Unidos aceptaron la solicitud. La República Dominicana, Panamá, Guatemala, México, Jamaica, Honduras, el Japón y el Ecuador solicitaron, mediante comunicaciones de fecha 7 de diciembre de 1998 (WT/DS152/2), 4 de diciembre de 1998 (WT/DS152/3), 9 de diciembre de 1998 (WT/DS152/4, WT/DS152/5 y WT/DS152/6), 7 de diciembre de 1998 (WT/DS152/7) y 10 de diciembre de 1998 (WT/DS152/8 y WT/DS152/10) respectivamente, asociarse a estas consultas, de conformidad con el párrafo 11 del artículo 4 del ESD. Las consultas entre las Comunidades Europeas y los Estados Unidos se celebraron el 17 de diciembre de 1998, pero las partes no pudieron llegar a una solución conveniente de la diferencia.

1.3 El 26 de enero de 1999, las Comunidades Europeas solicitaron el establecimiento de un grupo especial de conformidad con el artículo 4 del ESD (WT/DS152/11).

1.4 En su solicitud de establecimiento de un grupo especial, las Comunidades Europeas alegaban que:

> "Al imponer plazos precisos y rigurosos para la formulación de determinaciones unilaterales y la adopción de sanciones comerciales, los artículos 306 y 305 de la Ley de Comercio Exterior de 1974 no permiten a los Estados Unidos cumplir las normas del ESD en los casos en que el OSD no haya adoptado previamente una resolución multilateral en virtud del ESD sobre la conformidad de las medidas de aplicación. Cuando se hayan adoptado medidas para aplicar las recomendaciones del OSD, el ESD exige que las partes en la diferencia lleguen a un acuerdo o que se formule una constatación multilateral de no conformidad, en virtud del párrafo 5 del artículo 21 del ESD, sin lo cual no se podrá formular una determinación de no conformidad y, menos aún, anunciar o aplicar medidas de retorsión. No es posible finalizar el procedimiento previsto en el ESD para la formulación de una constatación multilateral, incluso si éste se inicia inmediatamente después de expirar el plazo prudencial para la aplicación, ni tampoco es posible llevar a cabo el subsiguiente procedimiento del ESD para la obtención de una compensación o la suspensión de concesiones, dentro de los plazos previstos en los artículos 306 y 305.
>
> Las Comunidades Europeas consideran que el título III, capítulo 1 (artículos 301 a 310) de la Ley de Comercio Exterior de 1974, modificada, y en particular los artículos 306 y 305 de dicha Ley, son incompatibles, en particular, pero no exclusivamente, con las siguientes disposiciones de la OMC:
>
> a) Artículos 3, 21, 22 y 23 del ESD;
>
> b) Párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio; y
>
> c) Artículos I, II, III, VIII y XI del GATT de 1994.

> Al infringir estas normas de la OMC, la legislación en cuestión anula o menoscaba las ventajas resultantes directa o indirectamente para las Comunidades Europeas del GATT de 1994. Esas disposiciones legislativas también comprometen el cumplimiento de objetivos importantes del GATT de 1994 y de la OMC.

1.5 El Órgano de Solución de Diferencias ("OSD") aceptó esta solicitud de establecimiento de un grupo especial en su reunión de 2 de marzo de 1999, estableciéndolo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 del ESD. De conformidad con el párrafo 1 del artículo 7 del ESD, el mandato del Grupo Especial fue el siguiente:

> "Examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes de los acuerdos abarcados que han invocado las Comunidades Europeas en el documento WT/DS152/11, el asunto sometido al OSD por las Comunidades Europeas en ese documento y formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en dichos Acuerdos".

1.6 El Brasil; el Canadá; el Camerún; Colombia; Corea; Costa Rica; Cuba; Dominica; el Ecuador; Hong Kong, China; la India; Israel; Jamaica; el Japón; la República Dominicana; Santa Lucía y Tailandia se reservaron el derecho de participar como terceros en la diferencia. Posteriormente, el Camerún retiró su reserva en calidad de tercero.

1.7 El 24 de marzo de 1999, las Comunidades Europeas pidieron al Director General, de conformidad con el párrafo 7 del artículo 8 del ESD, que determinara la composición del Grupo Especial. El 31 de marzo de 1999, el Director General anunció la composición del Grupo Especial, que es la siguiente:

Presidente:	Sr. David Hawes
Miembros:	Sr. Terje Johannessen
	Sr. Joseph Weiler

1.8 El Grupo Especial mantuvo reuniones sustantivas con las partes los días 29 y 30 de junio y 28 de julio de 1999.

II. ELEMENTOS DE HECHO

A. ESTRUCTURA BÁSICA DE LAS MEDIDAS EN CUESTIÓN[1]

1. Artículo 301 (a)

2.1 El artículo 301 (a) se aplica en caso de que "el Representante de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales determine de conformidad con el artículo 304 (a) (1) que (A) se están negando los derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo comercial" o "(B) una ley, política o práctica de un país extranjero: (i) infringe las disposiciones de un acuerdo comercial o es incompatible con ellas, o niega de otro modo a los Estados Unidos las ventajas que supone un acuerdo comercial, o ii) es injustificable y obstaculiza o limita el comercio de los Estados Unidos".[2]

[1]Se adjunta como Anexo I el texto original de los artículos 301 a 310.

[2]Artículo 301 (a) (1), 19 U.S.C. § 2411 (a) (1).

2.2 Según el artículo 304 (a) (1):

> "Sobre la base de las investigaciones que se inicien de conformidad con el artículo 302 y de las consultas (y de las actuaciones, en su caso) que se entablen de conformidad con el artículo 303, el Representante [de los Estados Unidos] para las Cuestiones Comerciales […] determinará […] si se están negando los derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo comercial, o […] si existe una ley, política o práctica de las descritas en los párrafos (a) (1) (B) o (b) (1) del artículo 301".[3]

2.3 El artículo 301 (a) establece además, que si el Representante para las Cuestiones Comerciales (o "USTR") determina que se ha producido una de estas situaciones, "adoptará las medidas previstas en el párrafo c) [del artículo 301], respetando las instrucciones específicas, en su caso, del Presidente con respecto a esas medidas […] para proteger esos derechos u obtener la supresión de esa ley, política o práctica".[4]

2.4 Según artículo 301 (a) (2) (A), no será necesario adoptar medidas conforme al artículo 301 (a) si el OSD ha adoptado un informe en el que se constate que no se han negado a los Estados Unidos los derechos que les corresponden en virtud de un Acuerdo de la OMC o que la ley, política o práctica en cuestión "I) no constituye una infracción de los derechos que corresponden a los Estados Unidos ni es incompatible con ellos, o II) no niega, anula o menoscaba ventajas que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo comercial".[5]

2.5 El artículo 301 (a) (2) (B) (i) establece también que el USTR no estará obligado tampoco a adoptar medidas si constata "que el país extranjero está adoptando medidas satisfactorias para proteger los derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud del acuerdo comercial". El USTR ha determinado, por ejemplo, que el compromiso asumido por un Miembro de la OMC de aplicar las recomendaciones del OSD favorables a los Estados Unidos en el plazo previsto en el artículo 21 del ESD representa una "medida satisfactoria" que justifica la terminación de la investigación sin que se adopte ninguna medida de conformidad con el artículo 301.[6]

2.6 Según el artículo 301 (a) (2) (B) (ii) y (iii), el USTR no está obligado a adoptar ninguna medida cuando el país extranjero acepte "suprimir o eliminar gradualmente la ley, política o práctica" [7] en cuestión convenga en "una solución rápida al obstáculo para el comercio de los Estados Unidos, o a la restricción del mismo"[8], u ofrezca "a los Estados Unidos unos beneficios comerciales compensatorios que el USTR considera satisfactorios", cuando resulte "imposible al país extranjero lograr los resultados descritos en las cláusulas (i) o (ii)".[9]

---

[3] Artículo 304 (a) (1), 19 U.S.C. § 2414 (a) (1).

[4] Artículo 301 (a), 19 U.S.C. § 2411 (a).

[5] Artículo 301 (a) (2) (A), 19 U.S.C. § 2411 (a) (2) (A).

[6] Las Comunidades Europeas señalan que el USTR terminó sobre esta base la investigación original llevada a cabo de conformidad con el artículo 301 del régimen de importación de bananos de la CE (*véase Federal Register*, Vol. 63, Nº 204, 22 de octubre de 1998, página 56688).

[7] Artículo 301 (a) (2) (B) (ii) (I), 19 U.S.C. § 2411 (a) (1) (B) (ii) (I).

[8] Artículo 301 (a) 2) (B) ii) II), 19 U.S.C. § 2411 (a) (1) (B) (ii) (II).

[9] Artículo 301 (a) (2) (B) (iii), 19 U.S.C. § 2411 (a) (1) (B) (iii).

2.7 Además, según el artículo 301 (a) (2) (B) (iv) y (v), el USTR no estará obligado a adoptar medidas más que:

> "(iv) en casos extraordinarios, [si considera] que la adopción de una medida … puede tener un efecto negativo para la economía de los Estados Unidos claramente desproporcionado en comparación con los beneficios que se derivarían de la misma, teniendo en cuenta el impacto que la adopción o no adopción de la medida tendría sobre la credibilidad de las disposiciones del presente apartado del presente capítulo"[10], o
>
> "(v) [si considera] que la adopción de una medida de conformidad con el presente párrafo puede causar un daño grave a la seguridad nacional de los Estados Unidos".[11]

2.8 El artículo 301 (a) (3) dispone lo siguiente:

> (3) Las medidas que se adopten de conformidad con el párrafo (1) para suprimir una ley, política o práctica tendrán que ser concebidas de forma que afecten a mercancías o servicios del país extranjero en una cuantía equivalente al valor del obstáculo o restricción que haya impuesto ese país al comercio de los Estados Unidos.[12]

2. Artículo 301 (b)

2.9 El artículo 301 (b) es aplicable cuando una ley, política o práctica, aunque no niegue derechos o beneficios que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo comercial, "una ley, política o práctica de un país extranjero no es razonable o es discriminatoria y obstaculiza o limita el comercio de los Estados Unidos".[13]

2.10 El artículo 301 (d) (3) (B) ofrece ejemplos de leyes no razonables, entre ellos la negación de oportunidades para el establecimiento de empresas, la falta de protección de los derechos de propiedad intelectual, las medidas de promoción de las exportaciones, la tolerancia de las prácticas anticompetitivas de empresas privadas y la negación de los derechos de los trabajadores.[14] Las leyes, políticas y prácticas "discriminatorias" son definidas en el artículo 301 (d) (5) de forma que se incluyen "las que nieguen el trato nacional o el trato de la nación más favorecida a mercancías, servicios o inversiones de los Estados Unidos".[15] Cuando el USTR determine que una ley, política o práctica puede ser objeto de medidas de conformidad con el artículo 301 (b) y determine que "es adecuado que los Estados Unidos adopten medidas", adoptará medidas de retorsión "respetando las instrucciones específicas, en su caso, del Presidente con respecto a esas medidas".[16]

---

[10] Artículo 301 (a) (2) (B) (iv), 19 U.S.C. § 2411 (a) (1) (B) (iv).

[11] Artículo 301 (a) (2) (B) (v), 19 U.S.C. § 2411 (a) (1) (B) (v).

[12] Artículo 301 (a) (3), 19 U.S.C. § 2411 (a) (3).

[13] Artículo 301 (b), 19 U.S.C. § 2411 (b).

[14] Artículo 301 (d) (3) (B), 19 U.S.C. § 2411 (d) (3) (B).

[15] Artículo 301 (d) (5), 19 U.S.C. § 2411 (d) (5).

[16] Artículo 301 (b), 19 U.S.C. § 2411 (b).

B. ALCANCE DE LAS FACULTADES DE ADOPTAR MEDIDAS

2.11 El artículo 301 (c) autoriza al USTR a "suspender o retirar los beneficios que supongan las concesiones hechas para dar cumplimiento a un acuerdo comercial […] o a impedir el disfrute de esos beneficios", o a "imponer derechos u otras restricciones a la importación a las mercancías de ese país extranjero y […] tasas o restricciones a los servicios del mismo durante el período de tiempo que considere adecuado".[17] Si la ley, política o práctica del país extranjero no cumple los criterios necesarios para poder recibir un trato de franquicia arancelaria en el marco del Sistema Generalizado de Preferencias de los Estados Unidos, la Ley de Recuperación Económica de la Cuenca del Caribe o la Ley de Preferencias Comerciales para los Países Andinos, el USTR está autorizado además a retirar, limitar o suspender ese trato. Además, el USTR puede concertar acuerdos vinculantes con el país en cuestión.

C. PROCEDIMIENTO

2.12 Los artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974 establecen qué medios pueden utilizar los ciudadanos estadounidenses para solicitar al Gobierno de los Estados Unidos que investigue y actúe frente a infracciones potenciales de los acuerdos comerciales internacionales.[18] Estas disposiciones autorizan también al USTR para que inicie investigaciones a iniciativa propia.[19] El USTR es un funcionario que tiene categoría de ministro y que sólo atiende a las indicaciones del Presidente, y sus oficinas forman parte de la Oficina Ejecutiva del Presidente.[20] El USTR actúa bajo la dirección del Presidente y asesora y presta asistencia a éste en diversas de sus funciones.[21]

2.13 Según el artículo 302, podrán iniciarse investigaciones, bien a petición de un ciudadano, bien a iniciativa del USTR. Una vez presentada una solicitud, el USTR decide en un plazo de 45 días si inicia o no una investigación.[22] Si se inicia la investigación, el USTR está obligado, por el artículo 303, a solicitar consultas con el país en cuestión, normalmente en la fecha en que se inicie la investigación, pero en cualquier caso a más tardar 90 días después.[23]

2.14 El artículo 303 (a) (2) establece que, cuando intervenga un acuerdo comercial en la investigación y no se llegue a una solución mutuamente aceptable "antes de (a) la fecha de vencimiento del plazo para las consultas, caso de haberlo, que se señale en el acuerdo comercial, o (b) 150 días después de la fecha en que se iniciaron las consultas, si este plazo es más breve que el anterior", el USTR habrá de solicitar que se inicien las actuaciones de conformidad con los procedimientos formales de solución de diferencias previstos en dicho acuerdo.[24]

[17] Artículo 301 (c), 19 U.S.C. § 2411 (c).

[18] Artículo 302 (a) (2), 19 U.S.C. § 2412 (a) (2).

[19] Artículo 302 (b), 19 U.S.C. § 2412 (b).

[20] *Véase* 19 U.S.C. § 2171 (a), (b) (1) (1998).

[21] *Véase* 19 U.S.C. § 2171 (c) (1) (1998); Reorg. Plan No. 3 de 1979, 44 Fed. Reg. 69273 (1979); 19 C.F.R. § 2001.3 (a) (1998).

[22] Artículo 302 (a) (2), 19 U.S.C. § 2412 (a) (2).

[23] Artículo 303 (a) (1), 19 U.S.C. § 2413 (a) (1).

[24] Artículo 303 (a) (2), 19 U.S.C. § 2413 (a) (2).

2.15 El artículo 304 (a) establece que, en las siguientes fechas, o antes, "i) 30 días después de la fecha en que haya concluido el procedimiento de solución de diferencias, o (ii) 18 meses después de la fecha en que se haya iniciado la investigación, si este plazo es inferior al anterior"[25], "sobre la base de las investigaciones que se inicien de conformidad con el artículo 302 y de las consultas (y de las actuaciones, en su caso) que se entablen de conformidad con el artículo 303, el Representante para las Cuestiones Comerciales determinará si se están negando los derechos que corresponden a los Estados Unidos".[26] Si la determinación es positiva, el USTR determinará al mismo tiempo qué medidas adoptará de conformidad con el artículo 301.

2.16 Si el OSD adopta unas disposiciones favorables a los Estados Unidos sobre una medida investigada de conformidad con el artículo 301 y el Miembro de la OMC en cuestión acepta aplicar esas disposiciones en el plazo prudencial previsto en el artículo 21 del ESD, el USTR podrá determinar que se están negando los derechos de los Estados Unidos pero que se están adoptando "medidas satisfactorias" que justifican que se dé por terminada la investigación iniciada de conformidad con el artículo 301.[27]

2.17 El artículo 306 (a) obliga al USTR a "vigilar" el cumplimiento de las medidas adoptadas por un gobierno extranjero o de los acuerdos concertados con un gobierno extranjero para dar una solución satisfactoria a un asunto sometido a un procedimiento de solución de diferencias con el fin de proteger los derechos que correspondan a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo comercial.[28]

2.18 El artículo 306 (b) dispone lo siguiente:

> (1) DISPOSICIONES GENERALES.- Si mediante la vigilancia que debe mantener de conformidad con el párrafo (a) del presente artículo el Representante para las Cuestiones Comerciales considera que un país extranjero no está aplicando de forma satisfactoria una medida o un acuerdo según los términos del párrafo (a) del presente artículo, determinará qué nuevas medidas adoptará de conformidad con el artículo 301 (a). A los efectos del artículo 301, las determinaciones de ese tipo serán tratadas como si fueran determinaciones formuladas de conformidad con el artículo 304 (a) (1).
>
> (2) RECOMENDACIONES DEL MECANISMO DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC.- Si la medida o el acuerdo a que se hace referencia en el párrafo (a) del presente artículo está relacionada con la aplicación de una recomendación formulada en un procedimiento de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio y el Representante para las Cuestiones Comerciales considera que el país extranjero no la ha aplicado, formulará la determinación a que hace referencia el párrafo (1) a más tardar 30 días después del vencimiento del plazo prudencial previsto para tal aplicación en el artículo 21 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias […].[29]

2.19 El artículo 305 (a) (1) dispone que, "Salvo los casos previstos en el párrafo (2), el Representante para las Cuestiones Comerciales aplicará "las medidas que él mismo habrá determinado

[25] Artículo 304 (a) (2), 19 U.S.C. § 2414 (a) (2).

[26] Artículo 304 (a) (1) (A), 19 U.S.C. § 2414 (a) (1) (A).

[27] Artículo 304 (a) (1) (B), 19 U.S.C. § 2414 (a) (1) (B).

[28] Artículo 306 (a), 19 U.S.C. § 2416 (a).

[29] Artículo 306 (b), 19 U.S.C. § 2416 (b).

de conformidad con el artículo 304 (a) (1) (B)" […], respetando las instrucciones específicas, en su caso, del Presidente sobre esas medidas, a más tardar 30 días después de la fecha en que se haya formulado esa determinación".[30]

2.20 Según el artículo 305 (a) (2) (A), sin embargo, "el Representante para las Cuestiones Comerciales podrá aplazar no más de 180 días la aplicación de cualquier medida" que deba adoptarse de conformidad con el artículo 301" como respuesta a una petición del solicitante o de la rama de producción que se beneficiaría de las medidas adoptadas de conformidad con el artículo 301 o si él mismo determina "que se están logrando avances sustanciales, o que es necesario o aconsejable un aplazamiento, para obtener el respeto de los derechos de los Estados Unidos o una solución satisfactoria en lo que respecta a las leyes, políticas o prácticas que son objeto de la medida".[31]

III. ALEGACIONES DE LAS PARTES

3.1 Basándose en las consideraciones antes expuestas y en los principios generales que establece el párrafo 7 del artículo 3 del ESD, **las Comunidades Europeas solicitan** que el Grupo Especial:

Constate que:

a) En contra de lo dispuesto en el párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD:

- El artículo 304 (a) 2) (A) de la Ley de Comercio Exterior de 1974 obliga al USTR a determinar si otro Miembro de la OMC niega a los Estados Unidos derechos o beneficios dimanantes de un acuerdo de la OMC, con independencia de que el OSD haya aprobado, o no, una constatación de un grupo especial o del Órgano de Apelación sobre el asunto, y

- El artículo 306 (b) obliga al USTR a determinar si se ha dado cumplimiento a una recomendación del OSD con independencia de que se haya completado el procedimiento previsto en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD para examinar este asunto,

b) En contra de lo dispuesto en el párrafo 2 c) del artículo 23 del ESD:

- El artículo 306 (b) obliga al USTR a determinar qué nuevas medidas se adoptarán de conformidad con el artículo 301 en caso de que no se hayan aplicado las recomendaciones del OSD, y

- El artículo 305 (a) obliga al USTR a adoptar estas medidas,

y ello, en ambos casos, con independencia de que se haya completado el procedimiento previsto en el párrafo 5 del artículo 21 y en el artículo 22, y

c) El artículo 306 (b) es incompatible con los artículos I, II, III, VIII y XI del GATT de 1994 porque, cuando se trate de diferencias relacionadas con el comercio de mercancías, obliga al USTR a imponer derechos, gravámenes o restricciones que infringen una o varias de estas disposiciones, y

determine por estas razones que los Estados Unidos, al no poner la Ley de Comercio Exterior de 1974 en conformidad con las obligaciones dimanantes del artículo 23 del ESD y los

[30] Artículo 305 (a) (1), 19 U.S.C. § 2415 (a) (1).

[31] Artículo 305 (a) (2) (A), 19 U.S.C. § 2415 (a) (2) A).

artículos I, II, III, VIII y XI del GATT de 1994, han actuado de forma incompatible con las obligaciones dimanantes de estas disposiciones y del párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC y de este modo anulan o menoscaban ventajas dimanantes para las Comunidades Europeas del ESD, el GATT de 1994 y el Acuerdo sobre la OMC, y

recomiende que el OSD pida a los Estados Unidos que pongan su Ley de Comercio Exterior de 1974 en conformidad con las obligaciones dimanantes del ESD, el GATT de 1994 y el Acuerdo sobre la OMC.

3.2 **Los Estados Unidos solicitan** que el Grupo Especial rechace las alegaciones de la CE en su totalidad y constate que:

a) El artículo 304 (a) (2) (A) no es incompatible con el artículo 23 del ESD porque la CE no ha demostrado que obligue al USTR a determinar que se han negado derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo comercial si no existe una determinación del OSD;

b) El artículo 306 (b) no es incompatible con el artículo 23 del ESD porque la CE no ha demostrado que obligue al USTR a determinar que se han negado derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo;

c) El artículo 306 (b) y el artículo 305 (a) (1) no son incompatibles con el artículo 23 del ESD porque la CE no ha demostrado que estas disposiciones obliguen al USTR a suspender concesiones sin autorización del OSD;

d) El artículo 306 (b) no es incompatible con los artículos I, II, III, VIII y XI del GATT de 1994 porque la CE no ha demostrado que esta disposición obligue a suspender concesiones de una forma incompatible con la autorización del OSD; y

e) Los artículos 301 a 310 no son incompatibles con el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC porque no obligan imperativamente a adoptar medidas que infrinjan las disposiciones del ESD o del GATT de 1994 ni impiden que se adopten medidas compatibles con esas obligaciones.

IV. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

A. PLANTEAMIENTO GENERAL

4.1 **Las Comunidades Europeas alegan** que el articulo 23 del ESD prohíbe el unilateralismo en el ámbito de los procedimientos de solución de diferencias de la OMC. Los Miembros habrán de esperar a la adopción del informe de un grupo especial o del Órgano de Apelación por el OSD, o a la presentación de una decisión de arbitraje de conformidad con el artículo 22 del ESD, antes de determinar si se están negando derechos o beneficios que les correspondan en virtud de un Acuerdo de la OMC y si se han cumplido, o no, las resoluciones o recomendaciones del OSD o del árbitro.

4.2 Las Comunidades Europeas indican que el artículo 23 obliga también a los Miembros a respetar los procedimientos previstos en el ESD para la suspensión de concesiones y a esperar la autorización del OSD para responder al incumplimiento de esas resoluciones o recomendaciones.[32]

[32] Las Comunidades Europeas señalan que un camino alternativo que puede seguirse si existe acuerdo de las partes en la diferencia sería recurrir a los procedimientos previstos en el artículo 25 del ESD antes de pedir autorización para suspender concesiones.

4.3 Las Comunidades Europeas afirman que los artículos 301 a 310, aunque obliguen a la Administración de los Estados Unidos a solicitar la aplicación del ESD cuando se trate de asuntos relacionados con la OMC, obligan imperativamente y de forma expresa a la Administración de los Estados Unidos a actuar unilateralmente sobre la base de determinaciones formuladas con independencia del OSD, y sin su autorización, una vez que se han cumplido determinados plazos. La existencia de una ley que obliga a recurrir a los procedimientos previstos en el ESD pero estipula expresamente que se adopten determinaciones y medidas de forma unilateral antes de que se completen esos procedimientos representa una burla del sistema de solución de diferencias de la OMC.

4.4 Por consiguiente, las Comunidades Europeas creen que es necesario modificar los artículos 301 a 310 para dejar claro que la Administración de los Estados Unidos está obligada a actuar de conformidad con las obligaciones que corresponden a los Estados Unidos en virtud de los acuerdos de la OMC, en todas las circunstancias y en todo momento.

4.5 Las Comunidades Europeas indican que la obligación dimanante del artículo 23 del ESD es uno de los elementos fundamentales del equilibrio de derechos y obligaciones negociado en la Ronda Uruguay.

4.6 Las Comunidades Europeas afirman que, durante la Ronda Uruguay, ellas mismas y otros muchos países adoptaron continuamente la posición de que para reforzar el sistema de solución de diferencias era necesario establecer una prohibición explícita de la posibilidad de que un gobierno pudiera adoptar medidas unilaterales para responder a agravios comerciales de otros según su propio juicio.

4.7 Las Comunidades Europeas alegan que la creación de un procedimiento automático de solución de diferencias no deja ninguna excusa a los gobiernos que se toman la justicia por su mano. El artículo 23 del ESD y el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC son los principales reflejos del resultado de las negociaciones de la Ronda Uruguay sobre estas cuestiones.

4.8 Las Comunidades Europeas indican que su Reglamento de protección de los derechos que les corresponden en el marco de la OMC, que adoptaron después de la Ronda Uruguay, respeta tanto la letra como el espíritu del artículo 23 del ESD. Este Reglamento, conocido generalmente como "Reglamento de Obstáculos al Comercio", permite que los Estados miembros y las empresas de la Comunidad pidan a la Comisión Europea que examine los obstáculos al comercio e inicie procedimientos internacionales de solución de diferencias para hacer frente a esos obstáculos.[33] Sin embargo, las posibles medidas que se adopten al amparo del Reglamento han de mantenerse "dentro del respeto a las obligaciones y procedimientos internacionales existentes".[34] En concreto, el Reglamento establece que, "cuando las obligaciones internacionales de la Comunidad impongan a ésta la realización previa de un procedimiento internacional de consulta o de solución de litigios", las posibles medidas "únicamente se decidirán una vez concluido dicho procedimiento".[35] Las Comunidades Europeas han cumplido fielmente las obligaciones que les corresponden de conformidad con el artículo 23 del ESD y el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC y espera que todos los demás Miembros de la OMC, incluidos los Estados Unidos, hagan lo propio.

[33] Reglamento (CE) Nº 3286/94 del Consejo, de 22 de diciembre de 1994, que, según las Comunidades Europeas, establece los procedimientos comunitarios en el ámbito de la política comercial común con objeto de asegurar el ejercicio de los derechos de la Comunidad en virtud de las normas comerciales internacionales, particularmente las establecidas bajo los auspicios de la Organización Mundial del Comercio.

[34] *Ibid.*, artículo 1.

[35] *Ibid.*, párrafo 2 del artículo 12.

4.9 Según las Comunidades Europeas, aunque la reclamación presente haya venido motivada en último extremo por la experiencia de las Comunidades con las medidas que adoptaron los Estados Unidos al amparo de los artículos 301 a 310 en la diferencia con respecto al régimen Europeo de importación de bananos, la reclamación no hace referencia a esas medidas. Las Comunidades Europeas indican que estas medidas son actualmente objeto de una diferencia distinta (WT/DS165/1).

4.10 Las Comunidades Europeas alegan además que esta experiencia pone de manifiesto, no obstante, la gravedad de los conflictos entre las disposiciones en virtud de las cuales el USTR está obligado imperativamente a actuar de conformidad con la legislación interna de los Estados Unidos y las disposiciones que exigen que se complete un procedimiento de solución de diferencias de conformidad con la legislación de la OMC. También insiste en que los Estados Unidos han incorporado *ob torto collo* los resultados de la Ronda Uruguay en su legislación, dejándose abierta la posibilidad de recurrir a medidas unilaterales, en clara contradicción con las obligaciones dimanantes del ESD.

4.11 Las Comunidades Europeas señalan que en la Declaración de Acción Administrativa presentada por el Presidente ante el Congreso el 27 de septiembre de 1994 y aprobada por el Congreso, junto con la Ley de los Acuerdos de la Ronda Uruguay de 1994[36], los Estados Unidos anunciaban que

> "la Administración tiene el propósito de utilizar el artículo 301 para combatir vigorosamente los obstáculos extranjeros desleales que infrinjan los derechos de los Estados Unidos o nieguen a los Estados Unidos beneficios que les correspondan en virtud de los acuerdos de la Ronda Uruguay.[37]
>
> … No existe ningún motivo para preocuparse ante la posibilidad de que los acuerdos de la Ronda Uruguay en general, o el ESD en particular, hagan que las futuras administraciones se muestren más reacias a aplicar, de conformidad con el artículo 301, sanciones que sean incompatibles con las obligaciones comerciales de los Estados Unidos, porque tales sanciones podrían dar lugar a medidas de retorsión autorizadas por el ESD. Aunque en algunos casos concretos los Estados Unidos hayan manifestado su intención de responder a una práctica extranjera desleal adoptando medidas de conformidad con el artículo 301 sin que hayan sido autorizadas por el GATT, pocas veces lo han hecho. En algunos casos, los Estados Unidos han adoptado medidas de este tipo porque un gobierno extranjero bloqueó la adopción de un informe de un grupo especial del GATT contrario a sus intereses.
>
> Lo mismo que los Estados Unidos pueden ahora optar por aplicar, de conformidad con el artículo 301, medidas que no estén autorizadas por el GATT, los gobiernos que son objeto de esas medidas pueden optar por responder del mismo modo. Esta situación no cambiará con los acuerdos de la Ronda Uruguay".[38]

4.12 Según las Comunidades Europeas, esta forma de aplicar los resultados de las negociaciones comerciales multilaterales de la Ronda Uruguay sencillamente es incompatible con las obligaciones internacionales resultantes para los Estados Unidos del acuerdo básico sellado en Marrakech, en 1994.

---

[36] Artículo 101 (a) (1).

[37] Declaración de Acción Administrativa, *reproducida en* H.R. documento Nº 103-316, página 1029 (prueba documental 11 de los Estados Unidos), Capítulo B, apartado 2, inciso b (protección de los derechos que corresponden a los Estados Unidos), página 364.

[38] Declaración de Acción Administrativa, *op. cit.*, capítulo B, apartado 2, inciso b (protección de los derechos que corresponden a los Estados Unidos), página 366 (se han añadido el subrayado).

4.13 Las Comunidades Europeas alegan que, a cambio del compromiso de los Estados Unidos de no recurrir a determinaciones unilaterales de la compatibilidad de medidas comerciales extranjeras con las normas comerciales de la OMC ni a restricciones comerciales del tipo previsto por el artículo 301 sin una autorización multilateral, las Comunidades Europeas y demás participantes en la Ronda Uruguay consintieron aceptar un sistema de solución de diferencias que permitía solventar de forma vinculante todas las diferencias comerciales que se plantearan en el ámbito de la OMC y un procedimiento creíble de vigilancia del cumplimiento.

4.14 En opinión de las Comunidades Europeas, este acuerdo respondía a las críticas de los Estados Unidos a las imperfecciones observadas en el sistema de solución de diferencias del GATT, que fue objeto de un debate en una reunión extraordinaria del Consejo del GATT celebrada en 1989 y dedicada al unilateralismo[39], es decir, a la posibilidad de bloquear la adopción de los informes desfavorables de los grupos especiales. Esta posibilidad ha sido suprimida. Así pues, es absolutamente correcto que las Comunidades Europeas exijan a los Estados Unidos que cumplan la contraprestación convenida en el acuerdo absteniéndose de ordenar que se impongan restricciones unilaterales del comercio del tipo de las previstas en el artículo 301. Este es el acuerdo que negociaron las Comunidades Europeas en la Ronda Uruguay.

4.15 Las Comunidades Europeas alegan que por eso recurrieron al presente procedimiento de solución de diferencias, con el fin de asegurarse de que los Estados Unidos ponen los artículos 301 a 310, en cuanto tales, en conformidad con el artículo 23 del ESD, como exige el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC. De estas consideraciones se deduce que la presente reclamación no tiene de ningún modo por objetivo ni excluir ni perjudicar la posibilidad de que las Comunidades Europeas recurran al ESD frente a las medidas discriminatorias específicas que los Estados Unidos han aplicado o podrían aplicar en el futuro a las exportaciones europeas al amparo de los artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974.

4.16 Además, las Comunidades Europeas explican los antecedentes legislativos de los artículos 301 a 310 del siguiente modo: el Congreso de los Estados Unidos atribuyó al Presidente, mediante la Ley de Expansión del Comercio de 1962, la facultad de adoptar medidas contra las importaciones bajo determinadas condiciones.[40] Esta Ley fue sustituida y ampliada por el Título III de la Ley de Comercio Exterior de 1974, la cual atribuía unas facultades semejantes al Presidente a través de su artículo 301. La Ley establecía también los procedimientos que debían seguir los ciudadanos de los Estados Unidos para pedir al Gobierno que adoptara medidas contra las adoptadas por gobiernos extranjeros. Esta parte de la Ley de Comercio Exterior de 1974 fue modificada varias veces, la última de ellas por la Ley de los Acuerdos de la Ronda Uruguay de 1994.[41] El Título III de la Ley de Comercio Exterior de 1974, modificada, "Protección frente a prácticas comerciales desleales", comprende los artículos 301 a 310, que establecen en detalle cómo debe proteger la administración los derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de acuerdos comerciales y responder a determinadas prácticas comerciales extranjeras.

4.17 Las Comunidades Europeas añaden que la mayoría de las enmiendas aprobadas entre 1974 y 1994 tenían por fin reducir la capacidad de actuación discrecional del Presidente al amparo del artículo 301. La opinión dominante en el Congreso era que el Presidente no había hecho suficientemente uso de las facultades que le atribuía el artículo 301 porque había dado prioridad a las

[39] Documento C/163, de 16 de marzo de 1989, del GATT (las Comunidades Europeas hicieron referencia a, por ejemplo, los argumentos expuestos en los párrafos 4.75 a 4.81 y 4.374 a 4.378 de este informe para un análisis más detallado de la historia de las negociaciones sobre el artículo 23 del ESD).

[40] Trade Expansion Act of 1962, párrafo 252, Pub. L. No. 87-794, 75 Stat. 879.

[41] Véase la descripción de la historia legislativa del artículo 301 en Jackson-Davey-Sykes, *Legal Problems of International Economic Relations*, tercera edición (West Publishing Co., 1995), página 818.

preocupaciones de política exterior, por encima de los intereses comerciales. En los debates previos a las enmiendas de 1998, el Senador George J. Mitchell había manifestado lo siguiente:

> "La historia del artículo 301 es la historia de la negativa de una Administración tras otra, de ambos partidos, a aplicar la ley. En efecto, el actual Presidente y sus predecesores en el cargo han utilizado la capacidad de actuación discrecional que les atribuía la Ley para negar o aplazar la adopción de decisiones, a veces durante más de un decenio […]. La Administración alegará que las reformas [previstas al artículo 301] limitan su capacidad discrecional. Pero esta misma capacidad discrecional es la que ha dado lugar a los desastrosos resultados cosechados en la aplicación del artículo 301".[42]

El Presidente del Comité de Hacienda del Senado, Senador Lloyd Bentsen, adoptó una posición similar:

> "Necesitamos una política comercial que sea previsible para nuestros interlocutores comerciales, y yo sostengo que es necesario limitar la capacidad discrecional del Presidente para no actuar. El Presidente necesita un amplio margen de capacidad discrecional para decidir qué medidas adoptar, pero hay que poner límites a su capacidad discrecional para no actuar".[43]

4.18 Las Comunidades Europeas señalan además que, antes de las enmiendas de 1988 del artículo 301, el Presidente era quien estaba autorizado a determinar si las prácticas de los gobiernos extranjeros podían dar lugar a la imposición de medidas y si los Estados Unidos debían responder con medidas comerciales. En 1985, el Congreso debatió si debían transferirse las facultades del Presidente al "USTR". Los partidarios de esta transferencia alegaban que "garantizará que, cuando se adopten decisiones en virtud del artículo 301, estas decisiones se adopten principalmente por motivos de política comercial" y que "reforzará la posición del USTR como principal organismo en la esfera del comercio y […] hará menos probable que se renuncie a la adopción de medidas comerciales de retorsión por consideraciones de política exterior, defensa o de otro tipo".[44] La Administración se opuso firmemente a esa transferencia de autoridad, alegando que el Presidente necesitaba un margen de capacidad discrecional para defender los intereses de los Estados Unidos de una forma efectiva y que, en cualquier caso, el USTR actuaba bajo las órdenes del Presidente y por consiguiente no se podía esperar que actuara contra las opiniones del mismo. Además, el Presidente estaba en mejores condiciones de valorar los intereses nacionales y los intereses de la rama concreta de producción afectados por una investigación llevada a cabo de conformidad con el artículo 301. El Embajador Yeutter, antiguo USTR, escribió al Presidente del Comité de Medios y Arbitrios lo siguiente:

> "El artículo 301 es la bomba atómica de la política comercial, y, en mi opinión, las bombas atómicas tienen que ser lanzadas por el Presidente de los Estados Unidos y no por ningún otro".[45]

---

[42] Citado por Judith Hippler Bello y Alan F. Holmer, The Heart of the 1988 Trade Act. A legislative History of the Amendments to Section 301, en Jagdish Bhagwati y Hugh T. Patrick, coordinadores, Aggressive Unilateralism. America's 301 Trade Policy and the World Trading System (Harvester Wheatsheaf. 1990), página 58.

[43] *Ibid*., página 59.

[44] Bello y Holmer, *op.cit.*, página 51.

[45] Bello y Holmer, *op.cit.*, página 52.

4.19 **Los Estados Unidos responden** que las Comunidades Europeas, en su solicitud de establecimiento del presente Grupo Especial, definieron su denuncia jurídica de los artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974 del siguiente modo:

> "Al imponer plazos precisos y rigurosos para la formulación de determinaciones unilaterales de que otros Miembros de la OMC no han cumplido las obligaciones que les incumben en el marco de la OMC y de que deben adoptarse sanciones con respecto a esos Miembros, los artículos citados no permiten a los Estados Unidos cumplir las normas del ESD y respetar las obligaciones establecidas en el GATT de 1994 en los casos en que el Órgano de Solución de Diferencias no haya formulado, al término de esos plazos, una determinación previa …".[46]

4.20 Los Estados Unidos alegan que las Comunidades Europeas, por tanto, han reconocido desde el primer momento cuáles son las obligaciones que les corresponden en el presente caso: puesto que están denunciando una ley en cuanto tal, y no ninguna medida específica que se haya adoptado en aplicación de dicha ley, tendrán que demostrar que los artículos 301 a 310 no permiten por sí mismos que el Gobierno de los Estados Unidos actúe de conformidad con las obligaciones que les corresponden en el marco de la OMC. Como dejan claros los informes de los grupos especiales citados por las Comunidades Europeas, una ley no es en sí misma incompatible con las obligaciones de un Miembro de la OMC salvo en caso de que obligue imperativamente a adoptar medidas que incumplan esas obligaciones, y no basta que la ley no excluya medidas de ese tipo. Por consiguiente, la cuestión sometida al presente Grupo Especial está clara: ¿ordenan imperativamente los artículos 304 (a) (2) (A), 306 (b) y 305 (a) de la Ley de Comercio Exterior de 1974 que se adopten medidas incompatibles con las obligaciones que corresponden a los Estados Unidos en virtud del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias ("ESD") y del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 ("GATT de 1994")?

4.21 Según los Estados Unidos, las Comunidades Europeas están lamentablemente muy lejos de haber demostrado que lo hacen. Las Comunidades Europeas hacen caso omiso de disposiciones fundamentales de la Ley y realizan una lectura tortuosa de otras en su intento infructuoso de encontrar una infracción de las normas de la OMC, por muy pequeña que sea, a saber, que si para llevar a término un procedimiento de solución de diferencias en el marco de la OMC se necesitara recurrir a los plazos máximos autorizados por el ESD, los artículos 304 (a) (2) (A), 306 (b) y 305 (a) obligarían al Gobierno de los Estados Unidos a formular determinaciones y adoptar medidas poco antes de la adopción formal, e inevitable, de las constataciones del grupo especial, del Órgano de Apelación y del arbitraje, que ya se habrían publicado. Sin embargo, ni siquiera esta pretensión es cierta. Los artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974 en su lectura inmediata garantizan que el Gobierno de los Estados Unidos podrá formular determinaciones y adoptar medidas de forma plenamente compatible con el artículo 23 del ESD y los artículos I, II, III, VIII y XI del GATT de 1994. La Ley no obliga al USTR a formular determinaciones unilaterales de que se han negado derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de acuerdos ni impone plazos que excluyan la actuación previa del Órgano de Solución de Diferencias ("OSD"), sea para apoyar las determinaciones de los Estados Unidos, sea para autorizar medidas de respuesta al incumplimiento por otro Miembro de las recomendaciones del propio OSD.

4.22 Los Estados Unidos sostienen que el USTR, de conformidad con el artículo 304 (a) (1), no necesita determinar, y puede no hacerlo, que se han negado derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo si no se ha adoptado una constatación de un grupo especial o del Órgano de Apelación a tal efecto. La disposición que obliga a formular una determinación en un plazo de 18 meses no colisiona con la necesidad de cumplir el requisito legal adicional de que la determinación de que se han negado los derechos dimanantes de un acuerdo se base en los resultados

[46] Documento WT/DS152/11, distribuido el 2 de febrero de 1999 (se han añadido los subrayados).

de un procedimiento de solución de diferencias. El USTR está obligado, conforme al artículo 304 (a) (1), a basarse, para formular una determinación sobre si se han negado derechos dimanantes de un acuerdo, en los resultados de los procedimientos de solución de diferencias de la OMC. Así, en el caso de que un grupo especial encargado de la solución de una diferencia no concluyese sus actuaciones dentro de los plazos establecidos en el ESD y en el artículo 304 (a) (2) (A), el USTR no podría formular una determinación en el sentido de que se habían negado derechos que correspondían a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo. Basándose en ello, podía determinar que aún no habían concluido los procedimientos de solución de diferencias y que una vez que hubieran concluido se formularía una determinación sobre los derechos que correspondían a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo. También podía, por ejemplo, poner fin a la investigación emprendida conforme al artículo 304 basándose en que no se disponía de la información necesaria para formular una determinación con arreglo al artículo 304 (a) (1) y, después, reiniciar otro asunto. El USTR ya ha terminado y reiniciado investigaciones conforme al artículo 302, en particular en el asunto de los *Bananos*,[47] y ha puesto fin a investigaciones sin formular ninguna determinación en numerosas ocasiones.[48]

4.23 Los Estados Unidos añaden con respecto al artículo 306 (b) que las Comunidades Europeas simplemente se equivocan al afirmar que existe una "obligación expresa de formular una determinación en un plazo determinado si […] se ha producido un incumplimiento de las recomendaciones del OSD". Cuando el USTR considera que se ha producido un caso de no aplicación de recomendaciones, no se trata de una determinación. Además, no existen "plazos determinados" para tal "consideración". En la medida en que una consideración no es más que una opinión, el USTR puede en todo momento, antes, durante o después del plazo prudencial, considerar que otro Miembro no ha aplicado las resoluciones y recomendaciones del OSD, lo mismo que un Miembro puede considerar, puede opinar, que otro Miembro ha incumplido las obligaciones que le corresponden en el marco de la OMC antes, durante y después del plazo para presentar una solicitud de establecimiento de un grupo especial en una determinada reunión del OSD. El artículo 306 sólo establece que el USTR, si durante los 30 días siguientes al plazo prudencial considera que se ha producido un caso de no aplicación de resoluciones y recomendaciones, determinará si recurre a los procedimientos a que hace referencia el artículo 22. En efecto, de conformidad con la redacción actual del artículo 22, tiene que recurrir a estos procedimientos dentro de ese plazo para proteger los derechos que corresponden a los Estados Unidos en el marco de la OMC. Sin embargo, nada le impide no considerar durante ese plazo de 30 días que no se ha producido un caso de no aplicación de resoluciones y recomendaciones.

4.24 Los Estados Unidos argumentan que nada de lo dispuesto en los artículos 301 a 310 obliga al Gobierno de los Estados Unidos a incumplir las obligaciones que le incumben en la OMC. Por el contrario, el artículo 303 (a) de la Ley obliga al USTR a poner en marcha los procedimientos de solución de diferencias de la OMC cuando está en juego un acuerdo de la OMC,[49] y el artículo 304 (a) (1) (A) dispone que el USTR se base en los resultados de esos procedimientos cuando determine si se han negado derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo.[50] Análogamente, en el artículo 301 (a) (2) (A) se indica expresamente que el USTR no estará obligado a tomar medidas cuando el OSD haya adoptado un informe en el que se constate que no se están

[47] Los Estados Unidos se refieren a *Termination of Investigation; Initiation of New Investigation and Request for Public Comments: European Union Banana Regime, 60 Fed. Reg. 52026 (1995)* (prueba 18 de los Estados Unidos).

[48] Los Estados Unidos presentan una lista como prueba 13.

[49] Artículo 303 (a), 19 U.S.C. § 2413 (a) (2).

[50] Artículo 304 (a) (1) (A), 19 U.S.C. § 2414 (a) (2) (A).

negando derechos que correspondan a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo.[51] Las Comunidades Europeas reconocen que esas disposiciones, las disposiciones básicas por las que se establece la relación entre los artículos 301 a 310 y el proceso de solución de diferencias de la OMC, están "en conformidad con los principios enunciados en el artículo 23".

4.25 Los Estados Unidos alegan que las Comunidades Europeas, como parte reclamante en este procedimiento, deben soportar la carga de la prueba y la carga de presentar argumentos suficientes para establecer una presunción de que los artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974 son incompatibles con el ESD y el GATT de 1994.[52] En el presente caso, las pruebas son el texto de los artículos 301 a 310 y cómo es interpretado y aplicado este texto en el marco de la legislación de los Estados Unidos.[53] Según la jurisprudencia y la práctica firmemente establecida del GATT y la OMC, que las Comunidades Europeas parecen aceptar, sólo puede considerarse que una ley es incompatible con las obligaciones de un Miembro en el marco de la OMC si impide a ese Miembro actuar de forma compatible con esas obligaciones. Por consiguiente, las Comunidades Europeas tienen que demostrar que los artículos 301 a 310 no permiten al Gobierno de los Estados Unidos adoptar medidas compatibles con las obligaciones que corresponden a los Estados Unidos en el marco de la OMC, es decir, que la legislación de hecho ordena imperativamente la adopción de medidas incompatibles con la OMC. Las Comunidades Europeas no han cumplido este requisito. Su análisis del texto de los artículos 301 a 310 hace caso omiso de los términos de las leyes pertinentes y se basa en interpretaciones no permitidas en el ámbito de las leyes de los Estados Unidos. Los artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974 son plenamente compatibles con los derechos y obligaciones de los Estados Unidos en el marco de la OMC.

4.26 **Las Comunidades Europeas alegan** que han presentado básicamente al Grupo Especial, para su examen, una sola reclamación fundamental que se apoya en varios argumentos: los Estados Unidos, al adoptar, mantener en sus compilaciones de leyes y aplicar los artículos 301 a 310 (en su redacción actual) después de la entrada en vigor de los Acuerdos de la Ronda Uruguay (es decir, después del 1º de enero de 1995), han roto el pacto histórico que sellaron en Marrakech los Estados Unidos, de una parte, y los demás participantes en la Ronda Uruguay, entre ellos sus principales interlocutores comerciales, como las Comunidades Europeas y los países en desarrollo, de otra parte.

4.27 Las Comunidades Europeas señalan que ese pacto, que han propuesto que se denomine el "Pacto de Marrakech", se ha materializado en los textos jurídicos de los Acuerdos de la OMC, entre otros, los artículos 3, 21, 22 y sobre todo, 23 del ESD y el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo de Marrakech. Se trata del punto de equilibrio entre la certeza práctica de que el OSD adoptará los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación y las autorizaciones a los Miembros para que suspendan concesiones (petición expresa de los Estados Unidos[54]) y el abandono completo y

[51] Los Estados Unidos señalan que todas estas disposiciones son anteriores a la conclusión de la Ronda Uruguay.

[52] Informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos - Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India* ("*EE.UU. - Camisas y blusas*"), adoptado el 23 de mayo de 1997, WT/DS33/AB/R, página 16.

[53] Informe del Órgano de Apelación *India - Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura* ("*India - Patentes (EE.UU.)*"), adoptado el 16 de enero de 1998, WT/DS50/AB/R, párrafo 65.

[54] Según las Comunidades Europeas, los Estados Unidos confirmaron indirectamente las opiniones de la CE con la siguiente frase: "… los Estados Unidos han manifestado pocas veces la intención de adoptar medidas de retorsión, y tales medidas han representado muchas veces una respuesta a la decisión de un interlocutor comercial de poner obstáculos a un procedimiento de solución de diferencias". Las Comunidades Europeas, por supuesto, ponen en duda la declaración de los Estados Unidos en la que definen como "pocas"

definitivo por los Estados Unidos de su política antigua de adoptar medidas unilaterales. La contraprestación de ese pacto, que es el eje del presente procedimiento de solución de diferencias, está consagrada en las siguientes disposiciones de la OMC:

a) Fortalecimiento del sistema multilateral (artículo 23 del ESD y disposiciones conexas de los artículos 21 y 22)

b) Seguridad y previsibilidad del sistema multilateral de comercio (artículo 3 del ESD)

c) Asegurar la conformidad de las leyes internas (párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo de Marrakech)

4.28 Las Comunidades Europeas afirman que el artículo 23 del ESD prohíbe el unilateralismo en el marco de los procedimientos de solución de diferencias de la OMC. Los Miembros tienen que esperar a la adopción del informe de un grupo especial o del Órgano de Apelación por el OSD antes de determinar qué derechos o beneficios que les corresponden en virtud de un acuerdo de la OMC están siendo negados y qué resoluciones o recomendaciones del OSD no han sido cumplidas.

4.29 En opinión de las Comunidades Europeas, el artículo 23 obliga también a los Miembros de la OMC a respetar los procedimientos previstos en el ESD, incluido el procedimiento que establece el párrafo 5 del artículo 21, antes de determinar que se ha producido el incumplimiento de esas resoluciones o recomendaciones y a esperar la autorización del OSD antes de recurrir a la suspensión de concesiones u otras obligaciones, en su caso en función del nivel de suspensión que se determine mediante una decisión arbitral de conformidad con el artículo 22 del ESD.

4.30 Las Comunidades Europeas alegan además que el artículo 3 del ESD describe el sistema de solución de diferencias previsto en el mismo como "un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio". Como ha indicado el Órgano de Apelación en el informe sobre el asunto *Comunidades Europeas - Equipo informático*[55], el objetivo de "seguridad y previsibilidad del sistema multilateral de comercio" es también un objetivo y una finalidad de los Acuerdos de la OMC en sí mismos. Se trata de una consecuencia del principio general del derecho internacional público "*pacta sunt servanda*" (artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados), que exige que los acuerdos internacionales se cumplan de buena fe. Según el informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *India - Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura*[56], esto significa en la práctica no sólo la posibilidad de que las autoridades ejecutivas de los Miembros actúen de forma compatible con las normas de la OMC, sino la obligación de los Miembros de la OMC de dar "un sólido fundamento legal" en la legislación interna a las medidas necesarias para cumplir sus obligaciones en el marco de la OMC. La resolución del Órgano de Apelación fue adoptada a petición de los Estados Unidos y, por consiguiente, los Estados Unidos deben aceptar sin problemas que es aplicable también al presente caso.

4.31 Las Comunidades Europeas afirman además que el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo de Marrakech establece un principio fundamental y adicional del sistema jurídico de la OMC, que regula la relación entre, por una parte, las leyes, reglamentos y procedimientos administrativos internos (es

---

también en el pasado las veces que han adoptado medidas de retorsión. Como todos los terceros han demostrado, la realidad es muy distinta.

[55] Informe del Órgano de Apelación *Comunidades Europeas/Reino Unido/Irlanda - Clasificación aduanera de determinado equipo informático* ("*Comunidades Europeas - Equipo informático*"), adoptado el 26 de junio de 1998, WT/DS62/AB/R - WT/DS67/AB/R - WT/DS68/AB/R.

[56] Informe del Órgano de Apelación *India - Patentes (EE.UU.).*

decir, toda la legislación interna de cada uno de los Miembros de la OMC) y, por otra, las normas de la OMC, principio que se aplica superpuesto a la obligación dimanante del derecho público internacional general consagrada en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. De hecho, el artículo 27 de la Convención de Viena establece la obligación negativa de abstenerse de invocar la legislación interna como justificación del incumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por un Estado.

4.32 Según las Comunidades Europeas, el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo de Marrakech establece la obligación positiva de asegurar la conformidad de esa legislación nacional con las obligaciones dimanantes de la OMC. Por consiguiente, en caso de que la legislación interna preexistente sea incompatible con las nuevas obligaciones dimanantes de la OMC, incluidas las previstas en el artículo 23 del ESD, los Miembros están obligados a modificar sus leyes, reglamentos o procedimientos administrativos internos.

4.33 Para las Comunidades Europeas, este hecho representa también una diferencia fundamental con respecto a las normas preexistentes del Protocolo de Aplicación Provisional (PAP) del GATT de 1947 y de los protocolos de adhesión, que permitían el mantenimiento de normas legislativas imperativas incompatibles con el GATT de 1947. El párrafo 4 del artículo XVI no sólo confirma la derogación del PAP hecha en la Introducción del GATT de 1994, sino que obliga a los Miembros de la OMC a garantizar de forma activa, a iniciativa propia, la conformidad de toda su legislación interna con las normas de la OMC. Esta labor tenía que haber sido realizada por los Estados Unidos a más tardar el 1º de enero de 1995.

4.34 Las Comunidades Europeas alegan que la infracción por los Estados Unidos de las obligaciones consagradas en las disposiciones de la OMC antes citadas suponen inevitablemente también una infracción de los artículos I, II, III, VIII y XI del GATT de 1994.

4.35 Las Comunidades Europeas sostienen que los artículos 301 a 310 infringen las disposiciones antes mencionadas y socavan fundamentalmente el Pacto de Marrakech. Los principales fundamentos de derecho que aducen en las Comunidades Europeas en apoyo de su pretensión básica, que será examinada posteriormente a su vez con más detalle, son tres:

a) Los artículos 301 a 310, en su sentido inmediato, obligan imperativamente a las autoridades de los Estados Unidos a adoptar medidas unilaterales en contradicción con el artículo 23 del ESD (y por consiguiente con los artículos I, II, III, VIII y XI del GATT de 1994). Esta afirmación es cierta tanto de conformidad con los antiguos criterios del GATT de 1947 sobre la legislación imperativa frente a la legislación facultativa como de conformidad con los criterios actuales del GATT de 1994 y el Acuerdo de Marrakech, que las Comunidades Europeas consideran las fuentes pertinentes del derecho aplicable tras la entrada en vigor de los Acuerdos de la OMC. Las Comunidades Europeas recuerdan que la cuestión de los criterios aplicables para determinar si una legislación es auténticamente facultativa fue examinada en profundidad, como se expone posteriormente.

b) Además, aunque se pudiera interpretar que los artículos 301 a 310 permiten que el USTR evite formular determinaciones y adoptar medidas incompatibles con la OMC, éstos no pueden considerarse un sólido fundamento legal para el cumplimiento de las obligaciones que corresponden a los Estados Unidos en el marco de la OMC. La falta de este "sólido fundamento legal" da lugar a una situación de amenaza e incertidumbre jurídica para otros Miembros de la OMC y sus operadores económicos que socava de forma fundamental la "seguridad y previsibilidad" del sistema multilateral de comercio.

c) Además, los artículos 301 a 310 no están en conformidad con las obligaciones que corresponden a los Estados Unidos en el marco de la OMC, ya que son expresión de una política deliberada que genera una pauta de medidas del ejecutivo que tiende a alejarse de la conformidad con la OMC. Aunque pudiera interpretarse que los artículos 301 a 310 ofrecen al USTR un fundamento legal para dar cumplimiento a las obligaciones que corresponden a los Estados Unidos en el marco de la OMC, no puede considerarse que estén en conformidad con las normas de la OMC en el sentido del párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo de Marrakech.

4.36 En opinión de las Comunidades Europeas, los argumentos aducidos por los Estados Unidos no son en absoluto convincentes. En particular, representa un desafío al sentido común que los Estados Unidos afirmen

a) que los verbos en tiempo futuro de los artículos 301 a 310 deben interpretarse en el sentido de que significan que existe la posibilidad;

b) que los plazos establecidos, por ejemplo, los del artículo 306, se pueden considerar una "indicación" a las autoridades ejecutivas, sin demostrar que exista un fundamento jurídico para esta lectura del texto;

c) que la legislación autoriza siempre al USTR a determinar que no se han negado derechos que corresponden a los Estados Unidos y que no se ha producido un incumplimiento de las recomendaciones del OSD, cuando el texto del artículo 304 (a) 1) obliga al USTR a basar sus determinaciones en los resultados de las investigaciones que se inicien de conformidad con el artículo 302;

d) que el encabezamiento de un apartado titulado "medidas imperativas", que contiene una lista imperativa de medidas de retorsión o, como alternativa, la posibilidad de establecer acuerdos bilaterales, cuyas principales condiciones están fijadas por la ley, muestra que el ejecutivo dispone de un margen amplio de discreción para decidir qué medidas adoptar;

e) que la facultad del Presidente de dar instrucciones específicas al USTR en casos concretos abarca también el derecho de prohibir que el USTR aplique medidas que son exigidas por el texto de los artículos 301 a 310 y que son calificadas de "imperativas" por el Congreso de los Estados Unidos; y

f) que la existencia de una excepción limitada que queda en manos del Presidente, y que nunca ha sido utilizada hasta el momento, transmite a la legislación el carácter de facultativa.

4.37 Las Comunidades Europeas alegan además que, por supuesto, no se trata de ningún modo de un debate teórico únicamente. Los artículos 301 a 310 fueron redactados por los Estados Unidos en su tortuosa forma actual con objeto de que respondan a un objetivo muy preciso, si bien ilegítimo.

4.38 Según las Comunidades Europeas, académicos eminentes han manifestado sus opiniones sobre este aspecto concreto. Por ejemplo, el Profesor Robert E. Hudec ha escrito lo siguiente:

> "El artículo 301 es un laberinto intrincado de disposiciones imperativas, por un lado, y lagunas extremadamente amplias, por el otro. Se necesita un libro de instrucciones para establecer si las órdenes imperativas que aparezcan en una parte lograrán efectivamente su objetivo final sin pasar al menos por un punto donde existe una vía

> de escape facultativa. Aun con ayuda de ese libro de instrucciones, no se puede predecir el resultado real."[57]

4.39 Las Comunidades Europeas indican también que el Profesor John H. Jackson testificó ante el Comité de Relaciones Exteriores del Senado lo siguiente:

> "Aunque se puedan interpretar de diversas formas plausibles las disposiciones del artículo 301 de forma que atribuyan al Presidente la capacidad discrecional necesaria para actuar de forma compatible con las normas de solución de diferencias de la Ronda Uruguay, en algunos casos, especialmente en lo que respecta al artículo 301 (a) (medidas imperativas), las interpretaciones en este sentido son un poco forzadas. Por tanto, sería claramente mejor que se enmendara la Ley para atribuir al Presidente y al USTR, en todos los casos sometidos a ésta, capacidad discrecional para actuar de forma compatible con las obligaciones internacionales de los Estados Unidos."[58]

4.40 Según las Comunidades Europeas, estas observaciones se debieron también a la consideración de que la incertidumbre sobre el posible uso por los Estados Unidos de medidas unilaterales "incompatibles con las normas de solución de diferencias de la Ronda Uruguay" entra en colisión con el objetivo que pretendían los participantes en la Ronda Uruguay cuando acordaron adoptar el ESD; a saber, aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio (párrafo 2 del artículo 3 del ESD). Este objetivo fue confirmado posteriormente por el Órgano de Apelación en el asunto *Comunidades Europeas - Equipo informático* (WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R), en el que afirmaba que la seguridad y la previsibilidad son "uno de los objetos y fines del *Acuerdo sobre la OMC* en general, así como del GATT de 1994".

4.41 En opinión de las Comunidades Europeas, a pesar de estos comentarios y sugerencias fundadas de eminentes juristas, conocedores del derecho mercantil internacional, la ley fue adoptada sin enmiendas.

4.42 Las Comunidades Europeas señalan que no cabe sorprenderse por este hecho si se considera la historia legislativa de la Ley de Comercio Exterior de 1988, que es el origen concreto de la redacción actual del artículo 301 (medidas imperativas). Durante las audiencias del Comité de Hacienda del Senado, 100º período de sesiones del Congreso, 1ª sesión, Robert Strauss, antiguo USTR Extraordinario, mantuvo el siguiente diálogo con el Senador Bob Packwood, Presidente del Comité, según las actas:

> Senador Packwood: "¿Cree usted que la ley [en proyecto] que estamos examinando debería exigir imperativamente medidas de retorsión?"
>
> Sr. Strauss: "Bueno, me plantea algunas dudas exigir medidas de retorsión imperativas […] no quisiera hacer imperativo [el artículo 301]. Pienso en algo intermedio […] [M]ás imperativo sería una elección torpe de palabras".
>
> Senador Packwood: "Pero no ineludible".[59]

---

[57] Robert E. Hudec, Thinking About the New Section 301: Beyond Good and Evil, en: Jagdish Bhagwati and Hugh T. Patrick, coordinadores, *Aggressive Unilateralism. America's 301 Trade Policy and the World Trading System* (Harvester Wheatsheaf, 1990), página 122.

[58] Comité de Relaciones Exteriores del Senado, sesión dedicada a la Organización Mundial del Comercio, 14 de junio de 1994 (testimonio del Profesor John H. Jackson).

[59] Senate Committee on Finance, 100th Congress, 1st session, pt. 1, 44-45.

A lo largo del debate del Senado sobre las medidas de retorsión imperativas se hizo frecuentemente referencia a esta opinión sobre "hacer imperativas las medidas de retorsión pero no ineludibles".

4.43 Por tanto, las Comunidades Europeas concluyen que todo indica que la aparente confusión de los artículos 301 a 310 no es más que una política deliberada. De hecho, las Comunidades Europeas están convencidas de que los Estados Unidos, al mantener en sus compilaciones de leyes una legislación que en su sentido inmediato y en su intención obliga a formular determinaciones y a adoptar medidas unilaterales en contradicción con las obligaciones que corresponden a los Estados Unidos en virtud del ESD y del GATT, ponen en práctica una política deliberada que tiene un doble objetivo, y que podría denominarse el "efecto de espada de Damocles".

4.44 Las Comunidades Europeas afirman además que, por un lado, la simple existencia de los artículos 301 a 310, con su mezcla de disposiciones claramente imperativas e incompatibles con el ESD y de excepciones tortuosas intercaladas, crea un clima de incertidumbre legal que provoca por sí mismo efectos comerciales inmediatos y muy concretos.

4.45 Las Comunidades Europeas sostienen que la constante amenaza, en concreto, de imposición de medidas unilaterales tiene influencia sobre el comportamiento y las decisiones de los operadores económicos. En la práctica, el hecho de que se presente una solicitud o la simple publicación en el *Federal Register* de un anuncio de la iniciación de una investigación, en el contexto concreto de las disposiciones de los artículos 301 a 310 y de su interpretación, conocida públicamente, por la Administración y el Congreso de los Estados Unidos, genera unos efectos comerciales "paralizadores" que pueden oscilar entre la desaceleración de las importaciones de productos y una paralización más radical del comercio bilateral con los Estados Unidos de esos productos. La evolución reciente de la diferencia sobre los bananos, caso en el que se han adoptado medidas de retorsión que han paralizado el comercio de algunos productos concretos no relacionados con los bananos cuando todavía no ha concluido el procedimiento de autorización de la suspensión de concesiones en el marco de la OMC, demuestra lo que puede suceder a prácticamente cualquier operador mercantil una vez que venzan en una determinada diferencia los plazos fijados unilateralmente en los artículos 301 a 310.

4.46 Para las Comunidades Europeas, por otra parte, el texto actual y el propósito de los artículos 301 a 310 son utilizados por los Estados Unidos como instrumento "de negociación" con el fin de obtener concesiones comerciales de sus interlocutores que éstos no estarían obligados a otorgar de conformidad con las normas de la OMC, amenazándolos con la infracción de los compromisos que los Estados Unidos han asumido de conformidad con las normas de la OMC. Cualquiera que sea la opinión sobre la legitimidad de este tipo de medidas al margen de la OMC, lo cierto es que ya no son aceptables en el marco del sistema de la OMC, que fue establecido sobre las bases del multilateralismo, la igualdad y el derecho.

4.47 Las Comunidades Europeas alegan que el efecto de espada de Damocles, por consiguiente, es muy real. Las Comunidades Europeas remiten al Grupo Especial no sólo a su propia experiencia sino también a los casos descritos en las comunicaciones de terceros que han presentado prácticamente todos los interlocutores comerciales más importantes de los Estados Unidos.

4.48 Las Comunidades Europeas alegan que el Canadá; Corea; Hong Kong, China; la India; el Japón y el Brasil han insistido, todos, en el efecto de espada de Damocles, que experimentaron por sí mismos aun después de la conclusión de la Ronda Uruguay, y que todos ellos coinciden con las Comunidades Europeas en indicar al Grupo Especial los efectos inaceptables de esta legislación sobre la seguridad y previsibilidad del comercio internacional.

4.49 **En respuesta, los Estados Unidos alegan** que las Comunidades Europeas, ante la necesidad de encontrar un fundamento jurídico que justifique lo que en esencia es un caso político, se han visto obligadas a recurrir a suposiciones falsas, especulaciones y errores de cálculo. Semejante

planteamiento sería fatal para cualquier parte reclamante que tratara de hacer frente a la carga de la prueba, y el presente caso no es una excepción.

4.50 En opinión de los Estados Unidos, las Comunidades Europeas alegan que los artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974, en una lectura inmediata, obligan a los Estados Unidos a incumplir las obligaciones que les corresponden en el marco de la OMC. Las Comunidades Europeas no denuncian ninguna aplicación concreta de esta legislación. Al contrario, alegan que esta legislación, por sus propios términos "no permite a los Estados Unidos cumplir las normas del ESD y respetar las obligaciones establecidas en el GATT de 1994" debido a los plazos que establece.

4.51 Los Estados Unidos sostienen que resulta fácil entender los términos de los artículos 301 a 310, que pueden compararse fácilmente con las prescripciones del artículo 23 del ESD. Los artículos 301 a 310 no impiden que los Estados Unidos respeten punto por punto las prescripciones del ESD. Esta legislación atribuye al USTR un amplio margen de discreción para utilizar y respetar los procedimientos multilaterales de solución de diferencias en todos los casos. Los Estados Unidos señalan que las Comunidades Europeas citan, con aprobación, la conclusión del Profesor Hudec de que el artículo 301 incluye unas "lagunas extremadamente amplias", que agranda todavía más el hecho de que el artículo 301 prevé un amplio margen de capacidad discrecional. Las Comunidades Europeas no pueden presuponer que el USTR hará uso de esta capacidad discrecional de forma incompatible con la OMC y tampoco presuponer que no existen elementos discrecionales en la ley para fundamentar su caso. Las Comunidades Europeas han asumido la carga de demostrar que los artículos 301 a 310 obligan a infringir las normas de la OMC, y no lo han logrado.

4.52 Los Estados Unidos explican que, como dejaron claro las Comunidades Europeas, este caso no exige al Grupo Especial que examine si las medidas adoptadas por ambas partes con motivo del caso *Bananos* eran compatibles con sus obligaciones en el marco de la OMC. No obstante, el motivo por el que se planteó este caso es que las Comunidades Europeas se encontraron en la situación de no haber cumplido las resoluciones y recomendaciones del OSD sobre este asunto. La reacción de las Comunidades Europeas frente a esta situación fue la siguiente: plantear este caso. Los funcionarios de las Comunidades Europeas han intentado de forma pública y notoria presentar el caso *Bananos* como un caso de unilateralismo de los Estados Unidos y han declarado que una reclamación contra el artículo 301 era la respuesta adecuada. En otras palabras, las Comunidades Europeas decidieron plantear un caso político para distraer la atención y desviarla de ellas.

4.53 Los Estados Unidos alegan que, a pesar de sus orígenes políticos, no debe permitirse que este caso se centre en la política, sino en el derecho. La cuestión sometida al Grupo Especial no es si los artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974 son populares o aconsejables. Al contrario, se trata de establecer si las Comunidades Europeas han demostrado que esta legislación "no permite" a los Estados Unidos cumplir las normas del ESD, como afirman las Comunidades Europeas en su solicitud de establecimiento de un grupo especial.

4.54 En opinión de los Estados Unidos, las Comunidades Europeas han planteado un caso político y están a la búsqueda de una argumentación jurídica. Es evidente que la búsqueda continúa. Tras haber argumentado sin éxito que los artículos 301 a 310 obligan a cometer infracciones del artículo 23 del ESD basándose para ello en una comparación de los calendarios de la legislación y del ESD, las Comunidades Europeas alegan ahora que los plazos del ESD no tienen trascendencia. Es más, las Comunidades Europeas aparentemente alegan que las obligaciones que establecen textualmente el ESD y el Acuerdo sobre la OMC no tienen trascendencia. En cambio, las Comunidades Europeas proponen un "nuevo entorno jurídico", en el que algunas leyes facultativas podrán ser consideradas imperativas y podrá constatarse que infringen una obligación no expresa e inexistente de evitar la "incertidumbre". El planteamiento de las Comunidades Europeas en el presente caso se debe a su deseo de lograr un resultado concreto aun al precio de renunciar a un razonamiento jurídico sensato. Este planteamiento pone de manifiesto el hecho de que su objetivo es político y sus razonamientos jurídicos carecen de valor.

4.55 Los Estados Unidos sostienen que el principal objetivo de las Comunidades Europeas en este procedimiento, y su forma de plantearlo, quedan de manifiesto en estas dos afirmaciones que figuran en las respuestas de las Comunidades Europeas a las preguntas del Grupo Especial:

> "Es cierto que el apartado a) del párrafo 2 del artículo 23 del ESD se redactó teniendo presentes los artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974. Esto significa, por supuesto, que los participantes en la Ronda Uruguay tenían también presente la amenaza a la seguridad y previsibilidad de las relaciones comerciales internacionales que suponía el texto de la Ley de Comercio Exterior en su redacción de 1988. Por consiguiente, tenían presente la necesidad de introducir en los términos de los acuerdos abarcados lo que constituía el segundo elemento de lo que las Comunidades Europeas propusieron denominar el "pacto de Marrakech" en su declaración oral de 29 de junio.
>
> Si una ley obliga en todos los casos a formular una determinación *acerca de si* se ha producido una infracción de las normas de la OMC obliga también, por tanto, a determinar en ciertos casos *que* se ha producido una infracción de las normas de la OMC. Por consiguiente, esa ley obliga a formular determinaciones que son incompatibles con el artículo 23."

4.56 Según los Estados Unidos, la primera cita pone de manifiesto la opinión de las Comunidades Europeas sobre la finalidad del artículo 23 del ESD: se trata de un instrumento para atacar a los artículos 301 a 310. Sin embargo, el propósito de las Comunidades Europeas de utilizar el artículo 23 del ESD contra los artículos 301 a 310 se ha estrellado con el hecho de que esta legislación no obliga a infringir el artículo 23 del ESD ni ninguna otra obligación asumida en el marco de la OMC. Las propias Comunidades Europeas citan las conclusiones de los profesores Jackson y Hudec, según los cuales "se pueden interpretar de diversas formas plausibles las disposiciones del artículo 301 de forma que atribuyan al Presidente la capacidad discrecional necesaria para actuar de forma compatible con las normas de solución de diferencias de la Ronda Uruguay" y el artículo 301 contiene "lagunas extremadamente amplias". De conformidad con el principio establecido de que la legislación facultativa no es incompatible con la OMC si permite medidas compatibles con la OMC, no se puede constatar que los artículos 301 a 310 son incompatibles con el artículo 23 del ESD ya que dichos artículos prevén la capacidad discrecional necesaria para que los Estados Unidos puedan respetar las normas y procedimientos del ESD en todos y cada uno de los casos.

4.57 Los Estados Unidos opinan que la respuesta de las Comunidades Europeas a esta situación ha sido desarrollar una definición innovadora e insostenible del término "imperativa", como pone de manifiesto la segunda cita, y crear de la nada unas obligaciones en el marco de la OMC, centradas en la "seguridad y previsibilidad", cuando no se puede forzar el texto del Acuerdo sobre la OMC, incluido el ESD, para que las Comunidades Europeas logren sus objetivos políticos. Las Comunidades Europeas, que aparentemente no quieren ir tan lejos como Hong Kong y prescindir de la distinción entre legislación imperativa y legislación facultativa, sostienen ahora que el Grupo Especial debe desconocer la clara y continua distinción entre medidas facultativas y medidas imperativas que establecen todos y cada uno de los informes de los grupos especiales del GATT y de la OMC que abordaron la cuestión, y en cambio debe redefinir el término "imperativa" para incluir a las leyes que *podrían* "en ciertos casos" ser aplicadas de forma que se infrinjael artículo 23 del ESD. Las Comunidades Europeas piden además que el Grupo Especial constate que evitar la "incertidumbre" y asegurar la "seguridad y previsibilidad" no sólo son objetivos de la OMC y el ESD, sino obligaciones, o en caso contrario que el Grupo Especial acepte una interpretación del artículo 23 del ESD y del párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC que contradice el texto efectivo de esas disposiciones.

4.58 Los Estados Unidos afirman que el Grupo Especial tiene que rechazar estas peticiones. Las Comunidades Europeas no han asumido sus cargas en esta diferencia ni con respecto al derecho ni

con respecto a los hechos. Está claro que sigue siendo aplicable la norma que distingue entre legislación imperativa y legislación facultativa lo mismo que está claro el sentido corriente del texto del artículo 23 del ESD y del párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC. También está claro que los artículos 301 a 310 ofrecen al USTR una capacidad discrecional más que adecuada para cumplir el artículo 23 del ESD y demás obligaciones de la OMC en todos los casos. El artículo 304 permite al USTR basar sus determinaciones en todos los casos en las constataciones adoptadas de los grupos especiales y del Órgano de Apelación. Y el artículo 306 permite al USTR, en todos los casos, pedir y recibir autorización del OSD para suspender concesiones de conformidad con el artículo 22 del ESD. Como observa correctamente el Japón, "las leyes no son incompatibles con las normas de la OMC cuando […] se reconoce capacidad discrecional [para cumplir las obligaciones de la OMC] a los administradores a través de las propias leyes". Los artículos 301 a 310, por tanto, son compatibles con el artículo 23 del ESD, el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC y los artículos I, II, III, VIII y XI del GATT de 1994.

4.59 Los Estados Unidos alegan, con respecto al párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC, que es importante reconocer que una medida ha de incumplir primero algún otro compromiso de la OMC para infringir el párrafo 4 del artículo XVI. El sentido corriente del texto de esa disposición así lo aclara: "Cada Miembro se asegurará de la conformidad de sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos con las obligaciones que le impongan los Acuerdos anexos". Si esas leyes, reglamentos y procedimientos administrativos responden a las obligaciones dimanantes de los acuerdos anexos, incluyendo el ESD, no hay transgresión del párrafo 4 del artículo XVI. Las Comunidades Europeas no pueden suponer, para constatar que se infringe el párrafo 4 del artículo XVI, que los artículos 301 a 310 infringen el ESD.

4.60 Los Estados Unidos afirman que, en último extremo, el análisis jurídico de si los artículos 301 a 310 son compatibles con las obligaciones que corresponden a los Estados Unidos en el marco de la OMC debe centrarse en el texto de las disposiciones de las que derivan esas obligaciones. Debe centrarse en el texto del Acuerdo. No en objetivos, ni tampoco en supuestos pactos, inventados tan recientemente que ha tenido que "proponerse" su denominación. Los derechos y obligaciones de los Miembros de la Organización Mundial del Comercio se encuentran en el texto de los acuerdos que negociaron. Este texto refleja mejor que cualquier comentario de un Miembro los objetivos y fines de todos los Miembros cuando los negociaron. El análisis del Grupo Especial debe empezar y terminar en el texto.

4.61 Los Estados Unidos alegan que la cuestión que se dirime en esta diferencia, y la única cuestión, es si los artículos 301 a 310 obligan a los Estados Unidos a incumplir las obligaciones concretas de la OMC que establecen los textos del artículo 23 del ESD, el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC y los artículos I, II, III, VIII y XI del GATT de 1994. La respuesta a esta cuestión es no, y la única vía que tienen a su alcance las Comunidades Europeas para lograr el resultado político deseado por ellas es presuponer la mala fe de otro Miembro de la OMC. Lo que no pueden hacer.

4.62 Los Estados Unidos alegan además que si alguna vez ha habido un caso que subraya la importancia del imperio de la ley, tal caso es el presente. La ley protege por igual tanto al débil como al fuerte. Protege por igual al pequeño y al grande. Protege por igual al popular y al impopular. Aunque hay casos en los que los pequeños y débiles agradecen los límites que impone a los poderosos, hay otros casos en los que la ley ofrece cobijo a los impopulares, sea cual sea su tamaño, cuando no han hecho nada malo. Los Estados Unidos saben que los artículos 301 a 310 no son populares. Pero la OMC y el ESD no son un mazo que se pueda utilizar en un concurso de popularidad contra otro Miembro. Si hay que suponer que protegen al débil, también tienen que proteger al fuerte frente a ataques no contra lo que han hecho, sino contra quiénes son. Y una ley no representa ningún mal a no ser que obligue a las autoridades a incumplir las obligaciones que les corresponden en el marco de la OMC.

4.63 Según los Estados Unidos, en la OMC, la ley, es decir, las disposiciones sustantivas del Acuerdo sobre la OMC y sus anexos, aplicada a través de las disposiciones del sistema de solución de diferencias, aporta seguridad y previsibilidad a todos los Miembros de la OMC. Esa seguridad y esa previsibilidad se asientan firmemente en un tipo de análisis jurídico que se centra ante todo y sobre todo en el texto del Acuerdo, porque eso es lo que los Miembros han convenido. Se trata del texto que han firmado; es el texto que sometieron a sus poderes legislativos, para ser aprobados por los representantes del pueblo. Los Miembros defendían en la negociación del texto una serie de objetivos y fines, alguno de los cuales son enumerados expresamente en el texto, aunque otros no lo sean. En ambos casos, sin embargo, esos objetivos y fines están reflejados en el texto del propio acuerdo. No puede haber seguridad y previsibilidad en el sistema multilateral de comercio si las normas expresas que los Miembros han acordado pueden ser ignoradas para recurrir a un tipo de análisis movido por el deseo de lograr un resultado concreto. La ley tiene que aplicarse por igual a todos y en todos los casos.

4.64. Los Estados Unidos señalan que, de acuerdo con el mandato del Grupo Especial, la presente diferencia no se debe a algo que hayan hecho los Estados Unidos. Por eso, no es correcto especular acerca de lo que podrían hacer los Estados Unidos, como tampoco sería correcto que los Estados Unidos plantearan un caso basado en la especulación de que otro Miembro no actuará de conformidad con sus obligaciones. La única posibilidad de que un grupo especial pueda resolver sobre lo que un Miembro podría hacer en el futuro es que la ley de ese Miembro le obligara a hacerlo. No puede presuponerse que no cumplirá sus obligaciones internacionales formales si se encuentra en condiciones de hacerlo. Sólo cuando un Miembro ha traspasado la frontera, promulgando una ley que no permite el cumplimiento de sus obligaciones internacionales, habrá dado origen a una situación en la que los demás Miembros tienen un fundamento legítimo y no especulativo para presuponer que otro Miembro no cumplirá sus obligaciones internacionales. Sólo en ese caso encontrarán esos Miembros la seguridad y previsibilidad de su comercio amenazadas de una forma diferenciable de la inseguridad permanente acerca de si otros Miembros cumplirán sus obligaciones.

4.65 Los Estados Unidos sostienen que, como estaba claro desde el primer momento, los artículos 301 a 310 permiten al USTR cumplir plenamente las obligaciones que impone a los Estados Unidos el Acuerdo sobre la OMC y sus anexos. Esa Ley no obliga al USTR a incumplir las obligaciones que corresponden a los Estados Unidos en el marco de la OMC. Esa Ley no incumple ninguna de estas obligaciones por su simple existencia. Los esfuerzos transparentes de las Comunidades Europeas por convertir este procedimiento en un foro donde atacar políticamente la política comercial de los Estados Unidos sólo ponen de manifiesto el vacío absoluto sobre el que se centran sus fundamentos jurídicos. No tienen ningún fundamento jurídico. El Grupo Especial tiene que constatar que las Comunidades Europeas no han demostrado, como les correspondía, que los artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974 son incompatibles con el artículo 23 del ESD, el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC y los artículos I, II, III, VIII y XI del GATT de 1994, y que los artículos 301 a 310, por consiguiente, no son incompatibles con estas obligaciones.

B. DISPOSICIONES DE LA OMC EN CUESTIÓN - PÁRRAFOS 2 A) Y C) DEL ARTÍCULO 23 DEL ESD

4.66 **Las Comunidades Europeas señalan** que las partes pertinentes del artículo 23 del ESD en este procedimiento son las siguientes:

> "1. 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.

> 2. En tales casos, los Miembros:
>
> a) no formularán una determinación de que se ha producido una infracción, se han anulado o menoscabado ventajas o se ha comprometido el cumplimiento de uno de los objetivos de los acuerdos abarcados, excepto mediante el recurso a la solución de diferencias de conformidad con las normas y procedimientos del presente Entendimiento, y formularán tal determinación de forma coherente con las constataciones que figuren en el informe del grupo especial o del Órgano de Apelación, adoptado por el OSD, o en el laudo arbitral dictado con arreglo al presente Entendimiento;
>
> […]
>
> c) seguirán los procedimientos establecidos en el artículo 22 para determinar el nivel de suspensión de las concesiones u otras obligaciones y para obtener autorización del OSD, de conformidad con esos procedimientos, antes de suspender concesiones u otras obligaciones resultantes de los acuerdos abarcados en el caso de que el Miembro afectado no haya aplicado las recomendaciones y resoluciones dentro de ese plazo prudencial."

4.67 Las Comunidades Europeas alegan que estas disposiciones obligan claramente a los Estados Unidos a abstenerse de determinar unilateralmente si otro Miembro ha negado derechos o beneficios que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo de la OMC y si se han cumplido las resoluciones y recomendaciones del OSD. Tampoco deja ninguna duda acerca de que sólo pueden suspenderse obligaciones dimanantes del GATT y del AGCS en respuesta al incumplimiento de resoluciones y recomendaciones del OSD si éste concede una autorización al respecto.

4.68 **Los Estados Unidos observan** que el apartado a) del párrafo 2 del artículo 23 establece que los Miembros:

> "no formularán una determinación de que se ha producido una infracción, se han anulado o menoscabado ventajas o se ha comprometido el cumplimiento de uno de los objetivos de los acuerdos abarcados, excepto mediante el recurso a la solución de diferencias de conformidad con las normas y procedimientos del presente Entendimiento, y formularán tal determinación de forma coherente con las constataciones que figuren en el informe del grupo especial o del Órgano de Apelación, adoptado por el OSD, o en el laudo arbitral dictado con arreglo al presente Entendimiento."

4.69 Los Estados Unidos alegan que, por consiguiente, para que haya una infracción de este apartado: 1) tiene que haber una determinación de que se ha producido una infracción de un acuerdo de la OMC; y 2) esa determinación no ha de ser compatible con las constataciones de un informe de un grupo especial o del Órgano de Apelación adoptadas por el OSD o con un laudo arbitral dictado de conformidad con el ESD. Las Comunidades Europeas, teniendo en cuenta que no han alegado, en el presente caso, que una determinación concreta de los Estados Unidos infringe las disposiciones del párrafo 2 a) del artículo 23, tienen que demostrar que, de conformidad con los artículos 301 a 310, el USTR está obligado a formular una determinación de infracción, y hacerlo de forma incompatible con las constataciones de un grupo especial o del Órgano de Apelación adoptadas por el OSD.

4.70 Los Estados Unidos afirman que el párrafo 2 c) del artículo 23 requiere que los Miembros sigan "los procedimientos establecidos en el artículo 22 para determinar el nivel de suspensión de las concesiones u otras obligaciones y para obtener autorización del OSD, de conformidad con esos procedimientos, antes de suspender concesiones u otras obligaciones" en los casos en que un Miembro no haya aplicado las recomendaciones y resoluciones del OSD. Reiteramos que no se ha

sometido a este Grupo Especial un asunto en el que se plantee efectivamente la suspensión de concesiones. Por lo tanto, no es posible determinar si los Estados Unidos han cumplido efectivamente los requisitos del artículo 22 en un asunto concreto. Por consiguiente, la única cuestión es si el artículo 306 (b) ordena al USTR que no siga los procedimientos establecidos en el artículo 22 o que suspenda concesiones sin la autorización del OSD. Los Estados Unidos señalan que nada en el artículo 306 (b) o en el artículo 305 (a) impide que el USTR cumpla estrictamente los procedimientos establecidos en el artículo 22, con inclusión de la autorización del OSD.

4.71 **Las Comunidades Europeas añaden** que el derecho internacional consuetudinario reconoce que las partes en un tratado roto por otra parte pueden suspender recíprocamente obligaciones proporcionales derivadas del tratado.[60] Sin embargo, también reconoce que este derecho sólo puede ejercerse de conformidad con las disposiciones del tratado que sean aplicables en caso de infracción.[61]

4.72 Las Comunidades Europeas sostienen que los artículos XXII y XXIII del GATT de 1947 eran disposiciones de ese tipo. Clair Wilcox, que participó en la redacción de la Carta de La Habana para una Organización Internacional de Comercio (OIC), de la que derivaron aquellas disposiciones, explicó su razón de ser del siguiente modo:

> "Hemos establecido un nuevo principio de las relaciones económicas internacionales. Hemos pedido a las naciones del mundo que confieran a una organización internacional el derecho a limitar sus facultades de retorsión. Hemos intentado someterla a la fiscalización internacional, hemos intentado limitar su alcance y su expansión, para que deje de ser un arma de guerra económica y se convierta en un instrumento del orden internacional."[62]

4.73 Las Comunidades Europeas afirman que esta idea quedó vigorosamente expresada en el artículo 92 de la Carta de La Habana:

> "Recurso a los procedimientos previstos en esta Carta
>
> 1. Los Miembros se comprometen a no recurrir, en sus relaciones con los demás Miembros y con la Organización, a procedimiento alguno distinto de los prescritos en la presente Carta en lo referente a las quejas y a la solución de las controversias que surjan de la aplicación de la Carta.
>
> 2. Los Miembros se comprometen, asimismo, sin perjuicio de cualquier otro convenio internacional, a no recurrir a medidas económicas unilaterales de ninguna clase contrarias a las disposiciones de la presente Carta".

4.74 Según las Comunidades Europeas, el derecho internacional consuetudinario reconoce también que un cambio fundamental en las circunstancias que no fue previsto por las partes en un tratado puede ser invocado, en determinadas circunstancias, como causa para dar por terminado el tratado o retirarse de él.[63] Sin embargo, el derecho de una parte a adoptar esta medida sólo puede ejercerse en principio con respecto a la totalidad del tratado.[64] El derecho internacional consuetudinario no

[60] Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, párrafo 1 del artículo 60.

[61] *Ibid*., párrafo 4 del artículo 60.

[62] Documento E/PC/T/A/PV6 de las Naciones Unidas, página 4.

[63] Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículo 62.

[64] *Ibid*., artículo 44.

capacita a las partes en un tratado para cumplir sus obligaciones de forma selectiva alegando como causa que el equilibrio de intereses que representa el tratado se ha alterado en perjuicio suyo.

4.75 Las Comunidades Europeas alegan que los Estados Unidos, en lo que respecta al GATT de 1947, no se consideraron obligados a no adoptar medidas unilaterales restrictivas del comercio.[65] En su opinión, las medidas unilaterales estaban justificadas porque los procedimientos de solución de diferencias del artículo XXIII se basaban en el consenso y, por consiguiente, la aprobación de la suspensión de obligaciones por una parte contratante como respuesta al incumplimiento de las suyas por otra parte contratante podía ser bloqueada por la parte demandada.

4.76 En opinión de las Comunidades Europeas, los Estados Unidos tampoco se consideraron vinculados por el principio incondicional de la nación más favorecida del GATT de 1947 porque permitía que las partes contratantes obtuvieran los beneficios de los compromisos de acceso al mercado o de las nuevas normas que se negociaran aunque no hubieran contribuido a los esfuerzos de liberalización o aceptado las nuevas normas.

4.77 Según las Comunidades Europeas, los Estados Unidos consideraban que estas características del GATT de 1947 justificaban que se recurriera a medidas comerciales unilaterales incompatibles con el GATT siempre que los mecanismos del GATT no produjeran unos resultados acordes con sus expectativas. En 1989, durante una sesión extraordinaria del Consejo de Representantes del GATT dedicada a las medidas unilaterales, los Estados Unidos explicaron lo siguiente:

> "Siempre que puedan, los Estados Unidos se opondrán a las prácticas desleales recurriendo a las disposiciones sobre solución de diferencias del Acuerdo General o de los Acuerdos de la Ronda de Tokio, pero cuando otras partes contratantes impidan o dificulten ese proceso o paralicen los esfuerzos dirigidos a conseguir que sus prácticas se ajusten a las disciplinas multilaterales, los Estados Unidos actuarán para proteger sus intereses. Si esta medida se considera unilateral, hay que reconocer, no obstante, que es una respuesta perfectamente justificable, exigida por la ineficacia de los esfuerzos bilaterales o multilaterales para resolver el problema. La mejor forma de reducir al mínimo o evitar el unilateralismo es crear un sistema multilateral fiable, reforzando el sistema existente."[66]

4.78 Las Comunidades Europeas alegan además que la Ronda Uruguay terminó con un sistema multilateral considerablemente reformado:

a) se eliminó la posibilidad de bloquear los procedimientos de solución de diferencias;

b) los resultados de la Ronda Uruguay fueron adoptados como un "todo único" que sustituía al GATT de 1947. Esto garantizaba que, a pesar de las disposiciones sobre el trato de la nación más favorecida del GATT de 1947, sólo los países que aceptaran las obligaciones adicionales recibirían los derechos correspondientes;

c) como resultado, todos los Miembros de la OMC están ahora obligados por acuerdos similares a los Códigos de la Ronda de Tokio, y han quedado sometidas a normas exigibles las principales áreas que los Estados Unidos

[65]Véase la Declaración de Acción Administrativa, *op. cit.*.

[66]Documento C/163, de 16 de marzo de 1989, del GATT, página 4.

> consideraban ausentes en el GATT de 1947, es decir, la protección de los derechos de propiedad intelectual y el comercio de servicios.

4.79 Las Comunidades Europeas sostienen que, como contrapartida, los Estados Unidos aceptaron las obligaciones del artículo 23 del ESD, cuya cláusula introductoria dice 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."

4.80 Las Comunidades Europeas consideran que esta disposición es una de las piedras angulares del sistema multilateral de comercio. La seguridad y previsibilidad de las relaciones comerciales internacionales son inconcebibles a no ser que todos y cada uno de los Miembros de la OMC sometan escrupulosamente todas las diferencias comerciales a los procedimientos del ESD.

4.81 Según las Comunidades Europeas, si los Miembros se toman la justicia por su mano e imponen unilateralmente sus propias opiniones sobre los derechos que les corresponden en el marco de la OMC, amenazando con adoptar medidas que incumplen sus obligaciones, o adoptándolas, se corre el riesgo de provocar una espiral de medidas de retorsión que pondrían en peligro los resultados de medio siglo de negociaciones comerciales.

C. CUESTIONES RELACIONADAS CON LA PRUEBA Y OTRAS CUESTIONES

1. Carga de la prueba y constataciones de hechos sobre la legislación interna

4.82 **Las Comunidades Europeas** alegan que, según la decisión del Órgano de Apelación en el caso *Estados Unidos - Medida que afecta a las importaciones de camisas y blusas de tejidos de lana procedentes de la India,*

> "El fundamento del sistema de solución de diferencias previsto en el artículo XXIII del GATT de 1994 es dar seguridad a los Miembros acerca de las ventajas resultantes para ellos directa o indirectamente del GATT de 1994. Lo mismo cabe decir del sistema de solución de diferencias previsto en el GATT de 1947. Si cualquier Miembro considera que sus ventajas se hallan anuladas o menoscabadas como resultado de las circunstancias previstas en el artículo XXIII, es posible recurrir al sistema de solución de diferencias. Con respecto a las reclamaciones por incumplimiento de obligaciones al amparo del párrafo 1) a) del artículo XXIII del GATT de 1994, en el párrafo 8 del artículo 3 del *ESD* se codifica la práctica anterior del GATT de 1947:
>
> > 'En los casos de incumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de un acuerdo abarcado, se presume que la medida constituye un caso de anulación o menoscabo. Esto significa que normalmente existe la presunción de que toda transgresión de las normas tiene efectos desfavorables para otros Miembros que sean partes en el Acuerdo abarcado, y en tal caso corresponderá al Miembro contra el que se haya presentado la reclamación refutar la acusación.'
>
> El párrafo 8 del artículo 3 del *ESD* establece que en los casos de incumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de un acuerdo abarcado -esto es, en los casos en que se ha establecido una transgresión- se presume la anulación o menoscabo. En esa disposición se explica a continuación que corresponderá "al Miembro contra el que se

> haya presentado la reclamación" refutar la acusación. Sin embargo, la cuestión que se plantea en el caso presente no es lo que ocurre después de que se ha establecido la existencia de una transgresión, sino a cuál de las partes incumbe demostrar en primer lugar que ha existido o no una transgresión. …
>
> Al abordar esta cuestión, encontramos que es verdaderamente difícil concebir que ningún sistema de solución judicial de diferencias pueda funcionar si acoge la idea de que la mera afirmación de una alegación puede equivaler a una prueba. Por consiguiente, no resulta sorprendente que diversos tribunales internacionales, incluida la Corte Internacional de Justicia, hayan aceptado y aplicado de forma general y concordante la norma según la cual la parte que alega un hecho -sea el demandante o el demandado- debe aportar la prueba correspondiente. Además, es una regla de prueba generalmente aceptada en los ordenamientos jurídicos de tradición romanista, en el common law y, de hecho, en la mayor parte de las jurisdicciones, que la carga de la prueba incumbe a la parte, sea el demandante o el demandado, que afirma una determinada reclamación o defensa. Si esa parte presenta pruebas suficientes para fundar la presunción de que su reclamación es legítima, la carga de la prueba se desplaza a la otra parte, que deberá aportar pruebas suficientes para refutar la presunción."[67]

4.83 Las Comunidades Europeas consideran que, en el caso *India - Patentes (EE.UU.)*, el Órgano de Apelación perfiló todavía más la decisión fundamental antes mencionada al abordar la cuestión concreta que planteaba la capacidad de los grupos especiales y el Órgano de Apelación para interpretar la legislación municipal de la India (es decir, una legislación interna de un Miembro) en los siguientes términos:

> "En derecho internacional público, un tribunal internacional puede tratar la ley interna de varias maneras. La ley interna puede servir de prueba de hechos y puede proporcionar pruebas de la práctica del Estado. Sin embargo, la ley interna puede también constituir una prueba de cumplimiento o incumplimiento de obligaciones internacionales. Por ejemplo, en el caso *Determinados intereses alemanes en la alta Silesia polaca*, la Corte Permanente de Justicia Internacional observó que:
>
> > Puede preguntarse si no plantea una dificultad el hecho de que la Corte haya de ocuparse de la ley polaca de 14 de julio de 1920. Sin embargo, tal no parece ser el caso. Desde el punto de vista del derecho internacional y de la Corte que es su órgano, las leyes internas son meros hechos que expresan la voluntad y constituyen las actividades de los Estados, de la misma manera que las decisiones legales y las medidas administrativas. *Ciertamente no incumbe a la Corte interpretar la legislación polaca en cuanto tal; pero nada impide a la Corte emitir un juicio sobre la cuestión de si, al aplicar esa legislación, Polonia actúa en conformidad con las obligaciones que le impone para con Alemania la Convención de Ginebra*. (cursivas del original)
>
> En el caso presente, el Grupo Especial se limitaba a cumplir su cometido al determinar si las "instrucciones administrativas" de la India para la recepción de las solicitudes anticipadas estaban en conformidad con las obligaciones dimanantes para ese país del apartado a) del párrafo 8 del artículo 70 del *Acuerdo sobre los ADPIC*. Es claro que para determinar si la India ha cumplido las obligaciones que le impone

[67] WT/DS33/AB/R, capítulo IV, páginas 15 y siguientes.

> ese apartado es esencial un examen de los aspectos pertinentes de la legislación interna de la India y, en particular, de las disposiciones pertinentes de la Ley de Patentes en cuanto guardan relación con las "instrucciones administrativas". Sencillamente, el Grupo Especial no tenía modo alguno de determinarlo sin hacer un examen de la legislación de la India. Sin embargo, como en el caso antes citado que se presentó ante la Corte Permanente de Justicia Internacional, en el caso presente el Grupo Especial no estaba interpretando la ley de la India "en cuanto tal"; más bien examinaba la legislación india exclusivamente a efectos de determinar si la India había cumplido sus obligaciones dimanantes del *Acuerdo sobre los ADPIC*. Decir que el Grupo Especial debía haber hecho algo distinto equivaldría a afirmar que sólo la India puede evaluar si la legislación india es compatible con las obligaciones que impone a este país el *Acuerdo sobre la OMC*. Es claro que esto no puede ser así."

4.84 En opinión de las Comunidades Europeas, el Órgano de Apelación añadió de forma más concreta sobre la cuestión de cuál de las partes tenía que soportar la carga de determinar la interpretación de la legislación interna de la India para valorar su conformidad con el Acuerdo sobre los ADPIC lo siguiente:

> "El Grupo Especial declara lo siguiente:
>
> > 'Como se señala en el Informe del Órgano de Apelación en el caso de las *Camisas y blusas* "una parte que alega la infracción de una disposición del Acuerdo sobre la OMC por otro Miembro debe afirmar y probar su alegación". En el caso presente, son los Estados Unidos quienes alegan una infracción por la India del párrafo 8 del artículo 70 del Acuerdo sobre los ADPIC. Por consiguiente a ellos incumbe presentar pruebas y argumentos jurídicos suficientes para demostrar que la medida de la India es incompatible con las obligaciones adquiridas por este país en virtud del párrafo 8 del artículo 70. En nuestra opinión, los Estados Unidos han presentado eficazmente esas pruebas y argumentos. Entonces, … pasa a la India la carga de presentar pruebas y argumentos para refutar la alegación. No estamos convencidos de que la India haya logrado hacerlo (se han suprimido las notas).'
>
> Esta declaración del Grupo Especial es una calificación jurídicamente correcta del planteamiento de la carga de la prueba que hicimos en el caso *Estados Unidos - Camisas y blusas*. Sin embargo, no basta con que un Grupo Especial enuncie el planteamiento correcto de la carga de la prueba; un grupo especial debe también aplicar correctamente la carga de la prueba. Una lectura cuidadosa de los párrafos 7.35 y 7.37 del Informe del Grupo Especial revela que éste así lo hizo en el caso presente. Esos párrafos muestran que los Estados Unidos presentaron pruebas y argumentos de que las "instrucciones administrativas" de la India referentes a las solicitudes de protección anticipada eran jurídicamente insuficientes para que su aplicación pudiera tener la primacía sobre la de determinadas disposiciones obligatorias de la Ley de Patentes. La India presentó pruebas y argumentos de refutación. La India interpreta erróneamente lo que dijo el Grupo Especial acerca de las "dudas razonables". El Grupo Especial no exigió que los Estados Unidos suscitasen meramente "dudas razonables" para trasladar a la India la carga de la prueba. Más bien, después de exigir debidamente que los Estados Unidos establecieran una presunción y después de haber oído los argumentos y pruebas de refutación de la India, el Grupo Especial llegó a la conclusión de que *él* tenía "dudas razonables" de que las instrucciones administrativas tuvieran primacía sobre la

> legislación obligatoria en caso de que se entablase una acción ante un tribunal de la India."

4.85 Las Comunidades Europeas indican finalmente que en el contexto del procedimiento ante el Grupo Especial que examinó el caso *Argentina - Textiles y prendas de vestir (EE.UU.)*, los Estados Unidos ofrecieron sus opiniones sobre la forma en que debía compartirse la carga de la prueba entre las partes en la diferencia cuando se considerara la interpretación de la legislación interna de un Miembro:

> "Los Estados Unidos sostuvieron que, independentemente del criterio utilizado, las pruebas que habían presentado eran suficientes para establecer una presunción de incumplimiento del artículo II. De hecho, bastaba que el Grupo Especial mirara el texto de las resoluciones y decretos de la Argentina por los que se imponían los derechos específicos que eran objeto de la presente diferencia. … La jurisprudencia anterior del GATT había dejado claro que esta potencialidad, por sí misma, era un argumento suficiente para que el Grupo Especial llegase a la conclusión de que la Argentina había infringido el artículo II.
>
> Los Estados Unidos alegaron también que un grupo especial podía condenar los derechos de importación específicos mínimos aplicados por la Argentina con carácter obligatorio aunque todavía no se estuviesen aplicando."[68]

4.86 Las Comunidades Europeas alegan además que el Grupo Especial que examinó el caso *Argentina - Textiles y prendas de vestir (EE.UU.)* evaluó la situación jurídica del siguiente modo:

> "Consideramos que cuando el Órgano de Apelación se refiere a la obligación de la parte reclamante de presentar pruebas suficientes para establecer una "presunción", se refiere a dos aspectos: al aspecto procesal, es decir la obligación del reclamante de presentar primero la prueba, pero también a la naturaleza de la prueba requerida. En el presente caso, consideramos que correspondía a los Estados Unidos establecer la presunción de que la Argentina violó las disposiciones del artículo II del GATT. Luego corresponde a la Argentina aportar pruebas suficientes para refutar dicha presunción. Sin embargo, cuando la Argentina alega una defensa afirmativa específica, tal como la posibilidad de utilizar su procedimiento interno de impugnación para corregir cualquier presunta violación de las normas del GATT, corresponde a la Argentina establecer primero la presunción de que dicho sistema funciona de tal forma que, en realidad, no existe ninguna violación de las normas del GATT/OMC."[69]

4.87 En opinión de las Comunidades Europeas, de las citas antes mencionadas de anteriores informes de grupos especiales y del Órgano de Apelación se deduce que, en el caso concreto actual, las Comunidades Europeas tienen que asumir la carga de demostrar la existencia de la legislación interna de los Estados Unidos denunciada (es decir, los artículos 301 a 310). Además, corresponde a las Comunidades Europeas la carga de establecer la existencia de una infracción *prima facie* de las disposiciones de los acuerdos abarcados que invocaron en su solicitud de establecimiento del presente Grupo Especial.

---

[68] Informe del Grupo Especial *Argentina - Medidas que afectan a las importaciones de calzado, textiles, prendas de vestir y otros artículos* ("*Argentina - Textiles y prendas de vestir (EE.UU.)*"), adoptado el 22 de abril de 1998M WT/DS56/R, párrafos 3.199 y 3.200.

[69] *Ibid*., párrafo 6.37.

4.88 Las Comunidades Europeas sostienen, pues, que el Órgano de Apelación ha concluido que, aunque los grupos especiales no pueden interpretar la legislación interna en cuanto tal, pueden examinarla para determinar si el Miembro de la OMC ha cumplido sus obligaciones. En caso contrario, como ha resuelto el Órgano de Apelación, sólo el propio demandado podría valorar si su legislación es compatible con sus obligaciones. Es claro que esto no puede ser así. El Órgano de Apelación ha señalado que los grupos especiales del GATT/OMC han realizado exámenes detallados de las legislaciones internas para determinar su conformidad con las obligaciones asumidas en el marco del GATT/OMC. El Órgano de Apelación citaba, como ejemplo[70], el informe del Grupo Especial del GATT que examinó el caso *Estados Unidos - Artículo 337 de la Ley Arancelaria de 1930*[71], el cual realizó un examen detallado de la legislación y la práctica de los Estados Unidos al respecto para determinar si el artículo 337 era compatible con el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1947.

4.89 Las Comunidades Europeas sostienen que, por consiguiente, puede concluirse que los Estados Unidos no pueden pretender válidamente que sólo ellos pueden interpretar sus propias leyes y que el Grupo Especial, por consiguiente, tiene que basarse en la interpretación de los artículos 301 a 310 hecha por los Estados Unidos para determinar si están en conformidad con las normas de la OMC.

4.90 Las Comunidades Europeas sostienen que, teniendo presentes todos estos elementos, resultaría que la interpretación de la carga de la prueba propuesta por los Estados Unidos en el caso *Argentina - Textiles y prendas de vestir (EE.UU.)* constituye una forma adecuada de seguir actuando en el marco de esta diferencia concreta.

4.91 Las Comunidades Europeas alegan, pues, que están obligadas

a) a presentar el texto de las disposiciones pertinentes de los artículos 301 a 310 y

b) a indicar cómo, en su lectura inmediata, su texto está en contradicción con las obligaciones asumidas por los Estados Unidos en el marco de la OMC.

4.92 Según las Comunidades Europeas, han demostrado en concreto y demostrarán más fehacientemente más tarde que el texto de los artículos 301 a 310 obliga a formular determinaciones y adoptar medidas que infringen los artículos 3, 21, 22 y 23 del ESD y, por consiguiente, los artículos I, II, VIII y XI del GATT de 1994; han demostrado y demostrarán más fehacientemente más tarde que los artículos 301 a 310 no constituyen un sólido fundamento legal para que el ejecutivo adopte las medidas necesarias para dar cumplimiento a las obligaciones que corresponden a los Estados Unidos en el marco de la OMC, violando así el principio de aplicación de buena fe plasmado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y el párrafo 2 del artículo 3 del ESD; por último, han demostrado y demostrarán más fehacientemente más tarde que el texto, la estructura, el diseño y la arquitectura de los artículos 301 a 310 dan origen a una pauta en la práctica del ejecutivo que socava los objetivos sustanciales de la OMC, infringiendo así también el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo de Marrakech. Todo ello satisface ya la carga de la prueba que incumbe a las Comunidades Europeas y, por consiguiente, traslada esta carga de la prueba a los Estados Unidos como demandado.

4.93 Las Comunidades Europeas sostienen además que en el presente caso, *ad abundantiam*, han presentado y presentarán, como pruebas adicionales, documentos e informaciones que permitirán situar en su contexto la interpretación oficial de las autoridades del ejecutivo de los Estados Unidos y del Congreso. Por último, las Comunidades Europeas han presentado también, y seguirán

[70]Informe del Órgano de Apelación sobre el caso *India - Patentes (EE.UU.)*, *op. cit.*, párrafo 67.

[71]Informe del Grupo Especial *Estados Unidos - Artículo 337 de la Ley Arancelaria de 1930* ("*EE.UU.- Artículo 337*"), adoptado el 7 de noviembre de 1989, IBDD 36S/402.

presentando, pruebas adicionales sobre el contexto en que se sitúa la práctica seguida por los Estados Unidos al aplicar materialmente los artículos 301 a 310.

4.94 En opinión de las Comunidades Europeas, como conclusión de este procedimiento, habida cuenta del contexto particular del presente caso y habiendo considerado la obligación expresa de adoptar medidas positivas que supone el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo de Marrakech, las posibles incertidumbres jurídicas que puedan persistir en lo que respecta a la interpretación de los artículos 301 a 310 deben perjudicar al demandado, en su condición de Miembro de la OMC al que corresponde jurídicamente la obligación de garantizar la compatibilidad de su legislación interna con las obligaciones asumidas en el marco de la OMC a partir del 1º de enero de 1995.

4.95 **Los Estados Unidos responden** que, como parte reclamante, corresponde a las Comunidades Europeas, y no a los Estados Unidos, soportar la carga de la prueba en el presente caso.[72] En consecuencia, las Comunidades Europeas están obligadas a establecer un caso *prima facie* con respecto a cada uno de los elementos necesarios para demostrar las supuestas infracciones. Para establecer un caso *prima facie* se necesita presentar argumentos jurídicos sufientes, por un lado, y, si están en discusión cuestiones de hecho, pruebas adecuadas, por otro. El Órgano de Apelación ha dejado esto claro al afirmar que los grupos especiales debían empezar "el análisis de cada disposición jurídica examinando si [las partes reclamantes] habían presentado pruebas y argumentos jurídicos suficientes para demostrar que las medidas […] eran incompatibles con las obligaciones asumidas por [la parte demandada] en virtud de cada una de las disposiciones del acuerdo [en cuestión] examinadas por el Grupo Especial".[73]

4.96 Los Estados Unidos alegan además que, para establecer un caso *prima facie*, las Comunidades Europeas tienen que presentar pruebas y argumentos suficientes para establecer la presunción de que los artículos 301 a 310 infringen una disposición de un acuerdo de la OMC.[74] A este respecto, el Órgano de Apelación ha afirmado que "encontramos que es verdaderamente difícil concebir que ningún sistema de solución judicial de diferencias pueda funcionar si acoge la idea de que la mera afirmación de una alegación puede equivaler a una prueba […+ la parte que alega un hecho […] debe aportar la prueba correspondiente".[75]

4.97 Los Estados Unidos afirman que, de no existir esa demostración, como parte demandada, no necesitan rebatir las alegaciones. El Órgano de Apelación ha explicado que "[s]ólo después de que el Grupo Especial hubiera hecho una determinación *prima facie* de ese tipo, podría desplazarse [a la parte demandada] la carga de presentar pruebas y argumentos que refutaran la alegación del

[72]Los Estados Unidos citan el Informe del Órgano de Apelación sobre el caso *Estados Unidos - Camisas y blusas*, *op. cit.*, página 16, según el cual "es una regla de prueba generalmente aceptada en los ordenamientos jurídicos de tradición romanista, en el common law y, de hecho, en la mayor parte de las jurisdicciones, que la carga de la prueba incumbe a la parte, sea el demandante o el demandado, que afirma una determinada reclamación o defensa".

[73]Informe del Órgano de Apelación sobre el caso *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, ("*Comunidades Europeas - Hormonas*"), adoptado el 16 de enero de 1998, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, párrafo 109; *véase también*, Informe del Órgano de Apelación sobre el caso *Estados Unidos. - Camisas y blusas*, op. cit., página 19 ("una parte que alega la infracción de una disposición del Acuerdo sobre la OMC por otro Miembro debe afirmar y probar su alegación"); Informe del Órgano de Apelación sobre el caso *India - Patentes (EE.UU.)*, *op. cit.*, párrafo 74 (en el que se indica que el Grupo Especial había "exigi[do] debidamente que [la parte reclamante] estableciera una presunción [caso *prima facie*]" antes de pasar a la siguiente etapa de su evaluación de la reclamación en cuestión).

[74]Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Estados Unidos - Camisas y blusas*, *op. cit.*, página 15.

[75]*Ibid*., página 16.

reclamante".[76] Los Estados Unidos señalan que, a pesar de este hecho, han respondido no obstante a cada una de las reclamaciones de las Comunidades Europeas.

4.98 Según los Estados Unidos, las afirmaciones de las Comunidades Europeas en el presente caso con respecto a si los artículos 301 a 310 obligan a formular determinaciones y adoptar medidas que infringen las disposiciones del artículo 23 del ESD han sido meras alegaciones, hecho que ilustra la declaración de las Comunidades Europeas de que ha cumplido la carga de la prueba limitándose a presentar una copia del texto de los artículos 301 a 310. Los Estados Unidos reiteran que la reclamación de las Comunidades Europeas se basa en numerosas presunciones erróneas y carentes de fundamento. Para satisfacer la carga de la prueba, las Comunidades Europeas tienen que demostrar, de hecho, por qué, atendiendo a la legislación estadounidense, todas y cada una de las presunciones de las Comunidades Europeas identificadas por los Estados Unidos son correctas y por qué, atendiendo a la legislación estadounidense, las interpretaciones de los artículos 301 a 310 planteadas por los Estados Unidos son incorrectas.

4.99 Los Estados Unidos señalan que las Comunidades Europeas, al asumir la carga de la prueba en la presente diferencia, no pueden basarse en "meras afirmaciones".[77] Las Comunidades Europeas pretenden que pueden cumplir la carga de la prueba presentando sencillamente el texto de los artículos 301 a 310 porque la ley en su sentido inmediato ordena una infracción. Las Comunidades Europeas citan el caso *Argentina - Textiles y prendas de vestir (EE.UU.)* como apoyo de esta afirmación. Sin embargo, en el caso *Argentina - Textiles y prendas de vestir (EE.UU.)*, la cuestión que se planteaba era si la legislación argentina establecía un arancel superior a los tipos consolidados y los Estados Unidos demostraron que la ley, de hecho, establecía ese arancel. Además, en contradicción con la sensación que las Comunidades Europeas pretenden transmitir, los Estados Unidos fundamentaron su caso no sólo en un análisis de la ley sino también en la presentación de datos y gráficos sobre los precios medios y sobre transacciones específicas. Como resultado, la carga de la prueba se trasladó a la Argentina.[78]

2. Valor de las declaraciones hechas por los Estados Unidos ante el Grupo Especial y Declaración de Acción Administrativa

4.100 Las Comunidades Europeas indican que la Corte Permanente de Justicia Internacional consideró, en un número limitado de casos, que las declaraciones unilaterales de altos representantes del Estado son vinculantes internacionalmente para ese Estado. Además, algunos grupos especiales del GATT de 1947 concedieron valor jurídico a las declaraciones formuladas por una parte en el curso del procedimiento sobre el ejercicio futuro de las facultades discrecionales que le atribuía a escala interna una ley formal.

---

[76]Informe del Órgano de Apelación sobre el caso *Comunidades Europeas - Hormonas*, *op. cit.*, párrafo 109; véase también el Informe del Órgano de Apelación sobre el caso *Estados Unidos - Camisas y blusas*, *op. cit.*, página 16.

[77] Los Estados Unidos citan el Informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos - Camisas y blusas*, *op. cit.*, página 16, en la que se indica que "encontramos que es verdaderamente difícil concebir que ningún sistema de solución judicial de diferencias pueda funcionar si acoge la idea de que la mera afirmación de una alegación puede equivaler a una prueba … [L]a parte que alega un hecho … debe aportar la prueba correspondiente".

[78] Véase el Informe del Grupo Especial *Argentina - Textiles y prendas de vestir (EE.UU.)*, *op. cit.*, párrafos 6.41 a 6.65.

4.101 En opinión de las Comunidades Europeas, la declaración en cuestión en el caso *Groenlandia Oriental*[79] fue formulada por el Ministro de Relaciones Exteriores de Noruega en una reunión bilateral con un representante de Dinamarca. La declaración estaba relacionada con una diferencia motivada por la soberanía territorial sobre ciertas partes de Groenlandia Oriental.

4.102 Según las Comunidades Europeas, está claro que esta situación no es comparable con la actual porque esa declaración, aunque la Corte Permanente de Justicia Internacional consideró que era vinculante para Noruega, tenía un destinatario y se formuló en un contexto semejante al de la conclusión de un acuerdo internacional.

4.103 Las Comunidades Europeas consideran que ese caso no tiene trascendencia a los efectos del presente asunto porque en el caso *Groenlandia Oriental* no se planteaba la cuestión de la aplicación e interpretación correcta de una pieza legislativa interna. Este último caso no tiene nada que ver con una declaración formulada en privado durante contactos bilaterales entre los gobiernos. La situación descrita en la sentencia no se parece, de hecho, a una declaración unilateral del poder ejecutivo del Gobierno noruego, sino que se formuló en contactos bilaterales destinados a solucionar una diferencia sobre la soberanía territorial.

4.104 Las Comunidades Europeas alegan que la Corte Internacional de Justicia, en el caso *Pruebas nucleares*[80], abordó las declaraciones públicas unilaterales de altos representantes de Francia, incluido el Presidente de la República Francesa, sobre la terminación de las pruebas nucleares atmosféricas. En ese contexto, la CIJ señaló lo siguiente:

> "Cuando la intención del Estado es formular la declaración de que se considera vinculado por sus propias afirmaciones, esa intención confiere a la declaración el carácter de un compromiso jurídico, quedando por consiguiente el Estado obligado legalmente a mantener un tipo de conducta coherente con la declaración. Un compromiso de este tipo, caso de ser público, y con la intención de ser vinculante, aunque no esté formulado en el contexto de negociaciones internacionales, es vinculante."

Del juicio de la CIJ se deduce que ésta consideró decisivos, para su constatación de que la declaración generaba obligaciones internacionales para Francia, la intención de vincularse, el carácter público de la declaración y el rango de los representantes de Francia.

4.105 Las Comunidades Europeas afirman que, dadas las circunstancias del presente caso, la situación es muy distinta, ya que se les plantea la cuestión de la aplicación e interpretación correcta de una pieza de la legislación interna de los Estados Unidos, a saber, los artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974.

4.106 Según las Comunidades Europeas, aunque se hubiera demostrado (*quod non*) que la rama ejecutiva del Gobierno de los Estados Unidos dispone de una amplia capacidad discrecional para establecer cómo aplicar los artículos 301 a 310 en cada caso individual, ha de recordarse que, de hecho, los Estados Unidos han formulado ya, por intermedio de su Presidente, una declaración oficial y pública sobre la forma en que se proponen aplicar los artículos 301 a 310 en los casos en que se

[79] Sentencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional, de 5 de abril de 1933, sobre la *Condición jurídica de Groenlandia Oriental*, PCIJ Reports 1933, página 21 (véase concretamente la página 71, donde se hace referencia a la respuesta del Ministro de Relaciones Exteriores de Noruega a una solicitud del representante de Dinamarca).

[80] Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 20 de diciembre de 1974 en el caso *Pruebas nucleares*, ICJ Reports 1974, 253 (véase especialmente el párrafo 43).

planteen diferencias conforme a los procedimientos previstos por la OMC, a través de la Declaración de Acción Administrativa.

4.107 Las Comunidades Europeas afirman que la Declaración de Acción Administrativa fue aprobada por el Congreso de los Estados Unidos al mismo tiempo que los Acuerdos de la Ronda Uruguay y, por consiguiente, es vinculante a escala interna para el poder ejecutivo de los Estados Unidos. Como han explicado los propios Estados Unidos, la Declaración de Acción Administrativa es "una manifestación autorizada de la Administración sobre sus opiniones con respecto a la interpretación y aplicación de los Acuerdos de la Ronda Uruguay, tanto a los efectos de las obligaciones internacionales de los Estados Unidos como a los efectos de la legislación interna".[81]

4.108 Las Comunidades Europeas señalan que, como sabe el Grupo Especial, la Declaración de Acción Administrativa contiene las siguientes afirmaciones:

> "No existe ningún motivo para preocuparse ante la posibilidad de que los acuerdos de la Ronda Uruguay en general, o el ESD en particular, hagan que las futuras Administraciones se muestren más reacias a aplicar, de conformidad con el artículo 301, sanciones que sean incompatibles con las obligaciones comerciales de los Estados Unidos, porque tales sanciones podrían dar lugar a medidas de retorsión autorizadas por el ESD. Aunque en algunos casos concretos los Estados Unidos hayan manifestado su intención de responder a una práctica extranjera desleal adoptando medidas de conformidad con el artículo 301 sin que hayan sido autorizadas por el GATT, pocas veces lo han hecho. En algunos casos, los Estados Unidos han adoptado medidas de este tipo porque un gobierno extranjero bloqueó la adopción de un informe de un grupo especial del GATT contrario a sus intereses.
>
> Lo mismo que los Estados Unidos pueden ahora optar por aplicar, de conformidad con el artículo 301, medidas que no estén autorizadas por el GATT, los gobiernos que son objeto de esas medidas pueden optar por responder en los mismos términos. Esta situación no cambiará con los acuerdos de la Ronda Uruguay. El riesgo de medidas de retorsión al amparo del GATT no ha impedido que los Estados Unidos adoptaran medidas en asuntos tales como los semiconductores, los productos farmacéuticos, la cerveza y la carne de vacuno tratada con hormonas."[82]

4.109 Las Comunidades Europeas alegan además que es evidente que esta parte de la Declaración de Acción Administrativa constituye una interpretación autorizada de la Ley de los Acuerdos de la Ronda Uruguay que socava la seguridad y previsibilidad de las relaciones comerciales internacionales. Además, anuncia en términos muy claros una política: los Estados Unidos no se considerarán imposibilitados por sus obligaciones internacionales para recurrir a medidas de retorsión.

4.110 Las Comunidades Europeas sostienen que, en presencia de muestras tan claras de las intenciones políticas y los textos legales en su versión actual, las explicaciones ofrecidas por los Estados Unidos[83] no son de ningún modo consoladoras.

---

[81] Las Comunidades Europeas señalan que, de conformidad con el artículo 101 a) de la Ley de los Acuerdos de la Ronda Uruguay de 1994, el Congreso de los Estados Unidos aprobó: 1) los acuerdos comerciales resultantes de las negociaciones comerciales multilaterales de la Ronda Uruguay, y 2) la Declaración de Acción Administrativa que se presentó al Congreso el 27 de septiembre de 1994.

[82] Declaración de Acción Administrativa, *op. cit.*, página 366 *et seq*.

[83] Las Comunidades Europeas citan el siguiente argumento de los Estados Unidos: "El último párrafo de la página 366 de la Declaración de Acción Administrativa no se refiere a una situación en la que los Estados Unidos estén tratando de que se rectifique la denegación de derechos que corresponden a los Estados Unidos en

4.111 En este contexto, las Comunidades Europeas recuerdan que, tras la entrada en vigor de los acuerdos de la Ronda Uruguay, los Estados Unidos han adoptado de hecho medidas de retorsión sin recurrir a los procedimientos de solución de diferencias de la OMC o sin esperar al resultado del procedimiento correspondiente de solución de diferencias de la OMC al menos en dos casos bien documentados (*Japón - Autos* y *Comunidades Europeas - Bananos III*).[84] Por consiguiente, las afirmaciones de los Estados Unidos provocan la preocupación adicional de que aparentemente la Administración estadounidense se considera juez y jurado también en lo que respecta a la aplicabilidad de los procedimientos de solución de diferencias de la OMC *ratione materiae*.[85]

4.112 Las Comunidades Europeas prosiguen afirmando que parece evidente, por tanto, que las declaraciones hechas hasta el momento por los representantes de los Estados Unidos en el presente procedimiento tienen un carácter totalmente distinto del de la declaración considerada vinculante por la CIJ en el caso *Pruebas nucleares*.

4.113 Las Comunidades Europeas alegan además que esta valoración jurídica no se modificaría aunque se incorporaran en el informe del Grupo Especial aquellas declaraciones. De hecho, las declaraciones formuladas en el presente caso por los representantes de los Estados Unidos no fueron formuladas con el propósito de que una persona autorizada para asumir un compromiso jurídico importante en nombre de los Estados Unidos generara una obligación internacional.[86] Por eso es evidente que en el presente caso no se cumple ninguna de las condiciones en que se basó la sentencia de la CIJ en aquel caso.

4.114 Según las Comunidades Europeas, en cualquier caso, el problema que plantea el presente asunto no es la ausencia de un compromiso internacional claramente definido, porque ese compromiso existe ya bajo la forma del artículo 23 del ESD, que fue aceptado claramente por los Estados Unidos como parte de los acuerdos de la Ronda Uruguay. Se trata más bien de la aplicación posterior de esa obligación internacional en la legislación nacional por el poder legislativo de los Estados Unidos, definida por la Declaración de Acción Administrativa, que está en conflicto con la obligación de los Estados Unidos de respetar sus compromisos internacionales.

---

virtud de las normas de la OMC, por lo que no se le aplica el artículo 23 del ESD, ni está comprendido por otra razón en el mandato relativo a esta diferencia". Las Comunidades Europeas quieren también subrayar que no están de acuerdo con los Estados Unidos en que el mandato de este Grupo Especial incluya algún tipo de limitación del examen de los artículos 301 a 310. Con respecto a las reclamaciones presentadas por las Comunidades Europeas por infracción de disposiciones de la OMC que se enumeran en el documento WT/DS152/11, los artículos 301 a 310 están sometidos en su totalidad al examen del Grupo Especial. Lo mismo cabe decir de las observaciones de los Estados Unidos sobre una declaración de Corea.

[84] Las Comunidades Europeas sostienen que estos casos han sido documentados por el Japón.

[85] Según las Comunidades Europeas, esta causa de preocupación viene corroborada por el siguiente párrafo de la Declaración de Acción Administrativa (al principio de la página 366):

> "Ni el artículo 301 ni el ESD obligarán al Representante para las Cuestiones Comerciales a invocar los procedimientos de solución de diferencias del ESD si no considera que interviene en un asunto un acuerdo de la Ronda Uruguay. Podrá seguir recurriéndose al artículo 301 totalmente para responder a prácticas desleales que no infrinjan derechos o nieguen beneficios que corresponden a los Estados Unidos en virtud de los acuerdos de la Ronda Uruguay y, como en el pasado, esas investigaciones no supondrán el recurso a los procedimientos multilaterales de solución de diferencias."

[86] En opinión de las Comunidades Europeas, esta autoridad normalmente se atribuye al Jefe del Estado, el Presidente del Gobierno y el Ministro de Relaciones Exteriores. Cualquier otro representante del Estado tendría que estar expresamente acreditado o necesitaría plenos poderes para estar en condiciones de asumir un compromiso sustancial en el marco del derecho internacional público (véase el artículo 7 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

4.115 Las Comunidades Europeas señalan además que, al mismo tiempo, las determinaciones y medidas del ejecutivo de los Estados Unidos aumentan la incertidumbre acerca de si los Estados Unidos respetarán en el futuro sus obligaciones internacionales.

4.116 Las Comunidades Europeas sostienen que, dada la importancia de los Estados Unidos en las relaciones comerciales multilaterales y en el marco institucional de la OMC, esta situación es fuente de incertidumbre y de imprevisibilidad, lo que resulta inaceptablemente perjudicial para el sistema multilateral de comercio.

4.117 Las Comunidades Europeas añaden que, si se examinan las constataciones del Grupo Especial que examinó el caso *Superfund* [87], hay que recordar que en ese caso el Grupo Especial aceptó la declaración de los Estados Unidos únicamente porque consideró que disponían de capacidad discrecional para actuar de conformidad con su declaración. Además, esta decisión fue adoptada en una situación jurídica en la que la interpretación estricta del requisito, en el marco del Protocolo de Aplicación Provisional, de que la legislación fuera imperativa tenía una influencia decisiva sobre el examen de la legislación interna.

4.118 Según las Comunidades Europeas, la única posibilidad que tenía a su alcance el Grupo Especial de "emparejar" la cláusula del PAP de limitación a la "legislación vigente" con la necesidad de controlar la aplicación de una legislación que ha sido definida en términos generales como facultativa era, en casos como el del "*Superfund*", obtener promesas o compromisos sobre el ejercicio de las facultades discrecionales en el futuro.

4.119 En opinión de las CE, no hay motivos para que un grupo especial de la OMC siga el razonamiento jurídico del Grupo Especial que examinó el caso *Estados Unidos - Superfund* teniendo en cuenta las nuevas normas de la OMC. De hecho, en el presente caso, dado el nuevo entorno jurídico existente tras la entrada en vigor de los Acuerdos de la OMC y en particular del párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo de Marrakech, y dada también la declaración política pública que contiene la Declaración de Acción Administrativa hecha por el más alto representante del poder ejecutivo de los Estados Unidos y aprobada por el poder legislativo, una simple declaración al Grupo Especial en una reunión a puertas cerradas a este respecto, sin haberse revocado la Declaración de Acción Administrativa, sería claramente insuficiente para suprimir la incertidumbre generada por dicha Declaración de Acción Administrativa.

4.120 **En opinión de los Estados Unidos**, el artículo 304 (a) (1) establece que las determinaciones que se formulen de conformidad con ese artículo lo sean "sobre la base de las investigaciones que se inicien de conformidad con el artículo 302 y de las consultas (y de los procedimientos, en su caso) que se entablen de conformidad con el artículo 303". Los "procedimientos" de conformidad con el artículo 303 son los procedimientos de solución de diferencias.[88] Además, esa prescripción sobre las actuaciones de procedimiento será "aplicable" en todos los casos en los que intervenga un acuerdo comercial, ya que el artículo 303 obliga a invocar los procedimientos de solución de diferencias previstos en un acuerdo comercial en todos aquellos casos en los que intervenga el mismo si no se ha logrado encontrar una solución mutuamente aceptable.[89]

[87] Informe del Grupo Especial que estudió el asunto *Estados Unidos - Impuestos sobre el petróleo y sobre determinadas sustancias importadas* ("*Estados Unidos - Superfund*"), adoptado el 17 de junio de 1987, IBDD 34S/157, en particular párrafo 5.2.9 al final.

[88] Los Estados Unidos señalan que el artículo 303 (a) (2) dispone que, si las consultas entabladas de conformidad con un acuerdo comercial para solucionar una diferencia no permiten llegar a una solución mutuamente aceptable, el USTR solicitará que se inicien las actuaciones sobre la cuestión "de conformidad con los procedimientos formales de solución de diferencias previstos en dicho acuerdo".

[89] *Ibid.*

4.121 Los Estados Unidos indican que su Administración, a través de la Declaración de Acción Administrativa aprobada por el Congreso, ha ofrecido su "opinión autorizada […] sobre la interpretación y aplicación de los acuerdos de la Ronda Uruguay, […] a los efectos de la legislación interna".[90] Por ley, la Declaración de Acción Administrativa ha de ser considerada una opinión autorizada sobre la interpretación de la ley en todos los procedimientos judiciales.[91] La Declaración de Acción Administrativa, páginas 365 y 366, establece que el USTR:

- recurrirá a los procedimientos de solución de diferencias establecidos en el ESD, como lo exige la legislación vigente;
- se basará, para formular conforme al artículo 301 cualquier determinación en el sentido de que ha habido una infracción o denegación de derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud del acuerdo pertinente, en las constataciones del grupo especial o del Órgano de Apelación adoptadas por el OSD;
- tras la adopción de un informe favorable de un grupo especial o del Órgano de Apelación, dará a la parte demandada un plazo prudencial para aplicar las recomendaciones formuladas en el informe, y
- si no se puede resolver la cuestión durante ese plazo, pedirá autorización al OSD para tomar medidas de retorsión.[92]

4.122 Los Estados Unidos explican que un principio establecido de la interpretación de las leyes en los Estados Unidos es que la interpretación dada a una ley por el organismo encargado de su aplicación ha de tenerse en cuenta si esa ley "no dice nada o es ambigua con respecto a una cuestión específica". Chevron, U.S.A, Inc., v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U.S. 837, 842-43. En tales circunstancias, el tribunal ha de apoyar la interpretación dada por ese organismo, siempre que ésta sea una "interpretación permisible" de la ley. Id. La interpretación hecha por el organismo no tiene necesariamente que ser la "única interpretación posible", Sullivan v. Everhart, 494 U.S. 83, 89 (1990), ni tiene que ser la interpretación por la que el tribunal habría optado en primer lugar. Chevron, 467 U.S., en 844. El tribunal incurre en error si sustituye "por su propia interpretación de una disposición legal una interpretación razonable hecha por [el organismo]". Ibíd. El tribunal no tiene por función juzgar si son acertadas las opciones legítimas de política elegidas por el organismo. Suramérica de Aleaciones Laminadas, C.A., v. United States, 966 F.2d 660, 665 (Fed. Cir. 1992). Así pues, conforme a la legislación estadounidense, las interpretaciones dadas por el USTR a su facultad para hacer múltiples determinaciones, para formular determinaciones distintas de la constatación de la existencia o inexistencia de una infracción o para poner término a investigaciones serían tenidas en cuenta en los tribunales estadounidenses, en la medida en que tales determinaciones fueran objeto de examen judicial.[93] Análogamente, se tendría en cuenta la interpretación del artículo 304 (a) (1) hecha por el USTR en el sentido de que lo obliga a basarse en las constataciones adoptadas por el OSD para

[90] Declaración de Acción Administrativa, *op. cit.*, página 1.

[91] Los Estados Unidos se remiten a 19 U.S.C. § 3512 (d), que establece que "la Declaración de Acción Administrativa aprobada por el Congreso de conformidad con el artículo 3511 (a) del presente Título será considerada una opinión autorizada de los Estados Unidos sobre la interpretación y aplicación de los Acuerdos de la Ronda Uruguay y la presente Ley en todos los procedimientos judiciales en los que se plantee una cuestión sobre tal interpretación o aplicación".

[92] Declaración de Acción Administrativa, *op. cit.*, páginas 365 y 366 (se ha añadido el subrayado).

[93] Los Estados Unidos señalan que si, de hecho, esas determinaciones no estuvieran sometidas a examen judicial, las interpretaciones dadas por el USTR serían definitivas.

determinar que se han negado derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un Acuerdo de la OMC.

4.123 Los Estados Unidos indican que no se están limitando a afirmar que las leyes les confieren determinadas facultades. Antes bien, esas interpretaciones se reflejan en una práctica de larga data, en investigaciones anteriores a este asunto y en investigaciones anteriores a la OMC. Con arreglo a la legislación estadounidense, esas interpretaciones habrían de ser tenidas en cuenta, y el Grupo Especial, al estudiar si la Ley exige que se tomen medidas incompatibles con las normas de la OMC, ha de examinar el significado de la Ley tal como sería interpretada con arreglo a la legislación estadounidense.[94]

4.124 Los Estados Unidos argumentan también que otra base jurídica de la interpretación dada por los Estados Unidos a las disposiciones legales es el principio estadounidense de interpretación de las leyes conocido como ratificación por el poder legislativo. Como ha declarado el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en virtud de ese principio se presume que el Congreso conoce la interpretación administrativa o judicial dada a una ley y adopta esa interpretación cuando promulga de nuevo una ley sin introducir en ella modificaciones. Lindahl v. Office of Personnel Management, 470 U.S. 768, 783, donde se cita Albemarle Paper Co. v. Moody, 422 U.S. 405, 414 n.8 (1975).

4.125 Los Estados Unidos también declaran que las múltiples determinaciones formuladas en el asunto *Semillas oleaginosas* fueron anteriores a la creación de la OMC y que el hecho de que el Congreso no modificase la Ley para impedir tales determinaciones cuando se introdujeron otras modificaciones en 1994 confirma la opinión de que el Congreso acepta la interpretación hecha por la Administración. Análogamente, es anterior a 1994 la práctica del USTR de aplicar los artículos 301 a 310 para formular determinaciones distintas de la simple constatación de si se han negado o no se han negado derechos reconocidos por un acuerdo, así como de poner fin a investigaciones iniciadas de conformidad con el artículo 302 antes de haber formulado una determinación. En la prueba documental 13 se dan algunos ejemplos de esa práctica de larga data posteriores a 1988, aunque esa práctica también es anterior a 1988. Y el Congreso, aunque modificó el artículo 301 en 1994, no lo modificó para cambiar la interpretación o aplicación de los artículos 301 a 310 hecha por el USTR, aunque sabía perfectamente cómo se estaban aplicando esos artículos.

4.126 **Las Comunidades Europeas no están de acuerdo** en que los Estados Unidos introduzcan un argumento de defensa totalmente nuevo en esta fase tan avanzada de las actuaciones. Las Comunidades Europeas subrayan que los nuevos argumentos de los Estados Unidos son muy similares a los aducidos por la India en el asunto *India - Patentes (Estados Unidos)*. Esos argumentos fueron rechazados por el Grupo Especial y por el Órgano de Apelación a petición de los Estados Unidos, que era parte reclamante en aquel asunto.[95]

4.127 Las Comunidades Europeas declaran además que es incorrecta la cita que se ha hecho del párrafo 65 [en realidad, 66] del informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *India - Patentes (Estados Unidos)*. El Órgano de Apelación no dijo que "el Grupo Especial […] ha de examinar el significado de la Ley tal como sería interpretada con arreglo a la legislación estadounidense". La cita correcta, que tiene un significado totalmente distinto, es como sigue:

> "[…] como en el caso antes citado que se presentó ante la Corte Permanente de Justicia Internacional, en el caso presente el Grupo Especial no estaba interpretando

[94] Los Estados Unidos se remiten al informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *India - Patentes (Estados Unidos)*, *op. cit.*, párrafo 65.

[95] *Ibid.*, párrafo 69, "[…] al igual que el Grupo Especial, no estamos convencidos de que las 'instrucciones administrativas' de la India tenga primacía sobre las disposiciones obligatorias contrarias a ellas de la Ley de Patentes".

la ley de la India 'en cuanto tal', más bien examinaba la legislación india exclusivamente a efectos de determinar si la India había cumplido sus obligaciones dimanantes del Acuerdo sobre los ADPIC."

4.128 **Los Estados Unidos rechazan** el argumento de las Comunidades Europeas de que en la respuesta de los Estados Unidos se aduce un nuevo argumento de defensa y de que en el asunto *India - Patentes (Estados Unidos)* se desestimaron argumentos pretendidamente similares. Ambas afirmaciones de las Comunidades Europeas son incorrectas. Primero, los Estados Unidos no han aducido un nuevo argumento de defensa. El análisis hecho por los Estados Unidos de la aceptación por órganos judiciales de las decisiones de órganos administrativos, conforme a la legislación estadounidense, era una respuesta directa a la petición del Grupo Especial de que se indicase la base textual u otra base jurídica con arreglo a la cual el USTR pudiera formular múltiples determinaciones, lo que constituye una cuestión de hecho en esta diferencia. Aunque la base textual de la interpretación hecha por el USTR es suficientemente clara, la doctrina de la aceptación por los órganos judiciales de las decisiones de órganos administrativos serviría de base complementaria, con arreglo a la legislación estadounidense, en el caso de que un tribunal de los Estados Unidos considerase ambigua la redacción de la Ley.

4.129 Los Estados Unidos afirman también que las referencias hechas por las Comunidades Europeas al asunto *India - Patentes (Estados Unidos)* no apoyan la posición de las Comunidades Europeas. El Órgano de Apelación, en los párrafos 65 y 66 de su informe sobre el asunto *India - Patentes (Estados Unidos)*, subrayó que en ese asunto era necesario examinar la legislación india para determinar si la India había cumplido sus obligaciones internacionales. La legislación interna consiste no sólo en las disposiciones legales sino también en las normas jurídicas internas relativas a la interpretación de esas disposiciones o, en el asunto *India - Patentes (Estados Unidos)*, las normas internas relativas a los conflictos de leyes. En el asunto *India - Patentes (Estados Unidos)*, el Órgano de Apelación examinó "las disposiciones pertinentes de la Ley de Patentes en cuanto guardan relación con las 'instrucciones administrativas'" que estaban en cuestión[96]; en otras palabras, el Órgano de Apelación estudió si la legislación india confirmaba la afirmación de la India de que unas instrucciones administrativas no escritas y no publicadas prevalecerían con respecto a una ley que estuviera en conflicto con ellas y que obligase explícitamente a infringir las normas de la OMC. En aquel asunto, la India no presentó pruebas suficientes de que, conforme a su legislación, prevalecerían tales instrucciones.

4.130 A juicio de los Estados Unidos, la doctrina de la aceptación por los órganos judiciales de la interpretación dada por un organismo a una ley forma parte de la legislación estadounidense, aunque esa doctrina sólo habría de tenerse en cuenta en esta diferencia si el Grupo Especial llegase a la conclusión de que existía alguna ambigüedad sobre si una norma concreta de los artículos 301 a 310 exigía que se adoptasen medidas específicas que infringían una obligación dimanante de las normas de la OMC. De hecho, como han explicado los Estados Unidos a lo largo de todas estas actuaciones, la Ley no contiene ninguna ambigüedad de esa índole. A primera vista, esa Ley estadounidense no obliga a determinar que se ha cometido una infracción cuando el OSD no ha adoptado ninguna constatación, y de hecho exige que todas las determinaciones de esa índole se basen en los resultados de las actuaciones realizadas en la OMC.[97]

[96] Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *India - Patentes (Estados Unidos)*, *op. cit.*, párrafo 66.

[97] Los Estados Unidos afirman de nuevo que esa prescripción jurídica estadounidense va más allá de lo que las Comunidades Europeas sostienen que son las obligaciones impuestas a los Miembros de la OMC: "sería improcedente interpretar el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC de una forma tan amplia que obligase a los Miembros de la OMC a incluir en su legislación interna disposiciones específicas por las que se prohibiese la adopción de toda medida incompatible con las normas de la OMC".

4.131 Sin embargo, según los Estados Unidos, en el caso de que el Grupo Especial considerase que la Ley es ambigua, la interpretación que da a ésta el poder ejecutivo de los Estados Unidos es de gran importancia con arreglo a la legislación estadounidense. Primero, muchas determinaciones del poder ejecutivo no están sometidas a examen judicial. Como ya se ha señalado, si tal fuera el caso en lo que se refiere a las determinaciones formuladas conforme al artículo 301, la interpretación dada por el USTR sería definitiva con arreglo a la legislación estadounidense. Segundo, incluso si un tribunal estadounidense examinase tales determinaciones e incluso si llegase a la conclusión de que la redacción de la Ley es ambigua, ese tribunal estaría obligado de conformidad con la legislación estadounidense a interpretar ese texto teniendo en cuenta el criterio de aceptación de las decisiones de los órganos administrativos por los órganos judiciales seguido en el asunto *Chevron*.

4.132 Los Estados Unidos recuerdan de nuevo que la carga de la prueba en esta diferencia incumbe a las Comunidades Europeas. Como ya se ha señalado, las Comunidades Europeas no han demostrado que la legislación estadounidense obligue al USTR a tomar medidas que infringen el artículo 23, no han demostrado que las normas estadounidenses relativas a la interpretación de las leyes permitan que las Comunidades Europeas y este Grupo Especial interpreten "si" en el sentido de que significa "que" y no han demostrado que es permisible hacer caso omiso de artículos enteros de la Ley en los que se confieren al USTR facultades discrecionales para demorar la adopción de medidas o para no tomar medidas. Análogamente, las Comunidades Europeas no han demostrado, en su última comunicación, que conforme a la legislación estadounidense se pueda hacer caso omiso del criterio de aceptación de las decisiones de las autoridades administrativas por las autoridades judiciales adoptado en el asunto *Chevron*.

4.133 Los Estados Unidos señalan que el último párrafo de la página 366 de la Declaración de Acción Administrativa no se refiere a una situación en la que los Estados Unidos estén tratando de que se rectifique la denegación de derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de las normas de la OMC, por lo que no se le aplica el artículo 23 del ESD, ni está comprendido por otra razón en el mandato relativo a esta diferencia. Como se indica en los párrafos anteriores de la página 366, frecuentemente habrá asuntos en que no estén en juego derechos conferidos por las normas de la OMC, o asuntos que estén relacionados con una serie de medidas de las que solamente parte estén sometidas a las normas de la OMC. Además, en ese párrafo se señala que, incluso antes de que se estableciera la OMC y de que se reforzaran los procedimientos de solución de diferencias, los Estados Unidos raras veces expresaron su intención de tomar medidas de retorsión, y tales medidas eran frecuentemente una reacción a la decisión de un interlocutor comercial de entorpecer el desarrollo del procedimiento de solución de diferencias. La afirmación de que la Administración no se sentirá "más reacia" a imponer sanciones habida cuenta del ESD debe interpretarse en ese contexto.

4.134 En respuesta a una pregunta del Grupo Especial sobre la afirmación de los Estados Unidos de que "el último párrafo de la página 366 de la Declaración de Acción Administrativa no se refiere a una situación en la que los Estados Unidos estén tratando de que se rectifique la denegación de derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de las normas de la OMC", los Estados Unidos sostienen que es evidente, por el contexto, que ni el último párrafo de la página 366 ni el primer párrafo completo de la página 367 se refieren a situaciones en las que los Estados Unidos estén tratando de que se rectifique la denegación de derechos conferidos a los Estados Unidos en virtud de las normas de la OMC. La Declaración de Acción Administrativa, en las páginas 365 a 367, se refiere a tres situaciones en las que se puede invocar el artículo 301: 1) asuntos en que un Miembro de la OMC ha negado derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de las normas de la OMC; 2) asuntos en que un Miembro de la OMC ha negado derechos no dimanantes de la OMC, y 3) asuntos en que intervienen países no miembros de la OMC o países Miembros de la OMC a los que los Estados Unidos no aplican los Acuerdos de la Ronda Uruguay con arreglo al artículo XIII del Acuerdo sobre la OMC.

4.135 Los Estados Unidos explican también que el último párrafo de la página 365 trata del primer tipo de asuntos, es decir, las situaciones en que se niegan derechos que corresponden a los Estados

Unidos en virtud del Acuerdo sobre la OMC. En el párrafo siguiente, que es el primer párrafo completo de la página 366, se inicia el análisis del segundo tipo de asuntos, relativos a Miembros de la OMC pero no a derechos que correspondan a los Estados Unidos en virtud de las normas de la OMC. En cada uno de los cuatro primeros párrafos de la página 366 se aclaran expresamente los tipos de situaciones en que un asunto puede estar relacionado con un Miembro de la OMC pero no con un derecho que corresponda a los Estados Unidos en virtud de las normas de la OMC. Los dos párrafos siguientes (los párrafos a los que se refiere la pregunta, que son el último de la página 366 y el primero de la página 367) continúan directamente ese análisis y forman parte del estudio que se hace en la sección de la Declaración de Acción Administrativa que trata de las situaciones en que no está en juego un derecho que corresponda a los Estados Unidos en virtud de las normas de la OMC. Finalmente, en el último párrafo de esa sección de la Declaración de Acción Administrativa, que es el segundo párrafo completo de la página 367, se aborda el tercer tipo de asuntos, los asuntos que no se refieren a Miembros de la OMC o los asuntos que se refieren a Miembros de la OMC a los que los Estados Unidos no aplican los Acuerdos de la Ronda Uruguay. Así pues, la estructura del análisis que se hace en la Declaración de Acción Administrativa sigue exactamente los tres tipos de asuntos a los que es aplicable el artículo 301.

4.136 A juicio de los Estados Unidos, la afirmación que se hace en el primer párrafo de la página 367 puede conciliarse con los anteriores incisos de las páginas 365 y 366 de la Declaración de Acción Administrativa y es lógica solamente si se entiende que se refiere a dos tipos diferentes de asuntos: los que conciernen a derechos que corresponden a los Estados Unidos en el marco de la OMC y los que no conciernen a esos derechos. El párrafo de la página 367 no debe interpretarse de forma que lleve a un resultado ilógico.

4.137 Con respecto al fondo de esos párrafos, los Estados Unidos reiteran de nuevo que en el último párrafo de la página 366 se pone de relieve la poca frecuencia con que los Estados Unidos han tomado, en el marco del GATT de 1947, medidas no autorizadas, así como el hecho de que en tales situaciones la parte perdedora (generalmente las Comunidades Europeas) se esforzaron muchas veces por entorpecer los procedimientos multilaterales de solución de diferencias.

4.138 Según los Estados Unidos, en la declaración que se hace en el primer párrafo de la página 367 sólo se dispone que las perspectivas de que un interlocutor comercial tome contrarrepresalias no se tomarían en consideración al estudiar si procede adoptar medidas contra ese interlocutor en un asunto en que no esté en juego la denegación, por ese interlocutor, de derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de las normas de la OMC. Los casos enumerados se mencionan sólo para ilustrar ese punto. Esto no dice nada sobre los factores que se tendrían en cuenta para decidir si procede tomar medidas, y cómo procede tomar medidas, cuando no esté en juego un derecho que corresponda a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo de la OMC, factores tales como el deseo de los Estados Unidos de cumplir sus obligaciones internacionales. Nuevamente, esos párrafos indican que, incluso en el contexto del GATT de 1947, los casos en que se tomaron medidas fueron poco frecuentes.

4.139 Los Estados Unidos afirman que esos párrafos, por el mero hecho de no referirse a situaciones en que estén en juego derechos que correspondan a los Estados Unidos en virtud del Acuerdo sobre la OMC, carecen de interés a los efectos de determinar si los artículos 301 a 310 son incompatibles con el artículo 23 del ESD. El artículo 23 trata solamente de las situaciones en que los Miembros "traten de reparar el incumplimiento de obligaciones u otro tipo de anulación o menoscabo de las ventajas resultantes de los acuerdos abarcados".[98] Ahora bien, las afirmaciones que se hacen en los párrafos indicados de las páginas 366 y 367, aunque por alguna razón fueran de interés a los efectos del artículo 23, no serían pertinentes para determinar si las Comunidades Europeas han demostrado que la propia Ley, en sus artículos 301 a 310, exige que el USTR infrinja obligaciones específicas impuestas a los Estados Unidos en el marco de la OMC. La mera existencia de esas afirmaciones no sustituye al

[98] Párrafo 1 del artículo 23 del ESD.

análisis que las Comunidades Europeas no han hecho nunca sobre la forma exacta en que las prescripciones específicas de los artículos 301 a 310 exigen que se tomen medidas incompatibles con obligaciones específicas que se desprenden del texto de las disposiciones de la OMC mencionadas en el mandato.

4.140 Los Estados Unidos señalan finalmente que esas declaraciones se refieren sólo a la posibilidad de medidas incompatibles con las normas de la OMC, posibilidad que otros Miembros de la OMC han convertido repetidamente en realidad no sólo al concebir inicialmente y aplicar medidas incompatibles con las normas de la OMC sino también al hacer caso omiso de las resoluciones y recomendaciones del OSD sobre tales medidas. Ni los Estados Unidos ni ningún otro Miembro de la OMC tienen derecho a atacar con éxito en la OMC a otro Miembro por la mera posibilidad de que éste incumpla en el futuro las obligaciones que se le imponen en la OMC. Tiene que haber una medida que, de hecho, infrinja ya una obligación específica dimanante de la OMC, o al menos una disposición legislativa que exija que se cometa esa transgresión en el futuro.

4.141 **Las Comunidades Europeas critican** a los Estados Unidos por introducir un nuevo argumento al afirmar que la Declaración de Acción Administrativa, en las páginas 365 a 367, "se refiere a tres situaciones […]". Las Comunidades Europeas recuerdan su argumento: independientemente de las opiniones expuestas por los Estados Unidos sobre la interpretación de la Declaración de Acción Administrativa (y esta última tentativa no encuentra más apoyo que las anteriores en el texto de la Declaración), los ejemplos que se dan en la página 367 de la Declaración están claramente dentro del ámbito de los acuerdos de la OMC y, por consiguiente, refutan también el último argumento aducido por los Estados Unidos a este respecto.

4.142 **Los Estados Unidos reiteran** que la única interpretación lógica de las afirmaciones que se hacen en las páginas 366 y 367 es que esas afirmaciones se aplican solamente a los asuntos en que no esté en juego un derecho que corresponda a los Estados Unidos en virtud de las normas de la OMC, que esta conclusión también se desprende de la estructura de la Declaración de Acción Administrativa y que las afirmaciones que se hacen se refieren solamente a posibilidades hipotéticas, como ya se ha argumentado.

4.143 Los Estados Unidos sostienen que las Comunidades Europeas han planteado un asunto esencialmente político. Las Comunidades Europeas y varios terceros han tratado de dar la impresión de que los Estados Unidos son un enemigo implacable del Entendimiento sobre Solución de Diferencias y de las determinaciones multilaterales sobre los derechos dimanantes del Acuerdo sobre la OMC. Con esas acusaciones esperan suscitar dudas entre los miembros del Grupo Especial sobre la forma en que cabe esperar que el USTR ejerza las facultades discrecionales que le confieren los artículos 301 a 310. Ahora bien, esas acusaciones, aparte de que no guardan relación con la cuestión jurídica de si los artículos 301 a 310 obligan a transgredir las normas de la OMC, sencillamente no responden a la realidad. Los Estados Unidos fueron, desde los primeros momentos, enérgicos partidarios de que se preparase el Entendimiento sobre Solución de Diferencias y de las fundamentales mejoras de los procedimientos de solución de diferencias que han dado credibilidad al nuevo sistema: la norma del consenso negativo, los rigurosos plazos y el hecho de que sean prácticamente automáticos el establecimiento de los grupos especiales, la adopción de los informes y la autorización para suspender concesiones en caso de que no se apliquen las recomendaciones.

4.144 Los Estados Unidos señalan que han planteado 49 diferencias en la OMC siguiendo los procedimientos multilaterales de esta Organización y que han sido demandados en otras 28 diferencias. En cinco asuntos se constató que una medida tomada por los Estados Unidos era incompatible con las obligaciones de los Estados Unidos. Los Estados Unidos no sólo se comprometieron a poner la medida de que se trataba en conformidad con las resoluciones y recomendaciones del OSD en cada uno de esos asuntos, sino efectivamente lo hicieron en tres de ellos, y en los otros dos no ha expirado todavía el plazo prudencial fijado. Así pues, la voluntad de los Estados Unidos de atenerse a los procedimientos multilaterales de solución de diferencias se

desprende evidentemente de la función desempeñada por los Estados Unidos en la elaboración de esos procedimientos, en la utilización activa que hacen los Estados Unidos de esos procedimientos y en el acatamiento de las decisiones multilaterales por los Estados Unidos cuando esas decisiones han sido adversas.

4.145 A juicio de los Estados Unidos, cuando se prescinde de los argumentos políticos resulta claro que, en este asunto, las Comunidades Europeas están tratando de impugnar una ley basándose en disposiciones legales inexistentes. En consecuencia, los Estados Unidos piden respetuosamente que este Grupo Especial rechace en su totalidad los argumentos especulativos de las Comunidades Europeas.[99]

4.146 **Las Comunidades Europeas,** en respuesta a una pregunta del Grupo Especial acerca de si los artículos 301 a 310 resultarían compatibles con las obligaciones asumidas por los Estados Unidos en el marco de la OMC en el supuesto de que el Grupo Especial constatara que éstos dejan un margen suficiente de capacidad discrecional al USTR para permitirle cumplir las obligaciones en aquel marco, **alegan** que esta pregunta tiene un carácter muy hipotético y que, como sabe el Grupo Especial, las Comunidades Europeas están en desacuerdo con la hipótesis que subyace en la cuestión.

4.147 Según las Comunidades Europeas, su reclamación se refiere a los artículos 301 a 310 en cuanto tales. Las Comunidades Europeas recuerdan en este contexto que ambas partes convienen en que la forma en que el USTR aplica los artículos 301 a 310 no tiene trascendencia para este procedimiento.

4.148 En opinión de las Comunidades Europeas, para abordar la reclamación de las Comunidades Europeas, el Grupo Especial tiene que responder a la cuestión de si los artículos 301 a 310, por sus propios términos o por su intención manifiesta, obligan a formular determinaciones o adoptar medidas incompatibles con la OMC, si ofrecen al USTR un fundamento jurídico sólido para dar cumplimiento a las obligaciones asumidas por los Estados Unidos en el marco de la OMC y si garantizan ("aseguran") la conformidad con las obligaciones que supone la OMC, en el sentido del párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC.

4.149 Las Comunidades Europeas sostienen que ninguna posible declaración tranquilizadora (hipotética) de las autoridades ejecutivas de los Estados Unidos puede cambiar los términos ni la intención manifiesta de los artículos 301 a 310, ni puede establecer un fundamento jurídico sólido en la legislación estadounidense para adoptar medidas compatibles con la OMC, ni puede poner los artículos 301 a 310, en cuanto tales, en conformidad con las normas de la OMC. Una declaración semejante sólo puede referirse a las intenciones de la actual Administración en lo que respecta a los artículos 301 a 310.[100]

---

[99] Con respecto a la Declaración de Acción Administrativa, véanse además más abajo (en particular en los párrafos 4.535 a 4.537) los argumentos de los Estados Unidos y los argumentos correspondientes de las Comunidades Europeas.

[100] Las Comunidades Europeas recuerdan en este contexto las resoluciones del Grupo Especial que examinó el caso *India - Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura y señalan que l*as seguridades que el Gobierno de la India ha ofrecido a los Estados Unidos con respecto a su interpretación y aplicación de la Ley de Patentes, el hecho de que las autoridades de la India no hayan rechazado ninguna solicitud de protección anticipada y el hecho de que el Gobierno de la India haya informado al Parlamento de que tratará las solicitudes de protección anticipada de forma compatible con la OMC no fueron consideradas pertinentes para la constatación del Grupo Especial de que el sistema de protección anticipada de la India carecía de un fundamento jurídico sólido en la legislación interna del país. Informe del Grupo Especial que estudió el asunto *India - Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura* (India - Patentes (Estados Unidos)), adoptado el 2 de septiembre de 1998, WT/DS50/R, párrafos 4.5 y 4.6.

4.150 En el presente caso, las Comunidades Europeas consideran que la norma legal obliga al poder ejecutivo de los Estados Unidos a actuar en contradicción con las obligaciones correspondientes a los Estados Unidos en el marco de la OMC o, en cualquier caso, crea una situación jurídica cuya orientación es contraria a la compatibilidad con esas obligaciones. Como han explicado las Comunidades Europeas, esta situación legal, creada por los artículos 301 a 310 en cuanto tales, es muy perjudicial para el sistema multilateral de comercio.

4.151 Según las Comunidades Europeas entienden el ordenamiento jurídico interno de los Estados Unidos, ninguna declaración de las autoridades ejecutivas, cualquiera que sea su formulación y quienquiera que sea quien la haga, puede suprimir las restricciones a que está sometida al poder ejecutivo de los Estados Unidos por su Constitución, que obliga a las autoridades ejecutivas a actuar de conformidad con las leyes promulgadas por el Congreso. Además, conforme a la legislación estadounidense, estas prescripciones legales preceden a cualquier otra obligación internacional contraída por los Estados Unidos en virtud de los acuerdos de la Ronda Uruguay, según establece el artículo 102 a) de la Ley de los Acuerdos de la Ronda Uruguay de 1994.

4.152 Las Comunidades Europeas recuerdan una vez más que el representante de los Estados Unidos, en la primera reunión sustantiva con el Grupo Especial, no pudo excluir la posibilidad de que se planteara ante los tribunales estadounidenses un caso referente a la aplicación de los artículos 301 a 310.

4.153 Las Comunidades Europeas reiteran que la situación del presente caso no es comparable con la situación que fue abordada por la CIJ en el caso *Pruebas nucleares*, en el que el Presidente de Francia y determinados representantes franceses de alto rango hicieron en nombre de la República Francesa declaraciones públicas que no estaban en contradicción con ninguna disposición de la legislación interna.

4.154 **En respuesta, los Estados Unidos señalan** que las Comunidades Europeas intentan aprovechar al máximo el hecho de que en los tribunales estadounidenses las leyes de los Estados Unidos prevalecerán en caso de conflicto con los Acuerdos de la Ronda Uruguay. Las Comunidades Europeas citan, por ejemplo, al profesor D.W. Leebron en apoyo de esta afirmación. Sin embargo, las Comunidades Europeas no citan la conclusión del profesor Leebron, en la nota 27 que figura en la página 232 de esa misma obra, según la cual "nada, sin embargo, en esas disposiciones [es decir, las disposiciones del artículo 301] obliga al Presidente o al USTR a actuar de forma que se produzca una infracción de los Acuerdos de la Ronda Uruguay". En otras palabras, puesto que no existe ningún conflicto entre los artículos 301 a 310 y el Acuerdo sobre la OMC, carece de importancia cuál de ellos prevalecerá en caso de conflicto. De hecho, si realmente se produjera un conflicto, es decir, si una ley de los Estados Unidos ordenara una infracción del Acuerdo sobre la OMC, habría una infracción de éste con independencia de que un tribunal de los Estados Unidos hubiera aplicado la ley estadounidense. Por tanto, el análisis de las Comunidades Europeas de la legislación de los Estados Unidos para establecer cuándo se plantean conflictos reales carece totalmente de trascendencia en el análisis que lleve a cabo el Grupo Especial.

En opinión de las Comunidades Europeas, los Estados Unidos pretendían en ese caso que se modificase la Ley de Patentes para lograr una mayor seguridad jurídica para sus titulares de derechos de propiedad intelectual, a pesar de las seguridades ofrecidas por las autoridades ejecutivas. Causaría una profunda sorpresa a los Miembros de la OMC que se aplicara a la legislación nacional una norma cuando los Estados Unidos son reclamantes y otra cuando son demandados.

D. ANÁLISIS DE LA COMPATIBILIDAD CON LA OMC DE LAS MEDIDAS EN CUESTIÓN

1. Alcance de las obligaciones que supone la OMC con respecto a las leyes que autorizan medidas incompatibles con la propia OMC, sin tener en cuenta ninguna aplicación concreta de esas leyes

a) Argumentos generales

i) Valor de los precedentes del GATT/OMC

4.155 **Las Comunidades Europeas alegan en primer lugar** que anteriores grupos especiales del GATT reconocieron que puede impugnarse una ley que exija a las autoridades del ejecutivo que impongan una medida incompatible con la disposición del GATT, pudiéndose recurrir para ello a un procedimiento de solución de diferencias, con independencia de que se haya aplicado, o no, esa ley al comercio con la parte reclamante. El Grupo Especial que examinó en 1987 el caso *Estados Unidos - Impuestos sobre el petróleo y sobre determinadas substancias importadas* razonó del siguiente modo:

> "[…] La prohibición general de aplicar restricciones cuantitativas, estipulada en el artículo XI […] y la obligación de aplicar el trato nacional enunciada en el artículo III […] tienen fundamentalmente la misma razón de ser, es decir, dar a las partes contratantes seguridades acerca de las relaciones de competencia entre sus productos y los de las demás partes contratantes. La finalidad de estos dos artículos es, no sólo proteger el comercio actual, sino además crear la previsibilidad necesaria para planear el comercio futuro. Este objetivo no se puede conseguir si las partes contratantes no pueden impugnar disposiciones legislativas vigentes que conducen a la adopción de medidas incompatibles con el Acuerdo General hasta que se hayan aplicado efectivamente a su comercio los actos administrativos que las ejecutan. Del mismo modo que se ha reconocido que la mera existencia de un reglamento que establece un contingente, aun sin llegar a limitar importaciones concretas, es contraria al párrafo 1 del artículo XI, la mera existencia de una disposición legislativa obligatoria que establece un gravamen interno, aun sin que se aplique a un producto importado concreto, se debe considerar como comprendida dentro del alcance de la primera cláusula del párrafo 2 del artículo III. El Grupo Especial observó que el impuesto sobre ciertas substancias importadas había sido sancionado, que la disposición legislativa era obligatoria y […] que las autoridades fiscales tenían que aplicarlo después de terminado el año próximo y, por consiguiente, con arreglo a un plazo dentro del cual se adoptarán las decisiones comerciales y de inversiones en las cuales puede incidir el impuesto. Por ello, el Grupo Especial concluyó que el Canadá y la CEE tenían derecho a que se realizara una investigación de su reclamación, a saber, que el impuesto no se ajustaba a los criterios de la primera cláusula del párrafo 2 del artículo III."[101]

4.156 Las Comunidades Europeas alegan además que de ello se deduce que la existencia de una obligación en el marco de la OMC de no realizar un determinado acto se incumple si se adopta una ley interna que ordena realizar ese acto. Esa ley infringiría además el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC. Por consiguiente, las Comunidades Europeas tienen derecho a que el Grupo Especial formule constataciones y resoluciones sobre la cuestión de si los Estados Unidos han puesto las disposiciones de la Ley de Comercio Exterior de 1974, en cuanto tales, en conformidad con las obligaciones que han asumido en el marco de la OMC en virtud del artículo 23 del ESD.

[101] Informe del Grupo Especial *Estados Unidos - Superfund*, *op. cit.*, párrafo 5.2.2.

4.157 Según las Comunidades Europeas, el Grupo Especial que examinó en 1992 el caso *Estados Unidos - Medidas que afectan a las bebidas alcohólicas y derivadas de la malta* examinó una legislación que, por sus términos, exigía imperativamente a las autoridades que impusieran medidas incompatibles con el GATT, pero que de hecho no había sido aplicada. Los Estados Unidos habían alegado que esa legislación no constituía una medida respecto de la cual pudiera invocarse el artículo XXIII del GATT. El Grupo Especial resolvió lo siguiente:

> "Seguidamente el Grupo Especial procedió a considerar el argumento aducido por los Estados Unidos de que las disposiciones del Estado de Illinois que permitían a los fabricantes vender directamente a los minoristas no se aplicaban. A este respecto, el Grupo Especial recordó las decisiones de las PARTES CONTRATANTES acerca de la pertinencia de la no aplicación de textos legales en litigio. Grupos especiales recientes que han abordado la cuestión de la legislación obligatoria y la legislación discrecional en el contexto del párrafo 2 y del párrafo 4 del artículo III llegaron a la conclusión de que la legislación que exige obligatoriamente que la autoridad ejecutiva adopte medidas incompatibles con el Acuerdo General es incompatible con el artículo III, se aplique o no esa legislación, mientras que la legislación que se limita a dar a la autoridad ejecutiva la posibilidad de actuar de manera incompatible con el artículo III no constituiría en sí misma una violación de las disposiciones de ese artículo. El Grupo Especial aceptó ese razonamiento y concluyó que la legislación de Illinois en cuestión al permitir que los titulares de una licencia de fabricante vendan cerveza a los minoristas e impedir que la cerveza importada se venda directamente a dichos minoristas, hace obligatoria una acción gubernamental que es incompatible con el párrafo 4 del artículo III."[102]

4.158 Las Comunidades Europeas señalan que el Grupo Especial constató igualmente con respecto a la legislación del Estado de Mississippi lo siguiente:

> "El Grupo Especial pasó seguidamente a examinar el argumento estadounidense de que la ley de Mississippi no se aplica. A este respecto, el Grupo Especial recordó su anterior exposición de este asunto. […] El Grupo Especial observó que la legislación sobre opción local en Mississippi otorga discreción exclusivamente para restablecer la prohibición, pero no para dar un trato discriminatorio a los vinos importados. El Grupo Especial concluyó por tanto que, como la legislación de Mississippi en cuestión, al permitir la venta de vinos autóctonos en zonas del Estado que prohíben la venta de otras bebidas alcohólicas, incluido el vino importado, exige una acción gubernamental incompatible con el párrafo 4 del artículo III, es incompatible con esta disposición independientemente de que las demarcaciones políticas hagan o no uso actualmente de su facultad de restablecer la prohibición."[103]

4.159 Las Comunidades Europeas alegan a continuación que el Grupo Especial explicó la justificación de estas resoluciones al presentar sus constataciones sobre las leyes de precios máximos de Massachusetts y Rhode Island del siguiente modo:

> "En cuanto a la afirmación estadounidense de que la medida no se aplica en Massachusetts y sólo se aplica de forma teórica en Rhode Island, el Grupo Especial recordó su exposición acerca de la legislación obligatoria y de la legislación

[102] Informe del Grupo Especial *Estados Unidos - Medidas que afectan a las bebidas alcohólicas y derivadas de la malta* ("*Estados Unidos - Bebidas derivadas de la malta*"), adoptado el 19 de junio de 1992, IBDD 39S/242, página 333.

[103] *Ibid*., página 342.

> discrecional, en la sección anterior. El Grupo Especial observó que las medidas de ratificación de los precios, tanto en Massachusetts como en Rhode Island, son legislación de carácter imperativo. Aun en el caso de que Massachusetts no utilice en la actualidad sus facultades policiales para hacer respetar esta legislación obligatoria, la medida sigue siendo legislación obligatoria que puede influir en las decisiones de los agentes económicos. Por tanto, la no aplicación de una legislación obligatoria respecto de los productos importados no garantiza que la cerveza y el vino importados no reciban un trato menos favorable que el otorgado a los productos similares de origen nacional a los que la ley no se aplica. Análogamente, la alegación de que Rhode Island sólo aplica "teóricamente" su legislación obligatoria no excluye, *a fortiori*, esta medida del campo de aplicación del párrafo 4 del artículo III. La letra de las leyes obligatorias de esos dos Estados trata a la cerveza y al vino importados de manera menos favorable que a los productos similares nacionales. Por consiguiente, el Grupo Especial constató que las leyes obligatorias de ratificación de los precios son, en Massachusetts y en Rhode Island, incompatibles con el párrafo 4 del artículo III independientemente del grado en que estén aplicándose."[104]

4.160 Las Comunidades Europeas explican que, en las actuaciones del procedimiento del Grupo Especial de la OMC que examinó el caso *India - Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura*, los Estados Unidos alegaron que el "sistema de presentación anticipada" de las solicitudes de patentes que la India había establecido mediante una medida administrativa no cumplía los requisitos del párrafo 8 del artículo 70 del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC), porque la Ley de Patentes de la India contenía disposiciones imperativas que obligaban a rechazar las solicitudes en un plazo determinado.

4.161 En opinión de las Comunidades Europeas, la India había citado disposiciones de su Constitución sobre la distribución de facultades entre el poder legislativo y el ejecutivo y decisiones judiciales sobre el carácter no vinculante de las leyes que obligan a la Administración a adoptar medidas en un plazo determinado, con el fin de defender que podía establecerse un sistema de presentación anticipada de solicitudes de patentes mediante una medida administrativa a pesar del carácter imperativo de las disposiciones de la Ley de Patentes.

4.162 Las Comunidades Europeas señalan que los Estados Unidos respondieron alegando que la jurisprudencia del GATT de 1947 sobre la legislación imperativa dejaba claro que la India estaba obligada a eliminar la incertidumbre jurídica que generaba el hecho de que sus prácticas administrativas fueran incompatibles con las disposiciones imperativas de la Ley de Patentes. Por consiguiente, se exigía a la India que modificara su Ley de Patentes. En referencia al GATT[105] y al caso *Estados Unidos - Medidas que afectan a las bebidas alcohólicas y derivadas de la malta* (*Cerveza II*), los Estados Unidos habían alegado lo siguiente:

> "… el sistema de presentación anticipada tenía una razón de ser común a muchas otras obligaciones contraídas en la OMC, "es decir, dar a las partes contratantes seguridades acerca de las relaciones de competencia entre sus productos y los de las demás partes contratantes". El informe sobre el caso del *Superfund* había establecido claramente la importancia de "crear la previsibilidad necesaria para planear el comercio futuro". (…) A pesar de la afirmación de la India de que había decidido por el momento no aplicar las disposiciones obligatorias de (…) la Ley de Patentes … esa "medida sigue siendo legislación obligatoria que puede influir en las decisiones

[104] *Ibid.*, página 343.

[105] *Ibid.*

> de los agentes económicos". Los agentes económicos en el caso presente -los posibles solicitantes de patentes- no tenían confianza en que se hubiera establecido un sistema válido de presentación anticipada … Parafraseando al Grupo Especial de la *Cerveza II*, la no aplicación de una legislación obligatoria que violase una obligación contraída en la OMC no garantizaba que no se estuviera quebrantando la obligación."[106]

4.163 Las Comunidades Europeas señalan que, por tanto, los Estados Unidos habían alegado que la legislación interna de un Miembro no sólo tenía que permitirle actuar de forma compatible con sus obligaciones con la OMC; era necesario que la legislación interna, además, no generara incertidumbre jurídica al imponer la adopción de medidas incompatibles con la OMC.

4.164 Para las Comunidades Europeas, el Grupo Especial había aceptado la argumentación de los Estados Unidos. Había examinado las disposiciones de la Ley de Patentes de la India y había resuelto a continuación lo siguiente:

> "Habida cuenta de estas disposiciones, la práctica administrativa actual crea un cierto grado de inseguridad jurídica pues exige a los funcionarios de la India que ignoren determinadas disposiciones obligatorias de la Ley de Patentes. Recordamos que el Grupo Especial encargado del caso de las *bebidas derivadas de la malta* trató una cuestión análoga. En aquel caso, el demandado adujo en su defensa que cierta legislación incompatible con el GATT no se aplicaba entonces. El Grupo Especial rechazó esta defensa como sigue:
>
> > 'Aun en el caso de que Massachusetts no utilice en la actualidad sus facultades policiales para hacer respetar esa legislación obligatoria, la medida sigue siendo legislación obligatoria que puede influir en las decisiones de los agentes económicos. Por tanto, la no aplicación de una legislación obligatoria respecto de los productos importados no garantiza que la cerveza y el vino importados no reciban un trato menos favorable que el otorgado a los productos similares de origen nacional a los que la ley no se aplica.'
>
> Consideramos que este razonamiento tiene gran fuerza. No puede negarse que los agentes económicos -en el caso presente los posibles solicitantes de patentes- se ven influidos por la inseguridad jurídica creada por el mantenimiento de una legislación obligatoria que requiere la denegación de las solicitudes de patente de producto para los productos farmacéuticos y productos químicos para la agricultura."[107]

4.165 Las Comunidades Europeas alegan que estas constataciones implican que una ley que por sus términos obliga a actuar de forma incompatible con una disposición de un acuerdo de la OMC infringe esa disposición, con independencia de si la ley es o puede ser aplicada y de cómo lo es o puede serlo.

4.166 Según las Comunidades Europeas, este principio es una consecuencia del hecho de que una ley que por sus términos genera incertidumbre afecta de forma negativa a las posibilidades de competencia de que disfrutan las mercancías o servicios de los demás Miembros.

---

[106] Informe del Grupo Especial *India - Patentes (EE.UU.), op cit.*, párrafo 4.4 (se han suprimido las notas a pie de página y se han añadido los subrayados).

[107] *Ibid*., párrafo 7.35.

4.167 Las Comunidades Europeas señalan que uno de los objetivos básicos de los acuerdos de la OMC es garantizar que se reconozcan a las mercancías o servicios de origen nacional y extranjero las mismas oportunidades de competir. En el caso de un tratado destinado a garantizar unas condiciones de competencia estables y previsibles, las partes no actuarían de buena fe si aceptaran la obligación de actuar de un modo y al mismo tiempo adoptaran leyes que establecieran expresamente otro comportamiento. El hecho de que excepcionalmente pudiera aplicarse esa ley de forma que no fuera incompatible con las obligaciones asumidas en el marco de la OMC no influye sobre la conclusión anterior, sobre todo si no existe ningún título jurídico para obtener ese "acto de gracia" excepcional. Esta forma de cumplir las obligaciones de la OMC sencillamente no es compatible con el requisito fundamental de seguridad y previsibilidad en las relaciones comerciales internacionales, que es uno de los fundamentos de la OMC.[108]

4.168 En opinión de las Comunidades Europeas, la postura adoptada continuamente por los grupos especiales del GATT consiste fundamentalmente, por tanto, en la aplicación del principio general del derecho internacional de que un tratado ha de ser interpretado y aplicado de buena fe.[109]

4.169 Las Comunidades Europeas afirman a continuación que el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC transforma este principio en una obligación jurídica específica que puede ser invocada independientemente. Esta disposición y las constataciones conexas de los grupos especiales antes citadas tienen consecuencias importantes sobre el alcance del examen que debe llevar a cabo el presente Grupo Especial.

4.170 Las Comunidades Europeas sostienen que basta con que el Grupo Especial examine si los artículos 301 a 310 obligan al USTR a formular determinaciones y adoptar medidas que son incompatibles con las obligaciones que corresponden a los Estados Unidos en virtud del artículo 23 del ESD.

4.171 Las Comunidades Europeas alegan además que no es necesario examinar si el USTR ha aplicado realmente los artículos 301 a 310 como estaba obligado a hacerlo, o si los artículos 301 a 310 son imperativos en el sentido de que su aplicación pueda ser exigida ante los tribunales nacionales o si el Presidente tiene capacidad para dar instrucciones al USTR de que se abstenga de adoptar las medidas prescritas por los artículos 301 a 310.

4.172 Las Comunidades Europeas concluyen que de lo antes indicado se deduce que si el Grupo Especial constatara que determinadas disposiciones de los artículos 301 a 310, en su sentido inmediato, ordenan la formulación de determinaciones o la adopción de medidas que son incompatibles con el artículo 23 del ESD tendría que resolver también que estas disposiciones han de ser enmendadas.

4.173 **Los Estados Unidos responden** que los grupos especiales del GATT y la OMC han constatado constantemente que sólo puede reclamarse contra una legislación, en cuanto tal, si obliga a adoptar medidas incompatibles con las obligaciones asumidas en el marco de la OMC o el GATT. Recientemente, el Grupo Especial que examinó el caso *Canadá - Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles* señaló lo siguiente:

> "Recordamos a este respecto la distinción que algunos grupos especiales del GATT/OMC han trazado de forma sistemática entre la legislación discrecional y la legislación obligatoria. Por ejemplo, en el asunto *Estados Unidos - Tabaco*, el Grupo Especial "recordó que los grupos especiales habían declarado sistemáticamente que,

[108] Véase la primera oración del párrafo 2 del artículo 3 del ESD.

[109] Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, artículos 26 y 31.

> en tanto que cabía impugnar la propia legislación que exigía imperativamente medidas incompatibles con el Acuerdo General, no era posible impugnar en sí mismas las disposiciones legislativas que dieran meramente a las autoridades ejecutivas […]la posibilidad de adoptar medidas incompatibles con el Acuerdo General, y que sólo podía ser objeto de impugnación la aplicación efectiva de esa legislación incompatible con dicho Acuerdo." (omitida la nota a pie de página)[110]

4.174 Los Estados Unidos señalan que las Comunidades Europeas fueron las beneficiarias de la distinción entre legislación imperativa y legislación facultativa en el caso *Comunidades Europeas - Reglamento relativo a la importación de piezas y componentes*.[111] En ese caso, el Grupo Especial constató que "la mera existencia" de la disposición antielusión en el reglamento antidumping de las Comunidades Europeas no era incompatible con las obligaciones que para éstas dimanaban del GATT, aunque hubieran adoptado medidas incompatibles con el GATT al amparo de esa disposición.[112] El Grupo Especial basó su constatación en la conclusión a que había llegado anteriormente de que la disposición antielusión "no prescribe imperativamente la imposición de derechos o la adopción de otras medidas por la Comisión y el Consejo de la CEE, sino que se limita a autorizar a la Comisión y al Consejo a adoptar determinadas medidas".[113]

4.175 Los Estados Unidos alegan además que en la presente diferencia las Comunidades Europeas no están denunciando ninguna medida concreta que se haya adoptado en virtud de los artículos 301 a 310.[114] Lo que denuncian es la mera existencia de los artículos 301 a 310. Por tanto, para que esa denuncia surta efecto, las Comunidades Europeas tienen que demostrar no sólo que los artículos 301 a 310 autorizan la adopción de medidas incompatibles con la OMC sino que obligan imperativamente a adoptar esas medidas. Como reconocen las Comunidades Europeas, tienen que demostrar que esta legislación "no permite" al Gobierno de los Estados Unidos respetar los procedimientos del ESD.[115]

4.176 Los Estados Unidos indican además que algunos grupos especiales, al hacer uso de la distinción entre legislación discrecional o facultativa y legislación imperativa, han constatado que la legislación que expresamente exige la adopción de medidas incompatibles con los principios del GATT no obliga a adoptar medidas incompatibles mientras ofrezca a las autoridades la posibilidad de evitarlas. Por ejemplo, en el caso *Estados Unidos - Impuestos sobre el petróleo y sobre determinadas*

---

[110] Informe del Grupo Especial *Canadá - Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles*, ("*Canadá - Aeronaves*"), distribuido el 14 de abril de 1999, WT/DS70/R, párrafo 9.124), apelación pendiente por otros motivos, citando el Informe del Grupo Especial *Estados Unidos - Medidas que afectan a la importación y a la venta y utilización en el mercado interno de tabaco* ("*Estados Unidos - Tabaco*"), adoptado el 4 de octubre de 1994, IBDD 41S/140, párrafo 118.

[111] Informe del Grupo Especial *Comunidades Europeas - Reglamento relativo a la importación de piezas y componentes* ("*Comunidades Europeas - Piezas y componentes*") adoptado el 16 de mayo de 1990, IBDD 37S/147.

[112] *Ibid*., párrafos 5.9, 5.21, 5.25 y 5.26.

[113] *Ibid*., párrafo 5.25.

[114] Según los Estados Unidos, las Comunidades Europeas han reconocido expresamente, por el contrario, que su reclamación no hace referencia a las medidas adoptadas por los Estados Unidos en el contexto del incumplimiento por las Comunidades Europeas de las recomendaciones del OSD en el caso *Bananos*. Las Comunidades Europeas han iniciado un procedimiento independiente de solución de diferencias para que examine el caso *Bananos* y los Estados Unidos se proponen rebatir en ese procedimiento las reclamaciones concretas que plantean las Comunidades Europeas en esa diferencia.

[115] *Véase* WT/DS152/11.

substancias importadas[116], la Ley relativa al *Superfund* obligaba a los importadores a facilitar información suficiente sobre los productos químicos que utilizaban como insumos y que estaban sometidos a impuestos con el fin de permitir a las autoridades fiscales determinar la cuantía de los impuestos que habían de imponerse; en caso contrario, se imponía una sanción fiscal equivalente al 5 por ciento *ad valorem* o el porcentaje que estableciera mediante reglamento el Secretario del Tesoro en función de una metodología diferente. El reglamento en cuestión no había sido promulgado todavía. No obstante, el Grupo Especial concluyó lo siguiente:

> "Queda pues por ver si el reglamento eliminará la necesidad de aplicar el gravamen penalizador y si equiparará por completo los productos nacionales con los importados, según lo dispuesto en la primera frase del párrafo 2 del artículo III. Desde la perspectiva de los objetivos globales del Acuerdo General, es lamentable que la Ley relativa al *Superfund* imponga expresamente a las autoridades fiscales de los Estados Unidos la obligación de aplicar un impuesto incompatible con el principio del trato nacional; ahora bien, como dicha Ley les da también la posibilidad de evitar la necesidad de aplicar dicho impuesto mediante la promulgación de un reglamento, la existencia de las disposiciones sobre el tipo de gravamen penalizador no constituye por sí misma una violación de las obligaciones que incumben a los Estados Unidos en virtud del Acuerdo General."[117]

4.177 Los Estados Unidos añaden que igualmente en el caso *Tailandia - Restricciones a la importación de cigarrillos e impuestos internos sobre los cigarrillos*[118] el Grupo Especial examinó la Ley del Tabaco de Tailandia, que establecía un límite máximo del tipo del impuesto especial aplicable a los cigarrillos importados superior al correspondiente a los cigarrillos nacionales. Aunque la Ley atribuía expresamente a los funcionarios de Tailandia la facultad de aplicar tipos fiscales discriminatorios, este hecho no hacía que la Ley fuera imperativa. El Grupo Especial llegaba a la conclusión de que "la posibilidad de que la Ley del Tabaco pudiera aplicarse en forma contraria a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo III no bastaba, por sí sola, para hacer que dicha Ley fuese incompatible con el Acuerdo General."[119]

4.178 Los Estados Unidos señalan, por último, que en el caso *Estados Unidos - Medidas que afectan a la importación y a la venta y utilización en el mercado interno de tabaco*[120] el Grupo Especial había constatado que una ley no obligaba imperativamente a adoptar medidas incompatibles con el GATT si los términos en que estaba redactada dicha ley permitían diversas interpretaciones, incluidas algunas que permitían medidas compatibles con el GATT. El Grupo Especial había examinado la cuestión de si una ley que exigía que se aplicaran derechos de inspección "comparables" al tabaco importado y al tabaco nacional obligaba a que esos derechos fueran idénticos, sin tener en cuenta las diferencias en los costos de la inspección. En caso positivo, la ley hubiera sido incompatible con el apartado a) del párrafo 1 del artículo VIII del GATT de 1947, que prohibía la imposición de derechos que excedan del costo de los servicios prestados.[121] Los Estados Unidos

---

[116] Informe del Grupo Especial *Estados Unidos - Superfund*, *op. cit.*.

[117] *Ibid*., 34S/189, párrafo 5.2.9.

[118] Informe del Grupo Especial *Tailandia - Restricciones a la importación de cigarrillos e impuestos internos sobre los cigarrillos*, ("*Tailandia - Cigarrillos*"), adoptado el 7 de noviembre de 1990, IBDD 37S/222.

[119] *Ibid*., párrafo 86. Los Estados Unidos señalan que el Grupo Especial constató que la aplicación mediante reglamento de los tipos de los impuestos era también compatible con las obligaciones que correspondían a Tailandia, ya que esos tipos no eran discriminatorios. *Ibid*., párrafo 88.

[120] Informe del Grupo Especial *Estados Unidos - Tabaco*, *op. cit*., nota de pie de página 47.

[121] *Ibid*., párrafo 118.

habían alegado que no era preciso interpretar que el término "comparable" equivalía a "idéntico" y que la ley no impedía que se estableciera una escala de derechos en función del costo de los servicios prestados.[122] El Grupo Especial se mostró de acuerdo con los Estados Unidos:

> "[E]l Grupo Especial tomó nota de que el adjetivo "comparable" utilizado en la reforma legislativa de 1993 no era susceptible de una interpretación clara. A juicio del Grupo Especial, cabía atribuir a esa expresión, incluso en su sentido ordinario, una pluralidad de significados. El Grupo Especial consideró que uno de esos diversos significados podía ser el que se deducía de la interpretación expuesta por los Estados Unidos en el presente procedimiento, que permitiría al Departamento de Agricultura de los Estados Unidos cumplir la obligación establecida en el apartado a) del párrafo 1 del artículo VIII de no imponer derechos superiores al costo de los servicios prestados y al mismo tiempo ajustarse al requisito de comparabilidad establecido en la Ley [de los Estados Unidos]".[123]

4.179 En opinión de los Estados Unidos, por consiguiente, el Grupo Especial había constatado que "no se había demostrado [por la parte reclamante] que [la ley de los Estados Unidos] *no pudiera* ser aplicad[a] de una manera que garantizara que los derechos percibidos por la inspección del tabaco importado no fueran superiores al costo de los servicios prestados".[124]

4.180 En conclusión, los Estados Unidos afirman que, por tanto, la parte reclamante que pretenda establecer que la legislación de un Miembro obliga a una infracción de un acuerdo de la OMC tiene que asumir estrictamente la carga de demostrar que la legislación, interpretada de conformidad con el derecho interno del Miembro, excluye cualquier posibilidad de que se adopten medidas compatibles con las obligaciones de ese Miembro en la OMC. Además, cuando la legislación sea susceptible de múltiples interpretaciones, la parte reclamante tiene que demostrar que ninguna de esas interpretaciones permite la adopción de medidas compatibles con la OMC. Como se describe en el siguiente apartado, las Comunidades Europeas no han soportado esa carga de la prueba en el presente caso.

4.181 Los Estados Unidos añaden que la distinción entre medidas imperativas y medidas facultativas (o discrecionales) en la jurisprudencia del GATT/OMC era un elemento básico de la práctica de las Partes Contratantes del GATT de 1947 en la interpretación de dicho GATT de 1947 y que sigue siendo un elemento básico de la práctica de los Miembros de la OMC en la interpretación del Acuerdo sobre la OMC. La alternativa a esta distinción sería exigir a los Miembros que establezcan en sus leyes internas límites específicos al ejercicio de la capacidad discrecional para evitar incluso la posibilidad de medidas incompatibles con la OMC. Cada Miembro estaría obligado a situar el Acuerdo sobre la OMC en un lugar preeminente de su ordenamiento jurídico, paso que las Comunidades Europeas rechazaron expresamente para sí mismas en 1994.[125] No existe actualmente en los acuerdos de la OMC una obligación semejante y las Comunidades Europeas así lo han reconocido en el último examen del Entendimiento sobre Solución de Diferencias. Las Comunidades Europeas han presentado, para ese examen, una propuesta que "suprimiría la *actual distinción* entre

[122] *Ibid*., párrafo 122.

[123] *Ibid*., párrafo 123.

[124] *Ibid*.

[125] Los Estados Unidos se remiten a la Decisión 94/800 del Consejo, D.O. 1994 (L 336) 1, que establece que "por su propia naturaleza el Acuerdo por el que se crea la Organización Mundial del Comercio, incluidos sus Anexos, no puede ser invocado directamente ante los Tribunales comunitarios y de los Estados miembros".

medidas discrecionales y medidas obligatorias"[126] y haría posible determinar la incompatibilidad de las medidas discrecionales con la OMC.[127]

4.182 Los Estados Unidos argumentan que en general parece que las Comunidades Europeas, al abordar disposiciones concretas de los artículos 301 a 310, creen que tienen que demostrar que la ley estadounidense exige de hecho (en vez de limitarse a permitir) un comportamiento incompatible con las normas de la OMC. De hecho, la alegación fundamental formulada por las CE en su solicitud de establecimiento de un grupo especial es que las normas del artículo 301 "no permiten" a los Estados Unidos cumplir las obligaciones que les incumben en la OMC.[128]

4.183 Sin embargo, a juicio de los Estados Unidos, las Comunidades Europeas, en sus observaciones iniciales y en afirmaciones hechas en diversos lugares de su comunicación, dan a entender que creen que los Miembros de la OMC tienen una obligación positiva de limitar explícitamente en su legislación interna las facultades discrecionales. Por ejemplo, las CE afirman lo siguiente:

> "[…] las Comunidades Europeas creen que es necesario modificar los artículos 301 a 310 para dejar claro que la Administración de los Estados Unidos está obligada a actuar de conformidad con las obligaciones que corresponden a los Estados Unidos en virtud de los Acuerdos de la OMC, en todas las circunstancias y en todo momento". (Se han añadido los subrayados.)

4.184 Los Estados Unidos afirman que, análogamente, las Comunidades Europeas lamentan las facultades discrecionales que se mantienen en los artículos 301 a 310 y critican el pretendido hecho de que los Estados Unidos están "dejándose abierta la posibilidad" de recurrir a medidas unilaterales.[129]

4.185 Los Estados Unidos argumentan que esas formulaciones de las obligaciones de la OMC son diametralmente opuestas al principio enunciado en los informes de todos y cada uno de los grupos especiales que han estudiado la cuestión: la legislación ha de exigir que se tomen medidas incompatibles con las normas del GATT o de la OMC, y no limitarse a dejar abierta la posibilidad de que se adopten tales medidas.[130] Del mismo modo, también son incompatibles con el enfoque adoptado en otros contextos del GATT, por ejemplo los grupos de trabajo que examinaron la legislación de una parte contratante o de un país en proceso de adhesión para determinar si la

[126] Los Estados Unidos se remiten al *Examen del Entendimiento sobre Solución de Diferencias*, documento extraoficial de las Comunidades Europeas (octubre de 1998) (se han añadido las cursivas), y también al Examen del ESD, Nota de la Secretaría, Compilación de las observaciones formuladas por los Miembros - Rev.3 (12 de diciembre de 1998).

[127] *Ibid.*

[128] WT/DS152/11.

[129] *Ibid.*, párrafo 9.

[130] Los Estados Unidos hacen referencia a los informes de los Grupos Especiales que estudiaron los asuntos *Canadá - Aeronaves, op. cit.*, párrafo 9.124; *Estados Unidos - Superfund, op. cit.*, párrafo 5.2.9; *Tailandia - Cigarrillos, op. cit.*, párrafo 86; *CEE - Piezas y componentes, op. cit.*, párrafos 5.25 y 5.26; *Estados Unidos - Tabaco, op. cit.*, párrafo 118; *Estados Unidos - Bebidas derivadas de la malta, op. cit.*, párrafo 5.39, e *India - Patentes (EE.UU.), op. cit.*, párrafo 7.35, así como el *Índice analítico - Guía de las normas y usos del GATT (sexta edición, 1995)*, volumen 1, páginas 144 a 148, y volumen 2, páginas 714 a 719.

legislación exige la obtención de resultados incompatibles con las normas del GATT, y no si podría llevar a tales resultados.[131]

4.186 En opinión de los Estados Unidos, es indudable que las Comunidades Europeas entienden esto. Las CE, totalmente aparte de que en los análisis que efectúan en sus comunicaciones reconocen generalmente ese principio, han presentado, en el contexto del examen en curso del ESD, una propuesta con arreglo a la cual "se suprimiría la actual distinción entre medidas facultativas y medidas imperativas"[132] y se podría establecer que las medidas facultativas pueden ser incompatibles con las normas de la OMC.[133] Ahora parece que las CE están pidiendo a este Grupo Especial que introduzca precisamente ese cambio.

4.187 A juicio de los Estados Unidos, son profundas las consecuencias de la propuesta de las Comunidades Europeas relativa al ESD y de su petición de que este Grupo Especial establezca una norma en el sentido de que toda la legislación interna ha de "dejar claro" que las autoridades han de actuar de forma compatible con las obligaciones que les corresponden en la OMC "en todas las circunstancias y en todo momento". La norma propuesta afectaría a la soberanía de los Miembros de una manera en que, hasta la fecha, no han convenido. Hay que preguntarse si las CE han considerado a fondo las repercusiones de su petición. Por ejemplo, ¿tendrían las CE que modificar las disposiciones legislativas y las estipulaciones del Tratado de Amsterdam en virtud de las cuales han venido aplicando su régimen relativo al banano, a fin de incluir la prescripción específica de que ese régimen ha de estar en conformidad con las obligaciones que corresponden a las CE en la OMC?

4.188 Los Estados Unidos argumentan que de hecho, con arreglo a la propuesta de las Comunidades Europeas, las CE tendrían que modificar prácticamente todas las disposiciones legislativas de las CE y de sus Estados miembros para estatuir que se apliquen de forma compatible con las normas de la OMC, puesto que los compromisos contraídos por las CE en la OMC no son en la actualidad directamente susceptibles de aplicación coercitiva de conformidad con la legislación de las CE.[134] El Consejo de Ministros de las CE así lo manifestó claramente cuando ratificó los Acuerdos de la OMC: "por su propia naturaleza, el Acuerdo por el que se crea la Organización Mundial del Comercio, incluidos sus Anexos, no puede ser invocado directamente ante los tribunales comunitarios y de los Estados miembros".[135] Así pues, las CE no difieren de los Estados Unidos a este respecto, en contra de la impresión que tratan de dar.

4.189 Los Estados Unidos señalan además que parece que las Comunidades Europeas tendrían que modificar su Reglamento sobre Obstáculos al Comercio para eliminar los elementos discrecionales, que, en palabras de las CE, "[dejan] abierta la posibilidad" de tomar medidas incompatibles con las normas de la OMC. Las "Disposiciones generales" del artículo 15 del Reglamento estatuyen, entre otras cosas, lo siguiente:

---

[131] Los Estados Unidos se remiten al informe sobre *La Comunidad Económica Europea*, L/778, adoptado el 30 de noviembre de 1957, IBDD 6S/75, 86, párrafo 10.

[132] Los Estados Unidos se remiten al *Review of the Dispute Settlement Understanding*, documento oficioso de las Comunidades Europeas (octubre de 1998), y al Examen del ESD, Nota de la Secretaría, Compilación de las observaciones formuladas por los Miembros - Rev.3 (12 de diciembre de 1998).

[133] *Ibid.*

[134] Los Estados Unidos se remiten al *Case* C-280/93, *Germany v. Council*, 1993 ECJ CELEX LEXIS 2609 (5 de octubre de 1993).

[135] Decisión del Consejo Nº 94/800, 1994 D.O. (L 336) 1.

> "El presente Reglamento […] No obstará a otras medidas que puedan adoptarse en virtud del artículo 113 del Tratado, así como a los procedimientos comunitarios aplicables a cuestiones relativas a los obstáculos al comercio planteadas por los Estados miembros en el Comité creado por el artículo 113 del Tratado."[136]

4.190 Los Estados Unidos sostienen que, conforme al artículo 133 del Tratado de Amsterdam (anteriormente, artículo 113 del Tratado de Roma), las Comunidades Europeas parecen tener plena libertad para tomar, por cualquier razón y en cualquier momento, cualquier medida en la esfera de la política comercial haciendo caso omiso de las normas de la OMC y de la autorización del OSD. De hecho, las CE, pese a que dan a entender que su Reglamento sobre Obstáculos al Comercio es el único mecanismo por el que somete diferencias a la OMC, han planteado sólo 6 de 45 diferencias en la OMC mediante ese reglamento.[137] El resto se han tramitado siguiendo los procedimientos, no publicados y no transparentes, del Comité del artículo 133 (si realmente existen tales procedimientos).[138] Los Estados Unidos no conocen ninguna disposición legislativa o convencional de las CE que haga que "las medidas de retorsión de [las Comunidades Europeas, con arreglo a los procedimientos de su artículo 133,] dependan de la autorización del OSD", ni ninguna disposición de esa índole por la que se cree ningún "título jurídico para obtener ese 'acto de gracia' excepcional". Cabe suponer que las CE, con arreglo a la norma que han solicitado, tendrían que modificar el Tratado de Amsterdam para lograr la claridad y dar las seguridades adicionales que tratan de obtener de los Estados Unidos.

4.191 A juicio de los Estados Unidos, las Comunidades Europeas, aunque en el contexto de esta diferencia parecen no ver ya la importancia de la distinción entre las medidas facultativas y las medidas imperativas, comprendían muy bien esa distinción en 1957. En el informe de 1957 sobre "La Comunidad Económica Europea" se afirma lo siguiente:

> "Consecutivamente a un intercambio de puntos de vista sobre las disposiciones del Tratado de Roma relativas a las restricciones cuantitativas, el subgrupo hizo observar que estas disposiciones no tienen carácter imperativo ni imponen a los miembros de la Comisión ninguna acción incompatible con las disposiciones del Acuerdo General. Por otra parte, dado el alcance muy general de las instituciones de la Comunidad y de

---

[136] Artículo 15 del Reglamento (CE) Nº 3286/94 del Consejo, 1994 D.O. (L 349) 71.

[137] Los Estados Unidos señalan que los asuntos planteados en la OMC por conducto del Reglamento sobre obstáculos al comercio son los siguientes: *Estados Unidos - Medidas que afectan a los textiles y las prendas de vestir* (DS85); *Estados Unidos - Ley Antidumping de 1916* (DS136); *Japón - Contingentes arancelarios y subvenciones que afectan al cuero* (DS147); *Estados Unidos - Medidas que afectan a los textiles y las prendas de vestir (II)* (DS151); *Argentina - Medidas que afectan a la exportación de pieles de bovino y a la importación de cueros acabados* (DS155), y *Estados Unidos - Artículo 110 (5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos* (DS160).

[138] Los Estados Unidos alegan que un ex Presidente, a nivel de Adjuntos, del Comité del artículo 133 ha escrito que los procedimientos del Comité son formalmente confidenciales (aunque, en la práctica, no se mantiene estrictamente la confidencialidad) y que el Comité no hace declaraciones públicas. Michael Johnson, European Community Trade Policy and the Article 113 Commitee, 35 (Royal Institute of Int'l Affairs 1998). Con respecto al funcionamiento del Comité, el autor llega a la siguiente conclusión:

"La evolución del Comité en el curso de un período de 40 años -irregular y, en gran parte, no planeada- refleja la evolución de la propia Comunidad. Basándose en […] avenencias políticas […] ha encontrado formas prácticas de atender las crecientes exigencias de las relaciones comerciales internacionales […]. Mediante el consentimiento de todos los interesados, ha llegado a ejercer una autoridad que excede con mucho de los límites jurídicos evidentes fijados por el vago mandato que se confiere en el artículo 113 del Tratado de Roma. El resultado es que se ha llegado a un órgano sumamente pragmático en el que, la mayor parte del tiempo, las personas que se reconocen como expertos pueden resolver los problemas comerciales en un entorno familiar." *Ibid*., página 37.

> los poderes que les están conferidos, dichas instituciones podrían, dentro de sus poderes, tomar medidas que fueran incompatibles eventualmente con las disposiciones del Acuerdo, cualquiera que sea, por lo demás, la interpretación dada a las del artículo XXIV. Señalaron los Seis que numerosas partes contratantes habían promulgado una legislación general de carácter no imperativo que, si fuese plenamente aplicada, les permitiría recurrir a restricciones de una manera incompatible con las disposiciones del artículo XI. Sin embargo, estos países no están obligados a entablar consultas con las PARTES CONTRATANTES en cuanto a sus intenciones eventuales en lo que concierne a la aplicación de tal legislación. En estas condiciones, los Seis no podían admitir que, por el hecho de su adhesión al Tratado de Roma, una parte contratante se viera sujeta a prescripciones u obligaciones adicionales en materia de consulta sobre el recurso a las restricciones cuantitativas."[139]

4.192 Los Estados Unidos argumentan que, por mucho que las Comunidades Europeas quieran ahora que se modifiquen los términos de los Tratados de la OMC para autorizar a los grupos especiales a constatar que las disposiciones legislativas de carácter facultativo pueden ser incompatibles con las normas de la OMC, lo cierto es que actualmente tales términos no lo autorizan. Las CE se remiten al párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC, que dispone que "Cada Miembro se asegurará de la conformidad de sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos con las obligaciones que le impongan los Acuerdos anexos".[140] Ahora bien, los artículos 301 a 310, dado que ni exigen que se tomen medidas que infrinjan ninguna disposición del ESD o del GATT de 1994 ni impiden que se tomen medidas que sean compatibles con esas obligaciones, están en conformidad con esas obligaciones y también con el párrafo 4 del artículo XVI. Análogamente, los artículos 301 a 310, como no impiden que el USTR recurra a las normas y procedimientos del ESD y acate esas normas y procedimientos, no son incompatibles con el párrafo 1 del artículo 23 del ESD.

4.193 Los Estados Unidos insisten en el criterio jurídico aplicable, que parecen reconocer las Comunidades Europeas. Este criterio consiste en la afirmación de que, cuando se denuncia una ley por sí misma al amparo de las normas de la OMC, esa ley tiene que ordenar imperativamente medidas que sean incompatibles con las obligaciones de un Miembro. Las leyes que ofrecen un margen de capacidad discrecional que puede ser utilizado de forma compatible o incompatible con las obligaciones de un Miembro no incumplen por sí mismas esas obligaciones. En la solicitud de las Comunidades Europeas de establecimiento del grupo especial se reconoce este criterio cuando se afirma que el artículo 301 "no permite" que el USTR respete los procedimientos del ESD debido a los plazos que dicho artículo establece. Además, la propuesta de las Comunidades Europeas en el examen del ESD, que "suprimiría la actual distinción entre medidas discrecionales y medidas obligatorias", reafirma también el hecho de que éstas consideran que los Miembros de la OMC, hasta la fecha, no han consentido que se establezcan límites a su derecho de adoptar leyes discrecionales.

4.194 Los Estados Unidos alegan que en el caso *Estados Unidos - Tabaco*, el Grupo Especial no sólo afirmó esta norma sino que aclaró que, cuando los términos de la ley sean ambiguos o sean susceptibles de múltiples lecturas, la parte reclamante tiene que demostrar que ninguna de esas lecturas permite que se adopten medidas compatibles con las obligaciones de la parte demandada. Este planteamiento deriva lógicamente de la norma de atribución de la carga de la prueba aplicable en los procedimientos de solución de diferencias, ya que la parte reclamante es la responsable de demostrar que la ley no permite a la parte demandada cumplir sus obligaciones internacionales. No se puede suponer que una parte no actuará de buena fe en el cumplimiento de sus obligaciones. Sólo en

---

[139] Los Estados Unidos citan el informe sobre *La Comunidad Económica Europea*, L/778, adoptado el 29 de noviembre de 1957, IBDD 6S/75, párrafo 10 (se ha añadido el subrayado).

[140] Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, párrafo 4 del artículo XVI.

caso de que la parte haya adoptado una legislación que no permita a sus autoridades cumplir las obligaciones que le corresponden en el marco de la OMC podrá considerarse esa legislación incompatible con dichas obligaciones.

4.195 En opinión de los Estados Unidos, ningún grupo especial del GATT o de la OMC se ha alejado de esta norma. Frente a las alegaciones de algunos de que sólo los grupos especiales del GATT han aplicado esta norma, también la han aplicado los grupos especiales de la OMC que examinaron los casos *Canadá - Aeronaves civiles* y *Turquía - Textiles y vestido*. Además, como se acaba de indicar, las Comunidades Europeas han reconocido, en el marco del examen del ESD, que la norma sigue siendo aplicable. Ninguna disposición del Acuerdo sobre la OMC o de sus Anexos altera esta práctica.

ii) Valor del Protocolo de Aplicación Provisional

4.196 **En respuesta, las Comunidades Europeas alegan** que la distinción entre medidas discrecionales y medidas imperativas que se estableció en la práctica del GATT de 1947 se debía al hecho de que las partes contratantes del GATT de 1947, en virtud de la cláusula sobre la legislación vigente del Protocolo de Aplicación Provisional (PAP) y de los Protocolos de Adhesión, sólo estaban vinculadas por las obligaciones dimanantes del GATT de 1947 en la medida en que su legislación interna permitiera a las autoridades del ejecutivo cumplir esas obligaciones.

4.197 Las Comunidades Europeas señalan que, según el apartado b) del párrafo 1 del PAP,

> "Los Gobiernos de […] se comprometen […] a aplicar provisionalmente a partir del 1º de enero de 1948 […] la Parte II de dicho Acuerdo en toda la medida que sea compatible con la legislación vigente" (se han añadido el subrayado)

4.198 En opinión de las Comunidades Europeas, esta cláusula permitió que el Gobierno de los Estados Unidos y otros gobiernos aceptaran el GATT de 1947 sin someterlo a ratificación por el poder legislativo. De conformidad con el GATT de 1947, por tanto, existía la presunción y la clara expectativa de que se mantendría la legislación preexistente que estipulaba medidas contrarias a las disposiciones del GATT de 1947.

4.199 Las Comunidades Europeas sostienen que la noción de legislación imperativa, en el marco del GATT de 1947, surgió en este contexto concreto de conflicto entre una legislación vigente y una nueva obligación dimanante de la Parte II del Acuerdo General: la cláusula de la legislación vigente obligaba a las partes contratantes a resolver este conflicto en favor de la legislación y en detrimento de la obligación en el GATT.

4.200 En opinión de las Comunidades Europeas, el Comité del Acuerdo sobre Aranceles, ya en las deliberaciones que mantuvo en 1947, es decir, antes de la aplicación provisional del GATT de 1947, había señalado lo siguiente:

> "la intención era que el criterio fuera lo que el poder ejecutivo podía hacer: en otras palabras, la Administración estaría obligada a dar efecto a las disposiciones generales en la medida en que pudiera hacerlo sin 1) cambiar la legislación vigente o 2) infringir la legislación vigente. Si para aplicar la ley era necesario un reglamento administrativo particular, ese reglamento tendría, naturalmente, que prevalecer; pero en la medida en que la Administración tuviera autoridad en el marco de las leyes vigentes para aplicar estas disposiciones, estaría obligada a hacerlo".[141] (se han añadido los subrayados)

[141] EPCT/TAC/PV.5, página 20 (versión española, Guía de las Normas y Usos del GATT - Índice Analítico, volumen 2, página 1193).

4.201 Las Comunidades Europeas señalan que, después de la aplicación provisional del GATT de 1947 por intermedio del PAP, un grupo de trabajo del GATT, que examinó en 1949, en el curso de sus trabajos, las medidas que podía permitirse que quedaran exentas en virtud de la cláusula de la "legislación vigente" del PAP, confirmó esta opinión:

> "El Grupo de Trabajo convino en que tal medida estuviera efectivamente permitida si la disposición legislativa en que se basaba era de carácter imperativo por sus propios términos o por su propósito expreso, es decir, si imponía al poder ejecutivo obligaciones que éste no podía modificar."[142]

4.202 Las Comunidades Europeas observan que las partes contratantes, por consiguiente, no tenían ningún derecho a esperar que se eliminase la incertidumbre jurídica que derivaba de la existencia de esa legislación. Todo lo que podían esperar era que las autoridades del ejecutivo utilizaran el margen de capacidad discrecional de que disponían en virtud de la legislación de forma compatible con el GATT.

4.203 Las Comunidades Europeas alegan que eso explica la necesidad de una interpretación restrictiva de la legislación imperativa con el fin de permitir la rápida entrada en vigor del GATT de 1947. El propósito, de hecho, era limitar el alcance de la cláusula del PAP sobre la "legislación vigente", permitiendo así la aplicación efectiva del GATT de 1947. Una lectura más amplia de la cláusula del PAP hubiera reducido *de facto* considerablemente la posibilidad de lograr los objetivos del GATT.

4.204 Las Comunidades Europeas sostienen además que los grupos especiales del GATT no tenían otra opción que aplicar el mismo criterio a toda la legislación interna, tanto si ésta había sido adoptada antes como si lo había sido después de la entrada en vigor del GATT. Los grupos de trabajo y los grupos especiales del GATT de 1947,[143] por consiguiente, se encontraron ante un dilema: adoptar una definición limitadora de la legislación "imperativa" promovía los objetivos del GATT con respecto a la legislación vigente[144] pero tenía el efecto exactamente contrario si se aplicaba a la nueva legislación. Las constataciones del Grupo Especial que examinó en 1987 el caso *Estados Unidos -*

---

[142] IBDD volumen II/49, párrafo 99 (versión española, Guía de las Normas y Usos del GATT - Índice Analítico, volumen 2, página 1194).

[143] Informe del Grupo Especial *Bélgica - Subsidios familiares*, adoptado el 7 de noviembre de 1952, IBDD 1S/59, párrafo 6; Informe del Grupo de Trabajo encargado de las *Cuestiones relativas a la organización y a las funciones*, adoptado los días 28 de febrero, 5 y 7 de marzo de 1955, IBDD 3S/122, párrafo 58; e Informe del Grupo de Trabajo encargado de las *Restricciones a la importación aplicadas por la República Federal de Alemania*, adoptado el 30 de noviembre de 1957, IBDD 6S/60, párrafo 12; Informe del Grupo Especial *Noruega - Restricciones a las importaciones de manzanas y peras*, adoptado el 22 de junio de 1989, IBDD 36S/358, párrafo 5.6; Informe del Grupo Especial *Tailandia - Cigarrillos*, *op. cit.*, párrafo 83; Informe del Grupo Especial *Canadá - Importación, distribución y venta de determinadas bebidas alcohólicas por organismos provinciales de comercialización*, adoptado el 18 de febrero de 1992, DS17/R, párrafo 5.9; e Informe del Grupo Especial *Estados Unidos - Bebidas derivadas de la malta*, *op. cit.*, párrafo 5.44

[144] Las Comunidades Europeas observan que en el caso "Subsidios familiares belgas", párrafo 6, el Grupo Especial estableció expresamente lo siguiente: "el Grupo Especial observó que en otra ocasión [caso "Impuestos interiores del Brasil"], las Partes Contratantes convinieron en que el Protocolo de Aplicación Provisional debía interpretarse de modo que se limitara la aplicación de lo dispuesto en el párrafo 1 b) del Protocolo a los casos en que la legislación en que estuviera basada la medida fuera de carácter imperativo por sus propios términos o por su propósito expreso, es decir, que impusiera al poder ejecutivo obligaciones que éste no pudiera modificar".

Impuestos sobre el petróleo y sobre determinadas substancias importadas demuestran que era consciente de este dilema[145]:

> "… Este reglamento no se ha promulgado todavía. Queda pues por ver si el reglamento eliminará la necesidad de aplicar el gravamen penalizador y si equiparará por completo los productos nacionales con los importados […] desde la perspectiva de los objetivos globales del Acuerdo General, es lamentable que la Ley relativa al *Superfund* imponga expresamente a las autoridades fiscales de los Estados Unidos la obligación de aplicar un impuesto incompatible con el principio del trato nacional […] El Grupo Especial tomó nota con satisfacción de la declaración de los Estados Unidos según la cual, teniendo presente la facultad reglamentaria que la Ley otorga a las autoridades fiscales, "lo más probable es que no se aplique nunca el tipo penalizador del 5 por ciento"" (se han añadido el subrayado).

4.205 En opinión de las Comunidades Europeas, el informe del Grupo Especial que examinó en 1990 el caso *CEE - Piezas y componentes* señaló, siguiendo la misma orientación, que

> "… la mera existencia de la disposición antielusión en el reglamento antidumping de la CEE no es incompatible con las obligaciones que para ésta dimanan del Acuerdo General. Aunque desde el punto de vista de los objetivos generales del Acuerdo General sería de desear que la CEE derogara la disposición antielusión, con dejar de aplicarla a las partes contratantes ya cumpliría las obligaciones que le impone el Acuerdo General".[146]

4.206 Las Comunidades Europeas añaden que el Grupo Especial que examinó en 1989 el caso *Noruega - Restricciones a las importaciones de manzanas y peras* reafirmó en su informe, refiriéndose más expresamente al PAP, el entendimiento de 1947 de que la legislación debía

> "ser de carácter imperativo por sus propios términos o por su propósito expreso".

4.207 Las Comunidades Europeas alegan además que las constataciones del informe del Grupo Especial que examinó en 1990 el caso *Tailandia - Restricciones a la importación de cigarrillos e impuestos internos sobre los cigarrillos* se basaron expresamente en los dos precedentes antes citados, es decir, el informe de 1989 del Grupo Especial que examinó el caso *Noruega - Manzanas y peras* y el informe de 1949 del Grupo de Trabajo de las *Notificaciones de medidas vigentes y cuestiones de procedimiento*. Las Comunidades Europeas señalan a la atención del Grupo Especial el hecho de que, de conformidad con el informe del Grupo Especial *Noruega - Manzanas y peras* y el informe del *Grupo de Trabajo de 1949*, el informe del Grupo Especial *Tailandia - Cigarrillos* abordó la cuestión de la legislación imperativa frente a la legislación discrecional exclusivamente en el marco de la interpretación de una cláusula del Protocolo de Adhesión de Tailandia idéntica al párrafo 1 b) del PAP.

4.208 Las Comunidades Europeas sostienen que el Grupo Especial que examinó en 1992 el caso *Estados Unidos - Medidas que afectan a las bebidas alcohólicas y derivadas de la malta* tuvo que evaluar de nuevo, como cuestión prioritaria, el alcance de la aplicación del PAP a la legislación de los Estados de los Estados Unidos. En ese contexto, llegó a la conclusión de que

> "los expedientes no respaldan la conclusión de que la legislación de los Estados sobre bebidas alcohólicas, incompatible con el Acuerdo General, de la que se trata en este

[145] Informe del Grupo Especial *Estados Unidos - Superfund*, *op. cit.*, párrafo 5.2.9.

[146] Informe del Grupo Especial *CEE - Piezas y componentes*, *op. cit.*, párrafo 5.26.

procedimiento sea "legislación vigente de carácter imperativo" en el sentido del Protocolo de Aplicación Provisional".

4.209 Las Comunidades Europeas recuerdan el informe del Grupo Especial que examinó en 1992 el caso *Estados Unidos - Denegación del trato de nación más favorecida con respecto al calzado, distinto del de caucho, procedente del Brasil*. Una vez más el contexto venía dado por el PAP:

> "2.6 Esa Ley, que estaba ya en vigor cuando los Estados Unidos se adhirieron en 1947 al Acuerdo General, resultaba incompatible con lo dispuesto en el párrafo 6 a) del artículo VI, que prohibía la percepción de derechos compensatorios si no se había determinado la existencia de perjuicio. Sin embargo, el artículo 303 quedó abarcado por la cláusula del párrafo 1 b) del Protocolo de Aplicación Provisional del Acuerdo General (el "PAP") relativa a la "legislación vigente", que prescribía que las partes contratantes del GATT aplicarían la Parte II de dicho Acuerdo (en la que figuraba el artículo VI) "en toda la medida que sea compatible con la legislación vigente". El artículo 303 seguía actualmente en vigor y regía las importaciones de productos sujetos a derechos procedentes de todos los países no signatarios del Acuerdo sobre Subvenciones.
>
> 2.7 La orden de establecimiento de derechos compensatorios sobre el calzado brasileño distinto del de caucho se dictó en 1974 al amparo del artículo 303 antes citado, sin que mediara por tanto prueba de la existencia de daño.
>
> 2.8 El artículo 331 de la Ley de Comercio Exterior de 1974[147], promulgada por los Estados Unidos ese año, modificó la legislación estadounidense en materia de derechos compensatorios al hacerlos también extensivos a las importaciones de productos *exentos de derechos*. Los Estados Unidos reconocieron que se trataba de una disposición no abarcada por el Protocolo de Aplicación Provisional por cuanto no estaba vigente en el año 1947. En ella se preveía por tanto que el establecimiento de derechos compensatorios sobre las importaciones de productos exentos de derechos procedentes de una parte contratante del GATT había de ir precedido de la prueba de la existencia de daño". (se han añadido el subrayado)

4.210 Las Comunidades Europeas sostienen que la única legislación, por consiguiente, que estaba sometida al examen del Grupo Especial era el artículo 331 de la Ley de Comercio Exterior de 1974. Esta disposición, que forma parte de la Ley de Comercio Exterior de 1974 que incluye también los artículos 301 a 310 que son el objeto del presente procedimiento de solución de diferencias, estaba redactada, en su parte pertinente, del siguiente modo:

> "a) 2) En el caso de cualquier artículo o mercancía importados que estén exentos de derechos, sólo podrán imponerse derechos en virtud del presente artículo cuando la Comisión haya formulado una determinación afirmativa según lo dispuesto en el punto 1 del apartado b) […]
>
> b) Determinación de la existencia de daño en el caso de las mercancías exentas de derechos- Suspensión de la liquidación.-- 1.- Siempre que el Secretario formule una determinación definitiva en virtud del apartado a) *supra* en el sentido de que se paga u otorga una prima o subvención con respecto a cualquier artículo o mercancía exento de derechos y se precisa una determinación de la Comisión de conformidad con lo dispuesto en el punto 2 de dicho apartado, el Secretario deberá--

[147] (Nota a pie de página original) 19 U.S.C., artículo 1303, apartado a), punto 2).

> A) informar de ello a la Comisión, la cual determinará, dentro de los tres meses siguientes, tras realizar la investigación que considere necesaria, si una rama de producción en los Estados Unidos sufre o es probable que sufra un daño importante o no puede crearse en razón de la importación de ese artículo o mercancía en los Estados Unidos; y la Comisión notificará al Secretario la determinación que adopte; […]
>
> c) Aplicación de una determinación afirmativa.-- La determinación afirmativa que formule el Secretario en virtud del apartado a) *supra* con respecto a cualesquiera artículos o mercancías importados se aplicará a los que hayan entrado al país […] en la fecha o después de la fecha de publicación de la misma en el Registro Federal. En caso de que se trate de artículos o mercancías importados que están exentos de derechos, y de que las obligaciones internacionales contraídas por los Estados Unidos prescriban la constatación de la existencia de daño, la cláusula precedente sólo regirá si la Comisión ha formulado una determinación afirmativa de la existencia de daño con arreglo al punto 1 del apartado b) *supra*".

4.211 Las Comunidades Europeas subrayan los términos muy semejantes utilizados en el artículo 331 y en los artículos 301 a 310 de la misma Ley de Comercio Exterior. En lo que respecta a las disposiciones antes mencionadas del artículo 331, el Grupo Especial de 1992 "*Calzado distinto del de caucho*" constató que

> "6.13 Habiendo constatado que el artículo 331 de la Ley de 1974 y el apartado b) del artículo 104 de la Ley de 1979 se aplicaban a productos similares, el Grupo Especial pasó a examinar si esa legislación en sí misma era o no compatible con el párrafo 1 del artículo primero. Tras haber observado que en casos anteriores las PARTES CONTRATANTES habían decidido que la legislación que exigía imperativamente a la autoridad ejecutiva la imposición de una medida incompatible con el Acuerdo General era en sí incompatible con éste, hubiese o no surgido la ocasión de su aplicación efectiva, el Grupo Especial recordó que las disposiciones sobre retroactividad de ambas leyes constituían normas imperativas, es decir, imponían a la autoridad ejecutiva prescripciones que ésta no podía modificar por vía ejecutiva, habida cuenta de lo cual constató que esas disposiciones en sí mismas, y no tan sólo su aplicación en casos concretos, debían ser compatibles con el párrafo 1 del artículo primero." (omitida una nota a pie de página)

4.212 Las Comunidades Europeas señalan que, de conformidad con la legislación de los Estados Unidos en materia de derechos compensatorios, la Administración dispone de capacidad discrecional para decidir si aplica o no un derecho compensatorio a los productos subvencionados. No obstante, se consideró "imperativo" el requisito de que la Administración no aplicara el criterio del daño *si* decidía aplicar un derecho compensatorio.

4.213 En opinión de las Comunidades Europeas, en el informe del Grupo Especial que examinó en 1994 el caso *Estados Unidos - Medidas que afectan a la importación y a la venta y utilización en el mercado interno de tabaco*[148], las constataciones se basaron, por un lado, en los informes de los grupos especiales "*Superfund*" y *Tailandia - Cigarrillos* (confirmando así la práctica anterior del GATT de 1947). Por otro lado, el Grupo Especial indicó expresamente que las medidas discriminatorias del artículo 1106(c) de la Ley del Presupuesto de 1993 de los Estados Unidos no habían sido seguidas por la promulgación de las normas de aplicación exigidas por la Ley.

[148] Informe del Grupo Especial *Estados Unidos - Tabaco, op cit.*, en particular el párrafo 118.

4.214 Las Comunidades Europeas sostienen que también pueden encontrarse nuevas "orientaciones útiles"[149] para el Grupo Especial en el informe no adoptado del Grupo Especial *Comunidades Europeas - Regímenes de importación del banano de algunos Estados miembros*[150], párrafos 342 a 349.

4.215 **Los Estados Unidos responden recordando** que las Comunidades Europeas argumentan que los grupos especiales del GATT de 1947 se basaron implícitamente en una "interpretación restrictiva de la legislación imperativa" porque tal interpretación era necesaria a la vista del Protocolo de Aplicación Provisional. Según las CE, como el Protocolo eximía a la legislación vigente de la aplicación del GATT de 1947, la "aplicación efectiva del GATT de 1947" exigía que esa exención tuviera un alcance limitado. Las CE declaran que "las partes contratantes, por consiguiente, no tenían ningún derecho a esperar que se eliminase la incertidumbre jurídica que derivaba de la existencia de esa legislación [imperativa]". Según las CE, los grupos especiales del GATT se basaron de hecho, implícita o explícitamente, en la existencia del Protocolo en los casos en que se constató que la legislación discrecional o facultativa no podía dar lugar a un recurso.

4.216 Los Estados Unidos afirman luego que la lógica de las Comunidades Europeas adolece de deficiencias y es difícil de seguir, y que no está claro a qué "incertidumbre jurídica" da lugar la "existencia" de una legislación imperativa preexistente. Al parecer, las CE afirman que en el marco del GATT de 1947 había "incertidumbres" que tenían que ser toleradas, y lo hacen en apoyo de su argumento de que en el contexto del Acuerdo sobre la OMC ya no se pueden tolerar esas incertidumbres. Los Estados Unidos se ocuparán luego más en detalle de los argumentos de las CE relativos a la "incertidumbre". Por el momento, basta con señalar que la distinción entre la compatibilidad de la legislación facultativa y la compatibilidad de la legislación imperativa se debe a razones que no tienen nada que ver con el Protocolo de Aplicación Provisional ni con ninguna "incertidumbre" a que haya dado lugar el Protocolo.

4.217 Los Estados Unidos hacen notar que las Comunidades Europeas han afirmado que en los informes de grupos especiales en los que se elaboró esa doctrina se citaban, bien el Protocolo, bien asuntos en los que se citaba el Protocolo, pero no han demostrado esto en su análisis de esos informes de grupos especiales. Por el contrario, en esos asuntos no se hizo referencia ni una sola vez al Protocolo ni a asuntos en los que se citase el Protocolo al estudiar la cuestión de si la mera existencia de disposiciones legislativas facultativas puede dar lugar a un recurso. El análisis de esos asuntos lo confirma. También confirma que en la jurisprudencia de la OMC no ha habido ningún cambio en la aplicación de esa doctrina, y que en esa jurisprudencia no se ha hecho referencia alguna al hecho de que se eliminó el Protocolo. Las afirmaciones de las CE sobre la relación entre la elaboración de esa doctrina y el Protocolo carecen de todo fundamento.

4.218 Los Estados Unidos señalan que las Comunidades Europeas pretenden demostrar cómo la doctrina de que la legislación facultativa no puede dar lugar a un recurso surgió en relación con el Protocolo de Aplicación Provisional. Las CE han declarado que los grupos especiales que elaboraron esa doctrina citaron, bien el Protocolo, bien asuntos en los que se citaba el Protocolo. El siguiente análisis de esos asuntos revela que eso no es cierto y que el estudio de esos asuntos efectuado por las CE es sumamente distorsionado, inexacto y equívoco.

---

[149] Informe del Órgano de Apelación sobre el caso *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, ("*Japón - Bebidas alcohólicas*"), adoptado el 1º de noviembre de 1996, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R y WT/DS11/AB/R, página 18.

[150] Informe del Grupo Especial que estudió el asunto *Comunidades Europeas - Regímenes de importación del banano de algunos Estados miembros*, adoptado el 3 de junio de 1993, DS32/R.

4.219 Los Estados Unidos alegan que el primer Grupo Especial que constató que la mera existencia de una legislación facultativa no daba lugar a un recurso fue el Grupo Especial que estudió en 1987 el asunto *Estados Unidos - Superfund*.[151] En su análisis de ese asunto, las Comunidades Europeas hacen la afirmación sin fundamento de que ese Grupo Especial conocía el dilema pretendidamente creado por el Protocolo. Las CE no aducen absolutamente nada en apoyo de esa afirmación. Las CE no aportan ninguna prueba de que en el asunto *Superfund* se hiciera referencia al Protocolo, porque no se hizo tal referencia. El Grupo Especial que estudió el asunto del *Superfund* no hizo referencia, al formular su constatación sobre la legislación facultativa, ni a los informes de anteriores grupos especiales ni al Protocolo.[152]

4.220 Los Estados Unidos alegan que las Comunidades Europeas, después de hacer referencia al asunto *Estados Unidos - Superfund*, hacen, tras las palabras "siguiendo la misma orientación", una cita del informe del Grupo Especial que estudió en 1990 el asunto *CEE - Piezas y componentes* en la que se aplica la distinción entre legislación imperativa y legislación facultativa, como si el salto que hizo con respecto al Grupo Especial que examinó el asunto del *Superfund* pudiera transferirse a otro asunto. Sin embargo, en el asunto *CEE - Piezas y componentes* no se hace ninguna referencia al Protocolo ni a asuntos en los que se cite el Protocolo. En vez de ello, se hace una reunión al informe del Grupo Especial del asunto *Superfund*, en el que, como hemos visto, no se hace ninguna referencia al Protocolo ni a asuntos en los que se cite el Protocolo.[153]

4.221 Los Estados Unidos señalan que las Comunidades Europeas se remiten después al informe del Grupo Especial que estudió en 1989 el asunto *Noruega - Restricciones a las importaciones de manzanas y peras*, asunto en el que ciertamente se hizo referencia al Protocolo y a la cuestión de si determinadas disposiciones legislativas de carácter imperativo estaban, en virtud del Protocolo, fuera del ámbito de aplicación del GATT. Ahora bien, en ese asunto no se planteó la cuestión de si la mera existencia de una legislación imperativa es susceptible de recurso.[154]

4.222 Según los Estados Unidos, las Comunidades Europeas mencionan un asunto en el que se estudian tanto el Protocolo como la cuestión de si la mera existencia de disposiciones legislativas facultativas es susceptible de recursos: el asunto *Tailandia - Cigarrillos*. Sin embargo, las CE afirman incorrectamente que en el informe del Grupo Especial del asunto *Tailandia - Cigarrillos* se "abordó la cuestión de la legislación imperativa frente a la legislación discrecional exclusivamente en el marco de la interpretación de una cláusula del Protocolo de Adhesión de Tailandia idéntica al párrafo 1 b) del PAP".

---

[151] Informe del Grupo Especial que estudió el asunto *Estados Unidos - Superfund*, *op. cit.*, párrafo 5.2.9.

[152] Véase el informe del Grupo Especial que estudió el asunto *Estados Unidos - Superfund*, *op. cit.*, párrafo 5.2.9. Los Estados Unidos señalan que el Grupo Especial, en otro lugar de su informe sobre el asunto *Superfund*, citó el asunto *Japón - Cuero* en apoyo de su constatación de que la legislación imperativa puede dar lugar a un recurso incluso si aún no está en vigor. *Ibid*, párrafo 5.2.2. El Grupo Especial que examinó el asunto *Japón - Cuero* no hizo ninguna referencia ni al Protocolo ni a ningún asunto en que se citase el Protocolo. Antes bien, el Grupo Especial constató que una restricción cuantitativa podía dar lugar a un recurso incluso aunque el país exportador no hubiera utilizado totalmente su contingente. Informe del Grupo Especial que estudió el asunto *Japón - Medidas aplicadas a las importaciones de cuero*, adoptado los días 15 y 16 de mayo de 1984, IBDD 31S/104, párrafo 55.

[153] Véase *Comunidades Europeas - Piezas y componentes*, *op. cit.*, párrafos 5.25 y 5.26.

[154] Informe del Grupo Especial que estudió el asunto *Noruega - Restricciones a las importaciones de manzanas y peras*, *op. cit.*, párrafos 5.6 a 5.13.

4.223 Los Estados Unidos sostienen que, de hecho, la cuestión de la legislación imperativa frente a la legislación facultativa se aborda tres veces en el asunto *Tailandia - Cigarrillos*. La primera, al analizar si en el Protocolo de Tailandia se eximía de la aplicación del párrafo 1 del artículo XI del GATT de 1947 una disposición de la Ley del Tabaco (el artículo 27).[155] Al examinar ese punto, el Grupo Especial hace referencia al asunto *Noruega - Manzanas*, pero no a los asuntos *Estados Unidos - Superfund* ni *Comunidades Europeas - Piezas y componentes*.[156] La siguiente referencia a la distinción entre legislación facultativa y legislación imperativa se hace al estudiar si cabe afirmar que la mera existencia de disposiciones sobre impuestos especiales que dan la posibilidad de contravenir el párrafo 2 del artículo III del GATT de 1947 infringe esa disposición.[157] El Grupo Especial constató que no, basándose en los informes de los Grupos Especiales que examinaron los asuntos *Estados Unidos - Superfund* y *Comunidades Europeas - Piezas y componentes*.[158] El Grupo Especial, pese a que un párrafo antes había aplicado la distinción entre legislación facultativa y legislación imperativa en el contexto del PAP, no hizo referencia a esa constatación ni al Protocolo.[159] Del mismo modo, el Grupo Especial, cuando por tercera vez se ocupó de la distinción entre legislación imperativa y legislación facultativa, esta vez para determinar si infringía el artículo III la existencia de una disposición que "seguía autorizando a las autoridades ejecutivas a imponer impuestos discriminatorios" (un impuesto sobre las transacciones comerciales y un impuesto municipal), llegó a la conclusión de que no.[160] Al formular esta constatación, el Grupo Especial se remitió a su constatación con respecto a los impuestos especiales (en la que se hacía referencia a los informes sobre los asuntos *Estados Unidos - Superfund* y *Comunidades Europeas - Piezas y componentes*), pero no hizo referencia a sus anteriores constataciones con respecto al Protocolo.[161] Por lo tanto, el Grupo Especial no estableció ninguna relación entre, por una parte, el hecho de que la legislación facultativa no pueda dar lugar a un recurso y, por otra, la exención, con arreglo al Protocolo, de la legislación imperativa preexistente, pese a la oportunidad que brindaba el hecho de que la diferencia trataba de ambas cuestiones.

4.224 Los Estados Unidos señalan que también es infundada la cita del informe del Grupo Especial que estudió el asunto *Estados Unidos - Bebidas derivadas de la malta* hecha por las Comunidades Europeas. Las CE indican que en el informe de ese Grupo Especial se examinó la cuestión de si la legislación estaba exenta de la aplicación del GATT de 1947 porque se le aplicaba el Protocolo (el Grupo Especial constató que no), pero olvidan que el Protocolo ni siquiera se menciona en el análisis que se hace en ese informe, por separado, sobre si el hecho de que la aplicación de una disposición legislativa no sea coercitiva hace que esa disposición no pueda dar lugar a un recurso.[162] En ese análisis se hace referencia de nuevo a los asuntos *Tailandia - Cigarrillos*, *Comunidades Europeas - Piezas y componentes* y *Estados Unidos - Superfund*, pero no al Protocolo ni a asuntos en que se cite

[155] Informe del Grupo Especial que estudió el asunto *Tailandia - Cigarrillos*, *op. cit.*, párrafos 82 y 83.

[156] *Ibid.*

[157] *Ibid*., párrafo 84.

[158] *Ibid*.

[159] Véase *ibid*.

[160] *Ibid*., párrafos 85 y 86.

[161] Véase *ibid*.

[162] Los Estados Unidos se remiten al informe del Grupo Especial que estudió el asunto *Estados Unidos - Bebidas derivadas de la malta*, *op. cit.*, párrafos 5.39, 5.57 y 5.60.

el Protocolo.[163] La cuestión del Protocolo citada por las CE no guarda evidentemente relación con las cuestiones planteadas aquí.

4.225 Los Estados Unidos señalan que las Comunidades Europeas examinan a continuación el informe de 1992 del Grupo Especial que estudió el asunto *Estados Unidos - Calzado distinto del de caucho*. Las CE afirman que "Una vez más el contexto venía dado por el PAP", afirmación que en el mejor de los casos puede inducir a error. Aunque las cuestiones relativas al PAP eran la causa de que los Estados Unidos estuvieran aplicando diversos regímenes de derechos compensatorios a distintos países en diferentes circunstancias, la exención de varios de esos regímenes con arreglo al PAP no estaba en juego.[164] La cuestión era más bien el trato comparativo que diferentes países recibían con arreglo a cada uno de esos regímenes, que el Grupo Especial constató que infringían el párrafo 1 del artículo I del GATT de 1947.[165] El Grupo Especial constató que las disposiciones específicas de esos regímenes por las que se concedía un trato más o menos favorable eran imperativas porque no podían ser modificadas por el poder ejecutivo en el ejercicio de sus facultades discrecionales y, por consiguiente, podían dar lugar a un recurso en cuanto tales.[166] En una nota de pie de página de esa constatación, nota omitida por las CE, el Grupo Especial citó los informes sobre los asuntos *Estados Unidos - Superfund* y *Comunidades Europeas - Piezas y componentes*.[167] No hay ninguna referencia al Protocolo ni a asuntos en los que se cite el Protocolo.

4.226 Los Estados Unidos señalan que las Comunidades Europeas también establecen falsas comparaciones entre los artículos 301 a 310 y las leyes que se examinan en el asunto *Calzado, distinto del de caucho, procedente del Brasil*. Primero, las CE se centran en solamente una de las leyes que se examinan en ese asunto, una modificación de una ley del decenio de 1930 incluida en la Ley de Comercio Exterior de 1974. Esa modificación, como las demás leyes en cuestión que databan del decenio de 1930 y de 1979, se refería a derechos compensatorios y no tenía nada que ver con los artículos 301 a 310. Segundo, las CE citan, haciendo especial hincapié, las referencias de la modificación de 1974 a las "determinaciones" y el empleo del término "*shall*" (deberá) y declaran que "las CE no pueden menos que subrayar la terminología muy similar utilizada en el artículo 331 y en los artículos 301 a 310 de la misma Ley de Comercio Exterior".

4.227 Los Estados Unidos alegan que las Comunidades Europeas hacen caso omiso del hecho de que las "determinaciones" a las que prestan especial atención no tienen absolutamente nada que ver con la constatación formulada en ese asunto. En el asunto *Calzado, distinto del de caucho, procedente del Brasil*, la cuestión era el calendario y los procedimientos establecidos en cada una de las leyes para levantar las órdenes vigentes de establecimiento de derechos compensatorios. Las órdenes vigentes de imposición de derechos compensatorios a productos de países a los que se acababan de conceder los beneficios del SGP eran automáticamente sometidas a examen para determinar la existencia de daño. Si ese examen era negativo, se revocaba la orden, con efecto a partir

[163] Véase *ibid.*, párrafo 5.39 y nota.

[164] Los Estados Unidos se remiten al informe del Grupo Especial que estudió el asunto *Estados Unidos - Denegación del trato de nación más favorecida con respecto al calzado, distinto del de caucho, procedente del Brasil* ("*Calzado, distinto del de caucho, procedente del Brasil*"), adoptado el 19 de junio de 1992, IBDD 39S/150, párrafos 2.6 y 2.8 (donde se explica que los Estados Unidos no impugnaron el hecho de que, aunque una ley del decenio de 1930 relativa a derechos compensatorios quedó exenta en virtud del PAP, una modificación de 1974 de esa ley no quedó exenta).

[165] *Ibid.*, párrafos 6.14 y 6.17.

[166] *Ibid.*, párrafo 6.13.

[167] Informe del Grupo Especial que estudió el asunto *Calzado, distinto del de caucho, procedente del Brasil, op. cit.*, párrafos 6.4, 6.5, 6.14 y 6.17.

de la fecha en que se habían concedido a esos países los beneficios del SGP. En cambio, las órdenes vigentes de imposición de derechos compensatorios a los productos gravables procedentes de países que se adherían al Código de Subvenciones no era sometidas a examen para determinar la existencia de daño más que cuando se solicitaba dentro de los tres años siguientes a la adhesión, y las revocaciones tenían efecto solamente desde la fecha de la solicitud. La diferencia de trato era la base de la constatación formulada por el Grupo Especial basándose en el párrafo 1 del artículo I, constatación que no tenía nada que ver con los términos puestos de relieve en la descripción hecha por las CE.

4.228 A juicio de los Estados Unidos, las Comunidades Europeas tratan nuevamente de establecer falsos paralelismos entre la modificación de la Ley de derechos compensatorios de 1974 y los artículos 301 a 310, al afirmar que, con arreglo a la Ley de derechos compensatorios,

> "la Administración dispone de capacidad discrecional para decidir si aplica o no un derecho compensatorio a los productos subvencionados. No obstante, se consideró 'imperativo' el requisito de que la Administración no aplicara el criterio del daño *si* decidía aplicar un derecho compensatorio".

4.229 Según los Estados Unidos, el único problema que plantea el análisis de las Comunidades Europeas es que no guarda ninguna relación con el análisis del Grupo Especial. "[El] requisito de que la Administración no aplicara el criterio del daño" 1) no estaba en juego en este asunto, aunque sólo fuera porque 2) en la Ley no existía tal requisito. Nuevamente, la cuestión que se planteaba en este asunto era el calendario y los procedimientos para el examen de la existencia de un daño y para la revocación de las órdenes vigentes de establecimiento de derechos compensatorios. Como el asunto trataba de las órdenes existentes, la Administración ya había determinado en cada uno de esos casos que existía una subvención compensatoria, años antes de que se plantease la cuestión de la revocación y la aplicación de diferentes regímenes de revocación. Así pues, incluso si fuera exacto calificar tales determinaciones de discrecionales (los procedimientos y las metodologías para formular esas determinaciones se detallan en disposiciones legales y reglamentarias y conceden unas facultades discrecionales limitadas), esas determinaciones no estuvieron nunca en cuestión en el asunto de que se trata y no tenían absolutamente ninguna relación con las disposiciones sobre efecto retroactivo que el Grupo Especial consideró que eran imperativas y que, por consiguiente, podían dar lugar a un recurso en cuanto tales.

4.230 Los Estados Unidos señalan que las Comunidades Europeas no hacen ningún análisis de la forma en que esa práctica, según pretenden, cambió en la OMC porque el Protocolo ya no estaba en vigor. La imposibilidad de que la legislación facultativa dé lugar a un recurso (o la posibilidad de que la legislación imperativa dé lugar a un recurso) se planteó nuevamente en los asuntos *Canadá - Aeronaves civiles*, *Turquía - Textiles* y *Argentina - Textiles y prendas de vestir (EE.UU.)*, pero las CE se ocupan solamente del último de estos asuntos. En su análisis de ese asunto, las CE no demuestran que el Grupo Especial aplicase una nueva definición de "imperativo" ni que el Grupo Especial se refiriese al Protocolo de Aplicación Provisional. En vez de ello, el Grupo Especial constató que los derechos específicos de la Argentina eran medidas imperativas, basándose en la serie coherente de asuntos del GATT y de la OMC en los que se establecía la distinción entre imperativo y facultativo.[168] El Grupo Especial afirmó que "Los precedentes del GATT/OMC no dejan dudas de que puede someterse a un grupo especial una medida de carácter obligatorio aunque se trate de una medida adoptada que todavía no se haya hecho efectiva […]."[169] En una nota de pie de página omitida en el análisis de las CE, el Grupo Especial citó el asunto *Estados Unidos - Superfund*. El Grupo Especial

[168] Informe del Grupo Especial que estudió el asunto *Argentina - Textiles y prendas de vestir (EE.UU.)*, *op. cit.*, párrafo 6.45.

[169] *Ibid.*

señaló asimismo que el informe sobre el asunto *Estados Unidos - Tabaco* confirmaba esta interpretación.[170]

4.231 Según los Estados Unidos, si las CE se hubieran tomado el trabajo de estudiar los asuntos *Canadá - Aeronaves* y *Turquía - Textiles*, habrían comprobado que en ninguno de esos casos se hizo más que aplicar la distinción establecida por el GATT entre legislación facultativa y legislación imperativa. Por ejemplo, en el asunto *Canadá - Aeronaves*, el Grupo Especial declaró lo siguiente:

> "Recordamos […] la distinción que algunos grupos especiales del GATT/OMC han trazado de forma sistemática entre la legislación discrecional y la legislación obligatoria. Por ejemplo, en el asunto *Estados Unidos - Tabaco*, el Grupo Especial 'recordó que los grupos especiales habían declarado sistemáticamente que, en tanto que cabía impugnar la propia legislación que exigía imperativamente medidas incompatibles con el Acuerdo General, no era posible impugnar en sí mismas las disposiciones legislativas que dieran meramente a las autoridades ejecutivas […] la posibilidad de adoptar medias incompatibles con el Acuerdo General, y que sólo podía ser objeto de impugnación la aplicación efectiva de esa legislación incompatible con dicho Acuerdo'."[171] (Se ha omitido la cita.)

4.232 Los Estados Unidos consideran que ni en el asunto *Canadá - Aeronaves* ni en el asunto *Turquía - Textiles* se redefinió el término "imperativo" ni se hizo referencia al Protocolo de Aplicación Provisional para hacerlo.[172] Así pues, la alegación de las Comunidades Europeas de que la definición de imperativo ha cambiado a causa de la eliminación del Protocolo de Aplicación Provisional es pura fantasía. Ni en los asuntos del GATT en los que se estableció la posibilidad de que la legislación imperativa diese lugar a un recurso ni en los asuntos de la OMC que han continuado aplicando esa norma se ha recurrido a la existencia o a la expiración del Protocolo de Aplicación Provisional ni a ningún otro factor relativo a ese Protocolo.[173]

iii) El Acuerdo de Marrakech

4.233 **Las Comunidades Europeas alegan además** que el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo de Marrakech establece una obligación nueva y mucho más amplia de los Miembros de la OMC en comparación con los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados o con la situación jurídica existente en el marco del GATT de 1947,

> "Cada Miembro se asegurará de la conformidad de sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos con las obligaciones que le impongan los Acuerdos [de la OMC]".

4.234 Las Comunidades Europeas señalan, en particular, que la disposición obliga a una actuación positiva de cada Miembro de la OMC para asegurar la conformidad de sus leyes internas, lo que

---

[170] *Ibid.*

[171] Informe del Grupo Especial que estudió el asunto *Canadá - Aeronaves*, *op. cit.*, párrafo 9.124, donde se cita el informe del Grupo Especial que estudió el asunto *Estados Unidos - Tabaco*, *op. cit.*, párrafo 118.

[172] Véase *Canadá - Aeronaves*, *op. cit.*, párrafo 9.124 e informe del Grupo Especial que estudió el asunto *Turquía - Restricciones a las importaciones de productos textiles y de vestido*, distribuido el 31 de mayo de 1999, WT/DS/34/R, párrafo 9.37.

[173] Los Estados Unidos añaden que, incluso si la distinción entre medidas imperativas y medidas facultativas hubiera tenido su origen en la distinción establecida en el Protocolo de Aplicación Provisional, es difícil comprender cómo podría cambiar la definición de "imperativo". Bien la disposición legislativa exige que se cometa una infracción, bien no lo exige.

incluye no sólo las leyes en sentido estricto sino también los reglamentos y los procedimientos administrativos.

4.235 Las Comunidades Europeas indican además que los participantes en la Ronda Uruguay, cuando acordaron adoptar el ESD, se proponían expresamente lograr, a través del párrafo 2 del artículo 3, el objetivo de aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio. Este objetivo ha sido posteriormente confirmado por el Órgano de Apelación en el caso *Comunidades Europeas - Equipo informático*[174] como

> "uno de los objetos y fines del *Acuerdo sobre la OMC* en general, así como del GATT de 1994".

4.236 Las Comunidades Europeas sostienen, por último, que las cláusulas sobre la legislación vigente del PAP y de los protocolos de adhesión fueron excluidas expresamente de la definición del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994.

4.237 En opinión de las Comunidades Europeas, del nuevo entorno jurídico antes mencionado derivan cuatro series de importantes consecuencias:

a) a diferencia del GATT de 1947, los conflictos entre una legislación incompatible preexistente y una obligación derivada de uno de los acuerdos abarcados ha de resolverse en favor de estos últimos y en detrimento de la primera. Como ha decidido el Órgano de Apelación en el caso *India - Patentes (EE.UU.)*[175], esta nueva norma es aplicable sin excepciones a partir del 1º de enero de 1995;

b) las obligaciones que derivan del párrafo 4 del artículo XVI abarcan no sólo la legislación sino también los reglamentos y los procedimientos administrativos y, por tanto, incluyen el tipo de legislación que normalmente se adopta y modifica mediante actos de las autoridades del ejecutivo. Por tanto, ha dejado de tener trascendencia la distinción entre las leyes que vinculan a las autoridades del ejecutivo y las leyes que pueden ser modificadas por ellas;

c) como recordaron las Comunidades Europeas en su declaración oral de 29 de junio de 1999, los términos "asegurará" y "conformidad" del párrafo 4 del artículo XVI, leídos en su contexto, indican que esa disposición obliga a todos los Miembros de la OMC no sólo a atribuir formalmente a las autoridades del ejecutivo el derecho de actuar de forma compatible con las normas de la OMC sino también a estructurar sus leyes de forma que "se garantice" que los objetivos de los acuerdos abarcados se lograrán[176];

d) según las Comunidades Europeas, el párrafo 2 del artículo 3 del ESD y el principio de cumplimiento "de buena fe" de las obligaciones internacionales

---

[174] Informe del Órgano de Apelación *Comunidades Europeas - Equipo informático*, *op. cit*.

[175] Informe del Órgano de Apelación *India - Patentes (EE.UU.)*, *op. cit.*, párrafo 81.

[176] Las Comunidades Europeas señalan que es interesante observar que, en un contexto diferente de hechos, el Comité de Derechos Humanos -establecido por el artículo 28 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos- ha mantenido un razonamiento lógico que, *mutatis mutandis*, es comparable al razonamiento lógico sugerido por las Comunidades Europeas en el presente caso. Este Comité, en el caso "Mujeres mauricianas", sostuvo con respecto a la posibilidad de una infracción directa de un derecho por una ley que ésta "debe, al menos, ser aplicable en forma tal que el riesgo que corra la presunta víctima de sufrir sus efectos sea algo más que una posibilidad teórica" (se han añadido los subrayados) (35/1978, párrafo 9.2).

> consagrado en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados no permiten que se mantenga por más tiempo la existencia de situaciones jurídicas, derivadas de leyes, reglamentos, procedimientos administrativos internos o cualquier combinación de ellos, que pueden perjudicar gravemente la seguridad y previsibilidad del sistema internacional de comercio. Por consiguiente, no se podrá considerar nunca que una ley, reglamento o procedimiento administrativo interno cuya estructura y arquitectura estén expresamente destinadas a generar incertidumbre en el comercio con otros Miembros asegura la conformidad con las normas de la OMC.

4.238 Las Comunidades Europeas alegan además que en este nuevo entorno jurídico, por tanto, ha dejado de estar justificada la aplicación a la legislación interna, sin más, de los criterios desarrollados en el marco del GATT de 1947. De conformidad con el párrafo 4 del artículo XVI de la OMC y el párrafo 2 del artículo 3 del ESD, junto con el principio de aplicación "de buena fe" del artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, no puede considerarse que las leyes internas de los Miembros son compatibles con la OMC simplemente porque no impiden formalmente la adopción de medidas compatibles con la OMC. En la actualidad, los Miembros de la OMC tienen que avanzar más y asegurar que sus leyes internas no están destinadas a impedir el cumplimiento de las obligaciones asumidas en el marco de la OMC.

4.239 Las Comunidades Europeas alegan que la práctica de los grupos especiales tras la entrada en vigor de la OMC o bien no es concluyente (y por consiguiente no contradice la interpretación antes descrita) o bien respalda sus opiniones.

4.240 Las Comunidades Europeas señalan que en el informe de 1998 del Grupo Especial que examinó el caso *Japón - Medidas que afectan a los productos agrícolas* se abordó en particular la interpretación del párrafo 1 del Anexo A del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias (Acuerdo MSF). Esta disposición dice lo siguiente:

> "las medidas sanitarias o fitosanitarias comprenden todas las leyes, decretos, reglamentos, prescripciones y procedimientos pertinentes".

4.241 En opinión de las Comunidades Europeas, esta disposición tiene una función similar a la del párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo de Marrakech. Define la legislación interna relativa a las medidas sanitarias o fitosanitarias como una medida sanitaria o fitosanitaria, y no solamente las medidas adoptadas en virtud de dicha legislación. Esto significa que cada Miembro tiene que asegurarse de que su legislación interna sobre medidas sanitarias o fitosanitarias está en conformidad con las obligaciones que le corresponden en virtud del Acuerdo MSF. El Japón alegaba fundamentalmente que su legislación interna estaba en conformidad con el Acuerdo MSF porque no obligaba imperativamente a adoptar medidas incompatibles con dicho Acuerdo. El Grupo Especial rechazó este argumento por los siguientes motivos:

> "8.111 Aunque la prescripción de pruebas por variedad no sea obligatoria -dado que los países exportadores pueden demostrar la eficacia de la cuarentena por otros medios- a nuestro juicio, constituye una "reglamentación fitosanitaria" sujeta a la prescripción de publicación establecida en el Anexo B. La nota al párrafo 1 del Anexo B se refiere en términos generales a "[m]edidas […] fitosanitarias tales como leyes, decretos u órdenes".[177] Nada de lo dispuesto en este párrafo indica que esas

[177] [Nota a pie de página del original] De conformidad con el párrafo 2 del artículo 3 del ESD y con la jurisprudencia de la OMC, interpretaremos estos términos del párrafo 1 del Anexo A en consonancia con las normas de interpretación de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados ("Convención de Viena"), en particular el artículo 31 de la misma, que en la parte pertinente dispone lo siguiente: "Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin."

> medidas deban ser obligatorias o jurídicamente exigibles. Por otra parte el párrafo 1 del Anexo A del Acuerdo MSF establece claramente que las "medidas … fitosanitarias comprenden todas las leyes, decretos, reglamentos, prescripciones y procedimientos pertinentes". Esta disposición tampoco requiere que esas medidas sean obligatorias o jurídicamente exigibles. La interpretación en el sentido de que no es necesario que tales medidas sean obligatorias con sujeción a las disciplinas de la OMC está confirmada por el contexto de las disposiciones pertinentes en materia sanitaria y fitosanitaria, un contexto que incluye las disposiciones de los demás Acuerdos de la OMC y la forma en que estas disposiciones definen los términos "medida", "prescripción" o "restricción"[178] tal como han sido interpretados por la jurisprudencia del GATT y de la OMC.[179] Este contexto indica que una medida del gobierno no obligatoria también está sujeta a las disposiciones de la OMC cuando el cumplimiento de la misma sea necesario para obtener una ventaja del gobierno o, en otras palabras, si existen suficientes incentivos o desincentivos como para acatarla" (se han añadido el subrayado).

4.242 Las Comunidades Europeas consideran que el razonamiento anterior puede ser aplicado al párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC porque la justificación de esa disposición es similar a la del párrafo 1 del Anexo A del Acuerdo MSF: lo que importa son los efectos comerciales de la ley en cuestión y los incentivos o desincentivos que genera, no simplemente si es imperativa la ley.

---

[178] [Nota a pie de página del original] Por ejemplo, la Lista ilustrativa de medidas en materia de inversiones relacionadas con el comercio ("MIC"), contenida en el Anexo del Acuerdo sobre las MIC, indica que las MIC incompatibles con el párrafo 4 del artículo III y el párrafo 1 del artículo XI del GATT comprenden las que sean "obligatorias o exigibles en virtud de la legislación nacional o de resoluciones administrativas, *o cuyo cumplimiento sea necesario para obtener una ventaja*" (itálicas añadidas).

[179] [Nota a pie de página del original] Recientemente, por ejemplo, el Grupo Especial que se ocupó del asunto *Japón - Medidas que afectan a las películas y el papel fotográficos de consumo* (adoptado el 22 de abril de 1998, WT/DS44/R), en el que se había planteado una reclamación de anulación o menoscabo sin violación de disposiciones en el sentido del apartado b) del párrafo 1 del artículo XXIII del GATT, declaró lo siguiente (párrafo 10.49):

> "no es necesario que una política o un acto gubernamental tengan una naturaleza sustancialmente vinculante u obligatoria para que sea probable que los particulares se atengan a ella en una forma que anule o menoscabe expectativas legítimas de ventajas incluidas en el ámbito de aplicación del párrafo 1 b) del artículo XXIII. De hecho, es evidente que actos no vinculantes, que incluyan incentivos o desincentivos suficientes para que los particulares actúen de una determinada manera, pueden tener efectos desfavorables en las condiciones de competencia en la esfera del acceso a los mercados".

Véase también el informe sobre el asunto *Japón - Comercio de semiconductores* ("*Japón - Semiconductores*") (adoptado el 4 de mayo de 1988, IBDD 35S/130), en el que el Grupo Especial constató (en la página 175) que aunque las medidas no tuviesen carácter obligatorio, podían considerarse como "restricciones" en el sentido del párrafo 1 del artículo XI del GATT en caso de que "los incentivos y desincentivos utilizados [bastaran] para asegurar la efectividad de medidas que no tenían carácter obligatorio". Asimismo, el Grupo Especial que se ocupó del asunto *Comunidades Europeas - Reglamento relativo a la importación de piezas y componentes* (adoptado el 16 de mayo de 1990, IBDD 37S/147) consideró (en el párrafo 5.21) que la expresión "ley, reglamento o prescripción" contenida en el párrafo 4 del artículo III del GATT incluía las prescripciones "que una empresa acepta voluntariamente con objeto de obtener una ventaja del gobierno".

4.243 Las Comunidades Europeas señalan además que en el informe que publicó en 1997 el Grupo Especial que examinó el asunto *Argentina - Medidas que afectan a las importaciones de calzado, textiles, prendas de vestir y otros artículos*[180] se constataba lo siguiente:

> "6.45 Con respecto al argumento argentino de que la reclamación de los Estados Unidos no debe considerarse porque se refiere sólo a una violación potencial -en cuyo apoyo se remite al informe del Grupo Especial sobre el *Tabaco*- observamos que las medidas argentinas, los derechos específicos, tienen carácter obligatorio. La Argentina admite que sus funcionarios de aduana están obligados a recaudar los derechos específicos sobre todas las importaciones. Los precedentes del GATT/OMC no dejan dudas de que puede someterse a un grupo especial una medida de carácter obligatorio aunque se trate de una medida adoptada que todavía no se haya hecho efectiva, e independientemente de que dicha medida no tenga efectos comerciales para la parte reclamante:
>
> > 'la mera existencia de una disposición legislativa obligatoria que establece un gravamen interno, aun sin que se aplique a un producto importado concreto, se debe considerar como comprendida dentro del alcance de la primera cláusula del párrafo 2 del artículo III.'
>
> Opinamos también que el informe del Grupo Especial sobre el *Tabaco* confirma este principio.
>
> 6.46 Además, en el asunto *Banano III*, el Órgano de Apelación confirmó que los principios desarrollados en el asunto *Superfund* todavía eran aplicables a las diferencias en el marco de la OMC y que toda medida que variara la relación competitiva entre los Miembros anulaba las ventajas resultantes para dichos Miembros del Acuerdo sobre la OMC.
>
> > 'El párrafo 2 del artículo III, primera cláusula, no puede interpretarse en el sentido de proteger las expectativas referentes a los volúmenes de las exportaciones; protege las expectativas acerca de la relación de competencia entre los productos importados y los nacionales. Una variación de esa relación competitiva que sea contraria a esta disposición debe consiguientemente considerarse *ipso facto* anulación o menoscabo de ventajas resultantes del Acuerdo General.'
>
> Consideramos que este principio también es pertinente con respecto a la aplicación de las obligaciones estipuladas en el artículo II del GATT, donde se exige la concesión de "un trato no menos favorable" que el previsto en la Lista de un Miembro. En la diferencia actual consideramos que la relación de competencia entre las partes fue modificada unilateralmente por la Argentina porque su medida obligatoria evidentemente tenía la potencialidad de violar sus consolidaciones, socavando así la seguridad y previsibilidad del sistema de la OMC" (se han añadido el subrayado).

4.244 En opinión de las Comunidades Europeas, la decisión del Grupo Especial respalda totalmente su planteamiento.

4.245 **Los Estados Unidos impugnan** la pretensión de las Comunidades Europeas de que la práctica de los grupos especiales tras la entrada en vigor de la OMC "o bien no es concluyente (y por consiguiente no contradice la [teoría de las Comunidades Europeas sobre el "nuevo entorno

[180] Informe del Grupo Especial *Argentina - Textiles y prendas de vestir (EE.UU.), op. cit.*

jurídico"]) o bien respalda sus opiniones". En apoyo de esta declaración, las Comunidades Europeas citan los casos *Japón - Medidas que afectan a los productos agrícolas*[181] y *Argentina - Medidas que afectan a las importaciones de calzado, textiles, prendas de vestir y otros artículos*. Sin embargo, el Grupo Especial que examinó el caso *Argentina - Textiles y prendas de vestir (EE.UU.)* no hace más que reafirmar que la legislación imperativa es recurrible, sin redefinir el término "imperativa" como pretenden hacer ahora las Comunidades Europeas.

4.246 Los Estados Unidos añaden que, en lo que respecta al caso *Japón - Productos agrícolas*, las Comunidades Europeas se remiten al debate del Grupo Especial con respecto a la prescripción de publicación establecida en el párrafo 1 del Anexo B del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias. Este debate no abarcó la cuestión de si las medidas facultativas son recurribles, ni tampoco se planteó esta cuestión en ningún momento en el caso *Japón - Productos agrícolas*. Al contrario de lo que pretenden las Comunidades Europeas, el Japón no "alegaba fundamentalmente que su legislación interna estaba en conformidad con el Acuerdo MSF porque no obligaba imperativamente a adoptar medidas incompatibles con dicho Acuerdo".[182] Al contrario, el Japón alegaba que la prescripción de pruebas por variedad no entraba en el ámbito de los términos concretos de la definición de "reglamentaciones sanitarias y fitosanitarias" que establece el Anexo B del Acuerdo MSF.[183] El Grupo Especial rechazó la argumentación del Japón y constató que la definición del Anexo no tenía los límites que proponía el Japón.

4.247 Los Estados Unidos señalan que, según las Comunidades Europeas, el razonamiento del Grupo Especial que examinó el asunto *Productos agrícolas* "puede ser aplicado" al párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC "porque la justificación de esa disposición es similar a la del párrafo 1 del Anexo A del Acuerdo MSF". Esta conclusión es absurda. La justificación del párrafo 1 del Anexo B, dedicado a la publicación de las reglamentaciones, no puede equipararse con la del párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC, destinado a asegurar que las leyes internas permiten el cumplimiento de las obligaciones internacionales. Además, el examen por un grupo especial de una definición expresa de "medidas" no puede equipararse con la cuestión de si la mera existencia de una legislación no imperativa puede dar lugar a una constatación de incompatibilidad con la OMC.

4.248 Los Estados Unidos alegan además que las Comunidades Europeas pretenden también que la importancia atribuida por el Grupo Especial que examinó el asunto *Productos agrícolas* a una serie de casos del GATT anteriores a la OMC[184] sirve de algún modo de fundamento a la pretensión de las Comunidades Europeas de que el establecimiento de la OMC ha modificado la definición de "imperativa". Aparte de la cuestión del calendario, las Comunidades Europeas están confundiendo dos series diferentes de casos del GATT que sirven de apoyo a proposiciones muy distintas: 1) la serie de casos *Superfund*, que sirve de base para sostener que la mera existencia de una legislación que otorgue a las autoridades gubernamentales capacidad discrecional para cumplir o no cumplir sus obligaciones en el GATT/OMC no es motivo para una constatación de incompatibilidad; y 2) la serie de casos *Maquinaria italiana/Ley canadiense sobre el examen de la inversión extranjera*, que sirven

[181] Informe del Grupo Especial que estudió el asunto *Japón - Medidas que afectan a los productos agrícolas* ("*Japón - Productos agrícolas*"), adoptado el 19 de marzo de 1999, WT/DS76/R.

[182] *Ibid.*, página 10.

[183] La nota 5 al Anexo B establece que el anexo abarca las "medidas sanitarias y fitosanitarias tales como leyes, decretos u órdenes que sean de aplicación general". Véase la nota 5 de pie de página al Anexo B del Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias.

[184] Entre estos casos se incluyen el informe del Grupo Especial *Japón - Semiconductores, op. cit.*, párrafo 109 y el informe del Grupo Especial *Comunidades Europeas - Piezas y componentes, op cit.*, párrafo 5.21.

de fundamento a la proposición de que una medida que nominalmente no ordena el cumplimiento *por los actores privados* puede no obstante considerarse un "requisito" o "restricción" del gobierno, sometida a las prescripciones de los artículos III o XI del GATT de 1947 si ofrece suficientes incentivos o desincentivos a los *actores privados* que la cumplan.[185]

4.249 Los Estados Unidos afirman que la confusión de las Comunidades Europeas recuerda la del Grupo Especial en el caso *India - Patentes (EE.UU.)*, que "mezcla, y por tanto confunde, dos conceptos diferentes de la práctica anterior del GATT".[186] De forma semejante, las Comunidades Europeas plantean una teoría sobre las medidas "no auténticamente facultativas", que han montado a partir de suposiciones, inferencias y lecturas equivocadas de constataciones de grupos especiales que no tienen relación con la cuestión, el Protocolo de Aplicación Provisional y diversos objetivos del ESD y la OMC. Como las teorías en cuestión en los casos *India - Patentes (EE.UU.)* y *Estados Unidos - Camarones*, la teoría de las Comunidades Europeas no tiene fundamento en el texto y tiene que ser rechazada. El análisis de si los artículos 301 a 310 son compatibles con el artículo 23 del ESD y el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC tiene que basarse en el texto de estas disposiciones.

4.250 En respuesta a una pregunta del Grupo Especial acerca de los criterios que deberían utilizarse para determinar si un Miembro ha asegurado la conformidad de sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos con sus obligaciones en el marco de la OMC, **las Comunidades Europeas sostienen** que, como se ha demostrado anteriormente, ha dejado de ser correcto basarse en la distinción entre legislación imperativa y legislación facultativa siguiendo el planteamiento jurídico de la práctica del GATT de 1947. Sin embargo, esto no significa que todas las leyes internas que no prohíban la adopción de medidas incompatibles con la OMC y por consiguiente abran la posibilidad de adoptar medidas que se desvíen de las normas de la OMC (una "desviación potencial") sean incompatibles con la OMC. Actualmente es necesario distinguir entre:

a) las leyes internas cuyo objetivo es simplemente trasladar la autoridad decisoria de un órgano constitucional (la mayoría de las veces el Parlamento) a otro órgano constitucional (la mayoría de las veces las autoridades del ejecutivo) dentro de unos parámetros determinados, y

b) las leyes internas que no impiden a las autoridades del ejecutivo actuar de forma compatible con las normas de la OMC pero que, por su diseño, estructura y arquitectura, tienen claramente el objetivo de promover infracciones de las normas de la OMC o tienen de otro modo una tendencia contraria a las medidas compatibles con la OMC.

4.251 En opinión de las Comunidades Europeas, las leyes internas del primer tipo son auténticamente facultativas. Son sencillamente la consecuencia de la decisión del legislador de delegar facultades decisorias en la administración. Los Miembros de la OMC pueden decidir libremente cómo distribuyen la autoridad decisoria sobre cuestiones de política comercial entre las

[185] *Véase* el Informe del Grupo Especial *Medidas discriminatorias italianas para la importación de maquinaria agrícola* ("*Maquinaria italiana*"), adoptado el 23 de octubre de 1958, IBDD 7S/64; el Informe del Grupo Especial *Canadá - Aplicación de la Ley sobre el examen de la inversión extranjera* ("*Canadá - Inversión extranjera*"), adoptado el 7 de febrero de 1984, IBDD 30S/152, párrafo 5.4; *Comunidades Europeas - Piezas y componentes*, *op. cit.*, párrafo 5.21; Informe del Grupo Especial *Japón - Semiconductores*, *op. cit.*, párrafo 109.

[186] Informe del Órgano de Apelación *India - Patentes (EE.UU.)*, *op. cit.*, párrafo 36. Según los Estados Unidos, el Grupo Especial que examinó el asunto *India - Patentes (EE.UU.)* confundió el concepto de proteger las expectativas de las partes en cuanto a la relación competitiva entre sus productos y los productos de otras partes con el concepto de proteger las expectativas razonables de las partes en relación con las concesiones en materia de acceso a los mercados, todo ello en aras de establecer una teoría de "protección de las expectativas legítimas" que no se encuentra en el texto del Acuerdo sobre los ADPIC. *Ibid*.

autoridades del legislativo y el ejecutivo. El párrafo 4 del artículo XVI obliga positivamente a los Miembros de la OMC a asegurarse de que sus leyes internas están en conformidad con las obligaciones que han asumido en virtud de los acuerdos abarcados y por consiguiente no impiden el logro de los objetivos de la OMC. Sin embargo, ninguna disposición del párrafo 4 del artículo XVI obliga a los Miembros a transferir toda la capacidad decisoria al legislador. Por estos motivos, sería incorrecto interpretar el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC de forma tan amplia que obligue a los Miembros de la OMC a incluir en sus leyes internas unas disposiciones expresas que impidan la adopción de medidas incompatibles con la OMC.

4.252 Las Comunidades Europeas señalan a continuación que la legislación del segundo tipo no es auténticamente facultativa. No tiene por objetivo transferir la autoridad decisoria, dentro de unos parámetros determinados, de una rama del gobierno a otra sino impedir el cumplimiento de determinadas obligaciones de la OMC. Genera, sin ningún motivo legítimo, incertidumbre jurídica e imprevisibilidad en el comercio con otros Miembros. Los Miembros que mantengan leyes de este tipo no asegurarán la conformidad de sus leyes con sus obligaciones en el marco de la OMC aunque esas leyes no excluyan la posibilidad teórica de adoptar medidas compatibles con la OMC.

4.253 Las Comunidades Europeas recuerdan su alegación de que, para determinar si una legislación que no impide medidas compatibles con la OMC es auténticamente facultativa, los grupos especiales deben centrar su examen, de forma prioritaria, en el texto de la ley o del reglamento interno.

4.254 En opinión de las Comunidades Europeas, este análisis basado en el texto debe centrarse en primer lugar en verificar si esa legislación interna deja un amplio margen de libertad de acción a la administración para desarrollar una política dentro de ciertos parámetros predeterminados[187] o si

[187] Las Comunidades Europeas señalan que los Estados Unidos han citado el informe todavía no adoptado del Grupo Especial que examinó el asunto *Canadá - Aeronaves*, *op. cit.*, como prueba de que sigue respetándose continuamente, después de la Ronda Uruguay, la práctica del GATT de 1947 con respecto a la definición de legislación imperativa y legislación facultativa. Las Comunidades Europeas no están de acuerdo con ello. Las Comunidades Europeas opinan que este informe reciente respalda plenamente su planteamiento. Al examinar el carácter jurídico de la Ley de Fomento de las Exportaciones del Canadá, artículo 10, el Grupo Especial llegó a la correcta conclusión de que "el mandato de apoyar y desarrollar el comercio de exportación del Canadá no equivale a un mandato de conceder subvenciones, ya que ese apoyo y desarrollo se podría llevar a cabo por medios muy diversos" (párrafo 9.127, al final). La lectura de las disposiciones pertinentes de la Ley del Canadá confirma que se trata de un ejemplo claro de auténtica legislación facultativa de acuerdo con los criterios propuestos por las Comunidades Europeas:

"Objetivos y facultades

10. 1) Se establece la Corporación [de Fomento de las Exportaciones] a fin de apoyar y desarrollar, directa o indirectamente, el comercio de exportación del Canadá y la capacidad del Canadá para dedicarse a ese comercio y aprovechar las oportunidades comerciales internacionales.

Facultades.

1.1) La Corporación, de conformidad con los reglamentos que puedan promulgarse al amparo del párrafo 6), para lograr los objetivos que le señala el párrafo 1), podrá

a) adquirir y disponer de cualquier interés en una propiedad por cualquier medio;

b) establecer acuerdos que tengan por efecto ofrecer a una persona seguros, reaseguros, indemnizaciones o garantías;

c) establecer acuerdos que tengan por efecto conceder créditos a una persona o asumir el compromiso de pagar una suma a una persona;

d) tomar posiciones de capital en una propiedad;

e) preparar, compilar, publicar y distribuir información y ofrecer servicios de consultoría;

f) procurar la constitución, disolución o fusión de filiales;

g) adquirir y disponer de intereses en una entidad por cualquier medio;

h) hacer inversiones de todo tipo y realizar las transacciones necesarias o aconsejables para la gestión financiera de la Corporación;

i) actuar como agente de una persona o autorizar a una persona para actuar como agente de la Corporación;

induce al ejecutivo a actuar sistemáticamente en contradicción con las obligaciones de Miembro de la OMC y como mínimo es suficientemente coactiva y está definida con claridad. En esta última situación, la medida no debe ser considerada auténticamente facultativa.

4.255 En opinión de las Comunidades Europeas, además, los grupos especiales deberían considerar el diseño, la estructura y la arquitectura de la legislación interna sometida a examen. Las leyes o reglamentos internos cuya estructura, diseño o arquitectura tengan una tendencia contraria a la compatibilidad con las obligaciones que corresponden a los Miembros en el marco de la OMC, o que estén diseñados de forma que generen incertidumbre e imprevisibilidad en las relaciones comerciales entre los Miembros de la OMC o que estén estructurados de forma que resulte difícil, improbable o prácticamente imposible que el ejecutivo pueda aplicarlos de forma compatible con la OMC no pueden ser considerados auténticamente facultativos.

4.256 Las Comunidades Europeas señalan, a este respecto, que como indica correctamente el informe muy reciente del Grupo Especial que examinó el caso *Chile - Impuestos a las bebidas alcohólicas*[188] en el párrafo 7.119

> "Las declaraciones formuladas por un gobierno en contra de intereses de la OMC (por ejemplo, las que indican un propósito o un diseño destinados a la protección) son las que tienen mayor eficacia probatoria. Consiguientemente es menos probable que sean particularmente concluyentes los comentarios de un gobierno que, para sus propios fines, procura justificar las medidas".

4.257 Las Comunidades Europeas explican además que, en último extremo, un principio orientador adicional que podría utilizarse para determinar si una ley interna o un reglamento interno es una medida auténticamente facultativa sería la definición de Dailler y Pellet del principio de derecho internacional público de cumplimiento "de buena fe": "[L]'exécution de bonne foi, exige positivement fidélité et loyauté aux engagements pris" y por consiguiente debe excluir "toute tentative de 'fraude à la loi', toute ruse".[189]

4.258 En respuesta a una pregunta del Grupo Especial acerca de si cumpliría los criterios aplicables, en el marco de las normas de la OMC en general y del párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC en particular, una legislación que ordenara un impuesto discriminatorio pero al mismo tiempo permitiera "algunas excepciones limitadas en circunstancias determinadas en función de facultades discrecionales", las Comunidades Europeas responden que la cuestión concreta planteada por el Grupo Especial se puede resolver aplicando los criterios propuestos antes por ellas mismas.

4.259 Las Comunidades Europeas señalan que, según el Oxford English Reference Dictionary, una norma es "un principio al que se adapta un acto o al que éste debe adaptarse". Una excepción es "un caso que no respeta la norma". En la práctica, la existencia de excepciones se considera una confirmación de la existencia de la norma.

---

j) adoptar las medidas y hacer todo lo que parezca necesario o aconsejable para proteger los intereses de la Corporación; y

k) en general, hacer todo aquello que sea aconsejable o beneficioso para el ejercicio de sus facultades y la realización de sus funciones y sus operaciones mercantiles.

[188] Informe del Grupo Especial *Chile - Impuestos a las bebidas alcohólicas*, distribuido el 15 de junio de 1999, WT/DS87/R - WT/DS110/R.

[189] Droit International public, (1994), párrafo 143.

4.260 Las Comunidades Europeas alegan que en el ejemplo sometido por el Grupo Especial a las partes, el hecho de que la administración disponga, en algunas circunstancias limitadas, de facultades para actuar mediante excepción a la norma debe ser interpretado, por tanto, del siguiente modo:

a) la Administración está obligada a respetar, por cuestión de principio, la norma (incompatible con la OMC);

b) el uso de excepciones está circunscrito a casos específicos y limitados;

c) la existencia de la excepción confirma, en primer lugar, la existencia de la norma (incompatible con la OMC); y

d) por consiguiente, las excepciones no pueden utilizarse de forma tal que sustituyan sistemáticamente a la norma sin modificarla y, en cualquier caso, sin impedir el logro del objetivo general (incompatible con la OMC) que el órgano legislativo pretendía lograr.

4.261 En opinión de las Comunidades Europeas, por consiguiente, la legislación de un Miembro que establezca una o varias normas que sean incompatibles con una o más de las obligaciones que supone el Acuerdo sobre la OMC debe considerarse que viola en cuanto tal las obligaciones de ese Miembro en la OMC, con independencia de si la legislación fue realmente aplicada y también con independencia de si existen algunas "excepciones limitadas en circunstancias especiales sometidas a facultades discrecionales".

4.262 Las Comunidades Europeas añaden que el diseño, estructura y arquitectura de esa legislación (es decir, su "propósito" expresado objetivamente) estarían dominadas por la norma (incompatible con la OMC). Sería una legislación con una tendencia contraria voluntariamente a la compatibilidad con la OMC y por tanto no podría ser corregida por la existencia de algunas "excepciones limitadas" a la norma (incompatible con la OMC). Además, la mera existencia de esa legislación que impone normas (incompatibles con la OMC) crearía inevitablemente una pauta de incertidumbre, inseguridad e imprevisibilidad en las relaciones comerciales entre los Miembros y de ningún modo podría constituir un cumplimiento "de buena fe" de las obligaciones que corresponden al Miembro en el marco de la OMC de conformidad con el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados o (todavía menos) en virtud del criterio más exigente del párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo de Marrakech.

4.263 Las Comunidades Europeas alegan además que todo ello es todavía más trascendente, de ser posible, en aquellos casos en que sólo existe una posibilidad remota de obtener un "acto de gracia" en un caso específico, una especie de exención, que corresponde a las autoridades políticas más altas del Miembro de la OMC en cuestión[190] y en que tal "acto de gracia" está sometido a una serie de criterios objetivos que, en la práctica, pueden obligar al Miembro de la OMC en cuestión a ceder ante presiones incompatibles con la OMC.

[190] Las Comunidades Europeas señalan que en un diferente contexto de hecho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostuvo un planteamiento lógico que, *mutatis mutandis*, es comparable al planteamiento lógico propuesto por las Comunidades Europeas en el presente caso. En el caso "*Soering*" (1/1989/161/217), el Tribunal estableció lo siguiente;

> "En el ejercicio independiente de su capacidad discrecional el abogado del Commonwealth ha decidido, por sí mismo, pedir e insistir en pedir la pena de muerte porque las pruebas en que se basa su determinación respaldan esa medida. (…) Por consiguiente, la conclusión del Tribunal es que se ha demostrado que es tal la posibilidad de que el demandante quede expuesto al "fenómeno del pasillo de la muerte" que se hace necesaria la aplicación del artículo 3".

4.264 **Los Estados Unidos recuerdan** que las Comunidades Europeas sostienen que el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC, leído conjuntamente con el párrafo 2 del artículo 3 del ESD y con la eliminación del Protocolo de Aplicación Provisional, ha creado un "nuevo entorno jurídico". Según las Comunidades Europeas "en este nuevo entorno jurídico, por tanto, ha dejado de estar justificada la aplicación a la legislación interna, sin más, de los criterios desarrollados en el marco del GATT de 1947. Al contrario, "los Miembros de la OMC tienen que avanzar más y asegurar que sus leyes internas no están destinadas a impedir el cumplimiento de las obligaciones asumidas en el marco de la OMC". Por tanto, los grupos especiales tienen que aplicar nuevos criterios para distinguir entre distintas formas de legislación facultativa y determinar cuáles "no son auténticamente facultativas". Según las Comunidades Europeas, las leyes no son auténticamente facultativas si "no impiden a las autoridades del ejecutivo actuar de forma compatible con las normas de la OMC pero […] por su diseño, estructura y arquitectura, tienen claramente el objetivo de promover infracciones de las normas de la OMC o tienen de otro modo una tendencia contraria a las medidas compatibles con la OMC". Una ley de este tipo "genera, sin ningún motivo legítimo, incertidumbre jurídica e imprevisibilidad en el comercio con otros Miembros".

4.265 Según los Estados Unidos, las Comunidades Europeas pretenden derivar este criterio del "párrafo 2 del artículo 3 del ESD y el principio de cumplimiento "de buena fe" de las obligaciones internacionales consagrado en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados", que "no permiten que se mantenga por más tiempo" la existencia de "situaciones jurídicas", "que pueden perjudicar gravemente la seguridad y previsibilidad del sistema internacional de comercio". Dejando al margen el hecho de que el texto del párrafo 2 del artículo 3 procede de las Normas de Montreal de 1989 y que, por tanto, es anterior al "nuevo entorno jurídico" que pretenden las Comunidades Europeas, éstas pretenden crear, a partir de una disposición de la OMC referente a los objetivos del Entendimiento sobre Solución de Diferencias y de sus propias ideas de "buena fe" e "incertidumbre", una obligación totalmente nueva que no se encuentra en ninguna disposición del Acuerdo sobre la OMC o sus anexos.

4.266 Los Estados Unidos observan que el Órgano de Apelación ya ha abordado esta situación. Las Comunidades Europeas aludieron incluso a una situación de este tipo en su declaración oral cuando hicieron referencia a la aceptación por los Estados Unidos en el caso *India - Patentes (EE.UU.)* de la constatación del Grupo Especial de que "proteger las expectativas legítimas de los Miembros de la OMC en cuanto a las condiciones de competencia es de importancia tan capital para el comercio relacionado con la propiedad intelectual como lo es para el comercio de mercancías no relacionadas con la propiedad intelectual". Lo que las Comunidades Europeas no mencionan es que el Órgano de Apelación revocó totalmente las constataciones del Grupo Especial sobre este punto.

4.267 Los Estados Unidos recuerdan que el Grupo Especial *India - Patentes (EE.UU.)* constató que debían tomarse en consideración "las legítimas expectativas de los Miembros de la OMC", y que "la protección de las expectativas legítimas de los Miembros en cuanto a las condiciones de competencia es un principio del GATT bien establecido" que se deriva en parte del artículo XXIII del GATT de 1994, en el cual se estipulan las disposiciones básicas del GATT y la OMC para la solución de diferencias, y ciertos informes de grupos especiales del GATT de 1947 referentes al artículo III del GATT del 1947.[191] Además, basándose en el artículo 31 de la Convención de Viena, que establece la interpretación "de buena fe" de los términos de los tratados de conformidad con su sentido corriente en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objetivo y fin, el Grupo Especial indicó que:

[191] Informe del Grupo Especial *India - Patentes (EE.UU.)*, *op. cit.*, párrafos 7.20 y 7.22. Entre los informes de grupos especiales que citaba este Grupo Especial figuraban el informe del Grupo Especial *Maquinaria italiana*, *op. cit.*, párrafos 12 y 13; el informe del Grupo Especial *Estados Unidos - Superfund*, *op. cit.*, párrafo 5.22 y el informe del Grupo Especial *Estados Unidos - Artículo 337*, *op. cit.*, párrafo 5.13.

> "En nuestra opinión, una interpretación de buena fe exige que se preserven las expectativas legítimas resultantes de la protección de los derechos de propiedad intelectual prevista en el Acuerdo".[192]

4.268 Los Estados Unidos observan que el Órgano de Apelación rechazó este planteamiento, tras señalar que el Grupo Especial "mezcla, y por tanto confunde, dos conceptos diferentes de la práctica anterior del GATT",[193] y que había aplicado erróneamente el artículo 31 de la Convención de Viena:

> "El Grupo Especial tiene una comprensión errónea del concepto de las expectativas legítimas en el contexto de las normas usuales de interpretación del derecho internacional público. Las expectativas legítimas de las partes en un tratado se reflejan en la formulación del propio tratado. El deber del intérprete de un tratado es examinar las palabras de éste para determinar las intenciones de las partes. Esto ha de hacerse de conformidad con los principios de interpretación de los tratados establecidos en el artículo 31 de la Convención de Viena. Pero esos principios de interpretación ni exigen ni aprueban que se imputen al tratado palabras que no existen en él o que se trasladen a él conceptos que no se pretendía recoger en él".[194]

4.269 Los Estados Unidos explican que el Órgano de Apelación prosiguió remitiéndose al párrafo 2 del artículo 3 del ESD, que establece que "las recomendaciones y resoluciones del OSD no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados", y el párrafo 2 del artículo 19 del ESD, que establece que "de conformidad con el párrafo 2 del artículo 3, las constataciones y recomendaciones del Grupo Especial y del Órgano de Apelación no podrán entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados".[195] El Órgano de Apelación señaló que "estas disposiciones son claras. Indudablemente, obligan tanto a los grupos especiales como al Órgano de Apelación".[196]

4.270 Los Estados Unidos alegan que las Comunidades Europeas intentan en este caso de forma todavía más teatral "que se imputen al tratado palabras que no existen en él o que se trasladen a él conceptos que no se pretendía recoger en él"[197], planteamiento que el Órgano de Apelación rechazó en el caso *India - Patentes (EE.UU.)*. En ninguna disposición del párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC, el párrafo 2 del artículo 3 del ESD o de cualquier otra norma de los acuerdos abarcados se hace referencia al criterio "no auténticamente facultativa" señalado por las Comunidades Europeas. Es más, las Comunidades Europeas no pretenden que en ellos se haga tal referencia. Su criterio se basa en la extrapolación del concepto de "seguridad y previsibilidad" del párrafo 2 del artículo 3, que es un objetivo y no una obligación, y de una vaga explicación sobre la obligación de "buena fe" de la Convención de Viena, que no es un acuerdo abarcado.

4.271 Los Estados Unidos señalan que el párrafo 2 del artículo 3 se inicia con la siguiente declaración: "El sistema de solución de diferencias de la OMC es un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio".[198] Este enunciado del objetivo

---

[192] Informe del Grupo Especial *India - Patentes (EE.UU.), op. cit.*, párrafo 7.18.

[193] Informe del Órgano de Apelación *India - Patentes (EE.UU.), op. cit.*, párrafo 36.

[194] *Ibid*., párrafo 45 (se ha añadido el subrayado).

[195] *Ibid*., párrafo 47, citando el párrafo 2 del artículo 3 y el párrafo 2 del artículo 19 del ESD.

[196] *Ibid*.

[197] *Ibid*., párrafo 45.

[198] Los Estados Unidos señalan que este texto procede de las Normas de Montreal de 1989.

del ESD implica el entendimiento de que es el propio ESD el que logra ese objetivo. En otras palabras, las obligaciones sustantivas que establece el texto del Acuerdo sobre la OMC y sus anexos, cuyo cumplimiento se logra a través del ESD, aportan seguridad y previsibilidad. "Las expectativas legítimas de las partes en un tratado se reflejan en la formulación del propio tratado".[199] Como subrayó el Órgano de Apelación en el caso *India - Patentes (EE.UU.)*, las interpretaciones que trascienden el texto para crear obligaciones de la nada que respondan a las propias aspiraciones pueden amenazar la legitimidad del sistema de solución de diferencias. El párrafo 2 del artículo 3 establece una divisoria entre la solución de diferencias y la legislación, y ordena que los grupos especiales se abstengan de abordar esta última.

4.272 Además, los Estados Unidos alegan que igualmente en el caso *Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón* el Órgano de Apelación señaló lo siguiente: "El intérprete de un tratado debe comenzar por centrarse en el texto de la disposición que va a interpretar. Es precisamente en las palabras de esa disposición, leídas en su contexto, donde ante todo debe buscarse el objeto y fin que persiguen los Estados Partes en el tratado".[200] En el caso *Estados Unidos - Camarones*, el Órgano de Apelación rechazó la interpretación del Grupo Especial del preámbulo del artículo XX porque no se había centrado en el sentido corriente de las palabras de ese preámbulo y en su objeto y fin inmediatos, sino en el objeto y fin general del GATT y del Acuerdo sobre la OMC. Lo mismo que las Comunidades Europeas intentan ahora deducir nuevas obligaciones de la noción general de seguridad y previsibilidad, también el Grupo Especial del caso *Estados Unidos - Camarones* llegó a la conclusión de que el preámbulo incluía la obligación general de "no socavar el sistema multilateral de comercio de la OMC". Según el Grupo Especial,

> "debemos determinar no solamente si esa medida *por sí sola* menoscaba el sistema multilateral de comercio de la OMC, sino también *si ese tipo de medida*, en caso de que fuera adoptada por otros Miembros, amenazaría la seguridad y previsibilidad de dicho sistema".[201]

4.273 Los Estados Unidos subrayan que el Órgano de Apelación rechazó este planteamiento. El Órgano de Apelación explicó que, en lugar de examinar la compatibilidad de la medida en cuestión con el preámbulo del artículo XX, el Grupo Especial se había centrado repetidamente en el "*diseño de la medida en sí*".[202] El Órgano de Apelación se refirió a ello en los siguientes términos:

> "se trata de una norma o criterio que no tiene base ni en el texto del preámbulo ni en ninguna de las otras dos excepciones específicas invocadas por los Estados Unidos. En efecto, el Grupo Especial elaboró un criterio *a priori* que trata de definir una

[199] Informe del Órgano de Apelación *India - Patentes (EE.UU.)*, *op. cit.*, párrafo 45.

[200] Informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón* ("*Estados Unidos - Camarones*"), adoptado el 6 de noviembre de 1998, WT/DS58/AB/R/, párrafo 114. (se han añadido el subrayado).

[201] Informe del Grupo Especial *Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón* ("*Estados Unidos - Camarones*"), adoptado el 6 de noviembre de 1998, WT/DS58/R, párrafo 7.44 (se ha añadido el subrayado), citado en el Informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos - Camarones*, *op. cit.*, párrafo 112.

[202] Informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos - Camarones*, *op. cit.*, párrafo 115. (cursivas del original)

> categoría de medidas que *ratione materiae*, quedan fuera de la protección justificativa del preámbulo del artículo XX".[203]

4.274 El Órgano de Apelación revocó por consiguiente el análisis del Grupo Especial y las conclusiones basadas en ese análisis.[204] El Órgano de Apelación describió el análisis del Grupo Especial diciendo que "repugna a los principios de interpretación que estamos obligados a aplicar".[205]

4.275 Los Estados Unidos afirman que las Comunidades Europeas proponen un tipo de análisis sorprendentemente similar al ya rechazado por el Órgano de Apelación en el caso *Estados Unidos - Camarones*. Las Comunidades Europeas, basándose en la misma noción generalizada de "seguridad y previsibilidad" proponen un criterio que no se encuentra ni en el artículo 23 del ESD ni en el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC, criterio que se centra en el "diseño de la medida en sí misma": si el "diseño, estructura y arquitectura" de una ley facultativa interna "tienen claramente el objetivo de promover infracciones de las normas de la OMC o tienen de otro modo una tendencia contraria a las medidas compatibles con la OMC". El Grupo Especial tiene que rechazar este criterio. El análisis de si los artículos 301 a 310 son compatibles con el artículo 23 del ESD y el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC "debe comenzar por centrarse en el texto de"[206] estas disposiciones.

4.276 Los Estados Unidos responden además, a este respecto, a una petición del Grupo Especial de observaciones sobre la siguiente declaración de Hong Kong, China, que figura en su comunicación como tercero:

> "Por consiguiente, se plantea la cuestión de cómo pueden cumplirse las obligaciones internacionales de buena fe si en una legislación interna existe la posibilidad de desviación. ¿Puede esperarse que se respeten las obligaciones internacionales, y no resulten perjudicadas, cuando en una legislación interna se prevé la posibilidad de desviación *expressis verbis*? ¿No resulta afectada la previsibilidad, necesaria para planificar el comercio futuro como reconoció el Grupo Especial que examinó el asunto *Superfund*, si los interlocutores comerciales saben *ex ante* que otro interlocutor ha promulgado una legislación que le permite ignorar sus obligaciones internacionales?"

4.277 Los Estados Unidos responden que la cuestión planteada por Hong Kong en la primera frase de la cita anterior es una falacia. Las partes en un acuerdo internacional, al convertirse en partes, se comprometen a cumplir las obligaciones que le impone dicho acuerdo de buena fe. Este mismo hecho es lo que obliga a llegar a la conclusión de que no se puede presuponer que las autoridades ejercerán la capacidad discrecional que les atribuye la legislación interna de forma que se incumplan las obligaciones internacionales.

4.278 En opinión de los Estados Unidos, si las autoridades ejercen su capacidad discrecional de forma que realmente se alejen del cumplimiento de sus obligaciones internacionales, podrá constatarse entonces que han incumplido esas obligaciones. Sin embargo, hasta ese momento no puede presuponerse que ejercerán su capacidad discrecional de ese modo. No puede presuponerse que las partes actuarán de mala fe. No cabe duda de que las Comunidades Europeas deben aceptarlo: en las actuaciones de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD en la diferencia sobre los

---

[203] *Ibid*., párrafo 121.

[204] *Ibid*., párrafo 122.

[205] *Ibid*., párrafo 121.

[206] Informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos - Camarones*, *op. cit.*, párrafo 114.

Bananos y de nuevo en su reciente propuesta de modificación del artículo 21, las Comunidades Europeas han adoptado la postura de que en todos los procedimientos que se inicien en el marco de la OMC se parte de la presunción del cumplimiento, incluso en los procedimientos llevados a cabo de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 para determinar si un Miembro ha puesto en conformidad una medida que ha sido declarada incompatible con la OMC.[207]

4.279 Con respecto a la trascendencia de la posibilidad de que una legislación prevea *expressis verbis* la "posibilidad de desviación" del cumplimiento de las obligaciones internacionales, los Estados Unidos añaden que cualquier legislación que no limite expresamente el ejercicio de la capacidad discrecional abre esa posibilidad y los Estados Unidos ponen en duda que las autoridades de Hong Kong carezcan de esa capacidad discrecional.[208] Esto no cambia el hecho de que los Miembros de la OMC que cuenten con una legislación facultativa, bajo cualquier forma, han asumido el compromiso jurídico vinculante de cumplir sus obligaciones en la OMC, en otras palabras, hacer uso de su capacidad discrecional de forma compatible con la OMC. Como se examinará más adelante en respuesta a la siguiente pregunta, no habrá mayor seguridad de que un Miembro actuará de conformidad con sus obligaciones en la OMC si dispone de una capacidad discrecional amplia e indefinida en lugar de tener que hacer uso de su capacidad discrecional para no adoptar las medidas incompatibles con la OMC que establezca expresamente la legislación.

4.280 En opinión de los Estados Unidos, Hong Kong, en su referencia al análisis de la "previsibilidad" del Grupo Especial que examinó el caso *Superfund*[209], ignora los hechos y constataciones de ese caso, que contradicen la postura de Hong Kong. En aquel caso, la legislación en cuestión preveía concretamente, *expressis verbis*, medidas que, si no se hacía uso de la capacidad discrecional delegada de una determinada forma, serían incompatibles con las obligaciones que correspondían a los Estados Unidos en el marco del GATT de 1947. La Ley relativa al *Superfund*, de 1986, obligaba a los importadores a presentar información suficiente sobre los insumos químicos de sustancias gravables con el fin de permitir que las autoridades fiscales determinaran la cuantía del impuesto; en caso contrario, se impondría un impuesto penalizador con un tipo del 5 por ciento *ad valorem* o el tipo que fijara el Secretario del Tesoro mediante reglamento de acuerdo con una metodología diferente.[210] El impuesto penalizador del 5 por ciento, que iba a entrar en vigor el 1º de enero de 1989 si no se promulgaba un reglamento que estableciera otra cosa, había sido incompatible con el párrafo 2 del artículo III del GATT de 1947.[211] En la fecha de las actuaciones del Grupo

[207] Véase el informe del Grupo Especial *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos - Recurso al párrafo 5 del artículo 21 por las Comunidades Europeas*, WT/DS27/RW/EEC, párrafos 2.19 y 4.13 (12 de abril de 1999) (Los Estados Unidos señalan que, según las Comunidades Europeas, las medidas de aplicación "deben reputarse conformes a las normas de la OMC en tanto que su conformidad no haya sido cuestionada de acuerdo con los procedimientos adecuados del ESD" (párrafo 4.13); además, según las Comunidades Europeas, un sistema de comercio basado en una presunción de incompatibilidad no estaría basado en la seguridad y previsibilidad de las relaciones comerciales internacionales y, por consiguiente, sería lo opuesto al sistema multilateral de comercio previsto en el Acuerdo de Marrakech (párrafo 2.19)); Examen del ESD, documento de debate presentado por las Comunidades Europeas el 30 de junio de 1999, Nº 3864, párrafo 5, distribuido el 1º de julio de 1999 ("En el procedimiento multilateral para determinar la conformidad de las medidas de aplicación, la tarea de plantear una diferencia y la carga de la prueba incumben a la parte que afirme que no hay conformidad.") (Prueba documental 12 de los Estados Unidos).

[208] Los Estados Unidos observan además que, incluso si las leyes internas de un país incluyeran límites concretos a la capacidad discrecional, ello no excluiría la posibilidad de que las autoridades ejercieran sus facultades infringiendo tanto esos límites como sus obligaciones internacionales.

[209] Informe del Grupo Especial *Estados Unidos - Superfund*, *op. cit*.

[210] *Ibid*., párrafo 5.2.9.

[211] *Ibid*.

Especial en 1987, el reglamento en cuestión no había sido todavía promulgado. No obstante, el Grupo Especial llegó a la siguiente conclusión:

> "Queda pues por ver si el reglamento eliminará la necesidad de aplicar el gravamen penalizador y si equiparará por completo los productos nacionales con los importados, según lo dispuesto en la primera frase del párrafo 2 del artículo III. Desde la perspectiva de los objetivos globales del Acuerdo General, es lamentable que la Ley relativa al *Superfund* imponga expresamente a las autoridades fiscales de los Estados Unidos la obligación de aplicar un impuesto incompatible con el principio del trato nacional; ahora bien, como dicha Ley les da también la posibilidad de evitar la necesidad de aplicar dicho impuesto mediante la promulgación de un reglamento, la existencia de las disposiciones sobre el tipo del gravamen penalizador no constituye por sí misma una violación de las obligaciones que incumben a los Estados Unidos en virtud del Acuerdo General".[212]

4.281 Según los Estados Unidos, vale la pena subrayar la importancia atribuida por el Grupo Especial que examinó el asunto *Estados Unidos - Superfund* al hecho de que quedaran "por ver" algunas cuestiones con respecto al reglamento del *Superfund* a las que habría que dar respuesta antes de que un grupo especial pudiera determinar la incompatibilidad con el GATT de la disposición fiscal penalizadora. Por un lado, esto ilustra el hecho de que el Grupo Especial no presuponía que los Estados Unidos harían en último extremo uso de su capacidad discrecional de mala fe. Pero además ilustra el hecho de que, incluso cuando una ley es facultativa, sigue pudiéndose impugnar el ejercicio real de esa capacidad de discreción. En el caso *Superfund*, el reglamento en cuestión, una vez promulgado, había podido ser impugnado si hubiera infringido las normas del GATT. Igualmente, los Miembros de la OMC, incluidas las Comunidades Europeas, siguen pudiendo impugnar el ejercicio por los Estados Unidos de la capacidad discrecional prevista en los artículos 301 a 310 en casos concretos si consideran que es incompatible con las obligaciones que corresponden a los Estados Unidos en la OMC.[213] Por tanto, si este Grupo Especial confirma las constataciones concordes de todos los grupos especiales del GATT y de la OMC hasta la fecha sobre la distinción entre legislación imperativa y legislación facultativa no se denegará a las Comunidades Europeas ni a los demás Miembros la capacidad de impugnar las medidas que adopten los Estados Unidos en virtud de los artículos 301 a 310.[214]

4.282 Los Estados Unidos sostienen además que el análisis de la "previsibilidad" por el Grupo Especial que examinó el asunto *Superfund* se produjo con motivo de explicar por qué podía impugnarse la legislación imperativa aunque no fuera a entrar en vigor hasta una determinada fecha

---

[212] *Ibid*. (se han añadido los subrayados)

[213] Los Estados Unidos observan que igualmente, si consideraran que las Comunidades Europeas están haciendo uso del margen amplio de capacidad discrecional previsto en el artículo 133 del Tratado de Amsterdam para regular o restringir el comercio internacional de forma incompatible con las obligaciones que corresponden a las Comunidades Europeas en la OMC o el margen amplio de capacidad discrecional previsto en el Tratado de Amsterdam para crear regímenes de importación de bananos incompatibles con la OMC, podrían denunciar a las Comunidades Europeas a través de un procedimiento de solución de diferencias. Sin embargo, los Estados Unidos, lo mismo que las Comunidades Europeas, tendrán que esperar a que se haga uso realmente, en un caso concreto, de esta capacidad discrecional y sólo entonces podrán impugnar el uso concreto de esa capacidad discrecional.

[214] Los Estados Unidos subrayan de nuevo que no está incluida en el ámbito del mandato del Grupo Especial ninguna medida concreta de ese tipo, del pasado reciente o más distante. A diferencia de la situación que se planteaba en el asunto *Comunidades Europeas - Piezas y componentes*, *op. cit.*, este caso no supone la impugnación tanto del ejercicio de la capacidad discrecional atribuida por ley en un determinado caso como la "mera existencia" de la ley. *Véase ibid*., párrafos 5.25 y 5.26. Sólo incluye la segunda impugnación.

futura.[215] Como antes se indicó, la Ley relativa al Superfund se había promulgado en 1986, pero la disposición fiscal penalizadora no había entrado en vigor hasta 1989. Según el Grupo Especial, el hecho de que la legislación no estuviera todavía en vigor no servía de excusa para actos incompatibles con el GATT que la legislación ordenara imperativamente.[216] Sin embargo, el Grupo Especial concluía al final que las disposiciones fiscales penalizadoras de la legislación no eran obligatorias porque incluían también un margen de capacidad discrecional para publicar reglamentos compatibles con las obligaciones de los Estados Unidos en el GATT.[217] Como indicaba el Grupo Especial, la legislación daba a las autoridades de los Estados Unidos "la posibilidad" de evitar medidas incompatibles con el GATT.[218] Por tanto, como han subrayado los Estados Unidos, la cuestión correcta que se deben plantear los grupos especiales que examinen si la mera existencia de una legislación, que como tal es incompatible con las obligaciones de un Miembro, es si existe la posibilidad de cumplimiento, y no la posibilidad de desviación. Este análisis ha sido el que continuamente han realizado los grupos especiales del GATT y de la OMC hasta la fecha.

4.283 Los Estados Unidos alegan que el intento de Hong Kong de obtener una constatación de la OMC de incompatibilidad de una legislación facultativa que "permite que se adopten medidas incompatibles con la OMC" ignora también el hecho de que la legislación interna puede ser aplicable no sólo a los Miembros de la OMC y en relación con derechos derivados de los acuerdos abarcados, sino también a países que no son Miembros de la OMC y a Miembros de la OMC con respecto a asuntos que no estén sometidos a un acuerdo abarcado. El Acuerdo sobre la OMC y sus anexos, por definición, no son aplicables a esos casos. Por tanto, aunque una legislación facultativa "dejara abierta la posibilidad" de formular determinaciones que infrinjan el artículo 23 del ESD si se aplican a un Miembro de la OMC con respecto a derechos previstos en un acuerdo abarcado, no cabría interpretar que el artículo 23 del ESD limita el uso que puede hacer un Miembro de sus derechos con respecto a países que no son Miembros de la OMC y con respecto a asuntos que no pertenecen al ámbito de la OMC.

4.284 Los Estados Unidos indican que, por decirlo de otro modo, los acuerdos internacionales son concluidos por sus partes contratantes. Los actos de unas partes con respecto a las otras pueden infringir, o no, las obligaciones que han asumido las unas frente a las otras. Sin embargo, los actos frente a quienes no son partes no tienen trascendencia para este análisis. Una cosa es concluir que una parte contratante puede impugnar una legislación que ordene imperativamente medidas frente a todos, si tal medida infringe una obligación con respecto a las partes contratantes, y otra cosa es que también pueda impugnarse una legislación que permita tal medida, pues en ese caso se impediría a las partes contratantes efectivamente ejercer su poder soberano con respecto a quienes no son partes, salvo que se establezcan series paralelas de leyes aplicables a las partes y a quienes no son partes o estableciendo expresamente límites en sus leyes internas sobre la forma en que puede hacerse uso de la capacidad discrecional con respecto a las partes. No existe ni en el Acuerdo sobre la OMC ni en sus anexos absolutamente ningún indicio de que los Miembros hayan aceptado este grado de injerencia en el ejercicio de su soberanía nacional.

4.285 En respuesta a una pregunta planteada por el Grupo Especial, los Estados Unidos alegan además que no puede ni debe establecerse ninguna distinción entre diferentes tipos de legislación facultativa a los efectos de determinar si la mera existencia de esa legislación infringe las obligaciones de un Miembro en la OMC. En ambos casos, las autoridades pueden hacer uso de su capacidad

[215] Informe del Grupo Especial *Estados Unidos - Superfund*, *op. cit.*, párrafos 5.2.1 y 5.2.2.

[216] *Ibid.*

[217] *Ibid.*, párrafo 5.2.9.

[218] *Ibid.*

discrecional de forma compatible o incompatible con sus obligaciones internacionales. No puede presuponerse que las autoridades dejarán de cumplir sus obligaciones internacionales de buena fe.

4.286 Los Estados Unidos sostienen que, dejando aparte el hecho de que no puede presuponerse que un Miembro dejará de actuar de buena fe en el cumplimiento de sus obligaciones, es imposible distinguir entre una legislación facultativa "buena" y otra "mala". La pregunta del Grupo Especial implica que quizás sea posible establecer una distinción en función de si la legislación prevé una capacidad discrecional general, no específica, para lograr ciertos objetivos y no un margen de capacidad discrecional para no adoptar una determinada línea de actuación que infringiría las obligaciones internacionales del país. Sin embargo, si fuera éste el criterio, podría dar lugar al resultado imprevisto de que no pudiera examinarse una legislación que previera un margen amplio de capacidad discrecional, en cuanto tal, aunque las autoridades hubieran hecho repetidas veces uso de esa capacidad discrecional de forma incompatible con la OMC, mientras que podría considerarse incompatible una legislación que previera un margen de capacidad discrecional para no adoptar medidas incompatibles con la OMC aun en caso de que las autoridades hubieran hecho siempre uso de esa capacidad discrecional para mantener la compatibilidad con sus obligaciones en la OMC.

4.287 Los Estados Unidos añaden que, por otra parte, si los medios para distinguir entre distintas legislaciones facultativas se basaran en si existe una pauta de ejercicio de esa capacidad discrecional de forma incompatible con la OMC, como sugieren las Comunidades Europeas, se plantearían otros problemas. Por ejemplo, el primer requisito para cumplir ese criterio sería que no se incluyera ningún incidente particular en la pauta mientras un grupo especial o el Órgano de Apelación no hubiera formulado una constatación de infracción con respecto a ese incidente. Las partes reclamantes no podrían afirmar simplemente que se habían producido infracciones en el pasado y los grupos especiales no podrían aceptar simplemente esas afirmaciones. Sin embargo, de no existir esas constataciones, el grupo especial sólo podría formularlas si el contenido de cada uno de los incidentes estuviera incluido en el ámbito del mandato del grupo especial y supusiera una infracción de un acuerdo abarcado.[219] Además, los incidentes que se hubieran producido antes de la entrada en vigor de los acuerdos abarcados, es decir, antes de 1995, no podrían considerarse parte de la "pauta".

4.288 Los Estados Unidos añaden que este criterio de la "pauta de conducta" implicaría la presunción de que el Miembro no cumplirá las obligaciones que le corresponden en el marco de la OMC. Si la experiencia acumulada en la aplicación del Acuerdo sobre la OMC permite establecer una pauta, esta pauta sería que las Comunidades Europeas han incumplido constantemente sus obligaciones con respecto al régimen de importación de bananos y que en el presente caso cabría esperar una presunción de no cumplimiento. No obstante, como antes se indicó, en el procedimiento seguido de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 con respecto a la diferencia sobre los *Bananos* y de nuevo en su reciente propuesta de modificar los artículos 21, 22 y 23 del ESD, las Comunidades Europeas han adoptado la posición de que en todos los procedimientos de la OMC, incluso en los procedimientos de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21, existe la presunción de cumplimiento. Sólo se pondrá en marcha un procedimiento de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 si existe desacuerdo sobre la existencia o la compatibilidad de las medidas adoptadas para dar cumplimiento a las resoluciones o recomendaciones del OSD, en otras palabras, si una vez que el OSD ha adoptado ya, al menos una vez, una constatación de que un Miembro ha incumplido las obligaciones que le corresponden en el marco de la OMC sigue habiendo dudas acerca de si el Miembro ha cumplido el compromiso que le corresponde de conformidad con el párrafo 3 del artículo 21 de poner su medida en conformidad. No obstante, incluso en esas circunstancias (y en la diferencia sobre los *Bananos* las resoluciones del OSD vinieron precedidas de resoluciones negativas de dos grupos especiales del GATT), las Comunidades Europeas insisten en que sigue existiendo la presunción de que un Miembro cumple sus obligaciones. Es difícil cuadrar esta posición con la de sugerir que, una vez que se ha

[219] *Véase* el artículo 7 del ESD.

demostrado una pauta de infracciones, puede presuponerse que un Miembro incumplirá su obligación de aplicar las resoluciones y recomendaciones de buena fe.

4.289 Los Estados Unidos afirman a continuación que, además, para establecer una pauta de conducta sería necesario definir qué se entiende por "pauta". ¿Cuántos actos incompatibles con las normas de la OMC bastarán para establecer una pauta? Además, si se estableciera tal pauta y se constatara la existencia de una infracción, ¿cómo podría un Miembro ponerse en conformidad? Por ejemplo, en caso de que la pauta de infracciones de las Comunidades Europeas de sus obligaciones internacionales en lo que respecta al régimen de importación de bananos bastara para establecer que la autorización por el Tratado de Amsterdam de su régimen es incompatible con la OMC, ¿modificarían las Comunidades Europeas la autorización del Tratado para impedir nuevas infracciones de la OMC?

4.290 En opinión de los Estados Unidos, todo ello ilustra la complejidad de la cuestión. Se trata de un tema propio para ser debatido en el Examen del ESD, ya que cualquier cambio con respecto a la práctica actual debe exigir una enmienda de conformidad con el artículo X del Acuerdo sobre la OMC o una interpretación de conformidad con el artículo IX del Acuerdo sobre la OMC. A este respecto, los Estados Unidos señalan de nuevo que las Comunidades Europeas han admitido en esos debates que actualmente se establece una distinción entre legislación imperativa y legislación facultativa en la jurisprudencia y la práctica del GATT/OMC, al presentar la propuesta de suprimir "la *actual distinción* entre medidas discrecionales y medidas obligatorias"[220], haciendo de este modo posible que se establezca la incompatibilidad con la OMC de las medidas facultativas.[221]

4.291 **En réplica, las Comunidades Europeas alegan** que, según la práctica constante del GATT de 1947, se considera que una ley que ordena una medida incompatible con una obligación asumida en el marco del GATT es incompatible con esa obligación aunque no haya sido aplicada todavía. Los grupos especiales del GATT de 1947 opinaron que el objetivo de la previsibilidad no podría lograrse si una parte contratante del GATT de 1947 adoptaba una legislación interna que estipulase medidas que contradijeran sus obligaciones.

4.292 Las Comunidades Europeas afirman que, incluso aunque se aplicaran los criterios desarrollados por los grupos especiales del GATT de 1947, los artículos 301 a 310 infringirían las obligaciones que corresponden a los Estados Unidos en virtud del artículo 23 del ESD y los artículos I, II, III, VIII y XI del GATT de 1994 porque ordenan a las autoridades del ejecutivo de los Estados Unidos que actúen de forma incompatible con esas disposiciones del ESD y del GATT.

4.293 En opinión de las Comunidades Europeas, los Estados Unidos reconocen que los artículos 301 a 310 tienen que cumplir los criterios desarrollados a través de la práctica del GATT de 1947. Su principal argumento es que los artículos 301 a 310 no obligan al USTR a determinar que un Miembro de la OMC está negando a los Estados Unidos derechos que les corresponden en virtud del Acuerdo sobre la OMC o no está aplicando las recomendaciones del OSD. En su opinión, los artículos 301 a 310 no "excluyen" por consiguiente medidas compatibles con la OMC y, por tanto, no son imperativos en el sentido de la práctica del GATT de 1947.

4.294 Según las Comunidades Europeas, los Estados Unidos alegan además que el USTR no está obligado a determinar que se están negando derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo de la OMC y que se ha producido un incumplimiento de las recomendaciones del OSD y que, por consiguiente, los artículos 301 a 310 no obligan a formular determinaciones

---

[220] *Examen del Entendimiento sobre Solución de Diferencias*, documento extraoficial de las Comunidades Europeas (octubre de 1998) (prueba documental 12 de los Estados Unidos) (se han añadido las cursivas); *véase también* Examen del ESD, nota de la Secretaría, Compilación de las observaciones formuladas por los Miembros - Rev. 3 (12 de diciembre de 1998) (prueba documental 12 de los Estados Unidos).

[221] *Ibid.*

incompatibles con el artículo 23 del ESD. Sin embargo, esas determinaciones son necesarias en función de las investigaciones que inicie el USTR de conformidad con el artículo 302 o de la vigilancia que lleve a cabo el USTR de conformidad con el artículo 306 a).

b) Argumentos específicos sobre la distinción entre legislación imperativa y legislación facultativa

4.295 **Las Comunidades Europeas opinan** que los argumentos de los Estados Unidos se basan en una interpretación errónea del criterio jurídico desarrollado por los grupos especiales del GATT de 1947.

4.296 En opinión de las Comunidades Europeas, en el marco del GATT de 1947 los Estados Unidos mantenían algunas disposiciones de su legislación en materia de derechos compensatorios que estaban vigentes antes de la aplicación provisional del GATT de 1947 y que obligaban a las autoridades del ejecutivo a imponer derechos compensatorios sin aplicar el criterio del daño, lo que era incompatible con el artículo VI del GATT. Los Estados Unidos alegaron continuamente que esas disposiciones eran una legislación imperativa, aunque las autoridades del ejecutivo de los Estados Unidos pudieran teóricamente actuar de forma compatible con el artículo VI si no formulaban las determinaciones positivas necesarias para la imposición de derechos compensatorios. El Grupo Especial del GATT que examinó el asunto *Estados Unidos - Denegación del trato de nación más favorecida con respecto al calzado, distinto del de caucho, procedente del Brasil* aceptó la alegación de los Estados Unidos y consideró sobre esta base que parte de la legislación pertinente estadounidense, es decir, el artículo 303 de la Ley Arancelaria de 1930, estaba protegida por la cláusula relativa a la "legislación vigente" del Protocolo de Aplicación Provisional del GATT.[222]

4.297 Las Comunidades Europeas señalan que la legislación en materia de derechos compensatorios de los Estados Unidos que era el objeto de aquel asunto es comparable con los artículos 301 a 310 en la medida en que también obligaba al ejecutivo a formular una determinación negativa o positiva en función de unos determinados criterios de hecho y obligaba imperativamente a adoptar medidas incompatibles con el GATT si la determinación era positiva.

4.298 Las Comunidades Europeas añaden que el hecho de que la legislación en materia de derechos compensatorios no excluyera medidas compatibles con el GATT porque existía la posibilidad de que el USTR determinara que no había base para imponer derechos compensatorios no convertía a esta legislación, en opinión de los Estados Unidos y del Grupo Especial del GATT de 1947, en una legislación facultativa.

4.299 Por tanto, las Comunidades Europeas opinan que esta conclusión deriva necesariamente del hecho de que no había ningún fundamento en la legislación en materia de derechos compensatorios de los Estados Unidos para ejercer la capacidad discrecional que esta legislación reconocía para evitar conflictos con las disposiciones del artículo VI del GATT de 1947 dedicadas a la constatación del daño. Además, un uso tal de la capacidad discrecional hubiera impedido el logro de los objetivos perseguidos por la legislación estadounidense.

4.300 Las Comunidades Europeas alegan que, lo mismo que en el caso de la legislación en materia de derechos compensatorios de los Estados Unidos, el simple hecho de que los artículos 301 a 310 ofrezcan la posibilidad de determinar que no se han negado derechos que corresponden a los Estados Unidos y que no se ha producido un incumplimiento de las recomendaciones del OSD y de que estas disposiciones, por lo tanto, no "excluyan" la compatibilidad con la OMC no las convierte en una legislación facultativa: no se otorgó al USTR la capacidad discrecional de formular determinaciones

[222] Informe del Grupo Especial C*alzado, distinto del de caucho, procedente del Brasil*, adoptado el 19 de junio de 1992, *op cit.*, párrafo 2.3.

para asegurar la compatibilidad con la OMC sino sólo con el efecto limitado de tener en cuenta los resultados de las investigaciones que realice de conformidad con el artículo 302 o la vigilancia del cumplimiento de conformidad con el artículo 306 (b), que son la base imperiosa de sus decisiones.

4.301 **En réplica, los Estados Unidos señalan** que las Comunidades Europeas aparentemente no quieren llegar tan lejos como Hong Kong en la negativa de la distinción entre legislación imperativa y legislación facultativa. Además, las Comunidades Europeas se manifiestan opuestas a la idea de que la legislación facultativa tenga que incluir disposiciones expresas que limiten la capacidad discrecional con el fin de "excluir medidas incompatibles con la OMC".[223] Por tanto, las Comunidades Europeas rechazan el argumento de Hong Kong en el sentido de que la legislación que permite una "desviación potencial" de las obligaciones de la OMC es incompatible con la OMC.[224] En efecto, las Comunidades Europeas hubieran tenido grandes dificultades para cumplir una obligación tal de evitar "desviaciones potenciales". Aun después de haber reconocido el peligro que representa para el sistema de la OMC enmarcarse en una interpretación semejante, las Comunidades Europeas no obstante pretenden adoptar un planteamiento caso por caso y medido por los resultados de la definición de "imperativa" para asegurarse de que los artículos 301 a 310 son considerados imperativos. El planteamiento de las Comunidades Europeas niega el significado de la jurisprudencia del GATT/OMC basándose en la reclamación espúrea de que estos casos se basan en el Protocolo de Aplicación Provisional, actualmente inaplicable, y alegan que el término "imperativa" -y los términos de los artículos 301 a 310- han de interpretarse en función de una nueva obligación, recién descubierta, de evitar la incertidumbre y asegurar la "seguridad y previsibilidad".

4.302 Los Estados Unidos alegan que las Comunidades Europeas plantean de forma clara y correcta la distinción entre legislación facultativa y legislación imperativa en su solicitud de establecimiento del grupo especial: la legislación es imperativa, y por tanto recurrible, si "no permite" que las autoridades de un Miembro cumplan las obligaciones que corresponden a aquél en el marco de la OMC.[225] Tras haber planteado esta clara formulación y tras haberla utilizado como base para su análisis, las Comunidades Europeas parecen ahora darse cuenta de que los artículos 301 a 310, en efecto, permiten a los Estados Unidos cumplir las normas y procedimientos del ESD en todos los casos. Por consiguiente, las Comunidades Europeas intentan alejarse de su anterior formulación, alegando que los Estados Unidos sobrevaloran las conclusiones de los informes de los grupos especiales del GATT y la OMC cuando señalan que las leyes no son incompatibles con las obligaciones de la OMC si no excluyen el cumplimiento o si puede razonablemente interpretarse que permiten el cumplimiento.

4.303 En opinión de los Estados Unidos, decir que una ley "no permite" medidas compatibles con la OMC es lo mismo que decir que la ley "excluye" tales medidas. Una ley permitirá que las autoridades cumplan las obligaciones de la OMC si, de conformidad con la legislación interna, la interpretación de esa ley permite medidas compatibles con la OMC. El planteamiento de los Estados Unidos responde directamente al planteamiento de las Comunidades Europeas. Además, está sólidamente basado en la

---

[223] Los Estados Unidos citan el siguiente argumento de las Comunidades Europeas: "sería improcedente interpretar el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC de una forma tan amplia que obligase a los Miembros de la OMC a incluir en su legislación interna disposiciones específicas por las que se prohibiese la adopción de toda medida incompatible con las normas de la OMC"

[224] Los Estados Unidos señalan, según las Comunidades Europeas, que "esto no quiere decir que toda la legislación interna que no excluya medidas incompatibles con la OMC y por tanto ofrezca la posibilidad de medidas que se desvíen de las normas de la OMC (una "desviación potencial") sean incompatibles con la OMC".

[225] *Véase* la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por las Comunidades Europeas, distribuida el 2 de febrero de 1999 con la signatura WT/DS152/11.

jurisprudencia del GATT/OMC y en la práctica internacional aplicable en la interpretación del derecho nacional e internacional.

4.304 Los Estados Unidos alegan que varias declaraciones de los informes de los grupos especiales citados por ellos demuestran la clara divisoria trazada entre legislación imperativa y legislación facultativa. En el caso *Estados Unidos - Tabaco* el Grupo Especial falló contra la parte reclamante porque "no se había demostrado que [el artículo de la ley de los Estados Unidos en cuestión] no pudiera ser aplicado de una manera [compatible con el GATT]".[226] En otras palabras, la parte reclamante no había demostrado que la ley impidiera a las autoridades cumplir las obligaciones asumidas en el marco del GATT. Además, las constataciones del Grupo Especial *Tabaco* giraban en torno al hecho de que el término "comparable" que figuraba en la legislación de los Estados Unidos era "susceptible de una pluralidad de significados", uno de los cuales permitía la adopción de medidas compatibles con el GATT.[227] Por tanto, el informe del Grupo Especial que examinó el caso *Estados Unidos - Tabaco* se basaba claramente en la constatación de que corresponde a la parte reclamante la carga de la prueba de que la legislación interna no permite una interpretación que autorice a la parte para cumplir sus obligaciones internacionales.

4.305 Los Estados Unidos añaden que igualmente en el caso *Estados Unidos - Superfund* el Grupo Especial constató que "ahora bien, como dicha Ley [la Ley relativa al Superfund] les da [a las autoridades de los Estados Unidos] también la posibilidad de evitar la necesidad de aplicar dicho impuesto [un impuesto penalizador incompatible con el GATT] mediante la promulgación de un reglamento [todavía no publicado y ni siquiera redactado], la existencia de las disposiciones sobre el tipo de gravamen penalizador no constituye por sí misma una violación de las obligaciones que incumben a los Estados Unidos en virtud del Acuerdo General".[228] Es difícil concebir una lectura de esta constatación distinta de la hecha por los Estados Unidos, a saber, que una ley que ofrece la posibilidad de medidas compatibles con el GATT ofrece a las autoridades una capacidad discrecional adecuada para cumplir las obligaciones dimanantes del GATT/OMC. De nuevo, a diferencia de los artículos 301 a 310, la Ley relativa al Superfund preveía expresamente un impuesto incompatible con el GATT; no obstante, el Grupo Especial constató que bastaba que la ley previera también la posibilidad de que las autoridades pudieran adoptar medidas en el futuro que fueran compatibles con el GATT. El Grupo Especial no supuso que no lo harían.

4.306 Los Estados Unidos señalan también que, igualmente, en el caso *Tailandia - Cigarrillos* el Grupo Especial no consideró importante una disposición legal que autorizaba expresamente un impuesto que, caso de ser aplicado, había constituido un incumplimiento de las obligaciones que incumbían a Tailandia en el GATT. El Grupo Especial concluyó que "la posibilidad de que la Ley del Tabaco pudiera aplicarse en forma contraria a lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo III no bastaba, por sí sola, para hacer que dicha Ley fuese incompatible con el Acuerdo General".[229] De nuevo, la posibilidad de incumplimiento por una parte de sus obligaciones internacionales no significaba que esa ley fuera incompatible con la OMC. Por el contrario, el hecho mismo de que haya una posibilidad de cumplimiento es *dispositivo* en lo que respecta a si la ley es facultativa y la mera existencia de ésta no constituye una infracción de la OMC. Si la ley permite que una parte cumpla sus obligaciones internacionales, tiene que presuponerse que ésta lo hará.

---

[226] Informe del Grupo Especial *Estados Unidos - Tabaco*, *op cit.*, párrafo 123 (se han añadido el subrayado).

[227] *Ibid.*

[228] Informe del Grupo Especial *Estados Unidos - Superfund*, *op. cit.*, párrafo 5.2.9 (se han añadido el subrayado).

[229] Informe del Grupo Especial *Tailandia - Cigarrillos*, *op cit.*, párrafo 86.

4.307 Los Estados Unidos opinan que todas estas constataciones del GATT son compatibles con el significado corriente del término "imperativo", que es "obligatorio debido a una orden, compulsivo".[230] Si una ley no hace ineludible que las autoridades actúen de forma que infrinjan sus obligaciones internacionales, no se puede decir que esa ley ordene esa medida. Puede servir de ilustración un ejemplo sencillo. Una ley que establece que "el Representante para las Cuestiones Comerciales dará un paseo por el parque los martes, salvo si decide no hacerlo" no obliga al USTR a pasear por el parque los martes. El USTR tendrá una total libertad para no pasear por el parque los martes; la ley no le obliga de ningún modo a hacerlo ni se lo ordena. Y esta afirmación sigue siendo cierta a pesar del uso del futuro verbal en la ley.

4.308 Los Estados Unidos sostienen que la clara distinción en la jurisprudencia del GATT/OMC entre legislación facultativa y legislación imperativa es también compatible tanto con la práctica general internacional de interpretación de la legislación interna en función del derecho internacional, como con la práctica de los Estados Unidos en particular. De acuerdo con los principios establecidos en el caso *India - Patentes (EE.UU.)*, los hechos pertinentes en el presente caso han de buscarse en la legislación interna de los Estados Unidos, lo que incluye no sólo los términos de los artículos 301 a 310 sino también cómo serán interpretadas esas disposiciones de conformidad con la legislación estadounidense.[231] De acuerdo tanto con la práctica general internacional como con la práctica de los Estados Unidos, los términos de las leyes han de ser interpretados de forma que se eviten conflictos con las obligaciones internacionales. Existe, pues, una presunción contraria a un conflicto entre el derecho internacional y las leyes nacionales. En general,

> "Si bien los tribunales nacionales tienen que aplicar la legislación nacional aunque esté en conflicto con el derecho internacional, existe una presunción contraria a la existencia de tal conflicto. Como el derecho internacional se basa en el consentimiento común de los distintos Estados, es improbable que un Estado promulgue voluntariamente una norma que colisione con el derecho internacional. Por tanto, siempre que sea posible, las normas de la legislación nacional que aparentemente colisionen con el derecho internacional habrán de ser interpretadas de forma que se evite tal conflicto."[232]

4.309 Los Estados Unidos añaden que en el derecho estadounidense se reconoce como principio elemental de la interpretación de las leyes que "una ley del Congreso no debe ser interpretada nunca de forma que viole el derecho internacional si es posible cualquier otra interpretación". Murray v. Schooner Charming Betsy, 6 U.S. (2 Cranch) 64, 118 (1804). Aunque las obligaciones internacionales no priman sobre las prescripciones incompatibles de la legislación interna, "las disposiciones legales ambiguas … [deben] ser interpretadas, siempre que sea posible, de forma compatible con las obligaciones internacionales de los Estados Unidos". Footwear Distributors and Retailers of America v. Unites States, 852 F. Supp. 1078, 1088 (CIT), appeal dismissed, 43 F.3d 1486 (Table) (Fed. Cir. 1994), citando a DeBartolo Corp. v. Florida Gulf Coast Building and Trades Council, 485 U.S. 568 (1988).

4.310 En opinión de los Estados Unidos, la jurisprudencia del GATT en que se distingue entre legislación imperativa y legislación facultativa no hace más que aplicar la práctica general de los países, incluidos los Estados Unidos, según la cual existe una presunción contraria a los conflictos entre las leyes nacionales y el derecho internacional. Si una ley prevé un margen de capacidad discrecional para no infringir las obligaciones internacionales, existe la presunción de que las

---

[230] The New Shorter Oxford English Dictionary, página 1683 (1993).

[231] Informe del Órgano de Apelación *India - Patentes (EE.UU.)*, *op. cit.*, párrafo 65.

[232] *Oppenheim's International Law*, 9ª ed., páginas 81-82 (omitida nota a pie de página).

autoridades nacionales interpretarán esa ley de forma que se evite un conflicto con esas obligaciones. Igualmente, cabe observar que esta presunción sirve de base a la constatación del Grupo Especial que examinó el caso *Estados Unidos - Tabaco* de que una legislación nacional susceptible de múltiples interpretaciones no infringe las obligaciones internacionales de la parte en la medida en que una interpretación posible permita medidas compatibles con esas obligaciones.[233]

4.311 Los Estados Unidos explican que la distinción establecida en la jurisprudencia del GATT/OMC entre legislación imperativa y legislación facultativa es clara e inequívoca: una ley que permite medidas compatibles con la OMC no es incompatible con la OMC. El intento de las Comunidades Europeas de matizar este principio con el fin de dar cumplimiento a sus objetivos políticos haría que el Grupo Especial presumiera mala fe por parte de los Estados Unidos en su cumplimiento de sus obligaciones internacionales. Esta presunción sería claramente contraria a la jurisprudencia y a la práctica internacional sobre la que se basa.

4.312 En apoyo de su argumentación, los Estados Unidos se remiten al texto del párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD. Este apartado se refiere a las determinaciones "de que se ha producido una infracción" y prohíbe que los Miembros formulen tales determinaciones sin respetar las normas y procedimientos del ESD. Establece además que estas determinaciones han de ser coherentes con las constataciones que figuren en los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación adoptados por el OSD.

4.313 En opinión de los Estados Unidos, en este asunto no se ha sometido al Grupo Especial ninguna "determinación de que se ha producido una infracción". Las Comunidades Europeas no denuncian ninguna determinación que se haya realmente formulado. Por consiguiente, no es posible analizar si tal determinación cumple los requisitos fijados en el párrafo 2 a) del artículo 23. No se puede establecer si al formular tal determinación han respetado las normas y procedimientos del ESD ni si han formulado una determinación coherente con las constataciones adoptadas por el OSD. No existen ni las constataciones ni la determinación.

4.314 Los Estados Unidos preguntan cómo puede el Grupo Especial llevar a cabo su análisis en estas circunstancias. En ausencia de una determinación concreta, ¿cómo es posible saber si un Miembro ha infringido las obligaciones que le corresponden en virtud del párrafo 2 a) del artículo 23? No es admisible especular acerca de cómo formulará el Miembro su determinación en el futuro. No es admisible examinar determinaciones formuladas en el pasado que no están incluidas en el ámbito del mandato. No es admisible presuponer que determinados Miembros no son dignos de confianza. No es admisible presuponer que actuarán de mala fe. En estas circunstancias, ¿hay que concluir que sin una determinación concreta no puede haber una infracción del párrafo 2 a) del artículo 23?

4.315 Los Estados Unidos indican que hace más de 10 años, en 1987, un grupo especial del GATT se enfrentó a este tipo de cuestión. Examinaba una ley que no entraría en efecto hasta tres años más tarde y se preguntaba si un grupo especial podía determinar que esa ley era incompatible con las obligaciones que correspondían a una parte en el GATT cuando resultaba posible que la parte cambiara la ley antes de que entrara en vigor. La conclusión del Grupo Especial era que podía hacerlo, pero se mostró muy cuidadoso en la forma en que llegó a su conclusión. El Grupo Especial constató que sólo si una ley obliga a las autoridades de la parte a infringir una obligación específica del GATT puede considerarse que esa ley es incompatible con esa aplicación. Al promulgar tal legislación, la parte traspasó los límites. No dejó otra alternativa que infringir sus obligaciones, aunque sólo fuera en algún momento futuro. Por el contrario, el Grupo Especial constató que, si una ley no obligaba a las autoridades de una parte a infringir una obligación específica del GATT, no era posible concluir que la ley infringía esa obligación. La parte podía ejercer su capacidad discrecional de forma que cumpliera sus obligaciones internacionales. Cualquier otra conclusión sería una

[233] Informe del Grupo Especial *Estados Unidos - Tabaco, op. cit.*, párrafo 123.

especulación acerca de si la parte actuará de mala fe, especulación que no tiene más fundamento que el que tendría si la ley no existiera en absoluto.

4.316 Los Estados Unidos afirman una vez más que el razonamiento del Grupo Especial *Superfund* tenía muy buen sentido. Tan bueno que al menos cinco grupos especiales del GATT lo han seguido. También lo han seguido por lo menos tres grupos especiales de la OMC. Y ninguno de estos grupos especiales han revisado de ningún modo la cuestión fundamental planteada por el Grupo Especial *Superfund*: ¿ordena la ley, establece imperativamente, una infracción de una obligación específica del acuerdo?

4.317 Los Estados Unidos alegan además que el análisis llevado a cabo en el caso *Superfund* no es un análisis de caracteres. No es necesario examinar si el carácter del Miembro que promulga la legislación es malo, si la parte tiene un motivo incompatible con la OMC. Tampoco es necesario examinar si el "carácter" de la legislación es malo, si la legislación refleja el intento de incumplir obligaciones de la OMC. Todo lo que importa es si la ley obliga a adoptar una medida que infrinja una obligación específica y expresa. En ausencia de esa orden, el Grupo Especial queda enfrentado al problema fundamental, es decir, nada permite decir que se haya infringido una obligación específica y expresa. La legislación que deja abierta la posibilidad de una infracción no se puede considerar que representa una infracción, lo mismo que tampoco podría constituir una infracción un sistema constitucional que previera unas amplias delegaciones de autoridad. No obstante, si la legislación incluye una orden específica de infringir una obligación concreta se convierte por sí misma en una infracción.

c) Argumentos específicos sobre la "seguridad y previsibilidad"

4.318 **Las Comunidades Europeas alegan** que el segundo criterio jurídico que deben cumplir los artículos 301 a 310 es el elaborado por dos grupos especiales[234] y por el Órgano de Apelación en el caso *India - Patentes (EE.UU.)*. En este caso, el Órgano de Apelación interpretó que el párrafo 8 a) del artículo 70 del Acuerdo sobre los ADPIC obliga a los Miembros "a establecer un mecanismo legal para la presentación de solicitudes anticipadas que constituya un sólido fundamento legal para preservar la novedad de las invenciones y la prioridad de las solicitudes desde las fechas de presentación y prioridad pertinentes".[235]

4.319 Las Comunidades Europeas sostienen que, en aquel caso, no se discutía si la India había establecido un sistema de "presentación anticipada" basado en instrucciones administrativas. La diferencia giraba en torno a la cuestión de si este sistema tenía un fundamento legal en el derecho de la India suficientemente sólido para garantizar que las solicitudes de patentes no pudieran ser invalidadas por los tribunales de la India.

4.320 En opinión de las Comunidades Europeas, una de las cuestiones sometidas al Grupo Especial era si una disposición de la Ley de Patentes de la India, que exigía que se rechazaran determinadas solicitudes de patentes, permitía que la Oficina de Patentes actuara de forma compatible con el Acuerdo sobre los ADPIC si se limitaba a no adoptar ninguna medida con respecto a la solicitud de patente.

[234] Informe del Grupo Especial *India - Patentes (EE.UU.)*, *op. cit.* e Informe del Grupo Especial *India - Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura* ("*India - Patentes (EE.UU.)*"), adoptado el 2 de septiembre de 1998, WT/DS79/R.

[235] Informe del Órgano de Apelación *India - Patentes (EE.UU.)*, *op cit.*, párrafo 58

4.321 Según las Comunidades Europeas, otra cuestión era si, de conformidad con la legislación de la India, los competidores de un solicitante de patente tenían el derecho de impugnar una solicitud de patente ante los tribunales o si tenían que esperar hasta que se concediera efectivamente la patente.

4.322 Las Comunidades Europeas sostienen que el Grupo Especial resolvió contra la India porque, sobre la base de las pruebas presentadas por las partes, "tenía dudas razonables de que las instrucciones administrativas tuvieran primacía sobre la legislación obligatoria en caso de que se entablase una acción ante un tribunal de la India".[236] Como señalaron correctamente los Estados Unidos ante el Órgano de Apelación en aquel caso:

> "Proteger las expectativas legítimas de los Miembros de la OMC en cuanto a las condiciones de competencia es de importancia tan capital para el comercio relacionado con la propiedad intelectual como lo es para el comercio de mercancías no relacionadas con la propiedad intelectual."[237]

4.323 Las Comunidades Europeas alegan que, por consiguiente, tiene que haber un sólido fundamento legal en el derecho interno para las medidas del ejecutivo necesarias para cumplir las obligaciones de la OMC también en la esfera del comercio de mercancías.

4.324 Las Comunidades Europeas añaden que el informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *India - Patentes (EE.UU.)* establece un precedente importante que debe guiar la solución del presente caso si el Grupo Especial concluye que los artículos 301 a 310 no obligan a formular determinaciones o adoptar medidas incompatibles con la OMC.

4.325 Según las Comunidades Europeas, en el presente caso, se plantea la cuestión de si los artículos 301 a 310 ofrecen al USTR un fundamento legal suficientemente sólido para el cumplimiento de las obligaciones que corresponden a los Estados Unidos en virtud del ESD y el GATT de 1994. Las Comunidades Europeas señalan que, en la medida en que haya una incertidumbre sobre el carácter imperativo de los artículos 301 a 310, esta legislación no ofrecerá un sólido fundamento legal para el cumplimiento por el USTR de las obligaciones que corresponden a los Estados Unidos en virtud del ESD y del GATT de 1994.

4.326 Las Comunidades Europeas citan al Profesor Robert E. Hudec, quien ha escrito lo siguiente:

> "El artículo 301 es un laberinto intrincado de disposiciones imperativas, por un lado, y lagunas extremadamente amplias, por el otro. Se necesita un libro de instrucciones para establecer si las órdenes imperativas que aparezcan en una parte lograrán efectivamente su objetivo final sin pasar al menos por un punto donde existe una vía de escape facultativa. Aun con ayuda de ese libro de instrucciones, no se puede predecir el resultado real."[238]

4.327 Las Comunidades Europeas indican también que el Profesor John H. Jackson testificó ante el Comité de Relaciones Exteriores del Senado lo siguiente:

> "Aunque se puedan interpretar de diversas formas plausibles las disposiciones del artículo 301 de forma que atribuyan al Presidente la capacidad discrecional necesaria

---

[236] *Ibid*., párrafo 74.

[237] *Ibid*., párrafo 15.

[238] Robert E. Hudec, Thinking About the New Section 301: Beyond Good and Evil, en: Jagdish Bhagwati and Hugh T. Patrick, coordinadores, *Aggressive Unilateralism. America's 301 Trade Policy and the World Trading System* (Havester Wheatsheaf 1990), página 122.

> para actuar de forma compatible con las normas de solución de diferencias de la Ronda Uruguay, en algunos casos, especialmente en lo que respecta al artículo 301(a) (medidas imperativas), las interpretaciones en este sentido son un poco forzadas."[239]

4.328 En opinión de las Comunidades Europeas, si los dos académicos más eminentes de los Estados Unidos especializados en derecho mercantil internacional no son capaces de identificar un sólido fundamento legal en los artículos 301 a 310 que permita al USTR actuar de forma compatible con el ESD y el GATT de 1994, nadie podrá hacerlo.

4.329 Las Comunidades Europeas sostienen que los antecedentes legislativos de la Ley General de Comercio Exterior y Competencia de 1988, que es el origen en concreto de la versión actual de los artículos 301 a 310, demuestra que la ausencia de un sólido fundamento legal fue deliberada.

4.330 En opinión de las Comunidades Europeas, los Estados Unidos intentan ahora beneficiarse de la creación de este "laberinto" legal pretendiendo que corresponde a las Comunidades Europeas demostrar que no es posible interpretar los artículos 301 a 310 de forma que permitan una aplicación compatible con la OMC.

4.331 Las Comunidades Europeas sostienen que el objetivo fundamental de la OMC, a saber, aportar seguridad y previsibilidad a las relaciones comerciales internacionales, no podría lograrse si se permitiera que los Miembros de la OMC mantuvieran una legislación interna que no ofreciera a las autoridades del ejecutivo un sólido fundamento legal para las medidas necesarias con el fin de cumplir sus obligaciones en el marco de la OMC.

4.332 Por consiguiente, las Comunidades Europeas opinan que, planteado un examen por un grupo especial de si la legislación interna estipula determinaciones o medidas incompatibles con la OMC, no debe permitirse que el demandado se esconda detrás de las incertidumbres legales creadas por su propia ley, en particular si estas incertidumbres han sido creadas deliberadamente. De conformidad con el planteamiento adoptado por el Órgano de Apelación en el caso *India - Patentes*, los grupos especiales deben resolver contra el demandado si llegan a la conclusión, sobre la base de las pruebas que se les han sometido, de que existe una incertidumbre objetiva (y por tanto razonable) de que la legislación interna permita determinaciones o medidas compatibles con la OMC.

4.333 Las Comunidades Europeas alegan que, si el Grupo Especial tiene dudas razonables, también las tendrán los operadores económicos que planifiquen su comercio futuro. Ningún interés legítimo estaría protegido si los Miembros tuvieran derecho a mantener leyes que carecieran de tal fundamento. De hecho, como demuestra el caso sometido al Grupo Especial, ello equivaldría a una invitación a los Miembros a restringir el comercio exponiéndolo deliberadamente a incertidumbres legales.

4.334 Las Comunidades Europeas alegan además que cada Miembro está obligado a cumplir sus obligaciones en la OMC de buena fe. Por consiguiente, no se impone a los Miembros ninguna limitación política adicional si se les obliga a establecer un sólido fundamento legal en su legislación interna para el cumplimiento de sus obligaciones en la OMC. Si la intención de los Estados Unidos es cumplir sus obligaciones en la OMC con respecto a los procedimientos previstos en los artículos 301 a 310, ¿por qué se opone a la demanda de las Comunidades Europeas de establecer un sólido fundamento legal para el cumplimiento de esas obligaciones? Si las incertidumbres legales que generan los artículos 301 a 310 son una expresión de la intención opuesta, ¿por qué deberían ser éstos considerados no obstante un sólido fundamento legal para un cumplimiento de buena fe de las obligaciones que corresponden a los Estados Unidos en la OMC?

---

[239] Comité de Relaciones Exteriores del Senado, sesión dedicada a la Organización Mundial del Comercio, 14 de junio de 1994 (testimonio del Profesor John H. Jackson).

4.335 En opinión de las Comunidades Europeas, el criterio legal aplicable a la legislación interna, que los Estados Unidos defendieron tan vigorosamente cuando estaba en cuestión la Ley de Patentes de la India, es igualmente aplicable a la ley comercial de los Estados Unidos.

4.336 Las Comunidades Europeas indican que sería extremadamente lamentable que se aceptara como criterio generalmente aplicable el criterio injustificablemente poco exigente que los Estados Unidos defienden de forma oportunista en el presente procedimiento para evaluar la compatibilidad de la legislación interna con la OMC. La ley de los Estados Unidos debe ser adaptada a las normas de la OMC, no a la inversa. En caso contrario, se perdería el considerable progreso jurídico del sistema de normas de la OMC suscrito por el Órgano de Apelación en el caso *India - Patentes*.

4.337 **Los Estados Unidos alegan** que la Declaración de Acción Administrativa y la legislación acompañante son los documentos definitivos del Congreso con respecto a la compatibilidad con la OMC de los artículos 301 a 310 antes de la adopción de la Ley de los Acuerdos de la Ronda Uruguay por el Congreso. La página 360 de dicha Declaración de Acción Administrativa (pruebas documentales 3 y 11 de los Estados Unidos) subraya los cambios que se consideraban necesarios para garantizar el cumplimiento. Además, los Estados Unidos señalan a la atención del Grupo Especial el testimonio del Profesor John Jackson sobre este tema en su comparecencia ante el Comité de Hacienda del Senado.[240]

4.338 Los Estados Unidos señalan que el Profesor Jackson llegó a la conclusión de que "quizá pueda ser necesario introducir algunas alteraciones en algunos plazos, o medidas de transición, pero la estructura básica del artículo 301 no es necesariamente incompatible con los resultados de la Ronda Uruguay". También llegó a la conclusión de que, incluso si se considera el artículo 301 "en su actual forma legal" (es decir, antes de las enmiendas de 1994), "el Ejecutivo aparentemente dispone de la capacidad discrecional necesaria para aplicar medidas de conformidad con el artículo 301 de forma compatible con el proyecto de entendimiento sobre solución de diferencias de la Ronda Uruguay y sus nuevas normas".[241] Por tanto, el Profesor Jackson consideraba que con unos pocos cambios menores el artículo 301 sería claramente compatible con las obligaciones que corresponden a los Estados Unidos en la OMC. Además, su insistencia en el hecho de que el Ejecutivo tenía la capacidad discrecional necesaria para aplicar el artículo 301 de forma compatible con la OMC reflejaba el hecho de que daba por supuesto que el razonamiento utilizado en los casos de la línea *Superfund* seguiría aplicándose en la OMC.

4.339 Los Estados Unidos señalan que el Profesor Jackson creía que podía darse suficiente claridad a la interpretación de la ley mediante la inclusión del texto de la Declaración de Acción Administrativa.[242]

4.340 Los Estados Unidos señalan además que el debate en el caso *India - Patentes (Estados Unidos)* sobre el "sólido fundamento legal" se produjo con motivo de un análisis de la obligación textual concreta en cuestión en aquel caso, el párrafo 8 a) del artículo 70 del Acuerdo sobre los ADPIC. Esta disposición obliga positivamente a los Miembros a establecer en sus sistemas jurídicos internos un mecanismo para la presentación de solicitudes de patentes que protejan su novedad y su prioridad. La India tenía en cambio en vigor una ley que prohibía expresamente esas solicitudes, es decir, ordenaba expresamente una infracción de las obligaciones que correspondían a la India en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC. La India pretendía que "instrucciones administrativas" no

[240] *Results of the Uruguay Round Trade Negotiations; Hearings Before the Senate Committee on Finance*, 103d Cong. 195 (1994) (declaración del Profesor John Jackson) (prueba documental 24 de los Estados Unidos). Las Comunidades Europeas citan extractos de este testimonio.

[241] *Ibid*., página 200.

[242] *Ibid*.

escritas y no publicadas y que nunca se facilitaron al Grupo Especial tenían prioridad sobre la ley imperativa, pero el Grupo Especial y el Órgano de Apelación no encontraron fundamento para esta pretensión. En este contexto, el de la prescripción por el párrafo 8 a) del artículo 70 del Acuerdo sobre los ADPIC de un mecanismo legal interno que cumpla fines específicos, el Grupo Especial y el Órgano de Apelación concluyeron que las "instrucciones administrativas" no constituían un sólido fundamento legal. El concepto no fue analizado en abstracto como si fuera algo que derivara con independencia del párrafo 8 a) del artículo 70 y, como se ha indicado, el Órgano de Apelación revocó las constataciones del Grupo Especial con respecto a las "expectativas legítimas" en general y sobre la supresión de las "dudas razonables" porque estas constataciones no tenían fundamento en el texto.

4.341 En respuesta a la petición del Grupo Especial de que se aclare la referencia hecha por los Estados Unidos a la "seguridad y previsibilidad" como objetivo, no como obligación, los Estados Unidos señalan que el párrafo 1 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone lo siguiente:

> "1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin."

4.342 Los Estados Unidos señalan asimismo que, en el asunto *Estados Unidos - Camarones*, el Órgano de Apelación explicó como sigue la función correcta del examen del objeto y el fin de un acuerdo:

> "El intérprete de un tratado debe comenzar por centrarse en el texto de la disposición que va a interpretar. Es precisamente en las palabras de esa disposición, leídas en su contexto, donde ante todo debe buscarse el objeto y fin que persiguen los Estados Partes en el tratado. Cuando el significado del texto en sí es equívoco o impreciso, cuando se desea la confirmación de la corrección de la lectura del propio texto, conviene inspirarse en el objeto y fin del tratado en su conjunto."[243]

4.343 Los Estados Unidos concluyen, pues, que, si bien los términos de un acuerdo han de examinarse en función del objeto y fin de ese acuerdo, el sentido corriente de esos términos es lo que hay que analizar en primer lugar al interpretar una disposición de un acuerdo y el elemento en el que hay que basarse al aplicar esa disposición a un conjunto dado de hechos. El objeto y el fin no pueden hacer que cambie el sentido corriente de los términos de un acuerdo. Cuando los términos son ambiguos y su sentido no está claro, ni en sí mismos ni en su contexto, puede dar resultado el examen del objeto y el fin del acuerdo. Sin embargo, el examen del objeto y el fin de un acuerdo está supeditado al análisis de su sentido corriente y no puede sustituir a ese análisis. Tampoco se puede proceder al examen del objeto y el fin de un acuerdo excluyendo el análisis del sentido corriente del texto del acuerdo.

4.344 Los Estados Unidos declaran además que, en el asunto *Estados Unidos - Camarones*, el Órgano de Apelación criticó al Grupo Especial que había examinado ese asunto por no haber estudiado el sentido corriente de las palabras del párrafo inicial del artículo XX del GATT de 1994, ni el contexto de ese párrafo inicial dentro del artículo XX ni el objeto y el fin de ese párrafo inicial, y por haberse centrado, en vez de en ello, en "el objeto y el fin del *GATT de 1994 y el Acuerdo sobre la OMC en su conjunto*".[244] Al igual que las Comunidades Europeas piden al Grupo Especial que se centre en la "seguridad y previsibilidad", el Grupo Especial que estudió el asunto *Estados*

[243] Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Estados Unidos - Camarones*, *op. cit.*, párrafo 114 (se ha añadido el subrayado).

[244] *Ibid.*, párrafo 116 (las cursivas figuran en el original).

Unidos - Camarones se centró en la misma idea de la seguridad y la previsibilidad al analizar el objetivo general del Acuerdo sobre la OMC de no "[menoscabar] el sistema multilateral de comercio". Según el Grupo Especial que estudió el asunto *Estados Unidos - Camarones*, "debemos determinar […] si [el tipo de medida de que se trata en el asunto *Estados Unidos - Camarones*] amenazaría la seguridad y previsibilidad de dicho sistema".[245]

4.345 Los Estados Unidos indican además que el Órgano de Apelación, en su respuesta, estableció la clara distinción entre objetivos y obligaciones que los Estados Unidos están pidiendo al Grupo Especial que reconozca de nuevo en esta diferencia. Según el Órgano de Apelación:

> "Mantener, y no menoscabar, el sistema multilateral de comercio es necesariamente una premisa fundamental y omnipresente que subyace en el *Acuerdo sobre la OMC*; pero no es ni un derecho ni una obligación ni tampoco una norma interpretativa que pueda utilizarse en la evaluación de una medida determinada al amparo del preámbulo del artículo XX."[246]

4.346 Según los Estados Unidos, así como el mantenimiento del sistema multilateral es una premisa -un objetivo- básico del Acuerdo sobre la OMC en su conjunto, la "seguridad y previsibilidad" están enunciadas explícitamente en el párrafo 2 del artículo 3 del ESD como *premisa*, como objetivo, básicos del ESD: "El sistema de solución de diferencias de la OMC *es* un elemento esencial *para aportar* seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio."[247] Así pues, la seguridad y la previsibilidad son el objetivo que el propio ESD *contribuye a alcanzar*.

4.347 A juicio de los Estados Unidos, para enunciar esto en sus términos más fundamentales, el párrafo 2 del artículo 3 *no* dispone "Los Miembros aportarán seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio." Esto impondría una obligación. Antes bien, el párrafo 2 del artículo 3 dispone que el ESD es un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral. En otras palabras, el ESD parte del principio de la necesidad de seguridad y previsibilidad, y el propio ESD contribuye a aportar esa seguridad y previsibilidad.

4.348 Los Estados Unidos señalan que, si las Comunidades Europeas no afirman que los artículos 301 a 310 son incompatibles con el párrafo 2 del artículo 3, es precisamente porque reconocen que ese párrafo no impone una obligación de aportar seguridad y previsibilidad. Ahora bien, tampoco el artículo 23 del ESD impone tal obligación.

4.349 **Las Comunidades Europeas subrayan** que la comparación de este asunto con el asunto *Estados Unidos - Camarones* hecha por los Estados Unidos es incorrecta. El error jurídico que el Grupo Especial cometió en aquel asunto es que formuló una norma amplia o un criterio *a priori* que no tenía base en el texto[248] del tratado. En cambio, en este asunto la función del Grupo Especial es interpretar el texto de varias disposiciones de los Acuerdos de la OMC (el párrafo 2 del artículo 3 del ESD, el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo de Marrakech y el artículo 23 del ESD).

---

[245] Informe del Grupo Especial que estudió el asunto *Estados Unidos - Camarones*, *op. cit.*, párrafo 7.44 (se ha añadido el subrayado), citado en el informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Estados Unidos - Camarones*, *op. cit.*, párrafo 112.

[246] Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Estados Unidos - Camarones*, *op. cit.*, párrafo 116 (se han añadido los subrayados).

[247] Párrafo 2 del artículo 3 del ESD (se han añadido las cursivas).

[248] Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Estados Unidos - Camarones*, *op. cit.*, párrafo 121.

4.350 **Los Estados Unidos rechazan** la afirmación de las Comunidades Europeas de que, mientras que en el asunto *Estados Unidos - Camarones* el Grupo Especial formuló un criterio nuevo y amplio que no tenía base en el texto del tratado, la propuesta de las CE en este asunto de que se aplique un criterio nuevo y amplio entraña "interpretar el texto de varias disposiciones". Ahora bien, como se ha explicado anteriormente, en el texto de ninguna de esas disposiciones no hay base alguna para llegar a la conclusión de que el artículo 23 impone una obligación de aportar "seguridad y previsibilidad". Por lo tanto, la situación es exactamente análoga a la del asunto *Estados Unidos - Camarones*, y la propuesta de las CE de que se creen nuevas obligaciones ha de ser rechazada por las mismas razones.

4.351 En respuesta a otra pregunta del Grupo Especial sobre si la aportación de "seguridad y previsibilidad" a los demás Miembros para evitar determinaciones y medidas prohibidas por el artículo 23 del ESD -interpretado en función del párrafo 2 del artículo 3 del ESD y del párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC- forma parte integrante de la obligación jurídica impuesta por el artículo 23, los Estados Unidos indican que el aportar seguridad y previsibilidad a los demás Miembros no forma parte de la obligación enunciada en el artículo 23 del ESD. Antes bien, la obligación enunciada en el propio artículo 23 del ESD contribuye a aportar esa seguridad y previsibilidad. Cualquier interpretación del artículo 23 por la que se crease una obligación de aportar seguridad y previsibilidad repetiría el error del Grupo Especial que estudió el asunto *Estados Unidos - Camarones*.

4.352 En opinión de los Estados Unidos, el examen del objeto y el fin de un acuerdo no puede sustituir al análisis de su sentido corriente. Aún peor sería considerar el objeto y el fin de un acuerdo con evidente exclusión del análisis del sentido corriente del texto de una disposición de ese acuerdo. Y, sin embargo, eso es lo que las Comunidades Europeas piden que haga el Grupo Especial. Sin tener en cuenta el sentido corriente que ha de atribuirse a las palabras "una determinación de que se ha producido una infracción", interpretadas en el contexto de las prescripciones del párrafo 2 a) del artículo 23 aplicables a ese tipo específico de determinación, las CE piden a este Grupo Especial que constate que existe una obligación de "aportar seguridad y previsibilidad" y que analice si el hecho mismo de formular una determinación incumpliría esa nueva obligación.

4.353 Los Estados Unidos señalan que el párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD no dispone que "los Miembros *deberán* aportar seguridad y previsibilidad". Esa disposición ni siquiera estatuye que "los Miembros *deberían* aportar seguridad y previsibilidad". Tampoco dispone el párrafo 2 a) del artículo 23 que "los Miembros deberán/deberían formular determinaciones de forma que se aporte seguridad y previsibilidad" o "de forma que se evite inseguridad e imprevisibilidad". Los Miembros de la OMC no convinieron en ninguna de esas formulaciones. Los Miembros de la OMC acordaron que "no formularán una determinación de que se ha producido una infracción" a menos que se hayan cumplido determinadas condiciones. Eso es todo lo que acordaron. En ninguna parte del artículo 23 aparece la expresión "seguridad y previsibilidad", y tampoco se hace ninguna remisión al párrafo 2 del artículo 3. Al igual que el resto de las obligaciones sustantivas dimanantes del Acuerdo sobre la OMC, las disposiciones del propio artículo 23 del ESD, aplicadas coercitivamente mediante el sistema de solución de diferencias, contribuyen a aportar seguridad y previsibilidad.

4.354 Los Estados Unidos afirman que el sentido corriente de las palabras del párrafo 2 a) del artículo 23 es que éstas se refieren a solamente ciertas determinaciones, a saber, las determinaciones "de que se ha producido una infracción". Como han señalado el Brasil y el Canadá, no se aplican a las determinaciones de que no se ha producido una infracción y ni siquiera a las determinaciones de que se ha producido una infracción de un acuerdo que no es uno de los acuerdos de la OMC. En el sentido corriente de las palabras "determinación de que se ha producido una infracción" no hay nada que permita a un grupo especial examinar esas otras determinaciones en contra de lo prescrito en el párrafo 2 a) del artículo 23, ni examinar el acto mismo de formular determinaciones en general.

4.355 Del mismo modo, a juicio de los Estados Unidos, en el sentido corriente de las prescripciones del párrafo 2 a) del artículo 23 no hay nada que permita analizar el hecho mismo de si la formulación

de determinaciones redunda en detrimento de la "seguridad y previsibilidad". El párrafo 2 a) del artículo 23 impone la prescripción de que las determinaciones de que se ha producido una infracción no se formulen sin recurrir a la solución de diferencias "de conformidad con las normas y procedimientos" del ESD, así como la prescripción de que cualquier determinación de tal índole sea coherente con las constataciones adoptadas por el OSD. En el sentido corriente de las palabras con las que se enuncian esas prescripciones no hay nada que imponga una prescripción adicional e independiente en el sentido de que haya que aportar "seguridad y previsibilidad". En el ESD no hay ninguna "norma" que exija que se aporte seguridad y previsibilidad. Nuevamente en el párrafo 2 del artículo 3 se dice que las propias normas contribuyen a proporcionar seguridad y previsibilidad.

4.356 Los Estados Unidos consideran asimismo que el examen del contexto del párrafo 2 a) del artículo 23 apoya la conclusión que se desprende del examen del sentido corriente de sus términos. El contexto inmediato del apartado a) del párrafo 2 del artículo 23 son los apartados b) y c) del párrafo 2 y el párrafo 1 del artículo 23. Como el apartado a), los apartados b) y c) imponen la prescripción de seguir los procedimientos del ESD cuando se inicien actuaciones para la solución de diferencias o cuando se tomen medidas. Esas disposiciones remiten a prescripciones concretas del ESD que han de cumplirse, al igual que el apartado a) remite a las normas y procedimientos siguientes del ESD y a las constataciones adoptadas de grupos especiales y del Órgano de Apelación. Análogamente, el párrafo 1 del artículo 23 exige que se recurra a las normas y procedimientos del ESD, ninguno de los cuales impone una obligación independiente de aportar seguridad y previsibilidad. Así pues, en el contexto del párrafo 2 a) del artículo 23 no hay nada que apoye la idea de que existe una obligación independiente de aportar seguridad y previsibilidad al formular determinaciones en general.

4.357 Los Estados Unidos alegan que, dado que nada del "significado del texto en sí [, interpretado en su contexto,] es equívoco o impreciso"[249], no es necesario examinar el objeto y el fin del párrafo 2 a) del artículo 23. De todas formas, tal examen confirma el significado que se desprende del sentido corriente del texto de esa disposición. Para evitar el error cometido en el asunto *Estados Unidos - Camarones*[250], es necesario estudiar el objeto y el fin del artículo 23, que es el "fortalecimiento del sistema multilateral". No contribuye en nada a fortalecer el sistema multilateral el restringir las determinaciones de que no se ha producido una infracción o el restringir las determinaciones que no se refieran a derechos y obligaciones dimanantes de los acuerdos de la OMC. Considerando el objetivo más amplio consistente en dar "seguridad y previsibilidad" al sistema multilateral de comercio, cabe afirmar que la seguridad y la previsibilidad quedan positivamente menoscabadas cuando se puede hacer caso omiso del texto de las disposiciones del acuerdo y se pueden crear de la nada nuevas obligaciones.

4.358 Los Estados Unidos sostienen además que, por consiguiente, las propias obligaciones enunciadas en el artículo 23 del ESD, hechas efectivas mediante el sistema de solución de diferencias, contribuyen a aportar la seguridad y previsibilidad a que se refiere el párrafo 2 del artículo 3. El sentido corriente del texto del artículo 23, interpretado en su contexto, es inequívoco en cuanto a que ese artículo no impone ninguna obligación independiente de aportar seguridad y previsibilidad.

4.359 **Las Comunidades Europeas declaran** que el argumento de los Estados Unidos basado en la afirmación de que en ninguna parte del artículo 23 aparece la expresión "seguridad y previsibilidad", y en que no se hace ninguna remisión al párrafo 2 del artículo 3, es tanto nuevo como incorrecto. Todas las disposiciones del ESD, incluyendo desde luego el artículo 23, han de interpretarse en función del

[249] Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Estados Unidos - Camarones*, *op. cit.*, párrafo 114.

[250] Véase *ibid.*, párrafo 116 (donde se critica al Grupo Especial por haber examinado los objetivos del Acuerdo sobre la OMC en su conjunto (el mantenimiento del sistema multilateral de comercio) en vez del objeto y el fin del párrafo inicial del artículo XX).

párrafo 2 del artículo 3 del ESD, que informa la interpretación de las obligaciones de los Miembros de la OMC dimanantes de las disposiciones más detalladas. De hecho, el párrafo 2 del artículo 3 del ESD forma parte de las "Disposiciones generales" contenidas en el artículo 3 y, por lo tanto, es aplicable en todo el ESD sin necesidad de que se haga remisión a él en todos y cada uno de los artículos.

4.360 **Los Estados Unidos rechazan** la afirmación de las Comunidades Europeas de que el párrafo 2 del artículo 3 es una disposición general, aplicable en la totalidad de las actuaciones encaminadas a la solución de diferencias. Sin embargo, como se ha señalado anteriormente, en el párrafo 2 del artículo 3 no se enuncia una obligación de aportar seguridad y previsibilidad. En vez de ello, en el párrafo 2 del artículo 3 se explica que el *propio* sistema de solución de diferencias aporta seguridad y previsibilidad. La aplicabilidad general de esta explicación no crea, en virtud del párrafo 2 a) del artículo 23, una obligación de aportar seguridad y previsibilidad. No obstante, el párrafo 2 del artículo 3 impone de hecho a los grupos especiales una obligación generalmente aplicable: no hacer que aumenten ni disminuyan los derechos y las obligaciones dimanantes de los acuerdos abarcados. Esa disposición exige que el Grupo Especial rechace la propuesta de las CE de crear una nueva obligación que no figura en el texto del Acuerdo sobre la OMC.

d) Argumentos específicos sobre el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC

4.361 **Las Comunidades Europeas alegan además** que el tercer criterio jurídico que ha de cumplir la legislación interna es el que establece el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo de Marrakech, según el cual "cada Miembro se asegurará de la conformidad de sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos con las obligaciones que le impongan [los Acuerdos de la OMC]".

4.362 Las Comunidades Europeas sostienen que esta disposición específica sobre la legislación interna, al crear un nuevo tipo de obligación que va más allá de los compromisos derivados del GATT de 1947, establece sin ninguna duda un criterio más exigente que los criterios que ha de cumplir la legislación interna de los Miembros, según la práctica de la OMC, para asegurar el cumplimiento de buena fe de sus obligaciones sustantivas, de conformidad con los principios codificados en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

4.363 Las Comunidades Europeas concluyen pues que el Grupo Especial sólo tendrá que considerar este tercer criterio jurídico en caso de que, y en la medida que, considere que los artículos 301 a 310 no ordenan la formulación de determinaciones o la adopción de medidas incompatibles con la OMC y constituyen un sólido fundamento legal para el cumplimiento por los Estados Unidos de sus obligaciones en el marco de la OMC.

4.364 Las Comunidades Europeas alegan que los Estados Unidos pretenden, sin aportar argumentos que apoyen esta afirmación, que "los artículos 301 a 310 no son incompatibles con el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC porque no obligan imperativamente a adoptar medidas que infrinjan las disposiciones del ESD o del GATT de 1994 ni impiden que se adopten medidas compatibles con esas obligaciones".

4.365 Las Comunidades Europeas recuerdan que el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo de Marrakech obliga a los Miembros de la OMC a adoptar medidas positivas que aseguren la conformidad de toda su legislación interna. La distinción entre medidas del legislativo y medidas del ejecutivo no procede de esta disposición. La disposición abarca también los reglamentos y los procedimientos administrativos, que habitualmente son aprobados y modificados por el poder ejecutivo. Por tanto, la cuestión de si la legislación interna ordena imperativamente a las autoridades del ejecutivo adoptar medidas incompatibles con la OMC no tiene trascendencia en lo que respecta al párrafo 4 del artículo XVI.

4.366 Las Comunidades Europeas sostienen además que si el párrafo 4 del artículo XVI fuera interpretado de forma que sólo impusiera los requisitos que ya establece la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, sería superfluo. Sin embargo, como ha reconocido el Órgano de Apelación en el caso *Estados Unidos - Gasolina*[251], los principios de interpretación que establece la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (artículos 31 y 32) no permiten que se vacíen de contenido cláusulas enteras de un tratado.

4.367 Las Comunidades Europeas alegan que la lectura que los Estados Unidos hacen del párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo de Marrakech, por consiguiente, es claramente incompatible con el sentido corriente que haya de atribuirse a sus términos en el contexto de éstos y teniendo en cuenta que el objeto y fin del Acuerdo sobre la OMC es garantizar la seguridad y previsibilidad de las relaciones comerciales internacionales.

4.368 En opinión de las Comunidades Europeas, una actuación importante que tiene ante sí el Grupo Especial es dar contenido a los términos "se asegurará" y "conformidad" del párrafo 4 del artículo XVI. Los principios de interpretación de la Convención de Viena obligan al Grupo Especial a interpretar estos términos de buena fe y de conformidad con el sentido corriente que haya de atribuirse a éstos en su contexto y teniendo en cuenta el objeto y fin del Acuerdo sobre la OMC.

4.369 Las Comunidades Europeas señalan que el sentido corriente del término "asegurar" es "garantizar". El sentido corriente del término "conformidad" es, en primer lugar, "correspondencia entre un acto o comportamiento con la práctica establecida; cumplimiento" y, en segundo lugar, "concordia en la forma o la manera, semejanza, acuerdo" (Oxford).

4.370 Las Comunidades Europeas reiteran su argumento de que el párrafo 4 del artículo XVI ha de ser interpretado de forma que imponga unos requisitos a la legislación interna que se añadan a los requisitos que derivan ya de las propias obligaciones sustantivas que supone la OMC. Para ello es necesario que se interprete el párrafo 4 del artículo XVI de forma que estipule la "correspondencia, semejanza o acuerdo" entre la legislación interna y las obligaciones correspondientes de la OMC.

4.371 En opinión de las Comunidades Europeas, los términos "se asegurará" y "conformidad", tomados en su contexto, indican por consiguiente que el párrafo 4 del artículo XVI obliga a los Miembros no sólo a atribuir formalmente a las autoridades del ejecutivo el derecho de actuar de forma compatible con las normas de la OMC, sino a estructurar sus leyes de forma que "garanticen" que se lograrán los objetivos de los Acuerdos abarcados.

4.372 Las Comunidades Europeas observan que uno de los objetivos básicos de las normas de la OMC es fortalecer el sistema multilateral. Otro objetivo básico es lograr una mayor certidumbre jurídica en las relaciones comerciales multilaterales.

4.373 Las Comunidades Europeas alegan que, por consiguiente, no se puede considerar de ningún modo que una ley, reglamento o procedimiento administrativo interno cuya estructura, diseño y arquitectura estén destinados expresamente a generar incertidumbre en el comercio con otros Miembros de la OMC asegure la conformidad con las normas de la OMC.

4.374 Las Comunidades Europeas alegan además que los participantes en la Ronda Uruguay esperaban que los Estados Unidos no sólo se comprometieran a abstenerse de medidas unilaterales sino también a poner su legislación interna en conformidad con ese compromiso. Uno de los primeros textos sobre la solución de diferencias, presentado el 19 de octubre de 1990 por

[251] Informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional* ("*Estados Unidos - Gasolina*"), adoptado el 20 de marzo de 1996, WT/DS2/AB/R.

el Sr. Julio Lacarte-Muró, Presidente del Grupo de Negociación sobre la Solución de Diferencias, contenía la siguiente disposición:

> "Las partes contratantes:
>
> i) acatarán las normas y procedimientos de solución de diferencias del GATT;
>
> ii) acatarán las recomendaciones, resoluciones y decisiones de las PARTES CONTRATANTES;
>
> iii) no recurrirán a medidas unilaterales incompatibles con las normas y procedimientos del GATT; y
>
> iv) a los efectos del apartado iii), se comprometerán a adaptar su legislación comercial interna y sus procedimientos de aplicación de manera que aseguren la conformidad de todas las medidas con los procedimientos de solución de diferencias del GATT."

4.375 Las Comunidades Europeas añaden que los proyectos posteriores del ESD dejaron de incluir una disposición relativa a la adaptación de la legislación interna. Sin embargo, en el proyecto del Acuerdo por el que se establece la Organización Multilateral del Comercio se incluía una disposición a tal efecto. El párrafo 4 del artículo XVI de este proyecto de Acuerdo establecía lo siguiente:

> "Cuando se precisen modificaciones de la legislación nacional para aplicar las disposiciones de los Acuerdos anexos al presente instrumento, los Miembros procurarán hacer todo lo necesario para lograr la conformidad de sus leyes con estos acuerdos."[252]

4.376 Las Comunidades Europeas señalan que la Secretaría indicaba en una nota informal al Grupo de Redacción Jurídica lo siguiente:

> "De acuerdo con el derecho internacional general, las partes en los tratados no pueden invocar las disposiciones de su legislación interna para justificar su incumplimiento de un tratado y según varios grupos especiales del GATT, las leyes que ordenan medidas incompatibles con el Acuerdo General constituyen por sí mismas infracciones de este Acuerdo, tanto si se han adoptado medidas de ese tipo como en caso contrario. Por consiguiente, este párrafo supondrá un nivel menor de obligación en el marco de los Acuerdos Multilaterales de Comercio que el del actual GATT."[253]

4.377 Las Comunidades Europeas indican además que, por eso, la versión definitiva del párrafo 4 del artículo XVI se redactó no como una cláusula de "máximo empeño", sólo aplicable en caso de que se precisaran modificaciones de la legislación nacional, sino como una obligación sin más calificativo:

> "Cada Miembro se asegurará de la conformidad de sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos con las obligaciones que le impongan los Acuerdos anexos".

---

[252] Nota extraoficial de la Secretaría "Proyecto de Acuerdo por el que se establece la Organización Multilateral del Comercio" (Nº 462, de 12 de marzo de 1992).

[253] *Ibid.*

4.378 Las Comunidades Europeas explican que los acuerdos de la Ronda de Tokio sobre compras del sector público, subvenciones, procedimientos para el trámite de licencias de importación, aeronaves civiles y antidumping contenían disposiciones semejantes al párrafo 4 del artículo XVI.[254] Estas disposiciones se trasladaron a las disposiciones finales de los acuerdos correspondientes de la OMC, pero sin embargo no fueron trasladadas al GATT de 1994, el AGCS o el ESD.[255] El efecto del párrafo 4 del artículo XVI es incluir en el ámbito de la obligación expresa de conformidad con la OMC de la legislación nacional a todos los acuerdos e instrumentos jurídicos de los Anexos 1, 2 y 3 del Acuerdo sobre la OMC, incluido el ESD.[256]

4.379 **Los Estados Unidos señalan** que las alegaciones de las Comunidades Europeas con respecto al GATT de 1994 y el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC se basan en el supuesto de que las propias pretensiones de las Comunidades Europeas con respecto a infracciones del ESD son correctas. Por ejemplo, no puede haber una infracción del GATT de 1994 si los Estados Unidos no adoptan ninguna medida y, por los motivos antes indicados, no se puede dar por supuesto que los artículos 301 a 310 exijan que se adopte esa medida. Además, no puede presuponerse que las medidas que puedan adoptarse de conformidad con los artículos 301 a 310 no vendrán precedidas de la autorización del OSD.

4.380 Los Estados Unidos sostienen, con respecto al párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC, que es importante que se acepte que para infringir dicho párrafo es necesario que haya primero una medida que infrinja algún compromiso asumido en la OMC. El sentido corriente del texto de esta disposición lo deja claro: "Cada Miembro se asegurará de la conformidad de sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos con las obligaciones que le impongan los Acuerdos anexos". Si esas leyes, reglamentos y procedimientos administrativos se adaptan a las obligaciones que establecen los Acuerdos anexos, incluido el ESD, no existirá infracción del párrafo 4 del artículo XVI. Las Comunidades Europeas no pueden presuponer que los artículos 301 a 310 infringen el ESD con el fin de afirmar la existencia de una infracción del párrafo 4 del artículo XVI.

4.381 Los Estados Unidos señalan que el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC establece lo siguiente:

> "Cada Miembro se asegurará de la conformidad de sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos con las obligaciones que le impongan los Acuerdos anexos."

4.382 Los Estados Unidos alegan que esta disposición no sugiere en ninguna parte, y no digamos ordena, la redefinición del concepto de legislación imperativa según proponen las Comunidades Europeas. El significado del texto del párrafo 4 del artículo XVI está claro: si una ley, reglamento o procedimiento administrativo de un Miembro no es compatible con sus obligaciones según lo previsto

[254] Las Comunidades Europeas se refieren al párrafo 4 a) del artículo IX del Acuerdo sobre Compras del Sector Público, el párrafo 5 a) del artículo 19 del Acuerdo relativo a la Interpretación y Aplicación de los artículos VI, XVI y XXIII, el párrafo 4 a) del artículo 5 del Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación, el párrafo 4.1 del artículo 9 del Acuerdo sobre el Comercio de Aeronaves Civiles y el párrafo 6 a) del artículo 16 del Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI.

[255] Las Comunidades Europeas se refieren al párrafo 5 a) del artículo XXIV del Acuerdo sobre Contratación Pública, el párrafo 5 del artículo 32 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, el párrafo 2 a) del artículo 8 del Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación, el párrafo 4.1 del artículo 9 del Acuerdo sobre el Comercio de Aeronaves Civiles y el párrafo 4 del artículo 18 del Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994.

[256] Las Comunidades Europeas se refieren al párrafo 1 del artículo II del Acuerdo sobre la OMC.

en los Acuerdos anexos, ese Miembro tendrá la obligación positiva de ponerlos en conformidad. A la inversa, sin embargo, si estas leyes, reglamentos y procedimientos administrativos son compatibles con sus obligaciones, no necesita adoptar ninguna medida.

4.383 Los Estados Unidos sostienen que el párrafo 4 del artículo XVI no establece de ningún modo que la definición de "legislación imperativa" incluya ahora "cierta legislación facultativa". Tampoco crea el párrafo 4 del artículo XVI un "nuevo entorno jurídico" que permita que se creen de la nada obligaciones sustantivas.

4.384 Los Estados Unidos observan que las Comunidades Europeas proponen que la inclusión en el párrafo 4 del artículo XVI de los reglamentos y los procedimientos administrativos, además de las leyes, forma parte de este "nuevo entorno jurídico". Según las Comunidades Europeas, "[…] ha dejado de tener trascendencia la distinción entre las leyes que vinculan a las autoridades del ejecutivo y las leyes que pueden ser modificadas por ellas". Esta distinción que establecen las Comunidades Europeas carece de fundamento. Los reglamentos y los procedimientos administrativos han estado siempre sometidos a las normas del GATT de 1947[257], y su inclusión en el párrafo 4 del artículo XVI no tiene absolutamente nada de extraordinario. La obligación con respecto a los reglamentos y procedimientos administrativos es la misma que con respecto a las leyes: si no están en conformidad con las obligaciones que corresponden a los Miembros de la OMC en virtud de los Acuerdos abarcados, han de ser puestos en conformidad. Sin embargo, si ya están en conformidad, no es necesario modificarlos.

4.385 Los Estados Unidos añaden que las Comunidades Europeas pretenden también que la inclusión del término "asegurará" en el párrafo 4 del artículo XVI significa que las leyes han de estar estructuradas de forma que "garanticen" que "se lograrán los objetivos de los Acuerdos abarcados". Como antes se indicó, los objetivos de los Acuerdos abarcados se reflejan en su texto, y en cualquier caso los "objetivos" no son por sí mismos "obligaciones". Nadie puede alejarse del texto tomando por base interpretaciones de los objetivos del acuerdo fantasiosas y condicionadas por el logro de los resultados pretendidos. Los Miembros pueden "asegurarse" de que sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos están en conformidad con sus obligaciones por diversos medios:

> "Desde el punto de vista del derecho internacional, los Estados generalmente son libres de decidir la forma en que, en su ámbito interno, se ponen en condiciones de cumplir sus obligaciones internacionales; la elección entre la incorporación y aplicación directa del derecho internacional o su transformación en derecho interno mediante la promulgación de una ley, es algo que no interesa, como tampoco la elección entre las diversas formas de ley, derecho consuetudinario o acción administrativa como instrumento para dar cumplimiento a las obligaciones internacionales. Se trata de cuestiones que cada Estado debe determinar por sí mismo de acuerdo con sus propias prácticas constitucionales."[258]

4.386 Los Estados Unidos indican que uno de los medios que pueden utilizar los Miembros para asegurarse de la conformidad con sus obligaciones es asegurarse de que las autoridades de ese Miembro disponen de la adecuada capacidad discrecional para cumplir las obligaciones que le corresponden. Esta idea es un elemento fundamental de la doctrina de la imposibilidad de recurrir frente a una legislación facultativa, que se refleja en la práctica continua y no modificada del GATT y la OMC en esta esfera. Como observó el Japón en respuesta a las preguntas del Grupo Especial, "las

[257] Por ejemplo, el párrafo 4 del artículo III del GATT de 1947 abarcaba "cualquier ley, reglamento o prescripción".

[258] Oppenheim's International Law, 9th ed., páginas 82 y 83 (omitida una nota a pie de página).

leyes no son incompatibles con las normas de la OMC cuando […] atribuyen a la administración capacidad discrecional [para cumplir las obligaciones que supone la OMC]".

4.387 Los Estados Unidos alegan que no hay fundamento para distinguir entre distintas formas de legislación facultativa o para reclasificar como "imperativa" alguna legislación facultativa. Si la legislación atribuye a las autoridades de un Miembro la capacidad discrecional adecuada para cumplir sus obligaciones, no puede presuponerse que ese Miembro no ejercerá tal capacidad discrecional de buena fe para cumplir sus obligaciones. El principio de buena fe a que hacen referencia las Comunidades Europeas es precisamente el motivo de que no pueda presuponerse que las autoridades de un Miembro infringirán sus obligaciones internacionales.

4.388 En opinión de los Estados Unidos, aun en caso de que pudiera concebirse alguna otra interpretación del texto del párrafo 4 del artículo XVI que permitiera la redefinición de "legislación imperativa" de forma que estuviera incluida una legislación que no obliga a un Miembro a infringir sus obligaciones internacionales, no sería aceptable adoptar esa interpretación y aplicarla al párrafo 4 del artículo XVI. El Órgano de Apelación explicó en el caso *Comunidades Europeas - Hormonas* que el principio consuetudinario de interpretación del derecho internacional conocido como *in dubio mitius* es aplicable en las diferencias sometidas a la OMC como medio complementario de interpretación. Este principio:

> "[…] se aplica para interpretar los tratados, por deferencia a los Estados soberanos. Si el significado de un término es ambiguo, ha de preferirse el significado que sea menos oneroso para la parte que asume una obligación, o que interfiera menos con la supremacía territorial y personal de una parte, o implique restricciones menos generales para las partes."[259]

4.389 Los Estados Unidos alegan que la interpretación propuesta por las Comunidades Europeas del párrafo 4 del artículo XVI, aunque tuviera un ambiguo fundamento en el texto, colisionaría claramente con el principio *in dubio mitius*, ya que tal interpretación interferiría con el derecho soberano de los Miembros a elegir la forma a través de la cual da cumplimiento a sus obligaciones a través de la legislación interna y obligaría a todos y cada uno de los Miembros a reexaminar y posiblemente revisar la forma de distintos instrumentos legales que, con bastante razón, supusieron en 1995 que eran compatibles con sus obligaciones en la OMC, basándose en que seguía respetándose la doctrina de la imposibilidad de recurrir frente a una legislación facultativa.

4.390 Los Estados Unidos señalan que las Comunidades Europeas pretenden que el caso *India - Patentes (EE.UU.)* y la referencia del párrafo 2 del artículo 3 del ESD a la "seguridad y previsibilidad" sirven de apoyo a su pretensión de que el párrafo 4 del artículo XVI incluye una prohibición de la "incertidumbre". Como antes se indicó, la referencia a la "seguridad y previsibilidad" del párrafo 2 del artículo 3 del ESD se hace para explicar que el sistema de solución de diferencias ofrece tal seguridad y previsibilidad, y que lo hace mediante las obligaciones sustantivas que figuran en el texto del Acuerdo sobre la OMC y sus anexos, cuyo cumplimiento se exige a través del ESD. El párrafo 2 del artículo 3 establece también que las recomendaciones y resoluciones del OSD "no pueden entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados".

4.391 En opinión de los Estados Unidos, ni los hechos ni las constataciones del caso *India - Patentes (EE.UU.)* sirven de apoyo a la postura de las Comunidades Europeas. Como antes se indicó, ese caso sirve de sólido fundamento a la afirmación de que no pueden crearse obligaciones por adivinación, partiendo de ideas vagas y singulares, como la de "incertidumbre", divorciadas del texto

[259] Informe del Órgano de Apelación *Comunidades Europeas - Hormonas, op. cit.*, párrafo 165 y nota 154, citando *Oppenheim's International Law*, 9th ed., página 1278.

del acuerdo.[260] Tampoco el caso *India - Patentes (EE.UU.)*, en sus detalles concretos, sirve de apoyo a la postura de las Comunidades Europeas de que ese principio de la "incertidumbre" tiene fundamento en el texto del párrafo 4 del artículo XVI. El Órgano de Apelación, en el informe sobre el caso *India - Patentes (EE.UU.)*, sólo hace referencia al párrafo 4 del artículo XVI con el propósito de subrayar el hecho de que la India tenía obligaciones que cumplir en la OMC a partir del 1º de enero de 1995, y que este cumplimiento no podía aplazarse.[261] En el informe no se hace ninguna referencia a una obligación derivada del párrafo 4 del artículo XVI de evitar la "incertidumbre". Al contrario, la obligación que establece este párrafo 4 del artículo XVI es cumplir las obligaciones de los Acuerdos anexos.

4.392 Los Estados Unidos alegan que el análisis, en el caso *India - Patentes (EE.UU.)*, de la legislación imperativa y la legislación facultativa no modifica de ningún modo esta doctrina. Ese caso, como el anterior caso *Bebidas derivadas de la malta*, sirve de fundamento a la afirmación de que la no aplicación de una legislación imperativa no hace que esa legislación imperativa no sea recurrible.[262] La cuestión planteada en el caso *India - Patentes (EE.UU.)* era si unas "instrucciones administrativas" de la India, no publicadas y no escritas, prevalecían sobre una legislación imperativa que prohibía a la India cumplir las obligaciones que le correspondían en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC.[263] El Órgano de Apelación constató que como existía tal conflicto, las instrucciones administrativas no constituían un sólido fundamento legal para proteger la novedad y la prioridad de las solicitudes de patentes.[264] Aun en esas condiciones, sin embargo, el Órgano de Apelación rechazó solemnemente la posición consistente en afirmar que un Miembro está obligado a eliminar toda duda razonable de que las solicitudes de patentes no podrán ser rechazadas.[265]

4.393 Los Estados Unidos explican que, por lo tanto, el caso *India - Patentes (EE.UU.)* no ofrece ningún apoyo a la posición de las Comunidades Europeas de que el párrafo 4 del artículo XVI establece una nueva definición de la legislación imperativa basada en el "diseño, estructura y arquitectura" de tal legislación. De hecho, el caso *India - Patentes (EE.UU.)* debilita la posición de las Comunidades Europeas. El análisis de si los artículos 301 a 310 son compatibles con el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC ha de basarse en el texto de esta disposición. El sentido corriente del párrafo 4 del artículo XVI es que una ley, reglamento o procedimiento administrativo no es incompatible con el párrafo 4 del artículo XVI a no ser que sea también incompatible con otra obligación dimanante de un acuerdo abarcado. Los artículos 301 a 310 no son incompatibles con ninguna obligación de este tipo y, por consiguiente, son compatibles con el párrafo 4 del artículo XVI.

---

[260] Los Estados Unidos se refieren al Informe del Órgano de Apelación *India - Patentes (EE.UU.)*, *op cit.*, párrafo 45.

[261] Los Estados Unidos se refieren a *ibid*., párrafos 78 a 84.

[262] Los Estados Unidos se refieren al Informe del Grupo Especial *India - Patentes (EE.UU.)*, *op. cit.*, párrafo 7.35.

[263] Los Estados Unidos se refieren al Informe del Órgano de Apelación *India - Patentes (EE.UU.)*, *op. cit.*, párrafos 60 a 62.

[264] *Ibid*., párrafos 69 y 70.

[265] *Ibid*., párrafo 58. Los Estados Unidos observan que el Órgano de Apelación afirmó lo siguiente: "[…] *no* coincidimos con el Grupo Especial en que lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 8 del artículo 70 exige que un Miembro establezca un medio que elimine "toda duda razonable de que las solicitudes presentadas por el sistema de anticipación y las eventuales patentes basadas en ellas no podrán ser rechazadas o invalidadas" […] En nuestra opinión, el apartado a) del párrafo 8 del artículo 70 obliga a la India a establecer un mecanismo legal para la presentación de solicitudes anticipadas que constituya un sólido fundamento legal para preservar la novedad de las invenciones y la prioridad de las solicitudes […] Nada más". (cursivas del original)

4.394 **En respuesta, las Comunidades Europeas alegan** que como ha indicado el Órgano de Apelación en el caso *Japón - Bebidas alcohólicas*, de acuerdo con su anterior decisión en el caso *Estados Unidos - Gasolina*, el principio de efecto útil (*ut res magis valeat quam pereat*) es

> "un principio fundamental de la interpretación de los tratados que se desprende de la regla general de interpretación establecida en el artículo 31".

4.395 Las Comunidades Europeas sostienen que, teniendo presente esta regla, la interpretación correcta del párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo de Marrakech no puede ser tal que permita leer esta disposición como si fuera una *repetición* inútil de las obligaciones establecidas por los acuerdos abarcados. Tal interpretación tendría el efecto no permisible de hacer "redundantes cláusulas o párrafos enteros de un tratado".

4.396 Por tanto, en opinión de las Comunidades Europeas no puede ser correcta la siguiente afirmación de los Estados Unidos:

> "El sentido corriente del párrafo 4 del artículo XVI es que una ley, reglamento o procedimiento administrativo no es incompatible con el párrafo 4 del artículo XVI a no ser que sea también incompatible con otra obligación dimanante de un acuerdo abarcado"

4.397 Las Comunidades Europeas aducen que la legislación "facultativa" no está definida, como tal, en ninguno de los Acuerdos de la OMC. Por tanto, no existe ningún fundamento en el texto de ninguno de los Acuerdos de la OMC que permita distinguir entre legislación "facultativa" y legislación de otro tipo de un Miembro de la OMC.

4.398 Las Comunidades Europeas añaden que la trascendencia dentro del sistema jurídico de la OMC de una definición de la legislación facultativa estriba en el hecho de que los Miembros de la OMC adoptan leyes adaptables a las circunstancias, que delegan poderes en el ejecutivo. Este fenómeno legal, en nuestra opinión, no debe ser eludido ni infravalorado.

4.399 Según las Comunidades Europeas, al abordarse esta cuestión tiene que lograrse un equilibrio entre dos series básicas de principios del derecho de la OMC y del derecho internacional público: por un lado, la obligación de garantizar la protección de la "seguridad y previsibilidad del sistema multilateral de comercio" (párrafo 2 del artículo 3 del ESD) asegurando "la conformidad de las leyes, reglamentos y procedimientos administrativos [internos]" (párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo de Marrakech), mediante un "fundamento legal [interno] sólido" (Informe del Órgano de Apelación *India - Patentes (EE.UU.)*).

4.400 Las Comunidades Europeas sostienen que, por otro lado, existe también la presunción del cumplimiento salvo prueba en contrario, según la cual no se puede suponer que las autoridades de los Miembros de la OMC dejarán de cumplir sus obligaciones en la OMC de buena fe.

4.401 Las Comunidades Europeas alegan que, desde esta perspectiva jurídica, resulta imposible aceptar el planteamiento de los Estados Unidos, que obligaría a los grupos especiales de la OMC a respetar mecánicamente la práctica de anteriores grupos especiales, basada en una situación jurídica que ya no está vigente. Las Comunidades Europeas no pueden tampoco, pasándose al otro extremo del espectro, ir tan lejos como Hong Kong, China, ha hecho al sostener que cualquier "desviación potencial" representa una infracción del párrafo 2 del artículo 3 del ESD, del párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo de Marrakech y de los principios establecidos por el Órgano de Apelación en el caso *India - Patentes (EE.UU.)*. Por esa vía se negaría prácticamente cualquier distinción entre legislación "facultativa" y el resto. *In medio stat virtus* (En el medio estriba la virtud).

4.402 En opinión de las Comunidades Europeas, existe un cierto número de criterios prácticos que pueden ayudar a los grupos especiales a trazar la línea divisoria entre una legislación "auténticamente facultativa" y la legislación restante.

4.403 Las Comunidades Europeas recuerdan que la presunción del cumplimiento se rompería si hubiera una legislación que, por sus términos, diseño, arquitectura y estructura interna tuviera una tendencia contraria a la compatibilidad o generara de otro modo un conflicto con las obligaciones del Miembro de la OMC.

4.404 Las Comunidades Europeas sostienen, por otro lado, que cuantos menos criterios contenga esa legislación y cuanta mayor libertad atribuya a las autoridades del ejecutivo en el proceso de decisión menos problemática será en principio tal legislación desde el punto de vista de la OMC.

4.405 Según las Comunidades Europeas, los Estados Unidos han presentado un argumento adicional sobre esta cuestión. En opinión de los Estados Unidos, toda legislación que no sea "imperativa" en el sentido de la definición adoptada en la decisión de 1949 del Grupo de Trabajo del GATT con respecto a la cláusula de la "legislación vigente" del PAP tiene que ser "facultativa" y, por consiguiente, no puede interpretarse que constituya una infracción de las obligaciones pertinentes en la OMC. Esta opinión de los Estados Unidos es evidentemente incorrecta por varios motivos.

4.406 Las Comunidades Europeas alegan en primer lugar que, como constató el Órgano de Apelación en el caso *India - Patentes (EE.UU.)*, el cumplimiento de las obligaciones dimanantes de la OMC ha de tener un "sólido fundamento legal". Tal no sería el caso si un instrumento legislativo determinado creara una situación con una tendencia contraria a la compatibilidad con la OMC, porque dicha situación creada por tal instrumento legislativo socavaría la seguridad y previsibilidad de las relaciones comerciales multilaterales. Tampoco podría considerarse conforme con la presunción de cumplimiento, dado que su texto dejaría sin efecto esa presunción.

4.407 Las Comunidades Europeas sostienen además que la tendencia contraria a la compatibilidad con la OMC sería discernible en particular si la ley obligara a adoptar medidas incompatibles con la OMC por norma y sólo se permitieran medidas compatibles con la OMC como excepción bajo determinadas circunstancias limitadas. Por ese camino no podrían concretarse las oportunidades de competir que se supone que los Acuerdos de la OMC pretenden promover.

4.408 Las Comunidades Europeas, en segundo lugar, plantean el supuesto de que la legislación de un Miembro de la OMC establezca en una determinada situación de hecho, descrita con algún detalle en el instrumento legal, que las autoridades del ejecutivo tengan la posibilidad de elegir entre varias medidas, todas las cuales sean incompatibles con la OMC. Aunque tal ley pueda ser descrita como "facultativa", porque permite diferentes tipos de medidas, tendrá que ser considerada no obstante incompatible con la OMC sencillamente porque no permite que las autoridades del ejecutivo adopten medidas compatibles con la OMC.

4.409 Las Comunidades Europeas añaden que incluso en el marco del GATT de 1947 una legislación interna que sólo diera al poder ejecutivo la posibilidad de elegir entre diferentes medidas todas ellas incompatibles con el GATT de 1947 no hubiera podido ser calificada de legislación auténticamente "facultativa". En opinión de las Comunidades Europeas, la situación que caracteriza al presente caso es ésta. Por supuesto, esto no quiere decir que la práctica de los grupos especiales del GATT de 1947 siga siendo válida en el marco de la OMC, en la medida en que se basa en una interpretación muy restrictiva de la "legislación imperativa".

4.410 Las Comunidades Europeas sostienen, en tercer lugar, que aproximándose todavía más a la situación jurídica que plantea el presente caso, podría suceder que la ley exigiera a las autoridades del ejecutivo que adoptara medidas basándose en los resultados de una investigación. Supongamos, por ejemplo, que las autoridades fiscales estén obligadas a adoptar medidas incompatibles con la OMC

cada vez que constaten, sobre la base de una investigación, que se ha cometido un fraude fiscal. Por supuesto, las autoridades fiscales no son "libres" de abstenerse de constatar la existencia de un caso de fraude y de ese modo evitar las medidas incompatibles con la OMC. Cualquier otra lectura de ese instrumento legislativo contradiría su propósito, manifiesto en la propia ley. Debe señalarse en este contexto que en el marco del GATT de 1947 existía el acuerdo claro de que la legislación podía ser imperativa no sólo por sus términos sino también por su propósito expreso.[266]

4.411 En cuarto lugar, las Comunidades Europeas no están de acuerdo con la alegación de los Estados Unidos de que una legislación interna como el artículo 301 (a) atribuye suficiente capacidad discrecional a las autoridades del ejecutivo para adoptar medidas compatibles con la OMC porque las autoridades políticas más altas del Miembro de la OMC en cuestión, en el presente caso el Presidente de los Estados Unidos, pueden dar órdenes a la administración. Sería contradictorio con el objeto y el espíritu de la ley considerar que esta legislación es facultativa y no imperativa.

4.412 Las Comunidades Europeas recuerdan que los artículos 301 a 310 establecen por norma plazos estrictos para las medidas del USTR. De hecho, se trata de uno de los rasgos más característicos de este instrumento legislativo. Al término de estos plazos estrictos, el USTR está obligado a adoptar medidas en función de los resultados de la investigación que se inicie de conformidad con el artículo 302. Estas medidas se adoptarán "respetando las instrucciones específicas, en su caso, del Presidente con respecto a esas medidas".

4.413 En opinión de las Comunidades Europeas, sencillamente no es creíble que tal cláusula deba entenderse que atribuye al Presidente la facultad discrecional de conceder exenciones de forma ordinaria. Esta posibilidad evidentemente contradiría la voluntad expresa del legislador, en este caso el Congreso de los Estados Unidos, invirtiendo la relación entre norma y excepciones. De hecho, el Presidente nunca ha concedido una exención de ese tipo.

4.414 Además, las Comunidades Europeas observan que las vagas fórmulas que contiene el artículo 301 (a) no significan que el Presidente esté capacitado para dar instrucciones al USTR que sean contrarias a lo que éste está obligado a hacer por la propia ley. Esa disposición, a diferencia de otras formas legislativas estadounidenses que otorgan al Presidente la facultad expresa de eximir de las prescripciones de la ley, establece que las instrucciones que pueda dar el Presidente se referirán a "todas las demás medidas adecuadas y posibles que esté autorizado a adoptar el Presidente". El Presidente no tiene la facultad de ignorar una ley que establezca que habrá de adoptarse una medida en un plazo imperativo.

4.415 Las Comunidades Europeas sostienen que si se considerara sobre esta base que los artículos 301 a 310 son totalmente facultativos y por tanto que no pueden ser impugnados como tales a través de los procedimientos de solución de diferencias de la OMC, esto significaría que una excepción que nunca se ha utilizado en la práctica se consideraría, desde el punto de vista de las normas de la OMC, como un principio rector de toda la legislación sometida a examen, en claro conflicto con el diseño, la arquitectura y la estructura interna de este instrumento legislativo.

4.416 Las Comunidades Europeas sostienen que esta solución no puede ser correcta conforme a las normas de la OMC debido a su exigencia reforzada de "asegurar la conformidad" de la legislación interna, de conformidad con el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC, y del requisito de que la acción administrativa tenga un "sólido fundamento legal", que deriva de las disposiciones del párrafo 2 del artículo 3 del ESD. Estos criterios jurídicos, que los propios Estados Unidos han desarrollado con gran esfuerzo ante el Grupo Especial que examinó el caso *India - Patentes (EE.UU.)* y ante el Órgano de Apelación en el mismo caso, son también aplicables, por supuesto, en otros contextos.

[266] "Guía de las normas y usos del GATT" (Índice analítico), edición de 1995, página 1194.

4.417 Las Comunidades Europeas concluyen pues que, de conformidad con las normas de la OMC, una excepción mal definida que no se aplica en la práctica y que contradice el objetivo principal de una ley interna no puede ser el fundamento del análisis de esa ley interna.

4.418 **Los Estados Unidos replican** a la pretensión de las Comunidades Europeas de que los artículos 301 a 310 son incompatibles con el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC. Los Estados Unidos recuerdan que las CE pidieron al Grupo Especial que "determine" que:

> "los Estados Unidos, al no poner la Ley de Comercio Exterior de 1974 en conformidad con las obligaciones dimanantes del artículo 23 del ESD y los artículos I, II, III, VIII y XI del GATT de 1994, han actuado de forma incompatible con las obligaciones dimanantes de estas disposiciones y del párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC […]" (se han añadido el subrayado).

4.419 Los Estados Unidos observan que, por tanto, las Comunidades Europeas reconocen que tiene que haber una infracción de otra disposición de la OMC para que pueda existir una infracción del párrafo 4 del artículo XVI. Desgraciadamente, en otro momento las Comunidades Europeas alegan que el párrafo 4 del artículo XVI es la base de una nueva serie de obligaciones que no derivan del texto de esa disposición.

4.420 En opinión de los Estados Unidos, el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC establece que cada Miembro "se asegurará de la conformidad de sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos con las obligaciones que le impongan los Acuerdos anexos. Por sus términos, esta disposición no establece que actualmente hay un "nuevo entorno jurídico". Tampoco el párrafo 4 del artículo XVI, por sus términos, "crea […] la obligación de aportar certidumbre y previsibilidad a las relaciones comerciales multilaterales", como afirman las Comunidades Europeas. Debe añadirse que el párrafo 4 del artículo XVI, por sus términos, no establece que las constataciones jurídicas de incompatibilidad con la OMC puedan basarse en ataques tan manifiestamente políticos. Las retorcidas afirmaciones de las Comunidades Europeas no pueden modificar el sentido corriente del texto del párrafo 4 del artículo XVI.

4.421 Según los Estados Unidos, ese texto deja claro que la única obligación que establece el párrafo 4 del artículo XVI que es independiente de las obligaciones dimanantes de los Acuerdos anexos es la de que cada Miembro "se asegurará de la conformidad" de sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos con esas obligaciones. Las Comunidades Europeas han explicado que la definición de "se asegurará" es "garantizará". Según el Oxford English Dictionary, también significa "velará". Por tanto, los Miembros están obligados, a partir del 1º de enero de 1995, a examinar y garantizar, velar por ello, que las leyes, reglamentos y procedimientos vigentes sean compatibles con las obligaciones sustantivas que establecen los Acuerdos anexos, y cuando no lo sean, a ponerlos en conformidad.

4.422 Los Estados Unidos sostienen que ese es precisamente el significado adscrito por el Órgano de Apelación al párrafo 4 del artículo XVI en el caso *India - Patentes (EE.UU.).* Los Estados Unidos reiteran que el Órgano de Apelación en el caso *India - Patentes (EE.UU.)* se remitió al párrafo 4 del artículo XVI para respaldar su constatación de que la obligación de la India de ponerse en conformidad con las obligaciones que le correspondían en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC databan del 1º de enero de 1995, y no podía aplazarse su cumplimiento. Por tanto, las Comunidades Europeas se equivocan al afirmar que la interpretación dada por los Estados Unidos y el Órgano de Apelación a esta disposición la hace redundante. Al subrayar la fecha a partir de la cual los Miembros tienen la obligación positiva de poner sus medidas en conformidad, el párrafo 4 del artículo XVI deja claro como el cristal que las leyes y reglamentos vigentes que no están en conformidad tienen que ser modificados, no que esas medidas estén protegidas por una cláusula de anterioridad.

4.423 Los Estados Unidos mantienen que las Comunidades Europeas adoptan dos posturas contradictorias con respecto al párrafo 4 del artículo XVI. Por un lado, las Comunidades Europeas adoptan la postura de que el párrafo 4 del artículo XVI obliga a los Miembros a estructurar sus leyes de forma que "garanticen" que no se producirán infracciones del Acuerdo. Sin embargo, las Comunidades Europeas oponen al mismo tiempo la idea de que la legislación facultativa tiene que incluir unos términos concretos que limiten la capacidad discrecional de forma que se excluyan las medidas incompatibles con la OMC. Esta contradicción subraya cómo los argumentos de las Comunidades Europeas se encaminan a lograr un determinado resultado político en esta diferencia, sin tener en cuenta los razonamientos o principios jurídicos de aplicación general. Las Comunidades Europeas aparentemente quieren lograr una constatación del Grupo Especial de que han de modificarse los artículos 301 a 310 para suprimir la "incertidumbre", pero no quieren aceptar la intervención de un grupo especial que obligue a las Comunidades Europeas a limitar su libre capacidad de aplicar regímenes de importación de bananos o prohibiciones de hormonas incompatibles con la OMC, o interrumpir el comercio en cualquier momento, por cualquier motivo, sin tener en cuenta las prescripciones del ESD, aplicando el artículo 133 del Tratado de Amsterdam.

4.424 Los Estados Unidos observan que las Comunidades Europeas pretenden que el párrafo 4 del artículo XVI obliga a un examen de la estructura, el diseño y la arquitectura de las leyes. Los Estados Unidos han explicado el claro rechazo por el Órgano de Apelación de los intentos de crear obligaciones y modos de análisis basados en "el diseño de la medida" cuando no existe un fundamento en el texto para una cosa u otra. El mismo razonamiento se podría aplicar al intento de las Comunidades Europeas de crear una obligación general de establecer un "sólido fundamento legal" para el cumplimiento de las obligaciones de los Estados Unidos en la OMC. Los informes del Órgano de Apelación en los casos *India – Patentes (EE.UU.)* y *Estados Unidos - Camarón* dejan claro que no pueden crearse nuevas obligaciones de la nada. Los objetivos de los acuerdos se reflejan en las obligaciones específicas que establecen esos acuerdos.

4.425 Los Estados Unidos alegan a continuación que el análisis que realizan las Comunidades Europeas del párrafo 4 del artículo XVI degenera en último extremo en acusaciones aleatorias sobre anteriores medidas de los Estados Unidos que no están incluidas en el ámbito del mandato de este Grupo Especial y sobre las que no ha formulado ninguna constatación ningún grupo especial del GATT o la OMC. El análisis llevado a cabo por las Comunidades Europeas pone claramente al descubierto la total ausencia de fundamentos jurídicos de sus argumentos y subraya el hecho de que su objetivo en este caso es obtener una declaración política del Grupo Especial de que los Estados Unidos son un "mal interlocutor", declaración que esperan que contrarreste la impresión dejada por la actitud continua de las Comunidades Europeas de ignorar sus obligaciones con respecto a su régimen de importación de bananos. Las Comunidades Europeas en particular esperan obtener una declaración política de que los Estados Unidos no respetan el sistema multilateral de solución de diferencias, para contrarrestar la impresión causada, en el contexto de la diferencia sobre los *Bananos*, por la ignorancia unilateral por las Comunidades Europeas de varias constataciones de grupos especiales de solución multilateral de diferencias, su decisión unilateral de ignorar su compromiso de poner su medida en conformidad con estas constataciones multilaterales y sus esfuerzos unilaterales por bloquear la aplicación de las disposiciones multilaterales del artículo 22 mediante la medida sin precedentes y extraordinaria de intentar bloquear el orden del día de una reunión del OSD. Los Estados Unidos lamentan verse forzados a plantear estas cuestiones, pero los ataques de las Comunidades Europeas en su segunda comunicación no nos han dejado otra alternativa. Los Estados Unidos no pretenden que estas observaciones tengan interés para el análisis jurídico que lleva a cabo el Grupo Especial. Sin embargo, tampoco lo es el análisis ofrecido por las Comunidades Europeas de estos asuntos. La cuestión que se plantea en esta diferencia, y la única cuestión, es si los artículos 301 a 310 obligan a los Estados Unidos a infringir obligaciones específicas de la OMC, detalladas en el texto del artículo 23 del ESD, el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC y los artículos I, II, III, VIII y XI del GATT de 1994.

4.426 **Las Comunidades Europeas destacan** una incoherencia fundamental en el planteamiento de los Estados Unidos. La siguiente cita de los argumentos de los Estados Unidos es particularmente reveladora:

> "En ninguna disposición del párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC, el párrafo 2 del artículo 3 del ESD o de cualquier otra norma de los acuerdos abarcados se hace referencia al criterio "no auténticamente facultativa" señalado por las Comunidades Europeas. Es más, las Comunidades Europeas no pretenden que en ellos se haga tal referencia. Su criterio se basa en la extrapolación del concepto de "seguridad y previsibilidad" del párrafo 2 del artículo 3, que es un objetivo y no una obligación, y de una vaga explicación sobre la obligación de "buena fe" de la Convención de Viena, que no es un acuerdo abarcado."

4.427 Según las Comunidades Europeas, sin embargo, los Estados Unidos son incapaces de mostrar que pueda basarse, utilizando los propios términos de los Estados Unidos, "en ninguna disposición del párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC, el párrafo 2 del artículo 3 del ESD o de cualquier otra norma de los acuerdos abarcados" la distinción entre legislación imperativa y legislación facultativa que constituye el fundamento de su defensa.

4.428 Las Comunidades Europeas alegan que los Estados Unidos son incapaces de citar un fundamento jurídico en las normas de la OMC que sirva de apoyo a su defensa, sencillamente porque no existe tal fundamento jurídico. Este hecho resulta todavía más claro cuando los Estados Unidos alegan que:

> "El Grupo Especial *Superfund* no se refirió ni a anteriores informes de grupos especiales ni al Protocolo, al formular sus constataciones sobre la legislación facultativa."

4.429 Las Comunidades Europeas sostienen que lógicamente no existe ningún fundamento jurídico en el marco de la OMC que permita a los Estados Unidos insistir en que los precedentes del GATT de 1947, como el caso *Superfund*, son aplicables *sic et simpliciter* al presente caso.

4.430 Las Comunidades Europeas aceptan que, en general, el razonamiento de anteriores grupos especiales cuando interpretaron disposiciones del GATT y, tras la entrada en vigor del Acuerdo de Marrakech, cuando interpretaron disposiciones de los acuerdos de la OMC puede constituir una fuente extremadamente valiosa de inspiración para posteriores grupos especiales que aborden cuestiones de derecho idénticas o similares. Sin embargo, no se puede confundir esto con una obligación implícita de los grupos especiales, del presente Grupo Especial, de aplicar mecánicamente la práctica desarrollada por los grupos especiales en el marco del GATT de 1947 y que ha perdido su fundamento en el marco de las normas de la OMC.

4.431 Las Comunidades Europeas recuerdan que el Órgano de Apelación rechazó totalmente la existencia del principio *stare decisis* dentro del sistema jurídico de la OMC en el informe sobre el caso *Japón - Bebidas alcohólicas* (citado selectivamente por los Estados Unidos):

> "la decisión de adoptar un informe de un grupo especial no constituía, en el marco del GATT de 1947, un acuerdo de las PARTES CONTRATANTES acerca de la argumentación jurídica de ese informe. La opinión generalmente aceptada en el marco del GATT de 1947 era que las conclusiones y recomendaciones formuladas de un informe adoptado de un grupo especial eran obligatorias para las partes en litigio en ese caso concreto, pero los grupos especiales posteriores no se consideraban jurídicamente constreñidos por las consideraciones detalladas y el razonamiento de un informe de un grupo especial anterior.

> No consideramos que las PARTES CONTRATANTES, al decidir adoptar un informe de un grupo especial, tuvieran la intención de que su decisión constituyera una interpretación definitiva de las disposiciones pertinentes del GATT de 1947. Ni estimamos que el GATT de 1994 así lo contemple."

4.432 Las Comunidades Europeas añaden que, en contraste con la situación jurídica derivada de las normas de la OMC, en el marco del GATT de 1947 existía un fundamento jurídico para establecer una distinción entre legislación imperativa y legislación facultativa. Se trataba del Protocolo de Aplicación Provisional y, en particular, su cláusula de la "legislación vigente" interpretada ya en 1949 por un grupo de trabajo en un informe adoptado por las PARTES CONTRATANTES del GATT:

> "El Grupo de Trabajo convino en que tal medida estuviera efectivamente permitida si la disposición legislativa en que se basaba era de carácter imperativo por sus propios términos o por su propósito expreso, es decir, si imponía al poder ejecutivo obligaciones que éste no podía modificar."

4.433 Las Comunidades Europeas concluyen que, por consiguiente, el requisito de que la legislación sea "imperativa" se construyó en el marco del GATT de 1947 como interpretación de la cláusula de la "legislación vigente" del PAP. Por tanto, la práctica de los grupos especiales del GATT de 1947 se desarrolló sobre la base de esa fundamental decisión inicial dentro de ese contexto específico.

4.434 Las Comunidades Europeas alegan que los criterios para determinar en el marco del GATT de 1947 si una legislación era imperativa consistían en:

a) el "texto" y el "propósito expreso" de la legislación, y

b) el requisito añadido de que las obligaciones impuestas "al poder ejecutivo" no pudieran ser modificadas por éste.

4.435 Las Comunidades Europeas, refiriéndose a la alegación de los Estados Unidos de que:

> "No es necesario examinar si el carácter del Miembro que promulga la legislación es malo, si esa parte tiene un motivo incompatible con la OMC",

alegan que esta declaración contradice la interpretación dada por las PARTES CONTRATANTES del GATT de la legislación imperativa de conformidad con el criterio estricto derivado de la cláusula de la "legislación vigente" del PAP. También contradice la propia interpretación de los Estados Unidos, manifestada hace ya 50 años durante los debates que precedieron al informe de 1949 del Grupo de Trabajo sobre la cláusula de la "legislación vigente" del PAP:

> "[…] El representante de los Estados Unidos propuso que a esto último se añadiera el concepto "sin apartarse del propósito de una medida incorporada en la legislación", de modo que quedara contemplado el caso de una legislación que fuera imperativa por su propósito pero estuviera redactada en forma facultativa. […] Se convino en que la posición de los Estados Unidos quedaría contemplada con la inclusión de la expresión "por sus propios términos o por su propósito expreso"."[267]

4.436 En opinión de las Comunidades Europeas, en la situación jurídica específica creada por el PAP, la interpretación estricta de la legislación imperativa tenía una influencia decisiva sobre el examen de la legislación interna por los grupos especiales del GATT de 1947.

---

[267] "Guía de las normas y usos del GATT" (Índice analítico), edición de 1995, página 1194.

4.437 Las Comunidades Europeas añaden que la única forma posible de que un grupo especial del GATT de 1947 "emparejara" la limitación de la cláusula de la "legislación vigente" del PAP (destinada a aplicar el GATT de 1947 de la forma más amplia posible) y la necesidad de controlar el cumplimiento de la legislación facultativa definida consiguientemente de forma amplia era, en los casos extremos como el caso *Estados Unidos - Superfund* o el caso *CEE - Piezas y componentes*, obtener del demandado seguridades políticas con respecto al ejercicio del poder ejecutivo en el futuro.

4.438 Según las Comunidades Europeas, por lo demás, los Estados Unidos no responden a la observación central de las Comunidades Europeas de que todos los demás informes de grupos especiales del GATT de 1947 que abordaron la cuestión de la legislación imperativa frente a la legislación facultativa hicieron o bien referencia directa al PAP (o a las disposiciones idénticas de los protocolos de adhesión) o se basaron en precedentes de grupos especiales que hicieron directamente referencia al PAP. Éste es el contexto jurídico objetivo en el que todos estos grupos especiales adoptaron sus decisiones.

4.439 Las Comunidades Europeas señalan que sencillamente no era necesario que los grupos especiales del GATT de 1947 basaran todas sus decisiones sobre esta cuestión expresamente en la cláusula de la "legislación vigente" del PAP en la medida en que ya hubieran aceptado, muchas veces sin ulterior análisis jurídico, aplicar esa distinción basada directamente o por referencia en la interpretación de la cláusula de la "legislación vigente" del PAP. De la lectura de todos los informes de grupos especiales del GATT de 1947 que han citado las Comunidades Europeas teniendo presente este planteamiento, se deduce claramente que los Estados Unidos simplemente se equivocan.

4.440 Las Comunidades Europeas sostienen que la situación jurídica creada por las normas de la OMC es fundamentalmente distinta. El PAP y su cláusula de la "legislación vigente" ya no están en vigor. Al contrario, los participantes en la Ronda Uruguay acordaron una obligación opuesta, según la cual ha de asegurarse a partir del 1º de enero de 1995 la conformidad de la legislación interna (incluso la preexistente).

4.441 Las Comunidades Europeas alegan además que la inserción en el texto del párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo de Marrakech de los términos "reglamentos y procedimientos administrativos" hace a partir de ahora imposible la aplicación del tercer criterio derivado de la definición del GATT de 1947 de la legislación imperativa, es decir, que las obligaciones impuestas al "poder ejecutivo" no pudieran ser modificadas por éste. De hecho, los reglamentos y procedimientos administrativos son actos que típicamente pertenecen al ámbito de los plenos poderes del ejecutivo que, por definición, siempre puede modificarlos.

4.442 **Los Estados Unidos no están de acuerdo** con las Comunidades Europeas cuando éstas piden que el Grupo Especial ignore decenios de jurisprudencia y práctica del GATT/OMC en nombre de la "seguridad y previsibilidad". En el caso *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas*, el Órgano de Apelación explicó lo siguiente:

> "El párrafo 1 del artículo XVI del *Acuerdo sobre la OMC* y el apartado b) iv) del artículo 1 del texto del Anexo 1A por el que se incorpora el GATT de 1994 al *Acuerdo sobre la OMC* traen la historia y experiencia jurídicas adquiridas en el GATT de 1947 al nuevo ámbito de la OMC, de una manera que garantiza la continuidad y coherencia en una transición fluida a partir del sistema del GATT de 1947. Con esto se afirma la importancia que tiene para los Miembros de la OMC la experiencia adquirida por las PARTES CONTRATANTES del GATT de 1947, y se reconoce la importancia constante de esta experiencia para el nuevo sistema comercial al que sirve la OMC.

> Los informes adoptados de los grupos especiales son una parte importante del acervo del GATT."[268]

4.443 Los Estados Unidos sostienen que los Miembros de la OMC eran sin duda alguna conscientes de la distinción entre legislación facultativa y legislación imperativa cuando firmaron el Acuerdo de Marrakech y los grupos especiales han seguido utilizándola. En el examen del ESD, las Comunidades Europeas han pedido incluso que los Miembros de la OMC acepten suprimirla.[269] A pesar de lo cual, las Comunidades Europeas piden ahora al Grupo Especial, cinco años después de la conclusión de la Ronda Uruguay, que descarte un principio fundamental de la jurisprudencia y genere incertidumbre sobre la compatibilidad con la OMC de un número indeterminado de leyes internas hasta ahora consideradas facultativas. Aun en caso de que la "seguridad y previsibilidad" constituyeran por sí mismas una obligación independiente en la OMC, resultaría difícil concluir que una ley que permite medidas compatibles con la OMC en todos los casos es más perjudicial para la "seguridad y previsibilidad" que lo que proponen ahora las Comunidades Europeas. Aparte de esto, las Comunidades Europeas simplemente fracasan en su intento de alegar que "facultativas significa imperativas" debido a los cambios que introdujo el Acuerdo sobre la OMC.

4.444 En cuanto a la base textual de la distinción entre la legislación facultativa y la legislación imperativa, los Estados Unidos se remiten al texto del apartado a) del párrafo 2 del artículo 23 del ESD. Este apartado se refiere a las determinaciones "de que se ha producido una infracción" y prohíbe que los Miembros formulen tales determinaciones sin respetar las normas y procedimientos del ESD. Establece además que estas determinaciones han de ser coherentes con las constataciones que figuren en los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación adoptados por el OSD.

4.445 En opinión de los Estados Unidos, en este asunto no se ha sometido al Grupo Especial ninguna "determinación de que se ha producido una infracción". Las Comunidades Europeas no denuncian ninguna determinación que se haya realmente formulado. Por consiguiente, no es posible analizar si tal determinación cumple los requisitos fijados en el apartado a) del párrafo 2 del artículo 23. No se puede establecer si al formular tal determinación han respetado las normas y procedimientos del ESD ni si han formulado una determinación coherente con las constataciones adoptadas por el OSD. No existen ni las constataciones ni la determinación.

4.446 Los Estados Unidos preguntan cómo puede el Grupo Especial llevar a cabo su análisis en estas circunstancias. En ausencia de una determinación concreta, ¿cómo es posible saber si un Miembro ha infringido las obligaciones que le corresponden en virtud del apartado a) del párrafo 2 del artículo 23? No es permisible especular acerca de cómo formulará el Miembro su determinación en el futuro. No es permisible examinar determinaciones formuladas en el pasado que no están incluidas en el ámbito del mandato. No es permisible presuponer que determinados Miembros no son dignos de confianza. No es permisible presuponer que actuarán de mala fe. En estas circunstancias, ¿tiene que ser la conclusión que, sin una determinación concreta no puede haber una infracción del apartado a) del párrafo 2 del artículo 23?

4.447 Los Estados Unidos indican que hace más de 10 años, en 1987, un grupo especial del GATT se enfrentó a este tipo de cuestión. Examinaba una ley que no entraría en efecto hasta tres años más tarde y se preguntaba si un grupo especial podía determinar que esa ley era incompatible con las obligaciones que correspondían a una parte en el GATT cuando resultaba posible que la parte

---

[268] Informe del Órgano de Apelación *Japón - Impuesto sobre bebidas alcohólicas*, *op. cit.*, páginas 17 y 18..

[269] *Véase Examen del Entendimiento sobre Solución de Diferencias*, documento extraoficial de las Comunidades Europeas (octubre de 1998); *véase también* Examen del ESD, Nota de la Secretaría, Compilación de las observaciones formuladas por los Miembros - Rev. 3 (12 de diciembre de 1998).

cambiara la ley antes de que entrara en vigor. La conclusión del Grupo Especial era que podía hacerlo, pero se mostró muy cuidadoso en la forma en que llegó a su conclusión. El Grupo Especial constató que sólo si una ley obliga a las autoridades de la parte a infringir una obligación específica del GATT puede considerarse que esa ley es incompatible con esa aplicación. Al promulgar tal legislación, la parte traspasó los límites. No dejó otra alternativa que infringir sus obligaciones, aunque sólo fuera en algún momento futuro. Por el contrario, el Grupo Especial constató que si una ley no obligaba a las autoridades de una parte a infringir una obligación específica del GATT no era posible concluir que la ley infringía esa obligación. La parte podía ejercer su capacidad discrecional de forma que cumpliera sus obligaciones internacionales. Cualquier otra conclusión sería una especulación acerca de si la parte actuará de mala fe, especulación que no tiene más fundamento que el que tendría si la ley no existiera en absoluto.

4.448 Los Estados Unidos afirman una vez más que el razonamiento del Grupo Especial *Superfund* tenía muy buen sentido. Tan bueno que al menos cinco grupos especiales del GATT lo han seguido. También lo han seguido por lo menos tres grupos especiales de la OMC. Y ninguno de estos grupos especiales han revisado de ningún modo la cuestión fundamental planteada por el Grupo Especial *Superfund*: ¿ordena la ley, establecer imperativamente, una infracción de una obligación específica del acuerdo?

4.449 Los Estados Unidos alegan además que el análisis llevado a cabo en el caso *Superfund* no es un análisis de caracteres. No es necesario examinar si el carácter del Miembro que promulga la legislación es malo, si la parte tiene un motivo incompatible con la OMC. Tampoco es necesario examinar si el "carácter" de la legislación es malo, si la legislación refleja el intento de incumplir obligaciones de la OMC. Todo lo que importa es si la ley obliga a adoptar una medida que infrinja una obligación específica y expresa. En ausencia de esa orden, el Grupo Especial queda enfrentado al problema fundamental, es decir, nada permite decir que se haya infringido una obligación específica y expresa. La legislación que deja abierta la posibilidad de una infracción no se puede considerar que representa una infracción, lo mismo que tampoco podría constituir una infracción un sistema constitucional que previera unas amplias delegaciones de autoridad. No obstante, si la legislación incluye una orden específica de infringir una obligación concreta se convierte por sí misma en una infracción.

4.450 En respuesta a una pregunta del Grupo Especial sobre los *travaux preparatoires* que pudieran ser pertinentes llegado el momento de interpretar el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC, los Estados Unidos indican en primer lugar que no hubo ninguna decisión de establecer unos *travaux preparatoires* oficiales del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC. Los debates de octubre y noviembre de 1993, cuando ya se habían resuelto las cuestiones más conflictivas y políticamente sensibles que planteaba el texto del Acuerdo sobre la OMC, se produjeron de forma oral en pequeñas reuniones en las que no participaban todas las delegaciones. Algunas cuestiones, incluida la redacción final del párrafo 4 del artículo XVI, se resolvieron en grupos de trabajo plurilaterales que eran todavía más pequeños. Cuando los subgrupos plurilaterales informaron al Grupo de Negociación sobre las Instituciones, más amplio, algunas delegaciones se opusieron a que se compilara una documentación para formar parte de una historia de las negociaciones, porque si fuera a haber una historia oficial de las negociaciones su importancia sería tal que su contenido hubiera tenido que ser negociado línea por línea, y esta carga añadida era claramente imposible de soportar porque el Grupo de Negociación sobre las Instituciones tenía de plazo hasta el 15 de noviembre de 1993 para finalizar su labor. En cualquier caso, al no haber un panorama completo de todas las notas y propuestas de todas las delegaciones era difícil tener una imagen exacta de las intenciones de las partes. Por estos motivos, el Presidente, Embajador Julio Lacarte, anunció durante estos debates que no se publicaría ninguna historia de las negociaciones y que todas las transacciones tenían que reflejarse en el texto del propio acuerdo.

4.451 Según los Estados Unidos, el registro informal de las negociaciones finales del "Acuerdo sobre la Organización Multilateral de Comercio" (como era denominada en aquel momento) es por

consiguiente incompleto y consiste sólo en una serie de documentos "de sala" distribuidos en la sala en que se reunía el Grupo de Negociación sobre las Instituciones y en las notas de los negociadores individuales. No se preparó ningún resumen oficial de estas reuniones y no se compilaron los documentos preparados para las reuniones de negociación en un registro oficial de las negociaciones.

4.452 Los Estados Unidos presentan a continuación los siguientes documentos como prueba documental 23:

a) Proyecto de Acuerdo por el que se establece la Organización Multilateral de Comercio, Nota informal de la Secretaría (tercer texto revisado del Acuerdo sobre la OMC (27 de mayo de 1992).

b) Comparación de los textos revisados segundo y tercero del proyecto de Acuerdo por el que se establece la Organización Multilateral de Comercio (27 de mayo de 1992) (documento 551).

c) Proyecto de párrafo 4 del artículo XVI (11 de noviembre de 1993).

d) Extracto del informe diario del negociador de los Estados Unidos sobre cuestiones de la OMC, incluido el párrafo 4 del artículo XVI (11 de noviembre de 1993).

e) Proyecto de párrafo 4 del artículo XVI (12 de noviembre de 1993).

f) Proyecto de Acuerdo por el que se establece la Organización Multilateral de Comercio, texto revisado (14 de noviembre de 1993).

g) Proyecto de Acuerdo por el que se establece la Organización Multilateral de Comercio (24 de noviembre de 1993).

4.453 Los Estados Unidos explican que el Proyecto Dunkel de Acta Final incluía el texto de un Acuerdo por el que se establece la Organización Multilateral de Comercio, con la advertencia de que el texto requería una ulterior elaboración para asegurar una relación correcta con los demás resultados de la Ronda Uruguay. Los participantes en las negociaciones entendieron en general que se necesitaría una ulterior negociación para el establecimiento de una organización. Las negociaciones prosiguieron entre febrero y diciembre de 1992, planteando el proyecto de texto otros problemas adicionales. La Secretaría presentó un "tercer texto revisado" el 27 de mayo de 1992 y un documento de comparación (documento 551), que los Estados Unidos han incluido en la prueba documental 23. Cuando se intensificaron los trabajos sobre el texto de la OMC, en septiembre de 1993, el punto de partida fue el texto de mayo de 1992.

4.454 En opinión de los Estados Unidos, hay que señalar dos puntos con respecto a la historia de la negociación del párrafo 4 del artículo XVI en el documento que preparó la Secretaría con el "tercer proyecto". En primer lugar, el texto del párrafo establece que:

> "Cuando se precisen modificaciones de la legislación nacional para aplicar las disposiciones de los acuerdos anexos al presente instrumento, los Miembros procurarán hacer todo lo necesario para lograr la conformidad de sus leyes con estos acuerdos." (se han añadido el subrayado)

4.455 Según los Estados Unidos, la opinión de varias delegaciones, incluida la de los Estados Unidos, era que este texto obligaba a los gobiernos a adoptar las medidas de procedimiento pertinentes para dar cumplimiento a los demás acuerdos negociados en la Ronda Uruguay. Además, la utilización del verbo "procurarán" ponía en duda el carácter obligatorio incluso de este compromiso limitado.

4.456 En segundo lugar, los Estados Unidos sostienen que, aunque ellos simplemente pusieron en duda la necesidad de esta disposición, otras delegaciones se opusieron activamente a la misma, como se indicaba en la columna de observaciones del documento de mayo de 1992. En este documento se indica que "Son necesarios nuevos debates para determinar si la disposición debe mantenerse, suprimirse, volverse a formular o trasladarse al Acta Final". Esta observación es la única de este tipo que figura en el documento.

4.457 Los Estados Unidos señalan que, mientras que las Comunidades Europeas observan correctamente que el uso del verbo "procurarán" en el tercer proyecto ponía en cuestión el carácter obligatorio de este compromiso, olvidan explicar varias etapas del proceso de negociación que se produjeron a continuación. Como antes se describió, cuando se suprimió el verbo "procurarán" el compromiso fue suprimir también los términos "hacer todo lo necesario" y aclarar que sólo estaban sometidas a esta disposición las obligaciones (mediante la inclusión de la frase "las obligaciones que le impongan los Acuerdos anexos").

4.458 Los Estados Unidos añaden que durante el otoño de 1993 el "Grupo de Lacarte", dedicado a las cuestiones institucionales, mantuvo varios debates sobre el párrafo 4 del artículo XVI. Durante estas negociaciones, las Comunidades Europeas reconocieron la debilidad del verbo "procurarán" y propusieron suprimirlo y hacer la disposición imperativa.

4.459 Los Estados Unidos señalan además que se plantearon varias objeciones. El Brasil y otras delegaciones latinoamericanas con sistemas jurídicos que prevén la "incorporación directa" de ciertos acuerdos internacionales en su sistema legal mostraron su preocupación ante la posibilidad de que el texto del proyecto les exigiera intentar promulgar leyes sobre cuestiones extremadamente sensibles. En segundo lugar, las delegaciones con sistemas federales, como el Canadá, el Brasil y los Estados Unidos, pusieron en duda la interacción entre el nuevo texto y las disposiciones del párrafo 12 del artículo XXIV del GATT de 1994 y del apartado a) del párrafo 3 del artículo I del AGCS. Estas disposiciones hacen referencia a las medidas de los gobiernos regionales y locales y obligan a los gobiernos nacionales a adoptar "las medidas razonables que estén a su alcance" para asegurar su compatibilidad.

4.460 Según los Estados Unidos, en noviembre de 1993 tuvieron lugar negociaciones directas entre estas delegaciones y las Comunidades Europeas. Las notas de nuestros negociadores muestran que el 11 de noviembre fue rechazada la última propuesta de las Comunidades Europeas ("Los Miembros tomarán todas las medidas necesarias para asegurarse de la conformidad de sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos con las disposiciones de los Acuerdos anexos, con arreglo a sus diferentes sistemas constitucionales o legales") porque se consideró que debilitaba la obligación de derecho internacional de cumplir los acuerdos.[270]

4.461 Los Estados Unidos señalan que las Comunidades Europeas, al día siguiente (12 de noviembre), propusieron que el texto dijera "Los Miembros se asegurarán de la conformidad de sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos con las disposiciones de los Acuerdos anexos". El Brasil y otros países se opusieron también a este proyecto, que fue incorporado entre corchetes en el proyecto de 14 de noviembre del Acuerdo con la nota "Para su ulterior estudio".

4.462 Los Estados Unidos explican además que el proyecto de Acuerdo por el que se establece la Organización Multilateral de Comercio de 24 de noviembre de 1993 incluía entre corchetes el texto del párrafo 4 del artículo XVI, que en último extremo fue aprobado.[271] Este texto incluía la frase

[270] Véase el informe diario del negociador de los Estados Unidos sobre cuestiones de la OMC, incluido el párrafo 4 del artículo XVI (11 de noviembre de 1993).

[271] Los Estados Unidos señalan que los únicos cambios fueron las modificaciones de número y tiempo introducidas en el Acuerdo sobre la OMC durante el examen jurídico de principios de 1994.

"obligaciones que le impongan los Acuerdos anexos", disposición limitadora que dejaba claro que no se pretendía una interpretación expansiva del párrafo 4 del artículo XVI. Sobre la base de la inclusión de esta frase (y la anterior supresión de la redacción propuesta por las Comunidades Europeas que hubiera generado una obligación más débil que la establecida por el artículo 26 de la Convención de Viena), los Miembros aprobaron la inclusión del párrafo 4 del artículo XVI en el Acuerdo sobre la OMC.

4.463 Los Estados Unidos señalan que un último punto es que, cerca del final de las negociaciones sobre esta disposición, el Brasil y otras delegaciones preguntaron al experto en derecho de las Comunidades Europeas, que estaba presente, en qué difería esta disposición del artículo 26 de la Convención de Viena. El asesor jurídico de las Comunidades Europeas no identificó ninguna diferencia o distinción.

4.464 Los Estados Unidos indican además que, por otro lado, inmediatamente después este mismo asesor jurídico publicó las siguientes opiniones sobre el párrafo 4 del artículo XVI:

> "Una disposición que ha sido defendida sobre todo por la Comunidad, pero que puede tener graves consecuencias para la propia Comunidad, y también para los Estados miembros, es el párrafo 4 del artículo XVI de la OMC […]. Puede convertirse en una obligación muy onerosa que exija la total conformidad de todas las leyes de la Comunidad y nacionales […] con las disposiciones concretas de los anexos de la OMC. Por otro lado, también es posible que no tenga apenas consecuencias en absoluto, en comparación con la situación actual, si se interpreta en función de los precedentes actuales de los grupos especiales que determinan que una ley o reglamento sólo es incompatible con el GATT si es obligatoria y, por tanto, incompatible con los términos del GATT, pero que no es tal el caso si el texto de la ley o reglamento permite una aplicación del texto compatible con el GATT.[272] Si la conformidad con las obligaciones de la OMC se interpreta de este modo, lo que no sería irrazonable si se tiene en cuenta que la OMC recibe el "acervo del GATT" por sucesión[273], debe quedar claro que el valor añadido del párrafo 4 del artículo XVI es más bien limitado."[274]

4.465 Los Estados Unidos señalan que el asesor jurídico de las Comunidades Europeas afirmaba en una nota a pie de página que la conclusión de que el valor del párrafo 4 del artículo XVI es "bastante limitado" "es la opinión del autor".[275] A continuación señalaba que si se adoptara una interpretación más expansiva del párrafo 4 del artículo XVI, "tiene que quedar claro que las Comunidades Europeas y los Estados miembros tienen la obligación de mantener sus leyes y reglamentos continuamente en conformidad con los términos del Acuerdo sobre la OMC y sus anexos. No es tan fácil".[276]

---

[272] Véase el Informe del Grupo Especial *Estados Unidos - Superfund*, *op. cit.*, párrafo 5.2.9 y el Informe del Grupo Especial *CEE - Piezas y componentes*, *op. cit.*, párrafos 5.25 y 5.26 (cita del original. Los Estados Unidos piden expresamente al Grupo Especial que observe que no se hace ninguna referencia al Protocolo de Aplicación Provisional ni a casos en que se citara dicho Protocolo de Aplicación Provisional).

[273] (Cita del original) *Véase* el párrafo 1 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC.

[274] Pieter-Jan Kuyper, *The New WTO Dispute Settlement System: The Impact on the Community*, *en* The Uruguay Round Results, A European Lawyers' Perspective 87, 110 (Jacques H.J. Bourgeois, Frédérique Berrod y Eric Gippini Fournier eds. 1995) (se han añadido los subrayados) (prueba documental 25 de los Estados Unidos).

[275] *Ibid*., nota 46.

[276] *Ibid*., página 110.

4.466 Según los Estados Unidos, esta nota constituye un registro casi contemporáneo de las opiniones del asesor jurídico de los negociadores de las Comunidades Europeas, el cual era el jurista más importante del Servicio Jurídico de las Comunidades Europeas en temas relacionados con el GATT y anterior profesor de derecho internacional público. Aunque en un primer momento no pudiera explicar la diferencia entre el párrafo 4 del artículo XVI y el artículo 26 de la Convención de Viena, inmediatamente después reconocía que el párrafo 4 del artículo XVI tendría un efecto limitado y que, si se adoptara una interpretación contraria, sería muy conflictivo con la soberanía de los Miembros de la OMC, incluidas las propias Comunidades Europeas. El abogado de las Comunidades Europeas manifestaba también que esperaba que el razonamiento seguido en el caso *Superfund* no resultaría afectado por el párrafo 4 del artículo XVI; es más, confiaba en que esa sería la conclusión.

4.467 **Las Comunidades Europeas impugnan** la cita por los Estados Unidos de un artículo escrito por el Sr. Pieter-Jan Kuyper a título personal[277] para desautorizar la interpretación dada por las Comunidades Europeas del párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC. Los Estados Unidos omiten intencionadamente mencionar que la cita procede de un capítulo del artículo dedicado a las relaciones entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros. El autor se refiere a la carga potencial que supondría para las Comunidades Europeas el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC teniendo presente esa situación y no de la forma mucho más general que pretenden los Estados Unidos.

4.468 Las Comunidades Europeas alegan además que la conclusión extraída por los Estados Unidos de este artículo es también bastante errónea (y en contradicción con el informe del 11 de noviembre de 1993 del delegado de los Estados Unidos, Sr. Andy Shoyer, para una reunión interna, véase la prueba documental 23 de los Estados Unidos). Las Comunidades Europeas nunca consideraron que la versión final del párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC tuviera un efecto limitado porque, como se deduce claramente de los acontecimientos descritos por las Comunidades Europeas en el presente procedimiento y del informe de la reunión interna de los Estados Unidos, las Comunidades Europeas siempre se esforzaron por lograr, y finalmente lograron, un reforzamiento sustancial de lo que actualmente es el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC.

4.469 Las Comunidades Europeas añaden que el Señor Kuyper, al escribir su artículo basándose en una conferencia que ofreció en Brujas, en octubre de 1994, por razones evidentes no podía conocer la evolución jurídica que supondría el caso *India - Patentes (EE.UU.)*, en el que el Órgano de Apelación constató que los Miembros de la OMC están obligados a establecer un sólido fundamento legal en su legislación interna que asegure la conformidad con los acuerdos abarcados.

4.470 **Los Estados Unidos impugnan** la sugerencia de las Comunidades Europeas de que sea significativo de algún modo que el Sr. Pieter-Jan Kuyper expusiera sus conclusiones sobre el párrafo 4 del artículo XVI en el contexto de un debate sobre las relaciones entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, y que sus declaraciones sobre "la carga potencial impuesta a las Comunidades Europeas" por la interpretación del párrafo 4 del artículo XVI que ahora defienden las Comunidades Europeas ha de entenderse en ese contexto. Aparentemente, las Comunidades Europeas alegan que las conclusiones del Sr. Kuyper, y las de los grupos especiales, deben depender de si la parte demandada en una diferencia concreta son los Estados Unidos o las Comunidades Europeas. Si la parte demandada son las Comunidades Europeas, entonces debe seguir aplicándose la norma del caso *Superfund* (como anticipó en 1995 el Sr. Kuyper que sucedería[278]), y la "carga para las

[277] Pieter-Jan Kuyper, The New WTO Dispute Settlement System: The Impact on the Community, en: J.H.J. Bourgeois *et al*., The Uruguay Round Results, A European Lawyers' Perspective, página 87, publicación que recoge los documentos de una conferencia celebrada en Brujas, en octubre de 1994.

[278] Según los Estados Unidos, la importancia atribuida por el Sr. Kuyper lo mismo que por el Sr. Roessler y el profesor Jackson, al razonamiento en el caso *Superfund* destaca la importancia de la conclusión del Órgano de Apelación de que los informes adoptados de los grupos especiales "crean expectativas legítimas

Comunidades Europeas" (*es decir*, el principio *in dubio mitius*, como ya alegaron los Estados Unidos) es importante. Sin embargo, como han subrayado los Estados Unidos, las normas han de aplicarse por igual a todas las partes y en todo momento. El Grupo Especial ha de rechazar la reevaluación por las Comunidades Europeas, *post hoc* y utilitaria, de su posición jurídica con respecto al párrafo 4 del artículo XVI y su intento de aplicar un doble criterio.

4.471 Los Estados Unidos afirman además, con respecto al argumento de las Comunidades Europeas de que siempre procuraron que el párrafo 4 del artículo XVI fuera "reforzado", que lo que éstas pretendían no es lo que realmente obtuvieron. De hecho, como ya se ha indicado, al pretender que el párrafo 4 del artículo XVI fuera "reforzado", las Comunidades Europeas propusieron en varias ocasiones textos que involuntariamente hubieran dado por resultado una obligación menos exigente que la establecida en el artículo 26 de la Convención de Viena. Además, como han indicado los Estados Unidos, el Sr. Kuyper, en su condición de asesor jurídico de los negociadores de las Comunidades Europeas, fue incapaz de explicar la diferencia entre el párrafo 4 del artículo XVI y el artículo 26 de la Convención de Viena cuando el Brasil y otras delegaciones pidieron tal explicación al aproximarse el fin de las negociaciones.

4.472 En respuesta a una pregunta del Grupo Especial sobre qué cambiaría en el universo jurídico sin el párrafo 4 del artículo XVI, los Estados Unidos afirman que, por definición, los apartados a) y b) del artículo 1 sólo son aplicables al GATT de 1994, y no a los demás Acuerdos de la OMC, como el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS) y el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC). Por consiguiente, el párrafo 4 del artículo XVI constituye una declaración general del Acuerdo sobre la OMC que claramente es aplicable a todos los Acuerdos anexos, y no sólo al GATT de 1994, de que ninguna medida está protegida por una cláusula de anterioridad. Por tanto, el párrafo 4 del artículo XVI sirve para eliminar cualquier duda que pudiera existir, en su ausencia, de que todas las medidas han de ser puestas en conformidad a partir del 1º de enero de 1995.

4.473 Los Estados Unidos recuerdan su alegación de que fue precisamente de esta forma y por este motivo como se produjo la cita del párrafo 4 del artículo XVI por el Órgano de Apelación en el caso *India - Patentes (EE.UU.)*. En ese caso, la India pretendía alegar que podía aplazar la modificación de su legislación, exigida por el párrafo 9 del artículo 70 del Acuerdo sobre los ADPIC, debido a las diferencias entre el texto de esta disposición y el texto de los demás artículos del Acuerdo sobre los ADPIC. En concreto, la India alegaba que, mientras que las demás disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC exigían expresamente la modificación de las leyes internas, el párrafo 9 del artículo 70 no lo hacía.[279]

4.474 Los Estados Unidos observan que el Órgano de Apelación rechazó este argumento, afirmando al inicio de su examen que "los argumentos de la India deben examinarse a la luz del párrafo 4 del artículo XVI del *Acuerdo sobre la OMC*" citando a continuación esta disposición.[280] El párrafo 4 del artículo XVI ayudaba así a aclarar que la India no podía basarse en supuestas diferencias en los términos de los acuerdos para retrasar el cumplimiento.

4.475 Según los Estados Unidos, además de desempeñar esta función general de establecer el contexto de las demás disposiciones de los acuerdos, el párrafo 4 del artículo XVI impone a los Miembros la obligación de examinar la legislación vigente en el momento en que entró en vigor el Acuerdo para asegurarse de que las leyes, reglamentos y procedimientos administrativos vigentes

---

en los Miembros de la OMC y, por consiguiente, deben tenerse en cuenta cuando son pertinentes para una diferencia". Informe del Grupo Especial *Japón - Bebidas alcohólicas*, *op. cit.*, página 18.

[279] Informe del Órgano de Apelación *India - Patentes (EE.UU.)*, *op. cit.*, párrafo 78.

[280] *Ibid*., párrafo 79.

efectivamente son compatibles con las obligaciones que corresponden a los Miembros en la OMC, y cuando esas leyes no lo son, ponerlas en conformidad.

4.476 En respuesta a una nueva pregunta del Grupo Especial acerca de cuál sería la utilidad y el significado del párrafo 4 del artículo XVI si la existencia o no de esta disposición no estableciera ninguna diferencia, los Estados Unidos alegaron que en lo que respecta a la aplicación *ratione temporis* del Acuerdo sobre la OMC, y no en lo que respecta a la "anterioridad" o a la supresión de la legislación imperativa, el párrafo 4 del artículo XVI establece una mayor claridad con respecto a la necesidad de poner las medidas incompatibles en conformidad a partir del 1º de enero de 1995. El Órgano de Apelación consideró en el caso *India - Patentes (EE.UU.)* que esta disposición es útil para aclarar posibles ambigüedades de otras disposiciones que podrían interpretarse de forma que permitieran el aplazamiento del cumplimiento. La disposición también desempeña la útil función de establecer, a través del Acuerdo sobre la OMC que lo abarca todo, que ninguno de los acuerdos anexos está sometido a una cláusula de anterioridad, no sólo el GATT de 1994.

4.477 Los Estados Unidos añaden que mediante las disposiciones del párrafo 4 del artículo XVI se convirtieron los principios del artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en vinculantes jurídicamente para todos los Miembros de la OMC, aunque no todos estos Miembros sean partes en la Convención de Viena.[281]

4.478 Los Estados Unidos alegan además que, aparte de esto, otra función que desempeña el párrafo 4 del artículo XVI es la indicada por las observaciones de Frieder Roessler, antiguo Director de la División de Asuntos Jurídicos de la Secretaría del GATT, quien explicó lo siguiente:

> "En los Acuerdos de la Ronda de Tokio sobre subvenciones y antidumping había disposiciones semejantes [al párrafo 4 del artículo XVI][282], que en general se interpreta que obligaban a las partes en estos Acuerdos a adoptar leyes, reglamentos y procedimientos que les permitieran actuar en conformidad con las obligaciones que les imponían estos Acuerdos. La principal función de estas disposiciones era permitir que los comités establecidos por los Acuerdos examinaran la legislación de las partes y no sólo las prácticas establecidas de conformidad con esta legislación."[283]

4.479 Los Estados Unidos afirman además que igualmente la inclusión del párrafo 4 del artículo XVI deja claro que las leyes de los Miembros, y no sólo la aplicación de esas leyes, pueden ser objeto de exámenes por los distintos comités de la OMC.

4.480 Los Estados Unidos observan además que en el caso *Comunidades Europeas - Bananos III*, el Órgano de Apelación examinó el párrafo 1 del artículo 4 del Acuerdo sobre la Agricultura, que establece lo siguiente:

> "Las concesiones sobre acceso a los mercados consignadas en las Listas se refieren a consolidaciones y reducciones de los aranceles y a otros compromisos en materia de acceso a los mercados, según se especifique en ellas."

---

[281] Los Estados Unidos señalan, como ejemplo, que ellos no son parte.

[282] (Nota del original) El párrafo 6) del artículo 16 del Código Antidumping y el párrafo 5) del artículo 19 del Acuerdo sobre Subvenciones y Derechos Compensatorios.

[283] Frieder Roessler, *The Agreement Establishing the World Trade Organization*, *en* The Uruguay Round Results, A European Lawyers' Perspective 67, 80 (Jacques H.J. Bourgeois, Frédérique Berrod y Eric Gippini Fournier eds. 1995) (se han añadido los subrayados).

4.481 Los Estados Unidos observan que las Comunidades Europeas habían alegado que el párrafo 1 del artículo 4 es una disposición sustantiva que, leída en el contexto del párrafo 1 del artículo 21 del Acuerdo sobre la Agricultura (que establece que las disposiciones del GATT de 1994 "se aplicarán […] a reserva de las disposiciones del presente acuerdo"), demostraba que las Listas de concesiones sustituían a las disposiciones del artículo XIII del GATT de 1994.[284] En consecuencia, las Comunidades Europeas pretendían que los contingentes arancelarios previstos en su Lista no estarían sometidos al artículo XIII.[285] El Órgano de Apelación disintió. Según sus conclusiones, "el párrafo 1 del artículo 4 se limita a indicar el lugar donde se encuentran las concesiones y compromisos en materia de acceso a los mercados en relación con la agricultura".[286] A continuación, el Órgano de Apelación añadía: "Si los negociadores hubieran tenido intención de permitir a los Miembros que actuaran de forma incompatible con el artículo XIII del GATT de 1994, lo hubieran indicado expresamente."[287]

4.482 Los Estados Unidos pretenden que la interpretación dada por el Órgano de Apelación al párrafo 1 del artículo 4 demuestra el hecho de que a veces una disposición de un acuerdo puede tener un objetivo limitado y que no deben extraerse obligaciones de una disposición salvo si el texto fundamenta expresamente tal interpretación. Igualmente, el párrafo 4 del artículo XVI no establece, en sus términos, que haya una obligación de "aportar seguridad y previsibilidad", y no puede deducirse tal obligación simplemente para dar mayor utilidad a esta disposición.

4.483 Los Estados Unidos vuelven a remitirse al testimonio del profesor Jackson ante el Comité de Hacienda del Senado, en el que llegaba a la conclusión de que "quizá pueda ser necesario introducir algunas alteraciones en algunos plazos, o medidas de transición, pero la estructura básica del artículo 301 no es necesariamente incompatible con los resultados de la Ronda Uruguay", y que incluso si se considerara el artículo 301 "en su actual forma legal" (es decir, antes de las enmiendas de 1994), "el Ejecutivo aparentemente dispone de la capacidad discrecional necesaria para aplicar medidas de conformidad con el artículo 301 de forma compatible con el proyecto de entendimiento sobre solución de diferencias de la Ronda Uruguay y sus nuevas normas".[288] Por tanto, el Profesor Jackson consideraba que con unos pocos cambios menores el artículo 301 sería compatible con las obligaciones que corresponden a los Estados Unidos en la OMC. Está claro que no creía que ninguna disposición del Acuerdo sobre la OMC y sus anexos, incluido el párrafo 4 del artículo XVI exigiera cambios importantes en la legislación.

4.484 En respuesta a una pregunta del Grupo Especial acerca de cuándo podría considerarse que un Miembro ha infringido el párrafo 4 del artículo XVI, los Estados Unidos responden que precisamente en la situación planteada por las Comunidades Europeas cuando piden al Grupo Especial que determine:

> "sobre la base de esas constataciones [con respecto al artículo 23 del ESD y los artículos I, II, III, VIII y XI del GATT] que los Estados Unidos, al no poner la Ley de Comercio Exterior de 1974 en conformidad con las obligaciones dimanantes del artículo 23 del ESD y los artículos I, II, III, VIII y XI del GATT de 1994, han actuado

[284] *Véase* el Informe del Órgano de Apelación *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos ("Comunidades Europeas - Bananos III*", adoptado el 27 de septiembre de 1997, WT/DS27/AB/R, párrafo 20.

[285] *Ibid.*

[286] *Ibid.*, párrafo 156.

[287] *Ibid.*, párrafo 157.

[288] Testimonio del Profesor Jackson, página 200.

> de forma incompatible con las obligaciones dimanantes de estas disposiciones y del párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC […]" (se han añadido los subrayados)

4.485 En opinión de los Estados Unidos, en otras palabras, el hecho de que un Miembro no haya puesto en conformidad una medida incompatible con las obligaciones que le corresponden en virtud de un acuerdo anexo constituirá una infracción del párrafo 4 del artículo XVI. Por ejemplo, el Acuerdo sobre los ADPIC obliga a los Miembros de la OMC a establecer un plazo de protección de las patentes que se extienda por lo menos 20 años contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud correspondiente y obliga a cada Miembro a reconocer este plazo mínimo de vigencia a todas las patentes en vigor en la fecha de aplicación del Acuerdo por ese Miembro. Según la Ley de Patentes del Canadá, el plazo de vigencia de las patentes concedidas en función de solicitudes presentadas antes del 1º de octubre de 1989 es sólo de 17 años contados a partir de la fecha en que se concedió la patente. Los Estados Unidos consideran que el Canadá, al no poner su legislación en conformidad con las obligaciones que le corresponden en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC, ha infringido el párrafo 4 del artículo XVI. A la misma conclusión podría llegarse si se tratara del incumplimiento de otras disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC; si se tratara del incumplimiento de la obligación de eliminar las MIC notificadas, al término del período previsto en el párrafo 2 del artículo 5 del Acuerdo sobre las MIC; o si se tratara del no cumplimiento total de las obligaciones con respecto a la valoración en aduana que supone el Acuerdo correspondiente.

4.486 **Las Comunidades Europeas subrayan** que los argumentos de los Estados Unidos son tanto nuevos como incorrectos, como ya podía observarse en el informe de la reunión interna de 11 de noviembre de 1993 del delegado de los Estados Unidos, que constituye la prueba documental 23 de los Estados Unidos. Esta prueba documental demuestra, en particular, que varios participantes en la Ronda Uruguay, incluidas las Comunidades Europeas, se esforzaban por lograr un reforzamiento del párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC más allá de la "obligación natural dimanante del derecho internacional" que encontraba su fuente en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Esta "obligación natural" está ya incorporada en la OMC en virtud de la segunda oración del párrafo 2 del artículo 3 del ESD, que establece que "[l]os Miembros reconocen que [el sistema de solución de diferencias] sirve para […] aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público". Por tanto, la respuesta de los Estados Unidos aparentemente es un intento de retroceder con respecto a los logros de la Ronda Uruguay.

4.487 **Los Estados Unidos rechazan** la alegación de las Comunidades Europeas de que los principios del artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados han sido incorporados en la OMC a través de la segunda oración del párrafo 2 del artículo 3 del ESD y que, por consiguiente, el párrafo 4 del artículo XVI no tiene por qué servir a ese fin. Sin embargo, el párrafo 2 del artículo 3 del ESD establece que el sistema de solución de diferencias aclare las disposiciones de la OMC "de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público". El artículo 26 no es una norma usual de interpretación de ese tipo. Como explicó el Órgano de Apelación en los casos *Estados Unidos - Gasolina* y *Japón - Bebidas alcohólicas*, estas normas de interpretación están reflejadas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena, que de hecho se titulan "Regla general de interpretación" y "Medios de interpretación complementarios", respectivamente.[289] En la medida en que el artículo 26 no es una norma de interpretación de ese tipo, no puede interpretarse que la segunda oración del párrafo 2 del artículo 3 del ESD haga referencia al mismo. Por tanto, la alegación de las Comunidades Europeas no socava el valor de la afirmación de los Estados Unidos de que el párrafo 4 del artículo XVI hace vinculantes para todos los Miembros de la OMC, incluidos los Miembros que no son partes en la Convención de Viena, los principios del

[289] Los Estados Unidos citan el Informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos - Gasolina*, *op. cit.*, páginas 18 y 19; y el Informe del Órgano de Apelación *Japón - Bebidas alcohólicas*, *op. cit.*, páginas 13 a 15.

artículo 26 de dicha Convención. Merece la pena señalarse que durante las negociaciones de 1991 a 1993, el negociador de los Estados Unidos señaló expresamente a la atención de las demás delegaciones que los Estados Unidos no son parte en la Convención de Viena.

4.488 Los Estados Unidos responden a la petición del Grupo Especial de que den ejemplos de casos en que tomaron medidas de conformidad con el argumento de los Estados Unidos de que las determinaciones formuladas con arreglo al artículo 304 tienen que hacerse dentro del plazo de 18 meses pero se puede esperar para publicarlas a que concluyan los procedimientos de la OMC, así como a la pregunta del Grupo Especial sobre la razón por la que los Estados Unidos no publican un aviso inmediatamente, por ejemplo antes de que concluyan los procedimientos de la OMC, dando así a los Miembros seguridades de que los Estados Unidos esperarán a que concluyan los procedimientos de la OMC antes de formular una determinación definitiva. Los Estados Unidos indican que no pueden dar un ejemplo de las pocas investigaciones que se han realizado con arreglo al artículo 302 desde el 1º de enero de 1995. El artículo 23 del ESD no obliga a dar seguridades; el propio artículo 23 contribuye a dar esas seguridades. En otras palabras, el compromiso de los Estados Unidos de cumplir el artículo 23 del ESD, unido a la posibilidad de recurrir a procedimientos eficaces para la solución de diferencias en el caso de que los Estados Unidos no respetaran ese artículo, constituyen las seguridades mismas que se necesitan en esta cuestión. Además, los Estados Unidos, aunque no están obligados a hacerlo con arreglo a las normas de la OMC, han ido más allá de las obligaciones que se les imponen en la OMC al dar seguridades consistentes en las prescripciones legales estadounidenses que exigen que se recurra a los procedimientos de solución de diferencias y que las determinaciones en el sentido de que se han negado derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de las normas de la OMC se basen en las constataciones de grupos especiales y del Órgano de Apelación adoptadas por el OSD. Las Comunidades Europeas han reconocido que el párrafo 4 del artículo XVI no impone ninguna obligación de limitar a ese respecto el ejercicio de las facultades discrecionales. No obstante, los Estados Unidos lo han hecho. Esa es la razón por la que el Profesor Jackson llegó a la conclusión de que el artículo 301 "es una medida constructiva para la política comercial de los Estados Unidos y para la política comercial mundial".[290]

4.489 Los Estados Unidos indican que ninguna demora en la publicación de una determinación hace que cambie nada de esto. Los Estados Unidos siguen estando sometidos a su obligación internacional de cumplir el artículo 23 del ESD (no formular de hecho determinaciones proscritas ni tomar de hecho medidas proscritas), la legislación estadounidense continúa obligando a basarse en las constataciones adoptadas por el OSD, y sigue siendo posible recurrir al sistema de solución de diferencias tanto para evitar que se adopten medidas incompatibles con las normas de las OMC como para remediar cualquiera de tales medidas. De todas formas, en definitiva la cuestión no es si los artículos 301 a 310 dan "seguridades suficientes", sino si los artículos 301 a 310 exigen que se tomen medidas incompatibles con el artículo 23 del ESD. La fecha de la publicación, o incluso de la propia determinación, carece de importancia a esos efectos. En el artículo 23 del ESD se establecen unas condiciones aplicables a las determinaciones "de que se ha producido una infracción" y a la suspensión de concesiones. Ahora bien, a este Grupo Especial no se le ha sometido ninguna determinación efectiva en el sentido de que se ha producido una infracción ni ninguna suspensión efectiva de concesiones. Y la Ley sometida a la consideración del Grupo Especial no exige que se cometa ninguna infracción ni que se suspenda ninguna concesión. Ni en el texto del artículo 23 del ESD ni en el texto de los artículos 301 a 310 hay base alguna para constatar que la Ley infringe la disposición citada por las Comunidades Europeas o cualquier otra disposición.[291]

[290] *Jackson Testimony, op. cit.*, 200.

[291] Véanse también los demás argumentos de las partes expuestos en los párrafos 4.760 a 4.791 *infra*.

2. Artículo 304

a) Análisis general

4.490 **Las Comunidades Europeas afirman** que el USTR está obligado a actuar unilateralmente cuando los resultados de los procedimientos de solución de diferencias de la OMC no están disponibles dentro de los plazos fijados en los artículos 301 a 310.[292]

4.491 Las Comunidades Europeas señalan, en primer lugar, que el artículo 304 (a) (2) (A) dispone, en la parte pertinente, lo siguiente:

> "[…] el Representante para las Cuestiones Comerciales […] determinará […] si se están negando los derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo comercial […] cuando se trate de una investigación en la que intervenga un acuerdo comercial,
>
> i) treinta días después de la fecha en que haya concluido el procedimiento de solución de diferencias, o
>
> ii) dieciocho meses después de la fecha en que se haya iniciado la investigación, si este plazo es inferior al anterior".

4.492 Las Comunidades Europeas declaran seguidamente que el artículo 303 dispone que la decisión de iniciar la investigación y la solicitud de celebración de consultas de conformidad con el párrafo 3 del artículo 4 del ESD han de tener lugar normalmente el mismo día. Si se presenta con demora la solicitud de celebración de consultas, se amplía en la misma medida el plazo de 18 meses.

4.493 Las Comunidades Europeas alegan que el artículo 304 (a) (2) (A) impone, en consecuencia, al USTR la obligación de formular una determinación 18 meses después de la solicitud de celebración de consultas sobre la denegación de los derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo de la OMC, incluso si el OSD no ha adoptado un informe con constataciones al respecto dentro de ese plazo.

4.494 Las Comunidades Europeas afirman además que, con arreglo al texto y a la finalidad del artículo 304, después de un máximo de 18 meses el USTR ha de formular una determinación sobre si se han negado derechos que corresponden a los Estados Unidos, se haya concluido o no en ese momento el procedimiento de solución de diferencias de la OMC.

4.495 Las Comunidades Europeas señalan que el texto no dice en ninguna parte que la determinación haya de ser negativa si al expirar el plazo de 18 meses no ha concluido el procedimiento de la OMC.

4.496 A juicio de las Comunidades Europeas, al disponer expresamente que la determinación ha de formularse, bien 30 días después de la fecha en que haya concluido el procedimiento de la OMC (en

[292] Las Comunidades Europeas señalan que su reclamación no se refiere a las disposiciones de los artículos 301 a 310 que están en conformidad con los principios enunciados en el artículo 23. Esto se aplica en particular al artículo 303 (a), conforme al cual el USTR ha de atenerse al ESD en los asuntos en que intervenga un acuerdo comercial, y también se aplica al artículo 304 (a) (1) (A), conforme al cual la determinación del USTR en el sentido de que se están negando derechos o ventajas que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo de la OMC ha de basarse no sólo en las investigaciones y en las consultas celebradas con el país de que se trate sino también en el procedimiento de solución de diferencias de la OMC, y al artículo 301 (a) (2) (A), conforme al cual el USTR no está obligado a adoptar medidas en los casos en que el OSD haya adoptado un informe en el que se constate que no se están negando derechos o ventajas que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo de la OMC.

cuyo caso se pueden tener en cuenta los resultados de ese procedimiento), bien una vez expirado un plazo de 18 meses (lo que significa que en ciertos casos no será posible tener en cuenta los resultados del procedimiento de la OMC), si este plazo es inferior al anterior, el legislador ha expresado claramente su intención de que en este último caso el USTR adelante y formule una determinación sustantiva aun cuando no se conozcan todavía los "resultados" del procedimiento de la OMC.

4.497 Las Comunidades Europeas concluyen, pues, que hay que suponer que, dada la redacción de la Ley, así como su concepción, su organización y su estructura, que es reveladora, si la intención del legislador hubiera sido diferente, como afirman los Estados Unidos, el Congreso lo habría declarado expresamente.

4.498 Las Comunidades Europeas afirman además que, como mínimo, el texto es tan poco claro y tan ambiguo que los agentes económicos y los gobiernos extranjeros entienden que impone al USTR la obligación de formular una determinación unilateral en el sentido de que se han negado derechos que corresponden a los Estados Unidos incluso en el caso de que no se haya adoptado ninguna decisión en la OMC. A ese respecto, el texto no proporciona un "sólido fundamento legal" (para la aplicación del artículo 23 del ESD), como lo exigió el Órgano de Apelación en el asunto *India - Patentes (EE.UU.)*.

4.499 **Los Estados Unidos señalan** las numerosas presunciones en que se basa el argumento de las Comunidades Europeas. En la prueba documental 10 de los Estados Unidos, que se reproduce parcialmente aquí, se resumen esas presunciones. Los Estados Unidos argumentan que, para que prevalezca cada una de las alegaciones de las CE, tienen que ser correctas todas las presunciones de las CE; ahora bien, ninguna de ellas es correcta.

Opinión de los Estados Unidos sobre las presunciones o errores de cálculo de las Comunidades Europeas

Alegación de las CE	**Disposiciones pertinentes de la OMC**	**Presunciones o errores de cálculo de las CE**
El plazo de 18 meses establecido en el artículo 304 (a) (2) (A) exige que el USTR determine que se ha producido una infracción, determinación que es incompatible con el párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD.	Párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD: 1) Determinación de que se ha producido una infracción 2) Determinación incompatible con las constataciones adoptadas de un grupo especial, del Órgano de Apelación o de un laudo arbitral	**Presunción 1) de las CE**: La determinación formulada por el USTR con arreglo al artículo 304 (a) (1) ha de ser una determinación de que se ha producido una infracción, incluso aunque el OSD no haya adoptado todavía las constataciones de un grupo especial o del Órgano de Apelación. En realidad, el USTR está obligado a basar su determinación en los procedimientos de solución de diferencias y puede formular una cualquiera de una serie de determinaciones - incluso la determinación de poner término a una investigación- si no se han concluido esos procedimientos. **Presunción 2) de las CE**: El plazo máximo para la solución de diferencias es de 19,5 meses, no de 18 meses. - las CE suponen que los grupos especiales pueden prorrogar los procedimientos tres meses, en vez de dos meses; - las CE suponen que las reuniones del OSD siempre tienen lugar el último día autorizado con arreglo al ESD, aun cuando las reuniones ordinarias tienen lugar más frecuentemente; - las CE suponen que los Estados Unidos no pueden pedir que se reúna el OSD.

Alegación de las CE	Disposiciones pertinentes de la OMC	Presunciones o errores de cálculo de las CE
		En realidad, el plazo máximo es de 18 meses, y puede ser menor, dado que el OSD celebra reuniones ordinarias y que los Miembros pueden pedir que el OSD se reúna. **Presunción 3) de las CE**: El USTR no puede iniciar procedimientos para la solución de diferencias en el marco de la OMC antes de iniciar una investigación con arreglo al artículo 301. En realidad, el USTR puede iniciar procedimientos para la solución de diferencias antes de iniciar una investigación con arreglo al artículo 301.

4.500 En opinión de los Estados Unidos, la primera serie de presunciones de las Comunidades Europeas está relacionada con su afirmación de que el artículo 304 obliga a infringir el párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD. Las CE alegan que el artículo 304 obliga al USTR a formular, en un plazo de 18 meses contados a partir de la iniciación de una investigación de conformidad con el artículo 302, una determinación en el sentido de que se han conculcado derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo comercial, siendo así que el ESD establece en algunos casos un plazo más largo para la finalización y adopción de los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación.

4.501 Los Estados Unidos rechazan la suposición de las Comunidades Europeas, su suposición fundamental, de que el artículo 304 exige que el USTR formule una determinación afirmativa en el sentido de que se han negado derechos que se reconocen a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo incluso aunque el OSD no haya adoptado constataciones de un grupo especial o del Órgano de Apelación a tal efecto. Es importante reconocer que el párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD no prohíbe que se formulen determinaciones en el sentido de que no se ha producido una infracción, ni prohíbe que se describa exactamente un proceso que esté en curso. El párrafo 2 a) del artículo 23 prohíbe formular determinaciones en el sentido de que otro Miembro de la OMC ha infringido las obligaciones que se le imponen en la OMC a menos que se hayan seguido las normas y procedimientos del ESD. En otras palabras, el párrafo 2 a) del artículo 23 se refieren solamente a la constatación de una infracción.

4.502 Los Estados Unidos señalan que las Comunidades Europeas no hacen absolutamente ningún intento de explicar cómo los artículos 301 a 310 imponen tal determinación. Las Comunidades Europeas meramente suponen que el USTR, al determinar "si" se han negado derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo, ha de formular una determinación afirmativa. Las Comunidades Europeas, a menos que puedan explicar por qué, con arreglo a la legislación estadounidense, esa suposición es correcta, habrán incumplido su obligación respecto de la carga de la prueba en lo que se refiere a esa alegación. Los Estados Unidos reiteran que el USTR tiene plena libertad para formular cualquier determinación, incluso una determinación negativa, si el OSD no ha adoptado todavía constataciones de un grupo especial o del Órgano de Apelación.

4.503 Los Estados Unidos señalan que las Comunidades Europeas también formulan presunciones sobre los plazos fijados en el artículo 301 y en el ESD. Sin embargo, como el artículo 304 no obliga a formular una determinación positiva, estos plazos sencillamente no tienen trascendencia para la decisión del Grupo Especial. No obstante, aunque no fuera así, el plazo de 18 meses que establecen las disposiciones legales no impiden al USTR cumplir letra por letra las normas y procedimientos que establece el ESD. El cálculo hecho por las Comunidades Europeas del tiempo que puede retrasar un grupo especial sus actuaciones es incorrecto por un mes. Además, las Comunidades Europeas ignoran

el hecho de que las reuniones del OSD normalmente se celebran cada mes y presuponen, en cambio, que las reuniones del OSD no se celebrarán hasta el último día permitido por el ESD. Las Comunidades Europeas presuponen también que los Estados Unidos no intentarán influir en el calendario de reuniones del OSD. Por último, las Comunidades Europeas ignoran el hecho de que los artículos 301 a 310 no impiden que el USTR inicie un procedimiento de solución de diferencias antes de iniciar una investigación de conformidad con el artículo 301. Por tanto, dejando totalmente aparte el hecho de que las Comunidades Europeas no pueden presuponer que el USTR formulará siempre una determinación positiva, los plazos establecidos por la legislación estadounidense, de hecho, permiten al USTR basar sus determinaciones en las constataciones adoptadas de los grupos especiales y del Órgano de Apelación. Los plazos del ESD fueron negociados teniendo en cuenta este marco temporal de 18 meses y las Comunidades Europeas y otros países eran muy conscientes de este hecho durante la Ronda Uruguay.

4.504 Los Estados Unidos indican además que el artículo 304 (a) (1) de la Ley de Comercio Exterior de 1974 no obliga a las autoridades de los Estados Unidos a incumplir las obligaciones impuestas por el texto del párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD. No obliga al USTR a determinar, en el sentido del párrafo 2 a) del artículo 23, que otro Miembro de la OMC esté negando derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo cuando no hay recomendaciones ni decisiones del OSD a tal efecto.

4.505 Los Estados Unidos recuerdan que las Comunidades Europeas pidieron al Grupo Especial que constatase que el artículo 304 (a) (2) (A)

> "es incompatible con el artículo 23 del ESD porque exige que el USTR determine si otro Miembro niega derechos o ventajas conferidos por un acuerdo de la OMC independientemente de que el OSD haya adoptado constataciones de un grupo especial o del Órgano de Apelación sobre la cuestión." (se ha añadido el subrayado)

4.506 Los Estados Unidos subrayan que la formulación de las Comunidades Europeas es errónea porque supone que "si" significa "que". Al exigir que el USTR determine si se han negado derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo comercial, la Ley no obliga al USTR a llegar a la conclusión de que se han negado tales derechos. Al no haber una determinación concreta en el sentido de que otro Miembro ha infringido las obligaciones que se le imponen en la OMC ni una disposición imperativa de la ley en el sentido de que haya que formular esa determinación específica, simplemente no hay nada que el Grupo Especial pueda contrastar con las prescripciones del párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD. Lo más que se han acercado las Comunidades Europeas a argumentar que el artículo 304 (a) (1) obliga a formular una determinación en el sentido de que se ha cometido una infracción es su afirmación de que la determinación hecha conforme al artículo 304 (a) (1) ha de basarse en los resultados de la investigación realizada conforme al artículo 302. Sin embargo, esto no es en modo alguno un argumento, porque la investigación no se concluirá sin las decisiones y recomendaciones del OSD que el USTR está obligado a consultar con arreglo al artículo 303 (a) y en las que tiene que basarse conforme al artículo 304 (a) (1), como reconocieron las Comunidades Europeas. El artículo 304 (a) (2) (A) no es incompatible con el párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD porque el artículo 304 (a) (1) no obliga a formular una determinación en el sentido de que se ha cometido una infracción.

b) Facultad discrecional de no formular una determinación de existencia de infracción

i) Interpretación del artículo 304

4.507 **Las Comunidades Europeas afirman** que en los artículos 301 a 310 no hay nada que permita al USTR formular sus determinaciones sobre cualquier otra base, por ejemplo basándose en una demora habida en los procedimientos de solución de diferencias de la OMC. En efecto, los Estados Unidos hacen la asombrosa afirmación de que el USTR puede, conforme a los artículos 301

a 310, determinar que no se han negado derechos ni se ha incumplido una recomendación del OSD porque no se ha dado cima al procedimiento de solución de diferencias de la OMC.

4.508 Las Comunidades Europeas sostienen que no sería lógico interpretar los artículos 301 a 310 en el sentido de que autorizan a formular determinaciones sobre la compatibilidad de medidas con las normas de la OMC basándose en factores que son totalmente ajenos a la clara redacción de la ley y que, en consecuencia, no hacen al caso a los efectos de tales determinaciones.

4.509 Las Comunidades Europeas argumentan que los artículos 301 a 310, tal como aparecen en la recopilación legislativa de los Estados Unidos, no pueden calificarse de disposiciones de carácter facultativo.

4.510 Las Comunidades Europeas afirman en primer lugar que los Estados Unidos han afirmado, por ejemplo, de forma no convincente que el USTR tiene de algún modo "libertad" para no formular una constatación en el sentido de que se han negado derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo en una situación en que los resultados de una investigación emprendida con arreglo al artículo 302 no apoyan la formulación de tal determinación. Aun menos convincente es el argumento de los Estados Unidos de que el USTR podría aplazar la formulación de tal determinación hasta que hubiera concluido el procedimiento de solución de diferencias en la OMC o podría poner fin a la investigación sin hacer absolutamente ninguna determinación y, en vez de ello, iniciar una nueva investigación.

4.511 Las Comunidades Europeas añaden que las disposiciones pertinentes de la Ley de Comercio Exterior de 1974 sencillamente no apoyan ninguna de esas alegaciones. Es asombroso que los propios Estados Unidos no mencionen ninguna disposición de la ley que corrobore tal interpretación, que de hecho es contraria a los términos expresos y a la finalidad declarada de esa ley.

4.512 En consecuencia, el argumento de las Comunidades Europeas es que los artículos 301 a 310 no tienen verdaderamente carácter facultativo, por cuanto disponen que el USTR tome decisiones de forma tal que no puede evitar la adopción de medidas incompatibles con las normas de la OMC en situaciones en que se rebasen los plazos establecidos en los artículos 304 (a) (1) y 306 (b).

4.513 A juicio de las Comunidades Europeas, tiene poca importancia lo que el USTR haya hecho efectivamente en tales situaciones, puesto que los términos de la ley son tales que limitan cualquier facultad discrecional marginal que pudiera tener el USTR, de forma que éste se ve obligado a optar entre infringir la ley o infringir las normas de la OMC. Este elemento de "elección diabólica" es lo que hace que una ley sea incompatible con las normas de la OMC, al margen de que se califique a esa ley de disposición facultativa o de disposición imperativa.

4.514 En segundo lugar, las Comunidades Europeas señalan que los Estados Unidos, para refutar la interpretación dada por las Comunidades Europeas al texto de los artículos 301 a 310, afirmaron lo siguiente:

> "[…] el Representante para las Cuestiones Comerciales está obligado, en virtud del artículo 304 (a) (1), a basarse, para formular su determinación sobre si se han negado derechos conferidos por un acuerdo, en los resultados del procedimiento pertinente de solución de diferencias de la OMC. El Representante para las Cuestiones Comerciales lo ha hecho, hasta la fecha, en todos los asuntos planteados en el GATT y en la OMC en los que los Estados Unidos han sido parte demandante. Así pues, en el caso de que un grupo especial encargado de la solución de una diferencia no concluyese sus actuaciones dentro de los plazos establecidos en el ESD y en el artículo 304 (a) (2) (A), el Representante para las Cuestiones Comerciales no podría formular una determinación en el sentido de que se han negado derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo."

4.515 Las Comunidades Europeas consideran que el texto de los artículos 301 a 310 no apoya tal descripción de la situación de hecho y de derecho.

> "El artículo 304 (a) es aplicable en dos casos:
>
> a) en la fase inicial después de concluirse la investigación inicial, y
>
> b) conforme al artículo 306 (b) (2) y, por remisión, al artículo 306 (b) (1), en la fase ulterior de 'vigilancia del cumplimiento'."

4.516 Las Comunidades Europeas consideran procedente citar *in extenso* el texto de las disposiciones pertinentes del artículo 304 (a) (1):

> "(a) Disposiciones generales
>
> (1) Sobre la base de las investigaciones que se inicien de conformidad con el artículo 2412 [artículo 302] y de las consultas (y de los procedimientos, en su caso) que se entablen de conformidad con el artículo 2413 [artículo 303], el Representante para las Cuestiones Comerciales:
>
> (A) Determinará:
>
> (i) si se están negando los derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo comercial […]." (se han añadido los subrayados)

4.517 Las Comunidades Europeas señalan seguidamente que el artículo 304 (a) (2) dispone lo siguiente:

> "(2) El Representante para las Cuestiones Comerciales formulará las determinaciones exigidas por el párrafo 1) en las siguientes fechas, o antes:
>
> (A) cuando se trate de una investigación en la que intervenga un acuerdo comercial,
>
> (i) 30 días después de la fecha en que haya concluido el procedimiento de solución de diferencias, o
>
> (ii) 18 meses después de la fecha en que se haya iniciado la investigación, si este plazo es inferior al anterior […]." (se han añadido los subrayados)

4.518 Las Comunidades Europeas argumentan que las frases iniciales del artículo 304 imponen al USTR la obligación ("determinará") de determinar, "sobre la base de las investigaciones que se inicien de conformidad con el artículo 302", si se están negando derechos que corresponden a los Estados Unidos.

4.519 En apoyo de su argumento, las Comunidades Europeas señalan que las palabras

> "(y de los procedimientos, en su caso) que se entablen de conformidad con el artículo 303" (se ha añadido el subrayado),

que aparecen en el artículo 304 (a) (1), remiten expresamente al artículo 303 ("Consultas a raíz de la iniciación de una investigación"), y que, conforme al artículo 303 (a) (2) (B), el USTR

> "solicitará con prontitud que se inicien las actuaciones sobre la cuestión, de conformidad con los procedimientos formales de solución de diferencias previstos en dicho acuerdo". (se han añadido los subrayados)

4.520 Las Comunidades Europeas declaran que, conforme al artículo 304, la determinación obligatoria ("determinará") que ha de hacer el USTR sobre si se están negando derechos que corresponden a los Estados Unidos no es facultativa, sino que tiene que basarse en los resultados de la investigación (en la que los intereses de la rama de actividad nacional son decisivos) y, "en su caso", en los "procedimientos" que se entablen de conformidad con el artículo 303. Además, según el artículo 304 (a) (2), esa determinación ha de promulgarse dentro de aquél de los plazos que se mencionan que sea "inferior".

4.521 Las Comunidades Europeas argumentan que, evidentemente, el resultado de la investigación no es facultativo, ya que el USTR no tiene libertad para determinar independientemente de los hechos si existe o no la situación en cuestión. Antes bien, el USTR tiene la obligación de determinar si existe una situación fáctica: pensar tan siquiera que una autoridad a la que se han conferido poderes de investigación sobre situaciones fácticas tiene facultades discrecionales en lo que concierne a los resultados efectivos de la investigación equivaldría a sustituir el principio de legalidad por la arbitrariedad.

4.522 Las Comunidades Europeas añaden que los Estados Unidos han declarado oficialmente, tanto en el proceso de examen con arreglo al ESD como en este foro, que no consideran que sea obligatorio que ningún grupo especial actúe con arreglo a los procedimientos formales de solución de diferencias en la fase de "vigilancia del cumplimiento" para determinar si un Miembro de la OMC ha incumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD. Ahora bien, en el sistema de solución de diferencias de la OMC no se puede recurrir a ningún otro procedimiento a tal efecto a petición de la parte demandante original. El artículo 303, al que se hace referencia en el artículo 304 (a) (1), exige claramente que haya una solicitud positiva del USTR a fin de que el procedimiento de solución de diferencias sea "aplicable" en el contexto del artículo 304.

4.523 **Los Estados Unidos alegan**, en relación con los argumentos que anteceden de las Comunidades Europeas, que las CE afirman que el artículo 304 (a) (2) (A) infringe el artículo 23 del ESD, en particular su párrafo 2 a), porque exige que el USTR determine, dentro de los 18 meses siguientes a la solicitud de celebración de consultas, si se han negado derechos que corresponden a otro Miembro de la OMC en virtud de un acuerdo de la OMC, incluso si el OSD no ha adoptado un informe con constataciones al respecto dentro de ese plazo. Esa afirmación se basa en numerosos errores de cálculo y suposiciones no corroboradas.

4.524 Los Estados Unidos argumentan que de la formulación de las Comunidades Europeas no se desprende, a primera vista, que se haya infringido el artículo 23, puesto que se afirma solamente que el USTR ha de determinar dentro de los plazos prescritos si se han negado derechos que corresponden a los Estados Unidos, y no que el USTR haya de determinar que se han negado tales derechos. Nada de lo dispuesto en los artículos 301 a 310 obliga al USTR a constatar, cuando el OSD no ha adoptado las constataciones de un grupo especial o del Órgano de Apelación, que se han negado derechos a los Estados Unidos. En consecuencia, independientemente de la relación que exista entre los plazos establecidos en el artículo 304 (a) (2) (A) y los establecidos en el ESD, las CE no pueden llegar a la conclusión de que esos plazos entrañan necesariamente una transgresión del artículo 23.

4.525 Los Estados Unidos recuerdan que el párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD dispone que los Miembros:

> a) no formularán una determinación de que se ha producido una infracción, se han anulado o menoscabado ventajas o se ha comprometido el cumplimiento de uno de los objetivos de los acuerdos abarcados, excepto mediante el recurso a la solución

> de diferencias de conformidad con las normas y procedimientos del presente Entendimiento, y formularán tal determinación de forma coherente con las constataciones que figuren en el informe del grupo especial o del Órgano de Apelación, adoptado por el OSD, o en el laudo arbitral dictado con arreglo al presente Entendimiento.

4.526 Los Estados Unidos argumentan que, para que exista una infracción del párrafo 2 a) del artículo 23: 1) tiene que haber una determinación en el sentido de que se ha infringido un acuerdo de la OMC, y 2) esa determinación tiene que ser incompatible con las constataciones que figuren en el informe, adoptado por el OSD, del grupo especial o del Órgano de Apelación, o en el laudo arbitral dictado con arreglo al ESD. Las Comunidades Europeas, dado que no han alegado en este asunto que una determinación concreta de los Estados Unidos infringe el párrafo 2 a) del artículo 23, han de demostrar que, con arreglo a los artículos 301 a 310, el USTR está obligado a formular una determinación en el sentido de que se ha cometido una infracción, y hacerlo de manera incompatible con las constataciones del grupo especial o del Órgano de Apelación adoptadas por el OSD.

4.527 Según los Estados Unidos, el artículo 304 (a) (2) (A) establece unos plazos dentro de los cuales el USTR ha de determinar si se están negando derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo comercial: 30 días después de la fecha en que haya concluido el procedimiento de solución de diferencias o 18 meses después de la fecha en que se haya iniciado la investigación con arreglo al artículo 301, si este plazo es inferior al anterior.[293] Si bien en el artículo 304 (a) (2) (A) se establecen los plazos dentro de los que ha de hacerse esa determinación, en el artículo 304 (a) (1) (A) se enuncian los criterios aplicables al respecto: la determinación del USTR ha de basarse en el procedimiento de solución de diferencias de la OMC.[294]

4.528 Los Estados Unidos argumentan que en la redacción del artículo 304 (a) (1) (A) no hay nada que obligue a formular una determinación específica, y las Comunidades Europeas no han tratado de demostrar que así sea. Por consiguiente, incluso si el plazo de 18 meses establecido en el artículo 304 (a) (2) (A) expirase antes de que el OSD hubiera adoptado las constataciones del grupo especial y del Órgano de Apelación, nada de lo dispuesto en el artículo 304 (a) (1) obligaría al USTR a constatar que se ha infringido un acuerdo, y mucho menos de forma incompatible con las constataciones del grupo especial o del Órgano de Apelación.

4.529 A juicio de los Estados Unidos, el USTR tiene amplias facultades discrecionales para formular una cualquiera de una serie de determinaciones que no estarían ni remotamente en conflicto con el párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD, fundamentalmente una determinación en el sentido de que no ha habido ninguna transgresión. Para cumplir su obligación en lo que concierne a la carga de la prueba en este asunto, las Comunidades Europeas han de explicar por qué, con arreglo a la legislación estadounidense, el USTR *no podría*[295] formular tal determinación negativa, o no podría, por ejemplo, determinar que el OSD no ha confirmado la existencia de ninguna infracción, que se confirmará la existencia de una infracción en la fecha en que el OSD adopte las constataciones distribuidas del grupo especial o del Órgano de Apelación o que, para cumplir las obligaciones internacionales de los Estados Unidos, el USTR ha de poner fin a la investigación en curso con arreglo al artículo 302 e iniciar otra investigación.

---

[293] Artículo 304 (a) (2) (A), 19 U.S.C.§ 2414 a) 2) A).

[294] Artículo 304 (a) (1), 19 U.S.C.§ 2414 a) 1).

[295] Los Estados Unidos citan el informe del Grupo Especial que estudió el asunto *Estados Unidos - Tabaco*, *op. cit.*, párrafo 123.

4.530 Según los Estados Unidos, las Comunidades Europeas no hacen ningún intento de abordar estas cuestiones fundamentales y, en vez de ello, basan sus argumentos en lo que se refiere al artículo 304 (a) (2) (A) en puras especulaciones de que el USTR siempre formulará una determinación afirmativa en el sentido de que se han negado derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo. Ahora bien, a menos que las Comunidades Europeas puedan demostrar que tal determinación está impuesta por la ley y que no es posible ninguna otra determinación, el hecho de que en el artículo 304 (a) (2) (A) se establezca un plazo de 18 meses no hace al caso.

4.531 Los Estados Unidos rechazan de nuevo la suposición de las Comunidades Europeas, su suposición fundamental, de que el artículo 304 exige que el USTR formule una determinación afirmativa en el sentido de que se han negado derechos que se reconocen a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo incluso aunque el OSD no haya adoptado constataciones de un grupo especial o del Órgano de Apelación a tal efecto. Es importante reconocer que el párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD no prohíbe que se formulen determinaciones en el sentido de que no se ha producido una infracción, ni prohíbe que se describa exactamente un proceso que esté en curso. El párrafo 2 a) del artículo 23 prohíbe formular determinaciones en el sentido de que otro Miembro de la OMC ha infringido las obligaciones que se le imponen en la OMC a menos que se hayan seguido las normas y procedimientos del ESD. En otras palabras, el párrafo 2 a) del artículo 23 se refieren solamente a la constatación de una infracción.

4.532 Los Estados Unidos señalan que las Comunidades Europeas no hacen absolutamente ningún intento de explicar cómo los artículos 301 a 310 imponen tal determinación. Las Comunidades Europeas meramente suponen que el USTR, al determinar "si" se han negado derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo, ha de formular una determinación afirmativa. Las Comunidades Europeas, a menos que puedan explicar por qué, con arreglo a la legislación estadounidense, esa suposición es correcta, habrán incumplido su obligación respecto de la carga de la prueba en lo que se refiere a esa alegación. Los Estados Unidos reiteran que el USTR tiene plena libertad para formular cualquier determinación, incluso una determinación negativa, si el OSD no ha adoptado todavía constataciones de un grupo especial o del Órgano de Apelación.

4.533 En respuesta a la pregunta del Grupo Especial relativa a la base exacta, sea el artículo 304, sea cualquier otra base jurídica, en que se fundan los Estados Unidos para argumentar que, a menos que se hayan concluido los procedimientos de la OMC, el USTR no puede formular una determinación en el sentido de que existe una infracción, los Estados Unidos declaran que el artículo 304 (a) (1) exige que las determinaciones que se formulen con arreglo a ese artículo se hagan "Sobre la base de las investigaciones que se inicien de conformidad con el artículo 302 y de las consultas (y de los procedimientos, en su caso) que se entablen de conformidad con el artículo 303". Los "procedimientos" a que se refiere el artículo 303 son los procedimientos de solución de diferencias.[296] Además, tales procedimientos serían "aplicables" en cualquier asunto en que interviniese un acuerdo comercial, puesto que el artículo 303 exige que se sigan los procedimientos de solución de diferencias establecidos en el marco de un acuerdo comercial en cualquier asunto en que intervenga ese acuerdo comercial, si no se ha llegado a una solución mutuamente aceptable.[297]

4.534 Los Estados Unidos consideran que la Administración estadounidense ha expresado de forma autorizada, en su Declaración de Acción Administrativa, "opinión autorizada […] sobre la interpretación y aplicación de los acuerdos de la Ronda Uruguay, […] a los efectos de la legislación

[296] Los Estados Unidos afirman que el artículo 303 (a) (2) dispone que, si las consultas celebradas con arreglo al procedimiento de solución de diferencias en el marco de un acuerdo comercial no llevan a una solución mutuamente aceptable, el USTR solicitará que se inicien "actuaciones [...] de conformidad con los procedimientos formales de solución de diferencias previstos en dicho acuerdo".

[297] *Ibid.*

interna".[298] La Declaración de Acción Administrativa ha de ser considerada, por ley, como la expresión de la posición oficial en lo que concierne a la interpretación de la ley en cualquier procedimiento judicial.[299] Como ya se ha señalado, la Declaración de Acción Administrativa dispone, en su página 365, que el USTR:

> "se basará, para formular conforme al artículo 301 cualquier determinación en el sentido de que ha habido una infracción o denegación de derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud del acuerdo pertinente, en las constataciones del grupo especial o del Órgano de Apelación adoptadas por el OSD".[300]

4.535 Los Estados Unidos señalan que ese compromiso es compatible con la prescripción de la jurisprudencia estadounidense en el sentido de que, en el derecho estadounidense, es un principio elemental de la interpretación de las leyes que "una ley del Congreso no debe interpretarse nunca de forma que infrinja el derecho internacional si es posible cualquier otra interpretación". Murray v. Schooner Charming Betsy, 6 U.S. (2 Cranch) 64, 118 (1804). Si bien las obligaciones internacionales no pueden prevalecer con respecto a prescripciones de la legislación interna que sean incompatibles con ellas, "las disposiciones legales ambiguas […] [deben] interpretarse, cuando sea posible, de forma compatible con las obligaciones internacionales de los Estados Unidos". Footwear Distributors and Retailers of America v. los Estados Unidos, 852 F. Supp. 1078, 1088 (CIT), apelación rechazada, 43 F.3d 1486 (Table) (Fed. Cir. 1994), donde se cita DeBartolo Corp. v. Florida Gulf Coast Building and Trades Council, 485 U.S. 568 (1988).

4.536 Basándose en estas consideraciones, los Estados Unidos estiman que, con arreglo a la legislación estadounidense, están obligados a basar toda determinación afirmativa en el sentido de que se han negado derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo de la OMC en constataciones adoptadas de grupos especiales y del Órgano de Apelación. En otras palabras, la legislación estadounidense impide que tales determinaciones afirmativas no se basen en constataciones adoptadas de grupos especiales o del Órgano de Apelación. Los Estados Unidos señalan que la legislación estadounidense, al disponer esto, va más allá de lo que las Comunidades Europeas argumentan que exige el párrafo 4 del artículo XVI. Los Estados Unidos recuerdan que las Comunidades Europeas han declarado que "sería improcedente interpretar el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC de una forma tan amplia que obligase a los Miembros de la OMC a incluir en su legislación interna disposiciones específicas por las que se prohibiese la adopción de toda medida incompatible con las normas de la OMC".

4.537 Los Estados Unidos señalan que las Comunidades Europeas han reconocido que la legislación estadounidense exige que las determinaciones en el sentido de que se han negado derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo se basen en constataciones adoptadas por el OSD. A este respecto, las Comunidades Europeas observan que ciertas disposiciones de los artículos 301 a 310 "están en conformidad con los principios enunciados en el artículo 23"; por ejemplo:

> "El artículo 304 (a) (1) (A), con arreglo al cual las determinaciones del USTR en el sentido de que se han negado derechos o ventajas que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo de la OMC han de basarse no sólo en las

[298] Declaración de Acción Administrativa, *op. cit.*, página 1.

[299] 19 U.S.C. § 3512 (d) ("La Declaración de Acción Administrativa aprobada por el Congreso en el artículo 3511 (a) de este título se considerará como una expresión oficial de la posición de los Estados Unidos sobre la interpretación y aplicación de los Acuerdos de la Ronda Uruguay y de esta Ley en cualquier procedimiento judicial en el que se plantee una cuestión concerniente a tal interpretación o aplicación").

[300] Declaración de Acción Administrativa, *op. cit.*, página 365 (se han añadido los subrayados).

> investigaciones realizadas y en las consultas habidas con el país interesado, sino también en el procedimiento de solución de diferencias de la OMC". (Se han añadido los subrayados.)

4.538 Los Estados Unidos añaden que ha habido numerosas declaraciones en el sentido de que los Estados Unidos recurrirán a los procedimientos de solución de diferencias de la OMC en los asuntos en que estén en juego derechos conferidos por la OMC[301], y estos procedimientos incluyen el que las determinaciones se basen en las constataciones adoptadas de grupos especiales y del Órgano de Apelación. Hay que subrayar que la Declaración de Acción Administrativa es, por ley, la expresión oficial de la posición en lo que se refiere a la interpretación correcta de la ley en cualquier procedimiento judicial.[302]

4.539 Los Estados Unidos consideran además, en este asunto, que la ley no dispone que haya de formularse una determinación incompatible con el apartado a) del párrafo 2 del artículo 23 y que las Comunidades Europeas no han demostrado que lo disponga. Las Comunidades Europeas meramente han supuesto que el artículo 304 (a) (1) (A) exigía que se formulase una determinación en el sentido de que se habían negado derechos que correspondían a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo, pero en sus respuestas a las preguntas del Grupo Especial reconocieron expresamente que el artículo 304 (a) (1) (A) no imponía tal determinación. Las Comunidades Europeas declaran que el USTR "sólo puede formular una de estas dos determinaciones: que se están negando derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de las normas de la OMC o que no se están negando a los Estados Unidos tales derechos". Esta declaración, por sí sola, equivale a admitir que el USTR no está obligado a formular "una determinación en el sentido de que ha habido una infracción", por lo que los argumentos de las Comunidades Europeas con respecto al artículo 304 (a) (1) (A) carecen de fundamento.

4.540 Los Estados Unidos señalan que las Comunidades Europeas admiten análogamente que el USTR no tiene necesariamente que determinar que se ha producido una infracción; en efecto, han declarado lo siguiente: "Las Comunidades Europeas desean subrayar que la determinación de la inexistencia de una infracción es, evidentemente, simétrica a la determinación de que ha habido una infracción. No es posible formular una determinación […] en un sentido sin que haya al menos la posibilidad de llegar a una conclusión diferente."[303] En esa declaración, las Comunidades Europeas reconocen de nuevo que es posible que el USTR no determine que se han negado derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo.

4.541 Los Estados Unidos señalan que las Comunidades Europeas llegaron a la siguiente conclusión:

> "Una ley que exija que se determine en todos los casos *si* se ha cometido una infracción de las normas de la OMC entraña, por consiguiente, la obligación de determinar en ciertos casos *que* ha habido una infracción de las normas de la OMC. En consecuencia, tal ley impone determinaciones que son incompatibles con el artículo 23."

---

[301] Los Estados Unidos señalan que, por ejemplo, el USTR Adjunto Rufus Yerxa, en una comparecencia ante el Comité de Relaciones Exteriores del Senado, explicó, en relación con el GATT, que en la legislación" se dispone expresamente que, para la solución de diferencias, sometamos al GATT las cuestiones reguladas por las normas del GATT", y que esto no cambiaría en relación con la OMC. Audiencia del Comité de Relaciones Exteriores del Senado sobre la Organización Mundial del Comercio, *Federal News Service*, 14 de junio de 1994.

[302] 19 U.S.C. § 3512 (d).

[303] *Ibid.*, página 25 (el subrayado está en el original).

4.542 A juicio de los Estados Unidos, estos razonamientos carentes de lógica constituyen actualmente la única base del argumento de las Comunidades Europeas de que el artículo 304 (a) (1) (A) exige que se formule una determinación incompatible con el apartado a) del párrafo 2 del artículo 23 del ESD (y que el artículo 306 b) obliga a infringir el párrafo 2 a) y c) del artículo 23). Sólo si el Grupo Especial conviene en que una determinación sobre "si" se han negado derechos que corresponden en virtud de un acuerdo puede equipararse a una determinación en el sentido de "que" se han negado tales derechos -es decir, que, en contra de lo que afirmaron anteriormente las Comunidades Europeas, no hay ninguna posibilidad de formular una determinación negativa- se cumplirá el primer requisito para que haya una infracción del párrafo 2 a) del artículo 23. Ahora bien, aparte de que el argumento de las Comunidades Europeas carecería de todo fundamento lógico o jurídico, se daría la consecuencia inadmisible de que no se podrían formular ni siquiera determinaciones de compatibilidad, no obstante la redacción explícita del párrafo 2 a) del artículo 23, que se refiere solamente a ciertas determinaciones de incompatibilidad.

4.543 Los Estados Unidos sostienen que tanto el Canadá como el Brasil afirman esto. El Canadá declara, en su respuesta a una pregunta del Grupo Especial, que el párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD:

> "no prohíbe que se determine la compatibilidad con las normas de la OMC. Cualquier prohibición en tal sentido sería contraria a los objetivos del párrafo 7 del artículo 3 del ESD, en el que se dispone que "Se debe dar siempre preferencia a una solución mutuamente aceptable para las partes en la diferencia y que esté en conformidad con los acuerdos abarcados"."

4.544 Los Estados Unidos señalan asimismo que, análogamente, el Brasil afirma lo siguiente:

> "Los Miembros de la OMC tienen, desde luego, derecho a formular determinaciones unilaterales sobre la inexistencia de infracción y sobre cualesquiera intereses que tengan y que no estén actualmente protegidos por los Acuerdos de la OMC."

4.545 Los Estados Unidos rechazan el argumento de las Comunidades Europeas porque éste tendría la consecuencia inadmisible de suprimir del párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD la excepción relativa a las determinaciones en el sentido de que se ha cometido una infracción formulada conforme a las normas y procedimientos del ESD. De aceptarse la interpretación de las Comunidades Europeas, el mero hecho de formular una determinación sería incompatible con el párrafo 2 a) del artículo 23, con lo que se prohibirían incluso las determinaciones de la existencia de una infracción hechas conforme a las normas y procedimientos del ESD.

4.546 Los Estados Unidos afirman que el reconocimiento por las Comunidades Europeas de que el artículo 304 no obliga a formular una determinación en el sentido de que se han negado derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo constituye una base suficiente para que este Grupo Especial constate que el artículo 304 no es incompatible con el párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD. No obstante, incluso si el Grupo Especial llegase a una conclusión distinta, la alegación de las Comunidades Europeas carecería de fundamento porque el artículo 304 (a) (1) (A) no limita la libertad de acción del USTR a formular las dos determinaciones a las que se refieren las Comunidades Europeas y porque los plazos establecidos en el artículo 304 (a) (2) (A) no impiden que el USTR base sus determinaciones en las constataciones de los grupos especiales y del Órgano de Apelación en todos los casos.

4.547 Los Estados Unidos señalan que, como se dispone en la página 365 de la Declaración de Acción Administrativa[304], el USTR está obligado por el artículo 304 (a) (1) a basarse, para toda

[304] Prueba documental 11 de los Estados Unidos.

determinación en el sentido de que se han negado derechos que corresponden en virtud de un acuerdo, en los resultados del procedimiento de solución de diferencias de la OMC. El USTR ha procedido así, hasta la fecha, en todos los asuntos planteados en el GATT y en la OMC en los que los Estados Unidos han sido parte reclamante.[305] Así, en el caso de que un grupo especial al que se hubiera encomendado la solución de una diferencia no pudiera dar cima a sus actuaciones dentro de los plazos establecidos en el ESD y en el artículo 304 (a) (2) (A), el USTR no podría formular una recomendación en el sentido de que se habían negado derechos que correspondían a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo. Partiendo de esa base, el USTR podría, por ejemplo, determinar que todavía no se habían concluido las actuaciones relativas a la solución de la diferencia y que una vez que se hubieran terminado esas actuaciones se formularía una determinación sobre los derechos que correspondían a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo. En la ley no hay ninguna limitación de la definición de "determinación" que impida formular tales determinaciones.

4.548 Los Estados Unidos sostienen también que, incluso si las Comunidades Europeas tuvieran razón al afirmar que el artículo 304 (a) (1) (A) sólo permite formular dos determinaciones, ello no explicaría por qué el USTR no tiene una tercera posibilidad: poner fin a la investigación sin hacer una determinación. En los artículos 301 a 310 no hay nada que impida hacerlo, y la prueba documental 13 de los Estados Unidos demuestra que con anterioridad se ha recurrido frecuentemente a esa posibilidad. En ese caso, el USTR tendría libertad para iniciar una nueva investigación, como ocurrió de hecho en la diferencia relativa a los *Bananos*.

4.549 Los Estados Unidos consideran que, dada la prescripción del artículo 304 de que las determinaciones que se formulen con arreglo a esa disposición se basen en las constataciones adoptadas de los grupos especiales y del Órgano de Apelación, y teniendo en cuenta que el USTR puede, bien poner fin a una investigación, bien formular varias determinaciones de conformidad con el artículo 304, el artículo 304 no obligaría a tomar medidas incompatibles con el párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD incluso si un grupo especial o el Órgano de Apelación rebasasen los plazos establecidos en el ESD.

4.550 **Las Comunidades Europeas señalan también** que los juristas difieren en cuanto a si las medidas tomadas conforme al artículo 301 pueden ser objeto de revisión judicial con arreglo a la legislación estadounidense.[306] Si embargo, no hay ninguna duda de que, incluso si tales medidas pudieran ser objeto de revisión, ningún tribunal nacional declararía nula una medida adoptada de conformidad con el artículo 301 basándose en que esa medida es incompatible con obligaciones contraídas por los Estados Unidos en virtud de un Acuerdo de la OMC. Así se desprende del artículo 102 (a) (1) de la Ley de los Acuerdos de la Ronda Uruguay, según el cual la legislación estadounidense prevalece en caso de conflicto con una disposición de la OMC:

> "No tendrá efecto ninguna disposición de ninguno de los Acuerdos de la Ronda Uruguay, ni la aplicación de ninguna de ellas a persona o circunstancia alguna, si es incompatible con cualquier ley de los Estados Unidos."

4.551 Las Comunidades Europeas señalan que el artículo 102 (a) (1) también dispone que no se interpretará ninguna de las disposiciones de la Ley de los Acuerdos de la Ronda Uruguay en el sentido de

> "limitar cualquier facultad concedida en virtud de cualquier ley de los Estados Unidos, incluyendo el artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior de 1974."

[305] Véase la prueba 13 de los Estados Unidos.

[306] A este respecto, las Comunidades Europeas se remiten a Erwin P. Eichman y Gary N. Horlick, *Political Questions in International Trade. Judicial Review of Section 301?*, en Mich J. Int'l L., Vl. 10 (1989), páginas 735 a 764.

El artículo 102 c) dispone asimismo lo siguiente:

> "Nadie, excepto los Estados Unidos, […] podrá impugnar, en ninguna acción ejercida con arreglo a ninguna disposición de ninguna ley, ningún acto u omisión de ningún departamento, organismo u otra institución de los Estados Unidos, de cualquiera de sus Estados o de cualquier subdivisión política de un Estado basándose en que tal acto u omisión es incompatible con tal acuerdo [de la OMC]."

4.552 **En respuesta a esto, los Estados Unidos señalan** que las Comunidades Europeas intentan aprovechar al máximo el hecho de que en los tribunales estadounidenses las leyes de los Estados Unidos prevalecerán en caso de conflicto con los Acuerdos de la Ronda Uruguay. Las Comunidades Europeas citan, por ejemplo, al profesor D.W. Leebron en apoyo de esta afirmación. Sin embargo, las Comunidades Europeas no citan la conclusión del profesor Leebron, en la nota 27 que figura en la página 232 de esa misma obra, según la cual "nada, sin embargo, en esas disposiciones [es decir, las disposiciones del artículo 301] obliga al Presidente o al USTR a actuar de forma que se produzca una infracción de los Acuerdos de la Ronda Uruguay". En otras palabras, puesto que no existe ningún conflicto entre los artículos 301 a 310 y el Acuerdo sobre la OMC, carece de importancia cuál de ellos prevalecerá en caso de conflicto. De hecho, si realmente se produjera un conflicto, es decir, si una ley de los Estados Unidos ordenara una infracción del Acuerdo sobre la OMC, habría una infracción de éste con independencia de que un tribunal de los Estados Unidos hubiera aplicado la ley estadounidense. Por tanto, el análisis de las Comunidades Europeas de la legislación de los Estados Unidos para establecer cuándo se plantean conflictos reales carece totalmente de trascendencia en el análisis que lleve a cabo el Grupo Especial.

4.553 Los Estados Unidos argumentan también que los artículos 301 a 310 conceden al Presidente y al USTR facultades discrecionales en diversos momentos de la investigación realizada con arreglo al artículo 302. Entre las decisiones facultativas más importantes del USTR a los efectos de este procedimiento figuran las relacionadas con la determinación de si se han negado derechos que correspondan a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo comercial, con la determinación de las medidas que han de tomarse si se han negado esos derechos y con la fecha en que han de adoptarse esas medidas.

4.554 Los Estados Unidos señalan que el USTR determina conforme al artículo 304 (a) (1) si se han negado derechos que correspondan a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo. Ese artículo dispone lo siguiente:

> "(1) Sobre la base de las investigaciones que se inicien de conformidad con el artículo 302 y de las consultas (y de los procedimientos, en su caso) que se entablen de conformidad con el artículo 303, el Representante para las Cuestiones Comerciales:
>
> (A) determinará:
>
> (i) si se están negando los derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo comercial […]."[307]

4.555 Así pues, los Estados Unidos afirman que, en las investigaciones realizadas conforme al artículo 302 en las que intervenga un acuerdo de la OMC, el USTR formula su determinación basándose en los resultados de cualquier procedimiento de solución de diferencias de la OMC.[308] Si

[307] Artículo 304 (a) (1) (A) (i); 19 U.S.C. § 2414 (a) (1) (A) (i).

[308] Véase el artículo 303 (a) (1) y (2), 19 U.S.C. § 2413 (a) (1) y (2).

el OSD ha adoptado el informe de un grupo especial o del Órgano de Apelación, el USTR formulará su determinación basándose en ese informe adoptado. Si, en cambio, todavía no han concluido los procedimientos de solución de diferencias en la OMC, el USTR no está obligado a determinar que se han negado derechos que corresponden a los Estados Unidos. Nada de lo dispuesto en el artículo 304 (a) (1) ni en ninguna otra disposición de los artículos 301 a 310 exige que el USTR formule una determinación en el sentido de que se han negado derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo si el OSD no ha tomado una decisión en ese sentido. El USTR tiene libertad, para, por ejemplo, determinar que el OSD no ha confirmado la existencia de ninguna infracción, que una infracción constatada en el informe de un grupo especial o del Órgano de Apelación será confirmada en la fecha de la reunión del OSD en la que se adopte el informe o que existen razones para creer que se ha cometido una infracción pero el OSD no lo ha confirmado todavía. El USTR tiene también libertad para formular una determinación negativa y después iniciar una segunda investigación a fin de hacer una determinación definitiva de la infracción de un acuerdo cuando el OSD haya adoptado las constataciones de un grupo especial y del Órgano de Apelación.[309]

4.556 Los Estados Unidos subrayan que el USTR es un funcionario que tiene categoría de ministro, que sólo atiende a las indicaciones del Presidente y cuyas oficinas forman parte de la Oficina Ejecutiva del Presidente.[310] De conformidad con 19 U.S.C. § 2171 (c)(1) (1998), Reorg. Plan Nº 3 de 1979, Sec. 1 (b)(4), 44 Fed. Reg. 69273 (1979) y 19 C.F.R. § 2001.3 (a) (1998), el USTR actúa bajo la dirección del Presidente y asesora y presta asistencia a éste en varias de sus funciones.[311] El Presidente puede, en el ejercicio de su autoridad, dar instrucciones al USTR sobre las determinaciones que éste vaya a formular.

4.557 **Las Comunidades Europeas responden**, en relación con el argumento de los Estados Unidos de que en artículo 304 (a) (1) se hace referencia a los "procedimientos" de la OMC como base de la determinación que ha de formularse y de que hasta que se concluyan los procedimientos de la OMC el USTR no puede formular una determinación en el sentido de que se ha cometido una infracción, afirmando que ese argumento queda refutado por dos consideraciones.

4.558 A juicio de las Comunidades Europeas, la primera consideración se refiere a los plazos establecidos en el artículo 304 (a) (2), que no permiten en todos los casos al USTR esperar a conocer el resultado de los procedimientos de solución de diferencias de la OMC, porque el USTR, con arreglo al artículo 304 (a) (1), ha de formular la determinación cuando expire el primero de los dos plazos que se establecen, de los que solamente uno está relacionado con la conclusión de los procedimientos establecidos en el ESD. Si para concluir esos procedimientos se requiere un plazo superior al establecido en la otra disposición (18 meses después de la fecha en que se haya iniciado la investigación de conformidad con el artículo 302), el USTR no puede esperar a conocer el resultado del procedimiento de solución de diferencias del ESD y, por consiguiente, no puede basarse para formular su determinación en los resultados de ese procedimiento. Las Comunidades Europeas desean recordar que en el artículo 304 (a) (2) se hace referencia a "las determinaciones [todas ellas] exigidas por el párrafo 1" del artículo 304 (a).

4.559 Las Comunidades Europeas exponen la segunda consideración, que se refiere a una situación que surge en una etapa ulterior del procedimiento y que se describe en el artículo 306 como "Vigilancia del cumplimiento en el extranjero de las medidas adoptadas". En este contexto, hay que

[309] Los Estados Unidos señalan que, tras una determinación negativa, el USTR tendría libertad para iniciar de nuevo una investigación con arreglo al artículo 302 (b) (1). Véase el artículo 302 (b) (1), 19 U.S.C. § 2412 (b) (1).

[310] Véase 19 U.S.C. § 2171 (a), (b) (1) (1998).

[311] Véase 19 U.S.C. § 2171 (c) (1) (1998), Reorg. Plan Nº 3 de 1979, 44 Fed. Reg. 69273 (1979), y 19 C.F.R. § 2001.3 (a) (1998).

recordar que la referencia que se hace a los "procedimientos" en el artículo 304 (a) (1) va acompañada de las palabras "en su caso" y de una remisión al artículo 303. El artículo 303 (a) (2) (B) dispone a este respecto que "el Representante para las Cuestiones Comerciales solicitará con prontitud que se inicien las actuaciones sobre la cuestión, de conformidad con los procedimientos formales de solución de diferencias previstos en dicho acuerdo". En otras palabras, las actuaciones a que se refiere el artículo 303 (a) (2) (B) son las que puede solicitar el USTR.

4.560 Las Comunidades Europeas señalan que como, a juicio del USTR, en caso de desacuerdo sobre si las medidas tomadas para cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD en una diferencia anterior son compatibles con un acuerdo abarcado, la parte demandante no está obligada a seguir primero el procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 del ESD, sino que tiene que recurrir inmediatamente al artículo 22 a fin de cumplir los plazos establecidos en el párrafo 2 de ese artículo, en tales situaciones el USTR no puede pedir que se inicien actuaciones de conformidad con el procedimiento formal de solución de diferencias de la OMC (con arreglo al párrafo 6 del artículo 22 del ESD, el derecho procesal a solicitar arbitraje corresponde, no a la parte reclamante inicial, sino sólo al demandado inicial).

4.561 Las Comunidades Europeas argumentan seguidamente que, si la interpretación dada por los Estados Unidos al párrafo 5 del artículo 21 del ESD fuera correcta, lo que no es el caso, no se podrían realizar "actuaciones" en el sentido del artículo 303 (a) (2) (B) en tales situaciones, y por consiguiente el USTR se vería obligado a formular conforme al artículo 304 (a) (1) las determinaciones relativas al incumplimiento por otro Miembro de la OMC, sin recurrir a los procedimientos de solución de diferencias de la OMC (como de hecho lo hizo en el asunto de los *Bananos*).

4.562 En todo caso, según las Comunidades Europeas, los plazos establecidos en el artículo 306 (b) y en el artículo 304 (a) (2) no permitirían que se concluyeran los procedimientos multilaterales de solución de diferencias, por lo que infringen el artículo 23 (y las disposiciones conexas de los artículos 21 y 22) del ESD.[312]

4.563 **Los Estados Unidos**, en respuesta a la pregunta del Grupo Especial sobre la forma en que la referencia que se hace en el artículo 304 (a) (1) a los "procedimientos" como base para formular las determinaciones con arreglo al artículo 304 se interpreta exclusivamente en el sentido de que se refiere al resultado de las actuaciones de la OMC, sin incluir también, por ejemplo, el comportamiento y las declaraciones del Miembro de que se trate en los procedimientos en curso de la OMC, es decir, antes de la adopción de las recomendaciones del OSD, **respondieron** lo siguiente: Los Estados Unidos no están seguros de qué se entiende por "el comportamiento y las declaraciones del Miembro interesado" ni de por qué tales declaraciones podrían ser de interés a los efectos de unas determinaciones dadas. Si se entiende que esas palabras se refieren a las declaraciones hechas por la parte perdedora sobre su intención en lo que se refiere a la aplicación, ciertamente se tienen en cuenta tales declaraciones al determinar si, conforme al artículo 301 (a) (2) (B) (i), se están adoptando medidas satisfactorias para proteger los derechos que corresponden a los Estados Unidos. Los Estados Unidos reiteran que el USTR ha decidido no tomar medidas basándose solamente en la "expectativa" de que otro Miembro de la OMC aplicará las resoluciones y recomendaciones del OSD, sin ninguna declaración formal de ese Miembro a tal efecto. Por consiguiente, una declaración de la parte perdedora se consideraría ciertamente como importante y formaría parte de las actuaciones. A este respecto, los Estados Unidos señalan que la "fecha en que haya concluido el procedimiento de solución de diferencias" es la fecha en que las partes declaren su intención en lo que se refiere al cumplimiento, es decir, 30 días después de la adopción por el OSD (o, desde el punto de vista del ESD, 17 meses y 20 días después de la solicitud de celebración de consultas).

[312] Las Comunidades Europeas señalan que esto es evidente cuando se tiene en cuenta la duración del procedimiento establecido en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, dado que el procedimiento del grupo especial, por sí solo, requiere hasta 90 días.

4.564 Los Estados Unidos prosiguen afirmando que, en cambio, si por "el comportamiento y las declaraciones" el Grupo Especial entiende un deseo expreso de resolver la diferencia, el USTR tendría esto en cuenta, con toda certeza, al decidir si procede poner fin a la investigación efectuada conforme al artículo 302 sin formular una determinación con arreglo al artículo 304. Nuevamente, como se explica en la prueba documental 13 de los Estados Unidos, el USTR ha hecho esto frecuentemente.

4.565 Los Estados Unidos rechazan el argumento de las Comunidades Europeas de que han reconsiderado su posición a la vista de la decisión de los Estados Unidos de no pedir que se inicien actuaciones de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 en la diferencia relativa a los *Bananos*. Primero, suponen incorrectamente que las actuaciones realizadas con arreglo al párrafo 5 del artículo 21 son requisito previo para solicitar la suspensión de conformidad con el artículo 22. Segundo, suponen que el artículo 306 exige que se determine la existencia de infracción, lo que no es así, y hace caso omiso del hecho de que la decisión sobre la adopción de medidas prevista en el artículo 306 ha de basarse en los procedimientos del artículo 22. Tercero, incluso si, en contra de la conclusión a que llegaron los árbitros en el asunto de los *Bananos*, se concluyese que el párrafo 5 del artículo 21 es requisito previo para solicitar la suspensión conforme al artículo 22, esto no explicaría por qué la legislación estadounidense no exige que se recurra a los procedimientos de solución de diferencias para determinar la existencia de una infracción. Además, si en el examen hecho con arreglo al ESD se llegase a un acuerdo en virtud del cual las partes habrían de seguir un procedimiento modificado basado en el párrafo 5 del artículo 21 antes de recurrir a los procedimientos del artículo 22, nada de lo dispuesto en el artículo 306 impediría que los Estados Unidos actuasen en consonancia con tal acuerdo.

4.566 **Las Comunidades Europeas subrayan** que los Estados Unidos, al describir los acontecimientos habidos en el asunto de los *Bananos*, exponen erróneamente los hechos y el orden en que realmente se produjeron. El 9 de octubre de 1998, cuando todavía no había expirado el "plazo prudencial para la aplicación" concedido a las Comunidades Europeas para que tomasen medidas a fin de cumplir las recomendaciones y resoluciones formuladas con arreglo al procedimiento de solución de diferencias en el asunto *Bananos III* (ese plazo vencía el 31 de diciembre de 1998) y cuando las Comunidades Europeas aún no habían adoptado todas esas medidas, el Jefe de Gabinete del Presidente W. Clinton de los Estados Unidos, M. Erskine Bowles, envió una carta a los dirigentes tanto del Partido Republicano como del Partido Demócrata en la Cámara de Representantes y en el Senado (presentada el 8 de julio de 1999 por el Commonwealth de Dominica y Santa Lucía como tercero). En nombre del Presidente (el principio de la carta es "la Administración comparte su opinión […]"), el Sr. Bowles declaró lo siguiente:

> "Para ejercer la máxima presión sobre la Unión Europea, la Administración está siguiendo tres caminos distintos: 1) continuar indicando que estamos dispuestos a tratar de resolver la diferencia de manera mutuamente aceptable y compatible con las obligaciones dimanantes de la OMC, 2) defender nuestros derechos en el proceso de la OMC y 3) proceder con arreglo al artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior de 1974.
>
> […]
>
> Así pues, a menos que para el 2 de enero de 1999 la Unión Europea haya convenido en suspender la aplicación del régimen que aplica a los bananos y en aplicar un régimen compatible con las normas de la OMC y aceptable para nosotros, la Administración publicará un segundo aviso en el *Federal Register* el 10 de noviembre. En ese aviso se pedirá que se hagan observaciones sobre una lista de opciones de retorsión específicas y se indicará que la Administración anunciará el 15 de diciembre medidas de retorsión conformes al artículo 301 que surtirán efecto a partir del 1º de febrero de 1999, a menos que el régimen aplicado por la Unión Europea a los bananos responda plenamente a las normas de la OMC."

4.567 A juicio de las Comunidades Europeas, como lo demuestran estos ejemplos, tanto la amenaza como la medida infringen el texto, el objeto y el fin del artículo 23 (y las disposiciones conexas de los artículos 21 y 22) del ESD. Desde este punto de vistas, la declaración de los Estados Unidos de que

> "el USTR no ha hecho nunca ninguna determinación conforme al artículo 304 (a) (1) en el sentido de que se han negado derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un Acuerdo del GATT o de la OMC que no se basase en los resultados de los procedimientos de solución de diferencias del GATT y de la OMC"

es de hecho incorrecta, puesto que el USTR, al menos en el asunto *Bananos III*, formuló después de haber expirado el período prudencial sin haber recurrido a ningún procedimiento de solución de diferencias de la OMC para juzgar la conformidad de las nuevas medidas de las Comunidades Europeas por las que se derogaban las disposiciones legislativas que un anterior Grupo Especial había declarado incompatibles con las normas de la OMC, una determinación con arreglo al artículo 304 (a) (1) en el sentido de que se habían negado derechos que correspondían a los Estados Unidos en virtud de los Acuerdos de la OMC. Además es engañosa, porque la amenaza de medidas de retorsión puede forzar al Miembro de la OMC al que se dirige la amenaza a aceptar una solución convenida de "común acuerdo" que haga innecesario formular una determinación con arreglo al artículo 304 (a) (1) (como en el procedimiento seguido en relación con el artículo 301 en el asunto *Japón - Piezas para automóviles*).

4.568 **Los Estados Unidos responden** que las Comunidades Europeas se limitan a afirmar que la contestación de los Estados Unidos es inexacta, sin aportar ningún argumento nuevo que haga al caso. Los Estados Unidos reafirman que su respuesta es exacta. Además, los argumentos aducidos por las Comunidades Europeas no se refieren a las cuestiones planteadas aquí por los Estados Unidos.

ii) Práctica

4.569 **Las Comunidades Europeas hacen referencia además** a la resolución adoptada por la Cámara de Representantes en relación con el asunto *Japón - Piezas para automóviles*, a la que se refirió en la exposición verbal que hizo en la segunda reunión sustantiva con el Grupo Especial. Según esa resolución, la Cámara de Representantes

> "apoya enérgicamente la decisión del Presidente de imponer sanciones comerciales a los productos japoneses de conformidad con el artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior de 1974, a menos que entretanto se llegue a un acuerdo con el Japón que sea aceptable y haga innecesario tomar tales medidas"[313],

aunque era evidente que no se había solicitado que se iniciase ningún procedimiento de solución de diferencias en el marco de la OMC en una situación en la que el Presidente había anunciado la adopción de sanciones comerciales en el sector del comercio de mercancías. Esa resolución se adoptó sólo unos meses después de que el Congreso de los Estados Unidos aprobase la Ley de los Acuerdos de la Ronda Uruguay y constituye un claro indicio de la forma en que los legisladores estadounidenses entendían los artículos 301 a 310 en ese contexto específico.

4.570 Las Comunidades Europeas señalan a la atención del Grupo Especial que la afirmación de los Estados Unidos de que el USTR ha actuado siempre de cierta forma está en contradicción con el procedimiento seguido en el asunto *Japón - Piezas para automóviles*, en el que no actuó así.

[313] 104th Congress, 1st session, H.Res.141.

4.572 Como respuesta general a las preguntas del Grupo Especial sobre la práctica seguida en relación con el artículo 304, los Estados Unidos señalan que tienen conciencia de que la aplicación del artículo 301 en casos concretos no está dentro del mandato del Grupo Especial y de que, en consecuencia, el Grupo Especial no formulará constataciones con respecto a investigaciones concretas relacionadas con el artículo 302. Del mismo modo, la aplicación práctica de los artículos 301 a 310 sólo tiene trascendencia en la medida en que aclare la única cuestión pertinente en esta diferencia: ¿obligan (en vez de nuevamente permitirlo) los artículos 301 a 310 a tomar medidas incompatibles con obligaciones concretas dimanantes del texto del artículo 23 del ESD, del párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC y de los artículos I, II, III, VIII y XI del GATT de 1994?

4.573 Con respecto a la práctica seguida en relación con el artículo 304, los Estados Unidos argumentan también que, como se señala en otra parte y como se dispone en la página 365 de la Declaración de Acción Administrativa (prueba documental 11 de los Estados Unidos), el USTR está obligado, conforme al artículo 304 a) 1), a basarse, para formular una determinación sobre si han negado derechos que corresponden en virtud de un acuerdo, en el resultado de los procedimientos de solución de diferencias de la OMC. Así pues, en el caso de que un grupo especial de solución de diferencias no concluyese sus actuaciones dentro de los plazos establecidos en el ESD y en el artículo 304 a) 2) A), el USTR no podría formular una determinación en el sentido de que se han negado derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo. Sobre esta base, podría determinar que todavía no habían concluido los procedimientos de solución de diferencias y que, una vez que hubiesen terminado éstos, se formularía una determinación sobre los derechos que correspondían a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo. El USTR podría también, por ejemplo, poner término a la investigación realizada con arreglo al artículo 304 basándose en que no se disponía de la información necesaria para formular una determinación de conformidad con el artículo 304 a) 1), y después reiniciar otro asunto. El USTR ya ha terminado y reiniciado investigaciones con arreglo al artículo 302, en particular en el asunto de los *Bananos*[314], y en numerosas ocasiones ha puesto fin a investigaciones sin formular ninguna determinación.[315]

4.574 Los Estados Unidos explican que no es posible dar una lista exhaustiva de las determinaciones que se pueden formular de conformidad con el artículo 304 a) 2) A) porque en la Ley no hay ninguna definición que limite las facultades discrecionales del USTR a este respecto. Más abajo se indican las determinaciones formuladas por el USTR conforme al artículo 304 a) 2) A). Asimismo se enumeran más abajo los asuntos en los que el USTR, sin formular ninguna determinación, puso fin a una investigación sobre derechos conferidos en virtud de un acuerdo comercial. Como se indica más abajo, el USTR nunca ha determinado, a falta de constataciones de grupos especiales del GATT o de resoluciones y recomendaciones adoptadas del OSD, que se hubieran negado derechos que correspondían a los Estados Unidos en virtud del GATT de 1947 o del Acuerdo sobre la OMC.

Determinaciones formuladas conforme al artículo 304 a) 1) A)[316]

El artículo 304 a) 2) A) se refiere a las determinaciones formuladas conforme al artículo 304 a) 1) A) sobre la denegación de derechos o ventajas que correspondan en virtud de un acuerdo comercial. Seguidamente se da una lista de esas determinaciones. Se señala que ninguno de esos asuntos está comprendido en el mandato de este Grupo Especial. El artículo 304 a) 1) A) data de 1988.

[314] Los Estados Unidos citan *Termination of Investigation; Initiation of New Investigation and Request for Public Comments: European Union Banana Regime, 60 Fed. Reg. 52026 (1995)* (prueba documental 18 de los Estados Unidos).

[315] En la prueba documental 13 de los Estados Unidos se da una lista.

[316] Prueba documental 13 de los Estados Unidos.

Asuntos planteados en la OMC:

Subvenciones canadienses a la exportación y acceso al mercado de los productos lácteos (1999):

Al expirar el plazo de 18 meses, el USTR llegó a la conclusión de que no sería posible determinar si se habían negado derechos que correspondían a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo hasta que el OSD hubiera adoptado las constataciones del Grupo Especial y del Órgano de Apelación. La prueba documental 14 de los Estados Unidos incluye una carta del USTR a autoridades del Congreso en la que se explica esto. Todavía está en curso el procedimiento de solución de diferencias.

Prácticas de la India en materia de protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura (1998):

Después de adoptarse los informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación en los que se constataba que la India había infringido el Acuerdo sobre los ADPIC, el USTR determinó que ciertas leyes, políticas y prácticas de la India infringían el Acuerdo sobre los ADPIC o de otra manera negaban ventajas a las que los Estados Unidos tenían derecho en virtud de ese Acuerdo.

Régimen aplicado por las Comunidades Europeas a la importación de bananos (1998):

Después de adoptarse los informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación en los que, en respuesta a una reclamación de los Estados Unidos, se constataba que las CE habían infringido el GATT de 1994 y el AGCS, el USTR determinó que ciertas leyes, políticas y prácticas de las CE infringían el GATT de 1994 y el AGCS o de otro modo negaban ventajas a las que los Estados Unidos tenían derecho en virtud de esos acuerdos. Anteriormente, al expirar el plazo de 18 meses, el USTR había llegado a la conclusión de que no sería posible determinar si se habían negado derechos que correspondían a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo hasta que el OSD hubiese adoptado las constataciones del Grupo Especial y del Órgano de Apelación. La prueba documental 14 de los Estados Unidos incluye una carta del USTR a funcionarios del Congreso en la que se explica esto.

Derechos específicos y obstáculos no arancelarios de la Argentina que afectan a las importaciones de calzado, textiles, prendas de vestir y otros artículos (1998):

Después de adoptarse los informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación en los que se constataba que la Argentina había infringido el GATT, el USTR determinó que los derechos específicos aplicados por la Argentina a la importaciones de textiles y de prendas de vestir incumplían las obligaciones que imponía a la Argentina el artículo II del GATT de 1994 y que el impuesto de estadística que aplicaba a casi todas las importaciones infringía el artículo VIII.

Prácticas del Canadá que afectan a las publicaciones periódicas (1997):

Después de adoptarse los informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación en los que se constataba que el Canadá había infringido el GATT, el USTR determinó que ciertas leyes, políticas y prácticas del Canadá infringían el GATT de 1994 o negaban de otro modo ventajas a las que los Estados Unidos tenían derecho en virtud del GATT de 1994.

Asuntos planteados en el marco del GATT de 1947:

Restricciones aplicadas por el Canadá a las importaciones de cerveza (1991:

Después de adoptarse el informe de un Grupo Especial del GATT en el que se constataba que el Canadá habían infringido el GATT, el USTR determinó que ciertas leyes, políticas o prácticas del Canadá infringían el GATT.

Tailandia - Cigarrillos (1990):

Después de adoptarse el informe de un Grupo Especial del GATT en el que se constataba que Tailandia había infringido el GATT, el USTR determinó que se estaban conculcando derechos que correspondían a los Estados Unidos en virtud del GATT.

Corea - Carne vacuna (1990):

Basándose en el informe de un Grupo Especial del GATT en el que se constataba que Corea había infringido el GATT, el USTR determinó que se estaban negando derechos que correspondían a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo comercial.

Comunidades Europeas - Semillas oleaginosas (1990):

Después de adoptarse el informe de un Grupo Especial del GATT en el que se constataba que las CE habían infringido el GATT, el USTR determinó que se estaban negando derechos que correspondían a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo comercial. Anteriormente, al expirar el plazo de 18 meses, el USTR había determinado que había razones para creer que se estaban negando derechos que correspondían en virtud de un acuerdo comercial, pero no determinó que se hubiera producido una infracción porque aún no habían concluido las actuaciones del Grupo Especial.

En los siguientes asuntos, el USTR puso fin, sin formular ninguna determinación, a una investigación relativa a derechos que correspondían en virtud de un acuerdo comercial:

Prácticas brasileñas relativas al comercio y las inversiones en el sector del automóvil (1998):

Después de las consultas celebradas para la solución de la diferencia en la OMC, el Brasil se comprometió a no prorrogar después de 1999 sus medidas relacionadas con el comercio en el sector del automóvil. En consecuencia, el USTR puso fin a la investigación.

Prácticas de Turquía relativas a la aplicación de un impuesto discriminatorio sobre los ingresos de taquilla (1997):

Después de las consultas celebradas para la solución de la diferencia en la OMC, Turquía convino en igualar cualquier impuesto aplicado en Turquía a los ingresos de taquilla procedentes de la proyección de películas nacionales y de películas importadas. En consecuencia, el USTR puso fin a la investigación.

Prácticas del Pakistán relativas a la protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura (1997):

Después de las consultas celebradas para la solución de la diferencia en la OMC, el Canadá estableció un sistema de presentación anticipada de solicitudes de conformidad con el Acuerdo sobre los ADPIC, y el USTR puso fin a la investigación.

Prácticas de Portugal relativas a la duración de la protección mediante patente (1996):

Después de las consultas celebradas para la solución de la diferencia en la OMC, Portugal cumplió las obligaciones que en materia de patentes le imponía el Acuerdo sobre los ADPIC, y el USTR puso fin a la investigación.

Ampliación de la UE (1996):

Después de llegarse a un acuerdo, el USTR puso fin a la investigación.

Ampliación de las CE (1990):

Después de notificarse a las partes contratantes del GATT la intención de los Estados Unidos de suspender las concesiones arancelarias en respuesta a las medidas tomadas por la CEE conforme al artículo XXIV del GATT, los Estados Unidos y las CE llegaron a un acuerdo y el USTR puso fin a la investigación.

Equipo noruego para peajes (1990):

> Después de las consultas celebradas con arreglo al Código de Contratación Pública del GATT, los Estados Unidos y Noruega llegaron a un acuerdo y el USTR puso fin a la investigación.

Licencias de importación del Brasil (1990):

> Después de las consultas celebradas para la solución de la diferencia en el GATT, los Estados Unidos informaron al Brasil de su intención de pedir que se constituyera un grupo especial. El Brasil retiró la medida y el USTR puso fin a la investigación.

CE - Desechos de cobre (1990):

> Después de la primera reunión del Grupo Especial del GATT, los Estados Unidos y las CE solucionaron su diferencia. El USTR puso fin a la investigación y retiró en el Grupo Especial del GATT la reclamación de los Estados Unidos.

4.575 Los Estados Unidos explican también que, del mismo modo, en la diferencia de 1989 entre los Estados Unidos y las Comunidades Europeas sobre las semillas oleaginosas, el USTR aplazó la adopción de medidas durante 180 días con arreglo al artículo 305(a)(2)(A)(ii), dado que se estaban haciendo progresos sustanciales en las actuaciones del Grupo Especial del GATT que se ocupaba de la diferencia, actuaciones que aún no habían terminado al expirar el plazo de 18 meses.[317] Además, el USTR esperó expresamente hasta que hubieron terminado las actuaciones del Grupo Especial antes de determinar, conforme al artículo 304(a)(1)(A)(i), que se habían negado derechos que correspondían a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo, aunque esto se hizo bastante después de haber expirado el plazo de 18 meses.[318] Así pues, era práctica invariable de los Estados Unidos, incluso antes de que concluyera la Ronda Uruguay, basarse en los resultados de los procedimientos de solución de diferencias para determinar si se estaban negando derechos que correspondían a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo.

4.576 Los Estados Unidos indican después que, por consiguiente, el USTR y el Presidente tienen amplias facultades discrecionales, conforme a los artículos 301 a 310, para determinar la fecha de adopción de cualquier medida, las condiciones en que se dará efecto a esa medida y si se tomará la medida. El USTR o el Presidente pueden, por ejemplo, decidir que la medida adoptada no surta efecto hasta que los Estados Unidos hayan obtenido la aprobación formal del OSD.

4.577 En respuesta a una pregunta del Grupo Especial sobre si el USTR ha adoptado decisiones distintas de las determinaciones afirmativas o negativas formuladas conforme al artículo 304, así como sobre la base jurídica de tales determinaciones, los Estados Unidos responden que en la Ley no hay ninguna definición de las "determinaciones" que limite las facultades discrecionales del USTR para formular determinaciones distintas de la determinación de la existencia o inexistencia de una infracción. Fuera de esto, el hecho de que en el artículo 304(a)(1) se exija que las determinaciones se basen en los procedimientos de solución de diferencias indica que la Ley dispone que no se pueden formular determinaciones sin que haya habido resoluciones y recomendaciones del OSD en el sentido de que se han negado derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo. En las cartas que figuran en la prueba documental 14 de los Estados Unidos se dan ejemplos de

[317] Véase *Determinations Under Section 304 of the Trade Act of 1974, as Amended: European Community Policies and Practices With Respect to, Inter Alia, Production and Processing Subsidies on Oilseeds, 55 Fed. Reg. 4294 (1990)* (prueba documental 6 de los Estados Unidos).

[318] *Ibid.* Los Estados Unidos señalan que, al expirar el plazo de 18 meses, el USTR llegó en cambio a la conclusión de que había razones para creer que se estaban negando derechos que correspondían en virtud de un acuerdo, y en consecuencia estaba tratando de que se determinase así, siguiendo los procedimientos de solución de diferencias del GATT.

determinación. Además, la prueba documental 6 de los Estados Unidos es un aviso, publicado en el *Federal Register*, de las determinaciones formuladas en el asunto *Semillas oleaginosas*, incluyendo la determinación de que "hay razones para creer que se están negando derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo comercial".[319]

4.578 Los Estados Unidos añaden que entre otras bases jurídicas para formular determinaciones distintas de las determinaciones de la existencia o inexistencia de una infracción figuran los principios jurídicos estadounidenses establecidos en materia de interpretación de las leyes sobre la aceptación de la interpretación de las leyes hecha por los organismos encargados de su aplicación y sobre la ratificación de las interpretaciones de los organismos por el poder legislativo. Los tribunales estadounidenses no pueden sustituir por sus interpretaciones las interpretaciones de disposiciones legislativas ambiguas hechas por el organismo de aplicación. Además, se presume que el Congreso conoce la interpretación administrativa o judicial de una ley y que adopta esa interpretación cuando promulga de nuevo una ley sin modificaciones. Habiéndose determinado en el asunto *Semillas oleaginosas* en 1989 que los Estados Unidos tenía "razones para creer" que se estaban negando derechos que correspondían en virtud de un acuerdo, el hecho de que el Congreso no modificase la ley para impedir tales determinaciones cuando se introdujeron otras modificaciones en 1994 apoya la posición de que la interpretación hecha por la Administración es correcta.

4.579 En respuesta a la pregunta del Grupo Especial sobre la notificación pública a que han hecho referencia las Comunidades Europeas y al anuncio de 3 de marzo de 1999 relativo al asunto de los *Bananos*, los Estados Unidos sostienen que en la declaración no se dispone que los Estados Unidos actúen sin autorización del OSD. En particular, utiliza expresamente las palabras "en caso de determinación afirmativa", lo que indica que el USTR tiene facultades discrecionales para no tomar ninguna medida de conformidad con el artículo 306, incluso aunque no hayan concluido las actuaciones realizadas conforme al ESD. A lo sumo, la notificación refleja ciertas suposiciones sobre los progresos que para el 3 de marzo habrían hecho las actuaciones iniciadas con arreglo al ESD.

4.580 Los Estados Unidos continúan señalando que el anuncio del 3 de marzo no se hizo en virtud del artículo 301. Así pues, totalmente aparte del hecho de que ninguna aplicación específica del artículo 301 se encuentra dentro del mandato de esta diferencia, el anuncio está aún más lejos de la cuestión que se discute. En todo caso, el anuncio es objeto de otro procedimiento de solución de diferencias, y los Estados Unidos se proponen responder en ese contexto a las alegaciones específicas formuladas por las Comunidades Europeas.

4.581 En respuesta a la pregunta del Grupo Especial sobre las siguientes diferencias, a las que se han referido los Estados Unidos, *Comunidades Europeas - Bananos III, Comunidades Europeas - Hormonas, Japón - Películas, India - Patentes (EE.UU.), Comunidades Europeas - Equipo informático para redes, Indonesia - Automóviles* y *Japón - Productos agrícolas*, los Estados Unidos explican que, de esos asuntos, sólo los asuntos *Comunidades Europeas - Bananos III, India - Patentes (EE.UU.), Indonesia - Automóviles* y *Japón - Productos agrícolas* guardaban relación con una situación en la que habría sido aplicable el artículo 304(a)(2)(A). Las medidas tomadas por el USTR en esos asuntos se describen más abajo. En el asunto *Comunidades Europeas - Equipo informático para redes* no se inició nunca una investigación con arreglo al artículo 302, lo que pone de relieve aún más la facultad discrecional de que, en última instancia, disfruta el USTR: no iniciar en absoluto una investigación de conformidad con el artículo 302. Análogamente, en el asunto *Comunidades Europeas - Hormonas*, el USTR no recurrió a los procedimientos de solución de diferencias de la OMC con arreglo a la investigación efectuada conforme al artículo 302 varios años antes. Así pues, no se requería ni se hizo una determinación por separado con arreglo al artículo 304 como resultado

[319] Esta determinación se reflejó inicialmente en *Determination Under Section 304 of the Trade Act of 1974, as Amended: European Community's Policies and Practices With Respect to, Inter Alia, Production and Processing Subsidies on Oilseeds and Determination Under Section 305 to Delay Implementation of Any Action Taken Pursuant to Section 301, 54 Fed. Reg. 29123 (1989).*

de los procedimientos de solución de diferencias de la OMC. Del mismo modo, en el asunto *Japón - Películas*, la investigación realizada conforme al artículo 302 se terminó antes de que se iniciase el procedimiento de solución de diferencias; de hecho, ese procedimiento fue la medida que se adoptó en ese asunto.[320]

4.582 Los Estados Unidos explican además que, en el asunto *Comunidades Europeas - Bananos III*, se constató inicialmente, al concluir el plazo de 18 meses, que no sería posible determinar si se habían negado derechos que correspondían a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo hasta que el OSD adoptase las constataciones del Grupo Especial y del Órgano de Apelación. La prueba documental 14 de los Estados Unidos incluye una carta dirigida por el USTR a un miembro del Congreso en la que explica esto, junto con una carta similar presentada recientemente en el asunto *Canadá - Subvención a los productos lácteos*. Después de adoptarse los informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación en los que se constataba, en respuesta a una reclamación de los Estados Unidos, que las CE habían infringido el GATT de 1994 y el AGCS, el USTR determinó que ciertas leyes, políticas y prácticas de las CE infringían el GATT de 1994 y el AGCS o negaban de otro modo ventajas a las que los Estados Unidos tenían derecho con arreglo al GATT de 1994 y al AGCS.[321]

4.583 Los Estados Unidos prosiguen declarando que, en el asunto *India - Patentes (EE.UU.)*, después de adoptarse los informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación en los que se constataba, en respuesta a una reclamación de los Estados Unidos, que la India había infringido el Acuerdo sobre los ADPIC, el USTR determinó que ciertas leyes, políticas y prácticas de la India infringían el Acuerdo sobre los ADPIC o negaban de otro modo ventajas a las que los Estados Unidos tenían derecho con arreglo al Acuerdo sobre los ADPIC.[322]

4.584 Los Estados Unidos señalan que, en el asunto *Japón - Productos agrícolas*, el OSD adoptó los informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación, en los que se constataba, en respuesta a una reclamación de los Estados Unidos, que el Japón había infringido el Acuerdo MSF. Análogamente, en el asunto *Indonesia - Automóviles*, el OSD adoptó el informe de un Grupo Especial en el que se constataba, en respuesta a una reclamación de los Estados Unidos, que Indonesia había infringido el GATT de 1994 y el Acuerdo sobre las MIC. El USTR siguió la práctica usual de la OMC y acordó o aceptó por arbitraje un plazo prudencial para el cumplimiento en cada uno de los asuntos, pero hasta la fecha no ha publicado unas determinaciones formales con arreglo al artículo 304.

4.585 En respuesta a una pregunta del Grupo Especial, los Estados Unidos declaran que éste tal vez haya entendido erróneamente el desarrollo en el tiempo de dos de cuatro asuntos de la OMC en cuestión. Es cierto que los procedimientos de solución de diferencias de la OMC no se habían

---

[320] Los Estados Unidos señalan que, en el asunto *Japón - Películas*, el USTR determinó, conforme al artículo 304(a)(1)(A)(ii), que ciertas leyes, políticas y prácticas del Gobierno del Japón no eran razonables y entorpecían o restringían el comercio de los Estados Unidos, y que se debía hacer frente a esos actos con las siguientes medidas: 1) recurriendo a los procedimientos de solución de diferencias de la OMC para impugnar las medidas tomadas por el Japón; 2) a) solicitando la celebración de consultas con el Japón con arreglo a una disposición de la OMC relativa a las consultas sobre prácticas comerciales restrictivas; 2) b) pidiendo al peticionario que presentase información que se transmitiría a la Comisión de Comercio Leal del Japón; 2) c) tratando de cooperar con la Comisión de Comercio Leal del Japón en su examen, y 2) d) estudiando la medida en que la estructura del mercado del Japón distorsionaba la competencia en el mercado de los Estados Unidos y en terceros mercados. *Section 304 Determinations: Barriers to Access to the Japanese Market for Consumer Photographic Film and Paper*, 61 Fed. Reg. 30929, 30929-30 (1996).

[321] Véase *Determinations Under Section 304 of the Trade Act of 1974: European Communities' Banana Regime*, 63 Fed. Reg. 8248, 8248-49 (1998) (prueba documental 15 de los Estados Unidos).

[322] Véase *Determination Under Section 304 of the Trade Act of 1974: Practices of the Government of India Regarding Patent Protection for Pharmaceuticals and Agricultural Chemicals*, 63 Fed. Reg. 29053, 29053 (1998) (prueba documental 16 de los Estados Unidos).

concluido al cumplirse el plazo de 18 meses en el asunto de los *Bananos* y en el asunto *Indonesia - Automóviles*. En cambio, en el asunto *Japón - Productos agrícolas*, la investigación con arreglo al artículo 302 se inició el 7 de octubre de 1997.[323] Así pues, el plazo de 18 meses se cumplió el 7 de abril de 1999. El OSD adoptó los informes del Grupo Especial y del Órgano de Apelación en el asunto *Japón - Productos agrícolas* el 19 de marzo de 1999, antes de que expirase el plazo de 18 meses. En el asunto *India - Patentes (EE.UU.)*, la investigación conforme al artículo 302 se inició el 2 de julio de 1996.[324] Por consiguiente, el plazo de 18 meses expiró el 2 de enero de 1998. El Órgano de Apelación publicó su informe el 19 de diciembre de 1997, y el OSD adoptó ese informe el 16 de enero de 1998. En consecuencia, en el asunto *Japón - Productos agrícolas*, el OSD adoptó antes de que expirase el plazo de 18 meses unas constataciones en el sentido de que se habían infringido las normas de la OMC, y, en el asunto *India - Patentes*, el Grupo Especial y el Órgano de Apelación hicieron públicos, antes de que se cumpliese el plazo de 18 meses, unos informes en los que se constataba la existencia de transgresiones de las normas de la OMC, constataciones que fueron "objeto de confirmación" (automáticamente) por el OSD poco después.

4.586 En respuesta a otras preguntas del Grupo Especial, los Estados Unidos explican que, en los asuntos *Japón - Productos agrícolas* e *India - Patentes (EE.UU.)*, los Estados Unidos no hicieron determinaciones formales con arreglo al artículo 304 antes de que expirase el plazo de 18 meses, pero deberían haberlo hecho. Sin embargo, en ninguno de los dos casos impidió esto que los Estados Unidos continuasen siguiendo los procedimientos del ESD. En ambos casos, el USTR decidió proseguir y concertar acuerdos dentro de un plazo prudencial para la aplicación, conforme al párrafo 3 del artículo 21 del ESD. Los Estados Unidos señalan de nuevo que ninguna aplicación específica de los artículos 301 a 310 está dentro del mandato del Grupo Especial y que, por consiguiente, la pertinencia de cualquiera de tales asuntos se limita a si demuestran que la Ley exige o no que se infrinja el artículo 23 del ESD. Además, como se ha explicado antes, si una ley dada es *compatible* con las normas de la OMC, el hecho de que un Miembro no la aplique en un caso específico no hace que esa ley sea incompatible con el Acuerdo sobre la OMC.

4.587 En respuesta a la pregunta siguiente del Grupo Especial, relativa a los asuntos *Canadá - Subvención a los productos lácteos* y *Comunidades Europeas - Bananos III*, en los que el USTR envió una carta a un miembro del Congreso dentro del plazo de 18 meses, los Estados Unidos declaran que las cartas reflejan determinaciones del USTR, del mismo modo que los avisos de determinación del *Federal Register* no son en sí mismos determinaciones sino que las reflejan. Los avisos publicados en el *Federal Register* suelen estar firmados por el Presidente del Comité que se ocupa del artículo 301, y en ellos se explica que el USTR formuló una determinación en una fecha dada. Generalmente no se publican otros documentos relacionados con el proceso de deliberación del USTR.[325] Como se explicó en la audiencia, aunque en el artículo 301(c) se requiere que se proceda a la publicación, en esa disposición no se fija ningún plazo para tal publicación.

4.588 A este respecto, los Estados Unidos manifiestan su desacuerdo con la siguiente declaración de las Comunidades Europeas:

---

[323] Véase *Initiation of Section 302 Investigation and Request for Public Comment: Japan Market Access Barriers to Agricultural Products*, 62 Fed. Reg. 53853 (1997) (prueba documental 8 de los Estados Unidos).

[324] Véase *Determination Under Section 304 of the Trade Act of 1974: Practices of the Government of India Regarding Patent Protection for Pharmaceuticals and Agricultural Chemicals*, 63 Fed. Reg. 29053, 29053 (1998) (prueba documental 16 de los Estados Unidos).

[325] Los Estados Unidos señalan que el Comité de las Comunidades Europeas que se ocupa del artículo 133 no parece actuar de forma diferente a este respecto.

> "Las prescripciones expresas en el sentido de que dentro de un plazo dado se determine si se están negando derechos que correspondan a los Estados Unidos en virtud de las normas de la OMC o si no se han aplicado recomendaciones del OSD se verían totalmente frustradas si se estimase que quedan cumplidas al decidirse a aplazar la determinación."

Los Estados Unidos reiteran que el USTR no tiene necesariamente que determinar, conforme al artículo 304(a)(1), que se han negado derechos que correspondan a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo si no se han adoptado constataciones de un grupo especial o del Órgano de Apelación a tal efecto, y que puede no hacer tal determinación. La prescripción de que se formule una determinación dentro del plazo de 18 meses no se ve frustrada por la necesidad de cumplir la prescripción legal adicional de que toda determinación en el sentido de que se han negado derechos que corresponden en virtud de un acuerdo ha de basarse en los resultados de los procedimientos de solución de diferencias. Quien aplica los artículos 301 a 310 es el USTR, no las Comunidades Europeas, y no corresponde a las CE opinar ni sobre los objetivos de la Ley ni sobre si el USTR los está alcanzando. Desde el punto de vista del Grupo Especial, la única cuestión que hace al caso es si la Ley exige que se infrinja el artículo 23 del ESD. Es ajeno a la cuestión el que se estén alcanzando o no los "objetivos" de cualquier ley estadounidense.

4.589 En respuesta a la pregunta del Grupo Especial, los Estados Unidos confirmaron que éste había entendido correctamente que, en el asunto *Corea - Carne vacuna* (asunto que se planteó en el GATT pero que también se tramitó conn arreglo a las disposiciones del artículo 304 actualmente vigentes), el USTR determinó conforme al artículo 304 el 28 de septiembre de 1989 (es decir, después de distribuirse el informe del Grupo Especial, pero antes de que se adoptase el informe) que se había cometido una infracción, aunque después el USTR, en la misma decisión, retrasó la aplicación de las medidas que se proyectaba tomar de conformidad con el artículo 301. El asunto *Corea - Carne vacuna* ilustra bien las circunstancias en que se aplicaba el artículo 301 en el marco del GATT. Como se describe en las pruebas documentales 4 y 5 de los Estados Unidos, un Grupo Especial del GATT constató que las restricciones aplicadas por Corea a las importaciones de carne vacuna infringían el párrafo 1 del artículo XI del GATT. Ahora bien, en sucesivas reuniones del Consejo del GATT que siguieron a la publicación del informe, Corea se negó a sumarse a un consenso en el sentido de adoptar el informe. En otras palabras, Corea se negó unilateralmente a cumplir las recomendaciones de un grupo especial multilateral, aprovechando la deficiencia de los procedimientos de solución de diferencias del GATT de 1947 que hacían posible que la parte perdedora bloquease unilateralmente la adopción del informe del Grupo Especial. Como se describe en la página 367 de la Declaración de Acción Administrativa, ése es exactamente el tipo de circunstancias en que los Estados Unidos adoptaban o se proponían adoptar medidas con arreglo al GATT de 1947. Tras la determinación de los Estados Unidos, Corea convino en adoptar el informe del Grupo Especial y en resolver la diferencia de manera mutuamente satisfactoria, como se preveía en los procedimientos de solución de diferencias del GATT.

4.590 Los Estados Unidos recuerdan que en 1989 y 1990, cuando se planteó el asunto *Corea - Carne vacuna*, no existían el ESD ni evidentemente su artículo 23. Las determinaciones formuladas con arreglo al artículo 304 en ese asunto no infringían ninguna obligación impuesta a los Estados Unidos en el marco del GATT, y, en el caso de que lo hubieran hecho, ello sería indiferente a los efectos de que el Grupo Especial examinase si los artículos 301 a 310 exigen que se infrinjan el ESD o el Acuerdo sobre la OMC. Sin embargo, el asunto *Corea - Carne vacuna* ilustra cómo el reforzamiento de los procedimientos multilaterales de solución de diferencias impide que las partes perdedoras impidan el correcto funcionamiento de esos procedimientos, obviando así la necesidad de que las partes reclamantes traten de remediar al margen de los procedimientos de solución de diferencias la denegación de los derechos que se les reconocen en la OMC.

4.591 En respuesta a la solicitud de aclaración del Grupo Especial en relación con el asunto *Corea - Carne vacuna*, los Estados Unidos explican que en 1989 y 1990, cuando se estaba tramitando

ese asunto, no existían el ESD ni su artículo 23. A la vista de las nuevas obligaciones impuestas por el artículo 23 del ESD, los Estados Unidos, desde el 1º de enero de 1995, interpretan sus obligaciones internacionales, en particular las obligaciones dimanantes del artículo 304(a)(1), en el sentido de que exigen que esperen hasta que el OSD adopte los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación en los que se constate que se han infringido las normas de la OMC antes de determinar que se han negado derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo. Dado que ninguna "determinación de que se ha producido una infracción" era incompatible con el GATT de 1947, los Estados Unidos podían determinar (pero, como lo demuestra su prueba documental 13, lo hicieron raras veces), basándose en procedimientos de solución de diferencias en los que un grupo especial había publicado un informe pero la parte perdedora estaba bloqueando la adopción de ese informe, que se habían negado derechos que correspondían a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo.

4.592 **Las Comunidades Europeas critican** la siguiente afirmación, hecha por los Estados Unidos en respuesta a la pregunta anterior:

> "en 1989 y 1990, cuando se estaba tramitando el asunto *Corea - Carne vacuna*, no existían el ESD ni su artículo 23. A la vista de las nuevas obligaciones impuestas por el artículo 23 del ESD, los Estados Unidos, desde el 1º de enero de 1995, interpretan sus obligaciones internacionales, en particular las obligaciones dimanantes del artículo 304(a)(1), en el sentido de que exigen que esperen hasta que el OSD adopte los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación en los que se constate que se han infringido las normas de la OMC antes de determinar que se han negado derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo. Dado que ninguna "determinación de que se ha producido una infracción" era incompatible con el GATT de 1947, los Estados Unidos podían determinar (pero, como lo demuestra su prueba documental 13, lo hicieron raras veces), basándose en procedimientos de solución de diferencias en los que un grupo especial había publicado un informe pero la parte perdedora estaba bloqueando la adopción de ese informe, que se habían negado derechos que correspondían a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo".

4.593 A juicio de las Comunidades Europeas, esta afirmación está en contradicción con el hecho de que el USTR, después de concluir la Ronda Uruguay, adoptase determinaciones en el asunto *Japón - Piezas para automóviles* y en el asunto *CE - Bananos III*. Además, los Estados Unidos no mencionan el asunto *Argentina - Textiles y prendas de vestir (EE.UU.)*, en el que el USTR formuló su determinación antes de que el OSD adoptase el informe del Grupo Especial, infringiendo la disposición expresa del párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD, como lo admiten los propios Estados Unidos.

4.594 **Los Estados Unidos responden** que las Comunidades Europeas aducen el argumento, sorprendente e inexacto, de que los Estados Unidos "admiten" haber formulado, en el asunto *Argentina - Textiles y prendas de vestir (EE.UU.)*, una determinación conforme al artículo 304 de que se había transgredido un acuerdo comercial, antes de que el OSD adoptase constataciones a tal efecto. Ahora bien, el pasaje citado de la comunicación de los Estados Unidos no tiene nada que ver con el asunto *Argentina - Textiles y prendas de vestir (EE.UU.)*.

4.595 En la declaración de los Estados Unidos a la que se hace referencia se señala solamente que, en el asunto *India - Patentes (EE.UU.)*, el plazo de 18 meses fijado para la investigación con arreglo al artículo 302 venció dos semanas antes de que se adoptasen las constataciones del Grupo Especial y del Órgano de Apelación. Como se ha explicado anteriormente, el artículo 301 no obliga en tales casos a tomar medidas incompatibles con las normas de la OMC. El USTR tiene libertad para, por ejemplo, determinar que todavía no han concluido los procedimientos de solución de diferencias y que una vez que hayan terminado esos procedimientos se formulará una determinación sobre los derechos

que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo. Análogamente, el USTR tiene libertad para poner fin a la investigación y para iniciarla de nuevo.[326]

4.596 En respuesta a la pregunta del Grupo Especial relativa al fundamento textual y jurídico basándose en el cual, en el asunto *Japón - Películas*, se tomó como medida el procedimiento de solución de diferencias de la OMC, los Estados Unidos indican que tal medida se adoptó con arreglo al artículo 301(b). En el artículo 301(b)(2) se autoriza al USTR a adoptar "todas las medidas adecuadas y posibles de conformidad con el párrafo c) del presente artículo", así como "todas las demás medidas adecuadas y posibles que esté autorizado a adoptar el Presidente y que éste ordene al [USTR] que adopte de conformidad con el presente párrafo para […] obtener la supresión de esa ley, política o práctica". El USTR no consideró que fuesen "adecuadas y posibles" las medidas que cabía tomar con arreglo al artículo 301(c), y en consecuencia adoptó las medidas adecuadas y posibles que se describen más arriba y que el Presidente estaba autorizado a tomar. La solicitud de que inicie sus actuaciones un grupo especial está comprendida en los poderes que en materia de relaciones exteriores confiere al Presidente el artículo II de la Constitución de los Estados Unidos. Conforme a la disposición 24 U.S.C. § 2411(c), el USTR ha de desempeñar las funciones que le encomiende el Presidente y representa a los Estados Unidos en la OMC.

4.597 En respuesta a una pregunta del Grupo Especial sobre el asunto *Argentina - Textiles y prendas de vestir*, en la que se sugiere que, de conformidad con el artículo 304, se formuló una determinación de que se había producido una infracción sin que se hubiese iniciado, conforme al artículo 302, una investigación sobre el citado asunto, los Estados Unidos declaran que el 4 de octubre de 1996 se inició, conforme al artículo 302, una investigación sobre las importaciones de calzado efectuadas por la Argentina.[327] Los Estados Unidos señalan que la pregunta del Grupo Especial pone de relieve el hecho de que éste sólo tiene una visión parcial del modo en que se aplicaban en los asuntos concretos los artículos 301 a 310. Como en el mandato no están comprendidos tales asuntos concretos, los Estados Unidos no presentaron información sobre ellos más que con la única finalidad de ilustrar lo que la Ley exige o no exige. Los Estados Unidos han demostrado que el USTR tiene, conforme a los artículos 301 a 310, facultades discrecionales suficientes para cumplir plenamente las normas del ESD y del GATT y lo ha hecho al formular determinaciones sobre la denegación de derechos conferidos en virtud de acuerdos del GATT y de la OMC. En cambio, las Comunidades Europeas han hecho referencia a esos asuntos, no para ilustrar si la Ley exige que se tomen medidas incompatibles con las normas de la OMC, sino para calificar indebidamente como infracciones medidas tomadas con anterioridad, con la esperanza de que el Grupo Especial se aparte de su análisis jurídico y se vea prejuzgado al adoptar decisiones. El Grupo Especial ha de rechazar ese enfoque.

4.598 En respuesta a la pregunta del Grupo Especial sobre el asunto *Comunidades Europeas - Semillas oleaginosas*, en el que el USTR, el 5 de julio de 1989 (es decir, antes de que se distribuyese y se adoptase el informe del Grupo Especial), "determinó que había razones para creer que los derechos que correspondían a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo comercial se estaban negando como resultado de […] las subvenciones concedidas por las Comunidades Europeas para la producción y la elaboración de semillas oleaginosas y proteínas destinadas a la alimentación animal", pero en el que el USTR "decidió demorar la adopción de cualquier medida que hubiera que tomar conforme al

[326] Los Estados Unidos afirman también que, en contra de lo que sostienen las Comunidades Europeas, en el asunto *Japón - Piezas para automóviles*, el USTR no formuló, con arreglo al artículo 304, ninguna determinación en el sentido de que se hubieran negado derechos que correspondían a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo, y que en el asunto *Comunidades Europeas - Bananos III* no hizo ninguna determinación en ese sentido que no se basase en constataciones adoptadas por el OSD. Por otra parte, la determinación formulada por el USTR en el asunto *India - Patentes (EE.UU.)*, siguió a la adopción de las constataciones del Grupo Especial y del Órgano de Apelación por el OSD.

[327] *Initiation of Section 302 Investigation and Request for Public Comment: Argentine Specific Duties and Non-Tariff Barriers Affecting Apparel, Textiles, Footwear, 61 Federal Register* 53776 (1996).

artículo 301 por un plazo no superior a 180 días […]", porque determinó […] que se estaban haciendo considerables progresos con respecto a la diferencia […]", los Estados Unidos indican que esto no significa que el USTR determinase conforme al artículo 304, antes de que se adoptase el informe del Grupo Especial, que se había cometido una infracción. El USTR no formuló una determinación en el sentido de que se habían negado derechos que correspondían a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo hasta que el Consejo del GATT adoptó las constataciones del Grupo Especial a tal efecto.

4.599 En respuesta a la pregunta del Grupo Especial sobre la base textual u otra base jurídica con arreglo a la cual el USTR pudo formular múltiples determinaciones en el asunto *Comunidades Europeas - Semillas oleaginosas*, en el que, "el 31 de enero de 1990, […] el USTR determinó, conforme al artículo 304, […] que los derechos que correspondían a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo comercial se estaban negando" por las mismas medidas de las Comunidades Europeas, los Estados Unidos declaran que en el texto de los artículos 301 a 310 no hay nada que impida que el USTR formule dos determinaciones con arreglo al artículo 304 en el mismo asunto, y las Comunidades Europeas no han aducido ningún argumento para demostrar que existe una disposición a tal efecto. Aunque el USTR está obligado a formular las determinaciones dentro de los plazos establecidos en ese artículo, nada impide que haga determinaciones adicionales después de haber vencido esos plazos.

4.600 Los Estados Unidos explican que un principio establecido de la interpretación de las leyes en los Estados Unidos es que la interpretación dada a una ley por el organismo encargado de su aplicación ha de tenerse en cuenta si esa ley "no dice nada o es ambigua con respecto a una cuestión específica". Chevron, U.S.A., Inc., v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U.S. 837, 842-43. En tales circunstancias, el tribunal ha de apoyar la interpretación dada por ese organismo, siempre que ésta sea una "interpretación permisible" de la ley. Id. La interpretación hecha por el organismo no tiene necesariamente que ser la "única interpretación posible", Sullivan v. Everhart, 494 U.S. 83, 89 (1990), ni tiene que ser la interpretación por la que el tribunal habría optado en primer lugar. Chevron, 467 U.S., en 844. El tribunal incurre en error si sustituye "por su propia interpretación de una disposición legal una interpretación razonable hecha por [el organismo]". Id. El tribunal no tiene por función juzgar si son acertadas las opciones legítimas de política elegidas por el organismo. Suramérica de Aleaciones Laminadas, C.A., v. United States, 966 F.2d 660, 665 (Fed. Cir. 1992). Así pues, conforme a la legislación estadounidense, las interpretaciones dadas por el USTR a su facultad para hacer múltiples determinaciones, para formular determinaciones distintas de la constatación de la existencia o inexistencia de una infracción o para poner término a investigaciones serían tenidas en cuenta en los tribunales estadounidenses, en la medida en que tales determinaciones fueran objeto de examen judicial.[328] Análogamente, se tendría en cuenta la interpretación del artículo 304(a)(1) hecha por el USTR en el sentido de que lo obliga a basarse en las constataciones adoptadas por el OSD para determinar que se han negado derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo de la OMC.

4.601 Los Estados Unidos indican que no se están limitando a afirmar que las leyes les confieren determinadas facultades. Antes bien, esas interpretaciones se reflejan en una práctica de larga data, en investigaciones anteriores a este asunto y en investigaciones anteriores a la OMC. Con arreglo a la legislación estadounidense, esas interpretaciones habrían de ser tenidas en cuenta, y el Grupo Especial, al estudiar si la Ley exige que se tomen medidas incompatibles con las normas de la OMC, ha de examinar el significado de la Ley tal como sería interpretada con arreglo a la legislación estadounidense.[329]

[328] Los Estados Unidos señalan que si, de hecho, esas determinaciones no estuvieran sometidas a examen judicial, las interpretaciones dadas por el USTR serían definitivas.

[329] Los Estados Unidos se remiten al informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *India - Patentes (EE.UU.)*, *op. cit.*, párrafo 65.

4.602 Los Estados Unidos argumentan también que otra base jurídica de la interpretación dada por los Estados Unidos a las disposiciones legales es el principio estadounidense de interpretación de las leyes conocido como ratificación por el poder legislativo. Como ha declarado el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en virtud de ese principio se presume que el Congreso conoce la interpretación administrativa o judicial dada a una ley y adopta esa interpretación cuando promulga de nuevo una ley sin introducir en ella modificaciones. Lindahl v. Office of Personnel Management, 470 U.S. 768, 783, donde se cita Albemarle Paper Co. v. Moody, 422 U.S. 405, 414 n.8 (1975).

4.603 "Los Estados Unidos también declaran que las múltiples determinaciones formuladas en el asunto *Semillas oleaginosas* fueron anteriores a la creación de la OMC y que el hecho de que el Congreso no modificase la Ley para impedir tales determinaciones cuando se introdujeron otras modificaciones en 1994 confirma la opinión de que el Congreso acepta la interpretación hecha por la Administración. Análogamente, es anterior a 1994 la práctica del USTR de aplicar los artículos 301 a 310 para formular determinaciones distintas de la simple constatación de si se han negado o no se han negado derechos reconocidos por un acuerdo, así como de poner fin a investigaciones iniciadas de conformidad con el artículo 302 antes de haber formulado una determinación. En la prueba documental 13 se dan algunos ejemplos de esa práctica de larga data posteriores a 1988, aunque esa práctica también es anterior a 1988. Y el Congreso, aunque modificó el artículo 301 en 1994, no lo modificó para cambiar la interpretación o aplicación de los artículos 301 a 310 hecha por el USTR, aunque sabía perfectamente cómo se estaban aplicando esos artículos."

4.604 **Las Comunidades Europeas no están de acuerdo** en que los Estados Unidos introduzcan un argumento de defensa totalmente nuevo en esta fase tan avanzada de las actuaciones. Las CE subrayan que los nuevos argumentos de los Estados Unidos son muy similares a los aducidos por la India en el asunto *India - Patentes (EE.UU.)*. Esos argumentos fueron rechazados por el Grupo Especial y por el Órgano de Apelación a petición de los Estados Unidos, que era parte reclamante en aquel asunto.[330]

4.605 Las Comunidades Europeas declaran además que es incorrecta la cita que se ha hecho del párrafo 65 [en realidad 66] del informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *India - Patentes (EE.UU.)*. El Órgano de Apelación no dijo que "el Grupo Especial […] ha de examinar el significado de la Ley tal como sería interpretada con arreglo a la legislación estadounidense". La cita correcta, que tiene un significado totalmente distinto, es como sigue:

> "[…] como en el caso antes citado que se presentó ante la Corte Permanente de Justicia Internacional, en el caso presente el Grupo Especial no estaba interpretando la ley de la India 'en cuanto tal'; más bien examinaba la legislación india exclusivamente a efectos de determinar si la India había cumplido sus obligaciones dimanantes del Acuerdo sobre los ADPIC".

4.606 **Los Estados Unidos rechazan** el argumento de las Comunidades Europeas de que en la respuesta de los Estados Unidos se aduce un nuevo argumento de defensa y de que en el asunto *India - Patentes (EE.UU.)* se desestimaron argumentos pretendidamente similares. Ambas afirmaciones de las CE son incorrectas. Primero, los Estados Unidos no han aducido un nuevo argumento de defensa. El análisis hecho por los Estados Unidos de la aceptación por órganos judiciales de las decisiones de órganos administrativos, conforme a la legislación estadounidense, era una respuesta directa a la petición del Grupo Especial de que se indicase la base textual u otra base jurídica con arreglo a la cual el USTR pudiera formular múltiples determinaciones, lo que constituye una cuestión de hecho en esta diferencia. Aunque la base textual de la interpretación hecha por el USTR es suficientemente clara, la

[330] *Ibid.*, párrafo 69, "[…] al igual que el Grupo Especial, no estamos convencidos de que las 'instrucciones administrativas' de la India tengan primacía sobre las disposiciones obligatorias contrarias a ellas de la Ley de Patentes".

doctrina de la aceptación por los órganos judiciales de las decisiones de órganos administrativos serviría de base complementaria, con arreglo a la legislación estadounidense, en el caso de que un tribunal de los Estados Unidos considerase ambigua la redacción de la Ley.

4.607 Los Estados Unidos afirman también que las referencias hechas por las Comunidades Europeas al asunto *India - Patentes (EE.UU.)* no apoyan la posición de las Comunidades Europeas. El Órgano de Apelación, en los párrafos 65 y 66 de su informe sobre el asunto *India - Patentes (EE.UU.)*, subrayó que en ese asunto era necesario examinar la legislación india para determinar si la India había cumplido sus obligaciones internacionales. La legislación interna consiste no sólo en las disposiciones legales sino también en las normas jurídicas internas relativas a la interpretación de esas disposiciones o, en el asunto *India - Patentes (EE.UU.)*, las normas internas relativas a los conflictos de leyes. En el asunto *India - Patentes (EE.UU.)*, el Órgano de Apelación examinó "las disposiciones pertinentes de la Ley de Patentes en cuanto guardan relación con las 'instrucciones administrativas'" que estaban en cuestión[331]; en otras palabras, el Órgano de Apelación estudió si la legislación india confirmaba la afirmación de la India de que unas instrucciones administrativas no escritas y no publicadas prevalecerían con respecto a una ley que estuviera en conflicto con ellas y que obligase explícitamente a infringir las normas de la OMC. En aquel asunto, la India no presentó pruebas suficientes de que, conforme a su legislación, prevalecerían tales instrucciones.

4.608 A juicio de los Estados Unidos, la doctrina de la aceptación por los órganos judiciales de la interpretación dada por un organismo a una ley forma parte de la legislación estadounidense, aunque esa doctrina sólo habría de tenerse en cuenta en esta diferencia si el Grupo Especial llegase a la conclusión de que existía alguna ambigüedad sobre si una norma concreta de los artículos 301 a 310 exigía que se adoptasen medidas específicas que infringían una obligación dimanante de las normas de la OMC. De hecho, como han explicado los Estados Unidos a lo largo de todas estas actuaciones, la Ley no contiene ninguna ambigüedad de esa índole. A primera vista, esa Ley estadounidense no obliga a determinar que se ha cometido una infracción cuando el OSD no ha adoptado ninguna constatación, y de hecho exige que todas las determinaciones de esa índole se basen en los resultados de las actuaciones realizadas en la OMC.[332]

4.609 Sin embargo, según los Estados Unidos, en el caso de que el Grupo Especial considerase que la Ley es ambigua, la interpretación que da a ésta el poder ejecutivo de los Estados Unidos es de gran importancia con arreglo a la legislación estadounidense. Primero, muchas determinaciones del poder ejecutivo no están sometidas a examen judicial. Como ya se ha señalado, si tal fuera el caso en lo que se refiere a las determinaciones formuladas conforme al artículo 301, la interpretación dada por el USTR sería definitiva con arreglo a la legislación estadounidense. Segundo, incluso si un tribunal estadounidense examinase tales determinaciones e incluso si llegase a la conclusión de que la redacción de la Ley es ambigua, ese tribunal estaría obligado de conformidad con la legislación estadounidense a interpretar ese texto teniendo en cuenta el criterio de aceptación de las decisiones de los órganos administrativos por los órganos judiciales seguido en el asunto Chevron.

4.610 Los Estados Unidos reiteran que no han hecho referencia a la doctrina de la aceptación de las decisiones de los órganos administrativos por los órganos judiciales para dar a entender, como afirman las Comunidades Europeas, que el Grupo Especial no puede examinar la compatibilidad de los artículos 301 a 310 con las normas de la OMC. Antes bien, los Estados Unidos han hecho

[331] Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *India - Patentes (EE.UU.)*, *op cit.*, párrafo 66.

[332] Los Estados Unidos afirman de nuevo que esa prescripción jurídica estadounidense va más allá de lo que las Comunidades Europeas sostienen que son las obligaciones impuestas a los Miembros de la OMC: "sería improcedente interpretar el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC de una forma tan amplia que obligase a los Miembros de la OMC a incluir en su legislación interna disposiciones específicas por las que se prohibiese la adopción de toda medida incompatible con las normas de la OMC".

referencia a esa doctrina porque ésta forma parte de la legislación estadounidense que el Grupo Especial está examinando.

4.611 Los Estados Unidos recuerdan de nuevo que la carga de la prueba en esta diferencia incumbe a las Comunidades Europeas. Como ya se ha señalado, las Comunidades Europeas no han demostrado que la legislación estadounidense obligue al USTR a tomar medidas que infringen el artículo 23, no han demostrado que las normas estadounidenses relativas a la interpretación de las leyes permitan que las CE y este Grupo Especial interpreten "si" en el sentido de que significa "que" y no han demostrado que es permisible hacer caso omiso de artículos enteros de la Ley en los que se confieren al USTR facultades discrecionales para demorar la adopción de medidas o para no tomar medidas. Análogamente, las CE no han demostrado, en su última comunicación, que conforme a la legislación estadounidense se pueda hacer caso omiso del criterio de aceptación de las decisiones de las autoridades administrativas por las autoridades judiciales adoptado en el asunto Chevron.

4.612 **Las Comunidades Europeas afirman también** que los Estados Unidos, al ocuparse de la publicación por el USTR de avisos en los que se anuncia la adopción de medidas unilaterales de retorsión por Corea como tercero, indican que la posición de las CE es que, "si se propone la suspensión, esto incluye necesariamente la publicación de una lista de productos".

4.613 Las Comunidades Europeas recuerdan que los Estados Unidos insisten en que las CE "no explican por qué es así, ni, en el caso de que sea así, cuándo hay que proceder a esa publicación".

4.614 Las Comunidades Europeas indican que, en el asunto *Bananos III*, el propio USTR publicó dos avisos en el *Federal Register* (22 de octubre de 1998, página 56689, y 10 de noviembre, página 63099). Según el primer aviso, "el artículo 306(c) de la Ley de Comercio Exterior dispone que el USTR dará a las partes interesadas la oportunidad de exponer su opinión antes de que se formule una determinación de conformidad con el artículo 306(b)"; el segundo aviso se publicó expresamente "de acuerdo con el artículo 304(b)". Las CE se preguntan, pues, quién tiene razón: el USTR cuando publica avisos en el *Federal Register* o el USTR cuando representa al Gobierno de los Estados Unidos en las actuaciones de esos grupos especiales.

4.615 Según las Comunidades Europeas, además, y por definición, la publicación ha de hacerse antes de que se formule ninguna determinación o de que se tome ninguna medida.

4.616 Las Comunidades Europeas afirman que los Estados Unidos, al descuidar ese elemento fundamental, aunque evidente, esquivan la cuestión de fondo más importante planteada por Corea, con el apoyo de las CE: los efectos prácticos que sobre el comercio puede tener tal publicación, hecha antes y con independencia de cualquier decisión que se adopte en el sistema de solución de diferencias de la OMC, constituyen el medio más eficaz de aplicar la política de "espada de Damocles" que tiene graves repercusiones sobre los agentes económicos que operan en el mercado (además de reportar considerables ventajas proteccionistas a los bienes y servicios nacionales competidores). Como sabe este Grupo Especial, a veces la amenaza de tomar medidas es incluso más eficaz que las propias medidas.

4.617 En opinión de las Comunidades Europeas, para ilustrar mejor esta idea convendría dar algunos ejemplos al Grupo Especial. En el asunto *Japón - Piezas para automóviles* y en relación con el procedimiento del artículo 301, los Estados Unidos no pidieron nunca que se iniciase un procedimiento de solución de diferencias contra el Japón, pese a lo cual el USTR anunció el 10 de mayo de 1995 que los Estados Unidos tomarían medidas de retorsión. Según las CE, el representante de los Estados Unidos confirmó durante las actuaciones del Grupo Especial que los Miembros de la OMC tienen una obligación positiva de poner su legislación en conformidad con las obligaciones dimanantes de los acuerdos abarcados, incluido el ESD, a partir del 1º de enero de 1995, "y [esto] no podía demorarse".

4.618 Las Comunidades Europeas señalan que más adelante se puso fin a las actuaciones del asunto *Japón - Piezas para automóviles* cuando, bajo la amenaza de medidas de retorsión, se llegó a un acuerdo entre los Estados Unidos y el Japón. Algunos elementos fácticos podrían ayudar al Grupo Especial a aclarar las repercusiones de la amenaza de adopción de medidas unilaterales por los Estados Unidos con arreglo a los artículos 301 a 310.

4.619 Las Comunidades Europeas explican que, el 27 de septiembre de 1994, el Presidente de los Estados Unidos transmitió al Congreso unos proyectos de disposiciones legislativas destinadas a poner en práctica la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales del GATT. En la Declaración de Acción Administrativa que acompañaba a esos proyectos, el Presidente de los Estados Unidos indicó expresamente lo siguiente:

> "No existe ningún motivo para preocuparse ante la posibilidad de que los acuerdos de la Ronda Uruguay en general, o el ESD en particular, hagan que las futuras administraciones se muestren más reacias a aplicar, de conformidad con el artículo 301, sanciones que sean incompatibles con las obligaciones comerciales de los Estados Unidos, porque tales sanciones podrían dar lugar a medidas de retorsión autorizadas por el ESD. Aunque en algunos casos concretos los Estados Unidos hayan manifestado su intención de responder a una práctica extranjera desleal adoptando medidas, de conformidad con el artículo 301 sin que hayan sido autorizadas por el GATT, pocas veces lo han hecho."

4.620 Según las Comunidades Europeas, en consonancia con esta posición (incompatible con las normas de la OMC), el 13 de octubre de 1994 se inició, conforme al artículo 301, una investigación contra el Japón, investigación que más adelante, el 10 de mayo de 1995, fue seguida de un anuncio hecho por el USTR en el sentido de que el mercado japonés del automóvil estaba cerrado y de que el 28 de junio de 1995 se publicaría una lista de productos japoneses contra los que se tomarían medidas de retorsión.

4.621 Las Comunidades Europeas señalan además que ese anuncio había ido precedido, el 9 de mayo de 1995, de una Resolución de la Cámara de Representantes (104th Congress, 1st session, H. Res. 141) en la que se declara lo siguiente:

> "Considerando que el Presidente Clinton declaró, el 5 de mayo de 1995, que los Estados Unidos están 'comprometidos a tomar enérgicas medidas' contra las importaciones japonesas en los Estados Unidos si no se llega a un acuerdo,
>
> *Se resuelve* que el sentir de la Cámara es que:
>
> 1) […]
>
> 2) en consecuencia, la Cámara apoya enérgicamente la decisión del Presidente de imponer sanciones comerciales a los productos japoneses de conformidad con el artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior de 1974, a menos que entretanto se llegue a un acuerdo con el Japón que sea aceptable y haga innecesario tomar tales medidas."

4.622 Las Comunidades Europeas recuerdan una vez más que los Estados Unidos no iniciaron nunca ningún procedimiento de solución de diferencias en el marco de la OMC contra el Japón en relación con esta cuestión.

4.623 Las Comunidades Europeas también explican que tres años después, el 9 de octubre de 1998, cuando todavía no había expirado el "plazo prudencial para la aplicación" concedido a las CE para que tomasen medidas a fin de cumplir las recomendaciones y resoluciones formuladas con arreglo al

procedimiento de solución de diferencias en el asunto *Bananos III* (ese plazo vencía el 31 de diciembre de 1998) y cuando las CE aún no habían adoptado todas esas medidas, el Jefe de Gabinete del Presidente W. Clinton de los Estados Unidos, M. Erskine Bowles, envió una carta a los dirigentes tanto del Partido Republicano como del Partido Demócrata en la Cámara de Representantes y en el Senado (presentada el 8 de julio de 1999 por el Commonwealth de Dominica y Santa Lucía como tercero). En nombre del Presidente (el principio de la carta es "la Administración comparte su opinión […]"), el Sr. Bowles declaró lo siguiente:

> "Para ejercer la máxima presión sobre la Unión Europea, la Administración está siguiendo tres caminos distintos: 1) continuar indicando que estamos dispuestos a tratar de resolver la diferencia de manera mutuamente aceptable y compatible con las obligaciones dimanantes de la OMC, 2) defender nuestros derechos en el proceso de la OMC y 3) proceder con arreglo al artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior de 1974.
>
> […]
>
> Así pues, a menos que para el 2 de enero de 1999 la Unión Europea haya convenido en suspender la aplicación del régimen que aplica a los bananos y en aplicar un régimen compatible con las normas de la OMC y aceptable para nosotros, la Administración publicará un segundo aviso en el *Federal Register* el 10 de noviembre. En ese aviso se pedirá que se hagan observaciones sobre una lista de opciones de retorsión específicas y se indicará que la Administración anunciará el 15 de diciembre medidas de retorsión conformes al artículo 301 que surtirán efecto a partir del 1º de febrero de 1999, a menos que el régimen aplicado por la Unión Europea a los bananos responda plenamente a las normas de la OMC."

4.624 A juicio de las Comunidades Europeas, como lo demuestran estos ejemplos, tanto la amenaza como la medida infringen el texto, el objeto y el fin del artículo 23 (y las disposiciones conexas de los artículos 21 y 22) del ESD. Desde este punto de vista, la declaración de los Estados Unidos de que

> "el USTR no ha hecho nunca ninguna determinación conforme al artículo 304 (a) (1) en el sentido de que se han negado derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un Acuerdo del GATT o de la OMC que no se basase en los resultados de los procedimientos de solución de diferencias del GATT y de la OMC"

es de hecho incorrecta, puesto que el USTR, al menos en el asunto *Bananos III*, formuló, después de haber expirado el período prudencial sin haber recurrido a ningún procedimiento de solución de diferencias de la OMC para juzgar la conformidad de las nuevas medidas de las CE por las que se derogaban las disposiciones legislativas que un anterior Grupo Especial había declarado incompatibles con las normas de la OMC, una determinación con arreglo al artículo 304(a)(1) en el sentido de que se habían negado derechos que correspondían a los Estados Unidos en virtud de los acuerdos de la OMC. Además es engañosa, porque la amenaza de medidas de retorsión puede forzar al Miembro de la OMC al que se dirige la amenaza a aceptar una solución convenida de "común acuerdo" que haga innecesario formular una determinación con arreglo al artículo 304(a)(1) (como en el procedimiento seguido en relación con el artículo 301 en el asunto *Japón - Piezas para automóviles*).

4.625 Además de hacer esas declaraciones contradictorias, los Estados Unidos se basan en algunos otros argumentos que, a juicio de las Comunidades Europeas, tampoco son convincentes en modo alguno. Las CE creen que procede analizar brevemente ciertas cuestiones planteadas por los Estados Unidos.

4.626 A juicio de las Comunidades Europeas, el asunto *Bananos III* es un caso en el que el USTR formuló, a fin de tomar medidas con arreglo al artículo 301, una determinación en el sentido de que "un país extranjero [las CE] no está aplicando de forma satisfactoria una medida o un acuerdo" (véase el artículo 306(b)(1)), determinación del tipo de las que "serán tratadas como si fueran determinaciones formuladas de conformidad con el artículo 304(a)(1)".

4.627 Las Comunidades Europeas argumentan que se debe observar que esa disposición del artículo 306(b)(1) contiene una remisión general al artículo 304(a)(1). Así pues, incluye explícitamente e implica lógicamente que se requiere una determinación en el sentido de que se han negado derechos que corresponden a los Estados Unidos en el marco de la OMC. De hecho, dada la estructura del artículo 304(a)(1), sería totalmente imposible proceder inmediatamente a determinar una medida sin haber determinado que se han negado derechos que corresponden a los Estados Unidos.

4.628 Las Comunidades Europeas señalan que cualquier otra interpretación llevaría a arbitrariedades y a una infracción aún más grave de las disposiciones del artículo 23 del ESD, que, como han subrayado repetidamente las CE, trata en general de todas las situaciones (incluyendo la situación descrita en el párrafo 2 a) del artículo 23) en que los Miembros de la OMC "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". De hecho, el artículo 23 del ESD trata de todas las situaciones en que hay infracción, todas las situaciones en que no hay infracción y todas las demás situaciones a las que se refiere el párrafo 1 del artículo XXIII del GATT de 1994.

4.629 Las Comunidades Europeas recuerdan que el hecho es que su reclamación se dirige contra los artículos 301 a 310 como tales, y no contra la aplicación de esos artículos en casos particulares. Dicho esto, las CE se refieren de nuevo al asunto *Japón - Piezas para automóviles*.

4.630 Las Comunidades Europeas recuerdan que los Estados Unidos explicaron que en ese asunto no se determinó que se hubieran negado derechos que correspondiesen a los Estados Unidos en virtud de las normas del GATT o de la OMC. Si se pretendiera que la declaración de los Estados Unidos se entendiera en el sentido de que implica que el USTR no determinó que se hubieran negado derechos que correspondían a los Estados Unidos, sobre la base del aviso publicado el 16 de mayo de 1995 en el *Federal Register* de los Estados Unidos, las CE no estarían de acuerdo en ello. Los anuncios públicos y las decisiones del USTR se basaban necesariamente en una determinación sustantiva de la denegación de derechos que correspondían a los Estados Unidos.

4.631 En opinión de las Comunidades Europeas, dada la cuestión de que trata el asunto *Japón - Piezas para automóviles*, que evidentemente es el comercio de mercancías, es imposible entender que ninguna determinación formulada en ese asunto se rija por el artículo 23 del ESD.[333] A juicio de las CE, los Estados Unidos no tienen derecho, en ninguna circunstancia, a imponer sanciones comerciales en el sector del comercio de mercancías contra otro Miembro de la OMC sin cumplir las prescripciones del artículo 23 del ESD.

4.632 Las Comunidades Europeas señalan que, sean cuales fueren los términos exactos de la determinación hecha en el asunto *Japón - Piezas para automóviles*, no cabe duda seriamente de que

[333] Las Comunidades Europeas no saben de ninguna aplicación de los artículos 301 a 310 a situaciones no abarcadas *ratione materiae* por uno de los acuerdos de la OMC, y los Estados Unidos no han demostrado que haya habido tal aplicación. Incluso si hubiera habido tales casos, no sería permisible tomar medidas de retorsión contra otro Miembro de la OMC en los sectores abarcados por los acuerdos de la OMC. Además, el artículo 304(a)(1)(A)(ii) se aplica sin duda a las situaciones reguladas por los acuerdos de la OMC: el hecho de que en teoría pueda utilizarse también para formular determinaciones en situaciones no reguladas por los Acuerdos de la OMC no afecta a su incompatibilidad con el artículo 23 del ESD, como ya se ha estudiado.

esa determinación se formuló haciendo totalmente caso omiso de las prescripciones del artículo 23 del ESD. También es evidente que la determinación tuvo que hacerse con arreglo al artículo 304(a)(1). Lógicamente no es posible formular una determinación para la adopción de medidas conforme al artículo 304(a)(1)(B) sin una determinación previa hecha con arreglo al artículo 304(a)(1)(A).

4.633 Rechazando el argumento de las Comunidades Europeas de que el artículo 301 tiene el "objetivo ilegítimo" de servir de espada de Damocles, **los Estados Unidos observan** que las CE suponen que el artículo 301 se utiliza con fines ilegítimos. De hecho, tiene el legítimo fin de hacer respetar los derechos dimanantes de las normas de la OMC, de conformidad con los procedimientos de la OMC. La espada de Damocles son las medidas de retorsión que autoriza la OMC en virtud del artículo 22 cuando un Miembro ha incumplido las resoluciones y recomendaciones del OSD. El artículo 301 aplica este principio con arreglo a la legislación estadounidense.

4.634 En una pregunta a las Partes, el Grupo Especial señaló su entendimiento de que, en el asunto *Japón - Piezas para automóviles*, la determinación formulada y las medidas adoptadas por los Estados Unidos se tomaron basándose en una investigación sobre si la ley, política o práctica japonesa a este respecto "no [era] razonable o [era] discriminatoria y obstaculiza[ba] o limita[ba] el comercio de los Estados Unidos" (cita del artículo 301(b), y no sobre si se estaban negando derechos que corresponden a los EE.UU. en virtud de las normas de la OMC. En respuesta a la pregunta del Grupo Especial sobre si las Comunidades Europeas hacen una alegación adicional en el sentido de que otro aspecto de los artículos 301 a 310 (la autorización al USTR para que formule determinaciones sobre si una cuestión está o no comprendida en el ámbito del Acuerdo sobre la OMC) infringe el artículo 23 del ESD, y, en caso afirmativo, si esa alegación está incluida en el mandato de este Grupo Especial, conforme al documento WT/DS152/11, en particular su párrafo 2, y sobre la forma en que esa alegación está incluida en tal mandato, *las Comunidades Europeas declaran*, <u>como observación preliminar</u>, que todas las alegaciones que han hecho ante este Grupo Especial están relacionadas exclusivamente con la incompatibilidad de los artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974, <u>como tales</u>, con las normas de la OMC. Las referencias que se han hecho a casos concretos en que se aplicaron esas disposiciones tienen solamente el carácter de prueba complementaria de la forma en que las autoridades estadounidenses interpretan esas disposiciones y, en consecuencia, constituyen un argumento en contra de algunas afirmaciones hechas por los Estados Unidos, y no una alegación distinta.

4.635 En este contexto, las Comunidades Europeas señalan a la atención del Grupo Especial la distinción hecha en anteriores asuntos entre alegaciones, por una parte, y argumentos aducidos en apoyo de ellas, por otra. Recientemente, en el informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Guatemala - Investigación antidumping sobre el cemento Portland procedente de México* se declaró lo siguiente[334]:

> "Por consiguiente, la *cuestión* sometida al OSD consta de dos elementos: las *medidas* concretas en litigio y los *fundamentos de derecho de la reclamación* (o *alegaciones*)." (Se han añadido las cursivas.)

4.636 Las Comunidades Europeas señalan también que, en el asunto *Comunidades Europeas - Bananos III*, el Órgano de Apelación hizo la siguiente declaración adicional:

> "El párrafo 2 del artículo 6 del ESD exige que en la solicitud de establecimiento de un grupo especial se especifiquen, no los *argumentos*, pero sí las *alegaciones*, de forma suficiente para que la parte contra la que se dirige la reclamación y los terceros

[334] Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Guatemala - Investigación antidumping sobre el cemento Portland procedente de México* ("*Guatemala - Cemento*"), 25 de noviembre de 1998, WT/DS60/AB/R, párrafo 72 *in fine*.

> puedan conocer los fundamentos de derecho de la reclamación. En caso de que no se especifique en la solicitud una *alegación*, los defectos de la solicitud no pueden ser 'subsanados' posteriormente por la argumentación de la parte reclamante en su primera comunicación escrita al Grupo Especial o en cualesquiera otras comunicaciones o declaraciones hechas posteriormente en el curso del procedimiento del Grupo Especial." (Se han añadido las cursivas.)[335]

4.637 Las Comunidades Europeas prosiguen afirmando que un argumento, particularmente cuando se ha aducido como reacción a una impugnación de la otra parte en la diferencia, no puede excluirse sobre la base de que no está incluido en el mandato del Grupo Especial, que se ocupa solamente de alegaciones.

4.638 Las Comunidades Europeas recuerdan que, según el mandato de este Grupo Especial, descrito en el documento WT/DS152/11, de 2 de febrero de 1999, de la OMC, la cuestión sometida al OSD por las CE incluye la infracción de los artículos 3, 21, 22 y 23 del ESD, del párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo de Marrakech y de los artículos I, II, III, VIII y XI del GATT de 1994 por los artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de los Estados Unidos, de 1974.

4.639 Las Comunidades Europeas también señalan a la atención del Grupo Especial que el propio Grupo Especial pareció considerar que el asunto *Japón - Piezas para automóviles* estaba relacionado con el caso que se examina cuando pidió al Japón, en las preguntas hechas a los terceros, que presentase la documentación disponible sobre ese asunto. Además, las CE hicieron referencia a ese asunto como reacción a la respuesta dada por los Estados Unidos a una pregunta del Grupo Especial. Por otra parte, las CE ya han refutado una alegación de los Estados Unidos en el sentido de que la situación que constituyó la base del asunto *Japón - Piezas para automóviles* no está comprendida en el mandato de este Grupo Especial.

4.640 Las Comunidades Europeas indican además que es importante recordar los hechos relacionados con el asunto *Japón - Piezas para automóviles*. En aquel asunto, los Estados Unidos anunciaron el 16 de mayo de 1995[336] que suspenderían a partir del 20 de mayo de 1995 la liquidación de los derechos de aduana aplicables a cierto número de automóviles japoneses de lujo y que impondrían a esos automóviles unos derechos *ad valorem* prohibitivos, del 100 por ciento, mediante una determinación que se adoptaría el 28 de junio de 1995 y que surtiría efecto a partir del 20 de mayo de 1995, a menos que los Gobiernos de los Estados Unidos y del Japón pudieran convenir en una solución de su diferencia que satisficiese a la industria estadounidense del automóvil.[337] Al suspenderse la liquidación de los derechos de aduanas, todas las importaciones de los productos en cuestión quedaron inmediatamente detenidas al 20 de mayo de 1995. Los Estados Unidos no habían pedido, antes de tomar esas medidas, que se iniciase un procedimiento de solución de diferencias.[338]

---

[335] Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Comunidades Europeas - Bananos III*, *op cit.*, párrafo 143.

[336] Las Comunidades Europeas señalan que el anuncio fue precedido de declaraciones públicas del Presidente de los Estados Unidos y del USTR a la prensa. Además, como indicaron las Comunidades Europeas en su segunda comunicación oral, la Cámara de Representantes de los Estados Unidos adoptó una resolución sobre la misma cuestión, resolución en la que se apoyaban las medidas unilaterales anunciadas por el Presidente de los Estados Unidos.

[337] Véase el artículo 301(c)(4).

[338] Las Comunidades Europeas observan que la denominada "notificación previa" que los Estados Unidos hicieron el 10 de mayo de 1995 al Director General de la OMC sobre su intención de recurrir al mecanismo de solución de diferencias de la OMC no cumple las prescripciones del ESD que permitirían considerarla como una solicitud de iniciación de tal procedimiento.

4.641 Las Comunidades Europeas señalan que los Estados Unidos anunciaron que en cierta fecha[339] entrarían en vigor unas medidas que un Miembro de la OMC no puede tomar con respecto a otro Miembro de la OMC más que una vez concluido un procedimiento de solución de diferencias, de conformidad con la última frase del párrafo 7 del artículo 3, junto con los artículos 22 y 23 del ESD, sobre la base de una autorización dada por el OSD con arreglo a los párrafos 2 ó 7 del artículo 22 del ESD.

4.642 Las Comunidades Europeas señalan que esas medidas se basaban en una determinación formulada explícita y específicamente de conformidad con los artículos 301 a 310, con patente infracción de las normas de la OMC sobre la solución de diferencias, hasta el punto de que los propios Estados Unidos se sintieron obligados a hacer una "notificación previa" en la que anunciaban su "intención de recurrir al mecanismo de solución de diferencias de la OMC".[340]

4.643 Las Comunidades Europeas señalan también que, a menos que el OSD haya concedido una autorización con arreglo a la última frase del párrafo 7 del artículo 3 y al artículo 22 del ESD, autorización que a su vez ha de basarse en una anterior determinación multilateral formulada por un grupo especial en el sentido de que una medida anula o menoscaba ventajas que corresponden a un Miembro de la OMC en virtud de uno de los acuerdos abarcados, las restricciones discriminatorias del comercio del tipo de las establecidas en los artículos 301 a 310 y aplicadas por los Estados Unidos en el asunto *Japón - Piezas para automóviles* no pueden en modo alguno considerarse compatibles con las normas de la OMC.

4.644 Las Comunidades Europeas señalan asimismo que no se podría haber autorizado a los Estados Unidos aplicar su legislación interna, como hicieron en el asunto *Japón - Piezas para automóviles*, más que siguiendo las prescripciones del artículo 23 del ESD. Ahora bien, como ya se ha indicado, los Estados Unidos no llegaron a recurrir a los procedimientos de solución de diferencias de la OMC.

4.645 Las Comunidades Europeas argumentan después que, sobre la base de lo que antecede y dado que en su solicitud de establecimiento de un grupo especial han hecho claramente referencia a todas las disposiciones del ESD mencionadas más arriba, no entienden cómo se puede sostener que el Grupo Especial se excedería de su mandato si estudiase la forma en que el USTR aplicó los artículos 301 a 310 en el contexto del asunto *Japón - Piezas para automóviles*, con patente infracción de precisamente esas disposiciones del ESD.

4.646 Las Comunidades Europeas indican que la mencionada pregunta del Grupo Especial parece partir de la consideración de que, en el asunto concreto que se examina, se puede hacer una distinción entre, por una parte, una determinación de si "la ley, política o práctica del Japón" a este respecto "una ley, política o práctica de un país extranjero no es razonable o es discriminatoria y obstaculiza o limita el comercio de los Estados Unidos" y, por otra, una determinación de "si se están negando derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de las normas de la OMC".

4.647 Las Comunidades Europeas señalan primero que los Estados Unidos, al igual que cualquier Miembro de la OMC, no tienen derecho en ninguna circunstancia a imponer sanciones comerciales a otro Miembro de la OMC, particularmente en el sector del comercio de mercancías, sin cumplir las prescripciones del artículo 23 del ESD, y ello con independencia de las razones que puedan invocarse para defender la adopción de tal medida unilateral. Las CE desean señalar a la atención del Grupo Especial que afirmar, como parecen hacer los Estados Unidos, que los artículos 301 a 310 se pueden

[339] Véase la declaración hecha a la prensa por el USTR el 16 de mayo de 1995, presentada por el Japón como prueba documental 6 del Japón ("La determinación final se hará el 28 de junio de 1995").

[340] Véase el documento WT/INF/1, de 17 de mayo de 1995, presentado por el Japón (en su forma original) como prueba documental 4 del Japón.

interpretar en el sentido de que autorizan a los Estados Unidos a imponer medidas unilaterales de retorsión con respecto a productos, servicios u otros derechos comprendidos en los acuerdos abarcados sin seguir el procedimiento de solución de diferencias conforme al artículo 23 (y a las disposiciones conexas de los artículos 21 y 22) del ESD equivaldría a transformar la obligación absoluta e incondicional establecida por el artículo 23 del ESD en una mera cláusula del "máximo empeño". El Grupo Especial debe rechazar tal corolario inaceptable del enfoque sugerido por los Estados Unidos.

4.648 En segundo lugar, las Comunidades Europeas señalan a la atención del Grupo Especial la posible interpretación errónea de los hechos relacionados con el asunto *Japón - Piezas para automóviles*, por una parte, y el contenido del aviso publicado el 16 de mayo de 1995 en el *Federal Register* de los Estados Unidos, por otra.

4.649 Las Comunidades Europeas recuerdan que, con arreglo a las palabras iniciales del artículo 304(a)(1), las determinaciones se formularán "Sobre la base de las investigaciones que se inicien de conformidad con el artículo 302."

4.650 Las Comunidades Europeas señalan que, según el aviso publicado en el Federal Register de los Estados Unidos el 13 de octubre de 1994[341], la iniciación de la investigación estaba dirigida a "determinadas leyes, políticas y prácticas del Gobierno del Japón que limitan o impiden el acceso de los proveedores estadounidenses de partes de automóviles al mercado japonés de repuestos y accesorios de automóviles". Por lo tanto, la cuestión consistía, según las propias palabras del USTR, en la limitación o denegación del "acceso de los proveedores estadounidenses de partes de automóviles" al mercado de repuestos y accesorios. La denegación o limitación del acceso de productos a los mercados constituye una infracción típica de las obligaciones impuestas por el GATT de 1947 y de 1994.

4.651 Las Comunidades Europeas sostienen que el propio USTR confirma esta opinión. Antes de publicarse el aviso de 16 de mayo, el USTR, en su notificación previa de 10 de mayo de 1995 al Director General de la OMC[342], dijo lo siguiente: "Le dirijo la presente en esta fecha a título de notificación previa de la intención de los Estados Unidos de recurrir al mecanismo de solución de diferencias de la OMC para denunciar la discriminación de que son objeto los productos estadounidenses y otros productos extranjeros competitivos en el mercado japonés de vehículos automóviles y sus partes y piezas sueltas."

4.652 Por consiguiente, a juicio de las Comunidades Europeas, sencillamente no sería razonable afirmar que esa cuestión puede desvincularse de las cuestiones concernientes al incumplimiento de las obligaciones impuestas en el marco del GATT/OMC, o, como dice el artículo 304, del hecho de que "se están negando los derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo comercial".

4.653 Las Comunidades Europeas señalan también que el aviso publicado el 16 de mayo de 1995[343], que evidentemente es la fuente de la cita que se hace en las palabras iniciales de esta pregunta, no debe tomarse como el único elemento que ha de tenerse en cuenta para entender correctamente la situación jurídica existente en el asunto *Japón - Piezas para automóviles*. Los Estados Unidos, tratando de justificar en el contexto de la OMC las medidas que habían adoptado, dadas las fuertes

[341] Prueba documental 1 del Japón. El aviso se basaba explícitamente en el artículo 302.

[342] Las Comunidades Europeas señalan que esa carta fue distribuida como documento WT/INF/1 de la OMC el 17 de mayo de 1995 a todos los Miembros de la OMC.

[343] Prueba documental 7 del Japón.

críticas a que estaban siendo sometidos como resultado de su decisión[344], procuraron claramente ocultar las repercusiones de la infracción de las normas de la OMC, en particular del artículo 23 del ESD.[345] En el aviso de 16 de mayo, aunque se hace referencia a la investigación prevista en el artículo 302, como se desprendía del aviso de 13 de octubre, la conclusión no se formula "sobre la base" de esa investigación, para la cual, como acaban de recordar las CE, se habría requerido una determinación en el sentido de que se habían negado derechos "que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo comercial".

4.654 Las Comunidades Europeas argumentan que la tentativa de ocultar la verdadera naturaleza de la "determinación" ha de rechazarse también sobre la base del texto del propio artículo 301, en particular las definiciones dadas en el artículo 301(d).[346] Esas definiciones corresponden exactamente a lo que en los párrafos 1 a) a c) del artículo XXIII del GATT de 1994 se describe como caso en que hay infracción, caso en que no hay infracción, u otra situación, así como a la práctica invariable de los grupos especiales del GATT de 1947 y de la OMC. Esas definiciones describen también sin ninguna duda una situación que está regulada objetivamente por los párrafos 1 y 2 del artículo 23 del ESD, según los cuales:

> "1. Cuando [los Miembros] traten de reparar
>
> - el incumplimiento de obligaciones u
>
> - otro tipo de anulación o menoscabo […] o
>
> - un impedimento al logro de cualquiera de los objetivos de los acuerdos abarcados […]
>
> 2. 'En tales casos, los Miembros' seguirán las prescripciones de los párrafos 2 a) a c) del artículo 23."

4.655 Las Comunidades Europeas consideran que los propios Estados Unidos han confirmado la interpretación arriba mencionada cuando afirmaron que:

> "En el asunto *Japón - Películas*, el USTR determinó, conforme al artículo 304(a)(1)(A)(ii), que ciertas leyes, políticas y prácticas del Gobierno del Japón no eran

[344] Las Comunidades Europeas señalan que el Japón solicitó, conforme al artículo XXII del GATT, la celebración de consultas sobre, en particular, la compatibilidad de los artículos 301 a 310 con el artículo 23 del ESD (véase el documento WT/DS6/5, de 27 de junio de 1995, de la OMC). En una declaración anterior, apoyada por otros Miembros de la OMC, el Japón puntualizó que "Si el GDEEUU se atiene fielmente a los procedimientos de solución de diferencias de la OMC, no hay necesidad alguna de anunciar medidas unilaterales al amparo del artículo 301 sin haber recurrido al proceso de la OMC. Lo que es más, los plazos reglamentarios del artículo 301 supondrán necesariamente la adopción de medidas incluso antes de que lleguen a término los procedimientos de la OMC" (documento WT/INF/2, de 22 de mayo de 1995, de la OMC).

[345] Las Comunidades Europeas señalan que la denominada notificación previa de la intención de consultar con arreglo al procedimiento de solución de diferencias de la OMC ya constituye una prueba suficiente de esta actitud de los Estados Unidos.

[346] En el artículo 301(d) se define lo que es una práctica "discriminatoria" o "no razonable" de un país extranjero. El artículo 301(d)(5) dispone que "Se considerarán leyes, políticas y prácticas discriminatorias, cuando proceda, las que nieguen el trato nacional o el trato de la nación más favorecida a mercancías, servicios o inversiones de los Estados Unidos". El artículo 301(d)(3)(A) dispone que "Las leyes, políticas o prácticas no serán razonables, aunque no supongan necesariamente una infracción de los derechos de carácter jurídico internacional que corresponden a los Estados Unidos ni sean incompatibles con ellos, si son de otro modo desleales e injustas".

> razonables y entorpecían o restringían el comercio de los Estados Unidos, y que se debía hacer frente a esos actos con las siguientes medidas: 1) recurriendo a los procedimientos de solución de diferencias de la OMC para impugnar las medidas tomadas por el Japón […]"

4.656 Las Comunidades Europeas señalan que, como sabe el Grupo Especial, los Estados Unidos decidieron (correctamente en aquel asunto) iniciar un procedimiento de solución de controversias contra el Japón basado en el párrafo 1 b) del artículo XXIII del GATT de 1994 (caso en que no hay infracción).[347] Las CE no entienden cómo los Estados Unidos pueden afirmar ahora que el mismo artículo 304(a)(1)(A)(ii) los autoriza a actuar unilateralmente al margen de los procedimientos obligatorios de la OMC, haciendo así caso omiso de las obligaciones absolutas e incondicionales que les incumben de conformidad con el artículo 23 del ESD.

4.657 En consecuencia, las Comunidades Europeas concluyen que, sean cuales fueren los términos exactos de la determinación formulada en el asunto *Japón - Piezas para automóviles*, no puede haber ninguna duda seria de que esa determinación se formuló haciendo totalmente caso omiso de las prescripciones del artículo 23 del ESD.

4.658 A la vista de lo que antecede, las Comunidades Europeas repiten que no formulan una alegación adicional en relación con el asunto *Japón - Piezas para automóviles*, fuera de las alegaciones ya mencionadas. En esas circunstancias, no es necesario que las CE contesten en detalle a las subpreguntas b) y c).

4.659 En respuesta a la misma pregunta del Grupo Especial (si las Comunidades Europeas formulan una alegación adicional dentro del mandato del Grupo Especial, en relación con el asunto *Japón - Piezas para automóviles*, al referirse a la determinación de que una ley, política o práctica "no es razonable" de conformidad con el artículo 301(b)), **los Estados Unidos consideran** que incumbe a las Comunidades Europeas decir si están formulando esa alegación. Si su respuesta es que las CE están efectivamente haciendo tal alegación, los Estados Unidos necesitarían tener una oportunidad de responder. Sin embargo, como se reconoce en la pregunta b), esa alegación, si se formula efectivamente, plantearía una cuestión que no está comprendida en el mandato del Grupo Especial. Cualquier alegación de esa índole se sumaría, de hecho, a las ya formuladas por las CE en esta diferencia.

4.660 Los Estados Unidos sostienen que allí las Comunidades Europeas piden que se formulen constataciones sobre pretendidas infracciones de los párrafos 2 a) y c) del artículo 23 del ESD afirmando que los artículos 304(a)(2)(A) y 306(b) exigen que el USTR formule determinaciones y adopte medidas relativas a los derechos dimanantes del Acuerdo sobre la OMC y en relación con tales derechos sin que el OSD haya adoptado constataciones o haya dado su autorización. En el párrafo 77, las CE también piden que se constate que el artículo 306(b) es incompatible con "una o varias" de las disposiciones del GATT de 1994, por razones que no se indican, y que se determine "sobre la base de estas constataciones" que los Estados Unidos han actuado de forma incompatible con el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC "al no poner la Ley de Comercio Exterior de 1974 en conformidad con" el artículo 23 del ESD y con el GATT de 1994.

4.661 Los Estados Unidos afirman que en el párrafo 2 del artículo 23 se establecen prescripciones sobre la forma en que un Miembro puede formular determinaciones y suspender concesiones cuando ese Miembro esté tratando de que se repare el "incumplimiento de obligaciones u otro tipo de anulación o menoscabo de las ventajas resultantes de los acuerdos abarcados".[348] Por otra parte, el

---

[347] *Japón – Medidas que afectan a las películas y el papel fotográfico de consumo*, WT/DS44.

[348] Párrafo 1 del artículo 23 del ESD. Los Estados Unidos señalan que el párrafo 2 del artículo 23 empieza con las palabras "En tales casos".

párrafo 2 a) del artículo 23, según sus propios términos, trata solamente de las determinaciones "de que se ha producido una infracción". No trata de las determinaciones de que no se ha producido o confirmado una infracción ni de las determinaciones que no guardan relación con los derechos conferidos por el Acuerdo sobre la OMC.

4.662 Los Estados Unidos señalan que en el asunto *Japón - Piezas para automóviles* no se formuló ninguna determinación relativa a los derechos dimanantes del Acuerdo sobre la OMC. Como se señala en la pregunta, en ese asunto de la determinación se refería a la cuestión de si las leyes, prácticas y políticas del Japón "no eran razonables", y no a la cuestión si se habían negado derechos que correspondían a los Estados Unidos en virtud de las normas de la OMC. Así pues, ninguna alegación referente al asunto *Piezas para automóviles* guardaría relación alguna con ninguna de las alegaciones de las Comunidades Europeas concernientes al artículo 23. Además, la alegación de las CE sobre el asunto *Piezas para automóviles* no está relacionada con la alegación de las CE sobre las pretendidas infracciones del GATT de 1994 por el artículo 306. El asunto *Piezas para automóviles* no estaba relacionado en forma alguna con el artículo 306.

4.663 Los Estados Unidos prosiguen afirmando que esa alegación no estaría dentro del mandato del Grupo Especial, que se refiere solamente a las disposiciones de los artículos 301 a 310 como tales, y no a ninguna aplicación particular de esas disposiciones.[349] Si las Comunidades Europeas optan por hacer esa alegación, los Estados Unidos piden al Grupo Especial que adopte una decisión preliminar en el sentido de que esa alegación no está dentro del mandato del Grupo Especial. Los Estados Unidos piden que el Grupo Especial tome tal decisión antes de abordar el fondo de la alegación.

4.664 Los Estados Unidos señalan también que en la solicitud de establecimiento de un grupo especial presentada por las Comunidades Europeas se afirma que "los artículos citados no permiten a los Estados Unidos cumplir las normas del ESD y respetar las obligaciones establecidas en el GATT de 1994", que "las normas legales citadas" son incompatibles con diversas disposiciones de la OMC y que "la legislación en cuestión" anula o menoscaba ventajas resultantes para las CE del GATT de 1994.[350] Las CE han subrayado en el curso de estas actuaciones que lo que está comprendido en el mandato de este asunto son las normas legales, y no ninguna aplicación particular de esas normas legales.[351] En consecuencia, el Grupo Especial no puede examinar el asunto *Piezas para automóviles* ni la alegación de las CE de que una decisión tomada en el contexto de ese caso en el sentido de no plantear un asunto en la OMC es, de alguna forma, incompatible con las normas de la OMC.

4.665 A juicio de los Estados Unidos, la investigación relativa al asunto *Piezas para automóviles* y al artículo 302 está también fuera del mandato del Grupo Especial porque no se refiere a los aspectos de los artículos 301 a 310 que las Comunidades Europeas describen en su solicitud de establecimiento de un grupo especial. En esa solicitud, las CE declaran:

> "Al imponer plazos precisos y rigurosos para la formulación de determinaciones unilaterales de que otros Miembros de la OMC no han cumplido las obligaciones que les incumben en el marco de la OMC y de que deben adoptarse sanciones con

[349] Los Estados Unidos señalan que, de hecho, no está comprendida en el mandato del Grupo Especial ninguna investigación específica concerniente al artículo 302.

[350] WT/DS152/11.

[351] Los Estados Unidos señalan que las Comunidades Europeas argumentan que es de poca importancia lo que el USTR haya hecho efectivamente en casos concretos. Esa afirmación, que las CE hacen para demostrar que incluso el ejercicio de cualesquiera facultades discrecionales por el USTR conforme a la Ley es inaceptable, demuestra más bien que la forma en que el USTR ejerce sus facultades discrecionales en un asunto dado no es concluyente en cuanto a lo que exige la Ley.

> respecto a esos Miembros, los artículos citados no permiten a los Estados Unidos cumplir las normas del ESD y respetar las obligaciones establecidas en el GATT de 1994 en los casos en que el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) no haya formulado, al término de esos plazos, una determinación previa de que el Miembro de la OMC de que se trata ha incumplido sus obligaciones en el marco de la OMC y no haya autorizado la suspensión de concesiones o del cumplimiento de otras obligaciones por esa razón".[352]

4.666 Los Estados Unidos sostienen que, por consiguiente, los aspectos de los artículos 301 a 310 que están comprendidos en el mandato de esta diferencia son disposiciones relativas a plazos y a la forma en que esos plazos, según se afirma, obligan a formular determinaciones y a tomar medidas que son incompatibles con el ESD y con el GATT de 1994 porque no se basan en constataciones adoptadas por el OSD o en una autorización del OSD. De hecho, ese es precisamente el enfoque de las Comunidades Europeas. La alegación hecha por las CE con respecto al asunto *Piezas para automóviles* no tiene absolutamente ninguna relación con la alegación de las CE de que los plazos concernientes al artículo 301 no permiten, según se sostiene, formular determinaciones y tomar medidas con la aprobación del OSD, y se refiere a las determinaciones hechas con arreglo al artículo 301(b), que no están relacionadas con los derechos y obligaciones dimanantes de las normas de la OMC. En ninguna parte del mandato se hace referencia a la mera existencia de tales determinaciones en los artículos 301 a 310.

4.667 Los Estados Unidos indican también que la formulación de una nueva alegación en la segunda reunión del Grupo Especial suscita serias inquietudes en relación con las garantías procesales, lo que, por sí solo, debería llevar al Grupo Especial a negarse a considerar la alegación hecha por las Comunidades Europeas en relación con el asunto *Piezas para automóviles*. Los Estados Unidos señalan que la alegación de las CE no sólo se ha hecho por primera vez en la segunda reunión del Grupo Especial sino que se ha hecho extemporáneamente. En consecuencia, se ha limitado aún más la oportunidad de responder eficazmente a ella. Esas inquietudes relacionadas con las garantías procesales exigen que se dé a los Estados Unidos la oportunidad de responder a esa alegación, si las CE insisten en ella y si el Grupo Especial concluye que está comprendida en su mandato.

4.668 A juicio de los Estados Unidos, las Comunidades Europeas han tratado de ampliar la naturaleza de sus argumentos yendo más allá del análisis directo de los textos previsto en su solicitud de establecimiento de un grupo especial y desarrollado posteriormente. Ese análisis entrañaba la cuestión de si los plazos establecidos en los artículos 301 a 310 "no permiten" al USTR formular determinaciones y tomar medidas de conformidad con las normas del ESD. El argumento de las CE se ha ampliado después para incluir la idea de que la mera existencia de la Ley amenaza la "seguridad y previsibilidad", así como el examen de aplicaciones específicas de los artículos 301 a 310 que no están comprendidas en el mandato, con la única finalidad de apartar al Grupo Especial de su análisis jurídico. No obstante, incluso estos argumentos podrían estudiarse en la medida en que hubieran sido aducidos en comunicaciones anteriores a la segunda reunión del Grupo Especial. Ahora bien, al plantear por primera vez una nueva cuestión en la segunda reunión se priva a la parte demandada de toda oportunidad efectiva de considerar o refutar el argumento. Éste es particularmente un problema en lo que se refiere a la nueva alegación de las CE, que está definida de forma tan vaga y tan deficiente.

4.669 Además, los Estados Unidos señalan que las pruebas presentadas en relación con la formulación extemporánea de la alegación de las Comunidades Europeas han de excluirse de las actuaciones sobre la base de la Regla 12 de los Procedimientos de Trabajo del Grupo Especial. El Grupo Especial ha de atenerse a los procedimientos que estableció al iniciarse estas actuaciones. La Regla 12 dispone que "Las partes presentarán al Grupo Especial todas las pruebas fácticas a más

[352] WT/DS152/11 (se ha añadido el subrayado).

tardar en la primera reunión sustantiva, excepto en lo tocante a las pruebas necesarias a los efectos de las comunicaciones de réplica, de las respuestas a preguntas o de las observaciones sobre las respuestas dadas por otros".[353] Ahora bien, la prueba presentada por las CE en relación con la nueva alegación de las CE no es necesaria para la réplica, para las respuestas a las preguntas ni para las observaciones sobre las preguntas. Es particularmente improcedente que las CE hayan formulado esa alegación y hayan presentado las pruebas pertinentes en la segunda reunión sustantiva, porque esa información estaba igualmente disponible al iniciarse este asunto y se refiere a un incidente ocurrido cierto número de años antes.

c) Capacidad discrecional en lo que respecta al marco temporal de las determinaciones y otras cuestiones relacionadas con los plazos

4.670 **Las Comunidades Europeas consideran** que el ESD no ofrece a los Miembros la garantía de que el OSD adoptará unas constataciones sobre sus reclamaciones en ese marco temporal. El ESD atribuye a cada etapa del procedimiento de solución de diferencias un plazo mínimo o máximo.[354]

4.671 Las Comunidades Europeas sostienen que, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 5 del ESD, "la parte reclamante no podrá pedir el establecimiento de un grupo especial sino después de transcurrido un plazo de 60 días a partir de la fecha de la recepción de la solicitud de celebración de consultas". La solicitud de establecimiento de un grupo especial ha de ser presentada al menos 10 días antes de la reunión del OSD.[355] Como el OSD normalmente se reúne una vez por mes, la primera reunión en la que podrá considerarse la solicitud de establecimiento de un grupo especial tendrá lugar entre 10 días y un mes después de que haya terminado el período reservado para las consultas.

4.672 Las Comunidades Europeas afirman que el párrafo 1 del artículo 6 del ESD establece que, "[s]i la parte reclamante así lo pide, se establecerá un grupo especial, a más tardar en la reunión del OSD siguiente a aquélla en la que la petición haya figurado por primera vez como punto en el orden del día del OSD […]" y que "[s]i la parte reclamante así lo pide, se convocará a tal efecto una reunión del OSD dentro de los 15 días siguientes a la petición […]".

4.673 Además, las Comunidades Europeas alegan que, según el artículo 20 del ESD, el período máximo entre el establecimiento del grupo especial y la adopción del informe del Órgano de Apelación no excederá, por regla general, de 12 meses. Sin embargo, este plazo máximo se prorrogará hasta tres meses más si el grupo especial hace uso del derecho que le atribuye el párrafo 9 del artículo 12 del ESD a aplazar la distribución de su informe, y hasta otros 30 días más si el Órgano de Apelación retrasa su informe al amparo del párrafo 5 del artículo 17 del ESD. Por tanto, el plazo total es de 15 meses, más 30 días, es decir, unos 16 meses.

Fase	Meses	Días
Consultas		60
Desde el término del período para consultas al establecimiento del grupo especial	1	15

[353] Procedimientos de Trabajo del Grupo Especial, Regla 12 (19 de abril de 1999).

[354] Para facilidad del Grupo Especial se han resumido esos plazos en la prueba documental II de las Comunidades Europeas.

[355] Las Comunidades Europeas hacen referencia a los artículos 2 y 4 del Reglamento del Consejo General, que son aplicables al OSD de conformidad con el artículo 1 del Reglamento del Órgano de Solución de Diferencias.

Fase	Meses	Días
Desde el establecimiento del grupo especial a la adopción del informe del Órgano de Apelación	15	30
TOTAL	16	105

4.674 Las Comunidades Europeas añaden que, aun en el supuesto de que todos los órganos del mecanismo de solución de diferencias de la OMC actuaran dentro de los plazos que les impone el ESD, está previsto un plazo de 19 meses y medio para el desarrollo normal de un procedimiento de solución de diferencias concreto. Todo ello sin perjuicio de la posibilidad de las partes, y en particular del reclamante, de ampliar, a discreción suya, estos plazos más allá del período de 19 meses y medio asignado a los órganos del mecanismo de solución de diferencias.

4.675 Las Comunidades Europeas concluyen que, por tanto, el USTR está obligado por el artículo 304(a)(2)(A) a formular una determinación sobre la negación de derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un Acuerdo de la OMC en un plazo que es más breve que aquél en que puede razonablemente esperarse que el OSD formule sus constataciones sobre la cuestión.

4.676 Las Comunidades Europeas subrayan, sin embargo, y esta cuestión es la más importante al respecto, que un posible retraso en los procedimientos de solución de diferencias no atribuye a los Estados Unidos el derecho de recurrir al unilateralismo. A resultas de la Ronda Uruguay, los Estados Unidos han asumido una obligación internacional sin calificativos ni condiciones de no recurrir a determinaciones o medidas unilaterales. Como ya se mencionó en el párrafo 10 *supra*, el acuerdo se logró gracias a una concesión de las Comunidades Europeas y otros participantes en la Ronda Uruguay que permitió hacer vinculante el procedimiento de solución de diferencias a cambio del compromiso de los Estados Unidos de abstenerse de formular determinaciones unilaterales y establecer restricciones unilaterales al comercio del tipo del artículo 301 sin autorización multilateral. Los Estados Unidos, al imponer al USTR la obligación de determinar en todos los casos en un plazo de 18 meses contados a partir de la solicitud de consultas si se están negando derechos que corresponden a los Estados Unidos en la OMC, sin esperar a la conclusión de los procedimientos pertinentes de solución de diferencias, incumplen claramente esta obligación incondicional y en particular el apartado a) del párrafo 2 del artículo 23 del ESD.

4.677 **Los Estados Unidos responden** que, aunque se permita a las Comunidades Europeas suponer que todas las determinaciones formuladas por el USTR de conformidad con el artículo 304(a)(1) serán siempre positivas, su análisis de los plazos previstos en el artículo 304(a)(2)(A) y de si entran en conflicto con los establecidos en el ESD es incorrecto. Los Estados Unidos tuvieron expresamente en cuenta los plazos del ESD cuando se modificaron en 1994 los artículos 301 a 310, y estos plazos son compatibles con los establecidos en el artículo 304(a)(2)(A).[356]

4.678 Los Estados Unidos alegan además que las Comunidades Europeas se centran en si, debido al plazo de 18 meses que establece el artículo 304(a)(2), el USTR ha de formular su determinación antes de la adopción por el OSD de las constataciones del grupo especial y del procedimiento de solución de diferencias en aquellos casos en los que el procedimiento correspondiente exija para su finalización el plazo máximo previsto en el ESD. Según las CE, como el artículo 303 obliga al USTR a solicitar la celebración de consultas el mismo día en que se inicie una investigación de conformidad con el

[356] Los Estados Unidos se remiten a la Declaración de Acción Administrativa, *op. cit.*, página 360 (prueba documental 11 de los Estados Unidos), en la que se expone que las enmiendas "al artículo 304 […] y al artículo 305 […]" tienen por objetivo "asegurarse de que los plazos previstos para las investigaciones y determinaciones que deban realizarse en virtud de las disposiciones destinadas a proteger la observancia de las leyes comerciales estadounidenses permiten que finalicen los procedimientos de solución de diferencias sometidos al ESD antes de que se impongan sanciones comerciales".

artículo 302 y como la determinación ha de formularse a más tardar 18 meses después de que se haya iniciado la investigación, el USTR necesariamente ha de formular su determinación en algunos casos antes de la adopción de las constataciones por el OSD.

4.679 En opinión de los Estados Unidos, la reclamación de las Comunidades Europeas se basa en su conclusión de que, de conformidad con el ESD, el plazo máximo que puede transcurrir entre una solicitud de consultas y la adopción de las constataciones del grupo especial y el Órgano de Apelación por el OSD es de 19 meses y medio. Las CE presuponen no sólo que el grupo especial y el Órgano de Apelación necesitarán el máximo de tiempo autorizado por el ESD para sus deliberaciones y preparativos del informe sino que las reuniones del OSD se celebrarán el último día previsto por el ESD para establecer el grupo especial, adoptar su informe (y establecer por consiguiente el plazo para la apelación) y aprobar el informe del Órgano de Apelación.

4.680 Los Estados Unidos alegan que las Comunidades Europeas, sin embargo, han calculado sencillamente mal los plazos que establece el ESD. En primer lugar, las CE han supuesto equivocadamente que el período normal previsto para las actuaciones de los grupos especiales puede ampliarse tres meses en virtud del párrafo 9 del artículo 12 del ESD, cuando la cifra real es dos meses o menos.[357] Por tanto, aun en caso de que las demás suposiciones de las CE fueran correctas, el plazo máximo para finalizar un procedimiento de solución de diferencias, según el artículo 20, será de 17 meses y tres semanas a 18 meses y medio y no 19 meses y medio.[358]

4.681 Los Estados Unidos alegan además que incluso este marco temporal de 18 meses y medio es más largo que el previsto en el ESD. Ello se debe a que las Comunidades Europeas suponen un plazo más largo del que corresponde: 1) entre la finalización de las consultas y la reunión del OSD en la que haya figurado por primera vez la solicitud de establecimiento del grupo especial en el orden del día y 2) entre la distribución del informe del grupo especial y la reunión del OSD en cuyo orden del día figure el informe para su adopción (que sirve de base para establecer el plazo para la apelación). Con respecto a la reunión del OSD en cuyo orden del día figure por primera vez la solicitud de establecimiento de un grupo especial, las CE ignoran la nota 5 a pie de página del párrafo 1 del artículo 6 del ESD, que obliga a que se convoque una reunión del OSD para considerar el establecimiento del grupo especial dentro de los 15 días siguientes a una petición al respecto.[359] Por tanto, las CE no pueden presuponer que la primera reunión que celebre el OSD después de finalizado el período para las consultas tendrá lugar 30 días después de la conclusión del período reservado a tales consultas ni que el período reservado para el establecimiento del grupo especial tenga que ser de un mes y medio, y no de un mes.

[357] En opinión de los Estados Unidos, las Comunidades Europeas aparentemente han supuesto de forma incorrecta que la cifra de seis meses a que hace referencia la primera oración del párrafo 9 del artículo 12 se mide de acuerdo con las mismas bases que la cifra de nueve meses que figura en la segunda oración. De hecho, la cifra de seis meses que figura en la primera oración, según se indica en el párrafo 8 del artículo 12, se calcula contando a partir de la *composición* del grupo especial hasta la entrega del informe *a las partes*, mientras que la cifra de nueve meses se calcula contando a partir del *establecimiento* del grupo especial hasta la distribución del informe *a los Miembros*. Como la composición del grupo especial puede requerir un mes (párrafo 7 del artículo 8 del ESD), y de conformidad con las directrices del Apéndice 3 del ESD (apartado k) del párrafo 12), el período entre la entrega del informe a las partes y la distribución a los Miembros tendrá una extensión de dos o tres semanas, la extensión real de ese período según el párrafo 9 del artículo 12 es como mucho de dos meses (suponiendo que no se produzca ningún retraso entre la entrega del informe a las partes y su distribución a los Miembros) y puede argumentarse que sólo es de un mes y una semana (suponiendo un período de tres semanas antes de que sea distribuido a los Miembros el informe del grupo especial).

[358] Los Estados Unidos se remiten a la nota anterior.

[359] Párrafo 1 del artículo 6 del ESD y nota 5 de pie de página.

4.682 Los Estados Unidos consideran igualmente que las Comunidades Europeas ignoran el hecho de que un Miembro puede pedir en cualquier momento que se celebre una reunión del OSD.[360] Por estas dos razones y porque las reuniones del OSD generalmente tienen lugar cada mes, las CE no pueden presuponer que la reunión del OSD en la que figure como punto del orden del día el informe del grupo especial para su adopción tendrá lugar 60 días después de la distribución de ese informe.

4.683 Los Estados Unidos señalan que, aunque no sea irrazonable que las Comunidades Europeas presupongan que ciertos aspectos del calendario de los procedimientos de solución de diferencias están fuera del control de los Estados Unidos (plazo para las consultas según el párrafo 7 del artículo 4, plazo para el informe del grupo especial según el párrafo 9 del artículo 12, plazo para el informe del Órgano de Apelación según el párrafo 5 del artículo 17), las CE no pueden presuponer que los Estados Unidos no tomarán medidas para acelerar el calendario si ello es necesario para asegurarse de que las determinaciones que formulen de conformidad con el artículo 304 serán plenamente compatibles con las obligaciones que corresponden a los Estados Unidos en virtud del ESD.[361] Por eso, a los efectos de comparar los plazos del artículo 301 con el plazo máximo previsto para los procedimientos de solución de diferencias en el ESD, el plazo pertinente es de 16 meses y 20 días.[362]

4.684 Los Estados Unidos alegan además que, aunque se supusiera que los Estados Unidos no pueden acelerar la convocatoria de una reunión del OSD y que el plazo máximo para finalizar un procedimiento de solución de diferencias según el ESD es de más de 18 meses, las Comunidades Europeas seguirían equivocándose en su conclusión de que el artículo 304(a)(2)(A) impide que el USTR formule su determinación con posterioridad a la adopción de las constataciones del Órgano de Apelación por el OSD. Ello se debe a que los Estados Unidos, según su legislación interna, pueden solicitar la celebración de consultas dentro del mecanismo de solución de diferencias de la OMC antes de iniciar una investigación de conformidad con el artículo 302. Ninguna disposición de los artículos 301 a 310 lo impide y el USTR ha actuado así de hecho.[363]

4.685 Los Estados Unidos añaden que el artículo 302(a)(2) establece que el USTR dispondrá de 45 días contados a partir de la presentación de una solicitud para determinar si inicia una investigación, período durante el cual el USTR tiene libertad para solicitar la celebración de consultas de conformidad con el mecanismo de solución de diferencias.[364] Además, de conformidad con el artículo 302(b), el USTR puede libremente iniciar de oficio una investigación en cualquier momento;

[360] Los Estados Unidos se remiten a los artículos 1 y 2 del Reglamento del Consejo General, que son aplicables al OSD de conformidad con el artículo 1 del Reglamento del Órgano de Solución de Diferencias.

[361] De nuevo, los Estados Unidos sostienen que de hecho no es necesario que se solicite una reunión del OSD antes de las previstas normalmente porque el Representante para las Cuestiones Comerciales no está obligado por el artículo 304(a)(1) a determinar que se han negado derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo.

[362] Prueba documental 2 de los Estados Unidos.

[363] Los Estados Unidos señalan, como ejemplo, la Iniciación de una investigación de conformidad con el artículo 302 y solicitud de observaciones del público: obstáculos al acceso al mercado del Japón para los productos agrícolas, 62 Fed. Reg. 53853 (1997) (prueba documental 8 de los Estados Unidos) (la celebración de consultas de conformidad con el ESD se solicitó el 7 de abril de 1997, mientras que la investigación se inició el 7 de octubre de 1997); Restricciones de Corea a las importaciones de carne de bovino de alta calidad; Aviso de iniciación, 53 Fed. Reg. 10995 (1988) (prueba documental 9 de los Estados Unidos) (las consultas de conformidad con el párrafo 1 del artículo XXIII del GATT de 1947 se celebraron los días 19 y 20 de febrero y 21 de marzo de 1988, mientras que la investigación se inició el 28 de marzo de 1988).

[364] Artículo 302 a) 2), 19 U.S.C. § 2412(a)(2).

en tal caso, nada impide al USTR que solicite primero la celebración de consultas de conformidad con el mecanismo de solución de diferencias.[365]

4.686 Los Estados Unidos subrayan que las Comunidades Europeas, para hacer frente a la carga de la prueba que les corresponde con respecto al artículo 304(a)(2)(A), tienen que demostrar que es imposible[366] que el USTR formule una determinación compatible con la OMC dentro del plazo de 18 meses que establece dicho artículo. Además, por los motivos antes indicados con respecto a la determinación en sí misma y a los errores de cálculo de los plazos establecidos en el ESD que cometen las CE, éstas no han hecho frente a la carga de la prueba que les corresponde porque no han establecido por qué el USTR no puede iniciar una investigación de conformidad con el artículo 301 varias semanas después de la solicitud por los Estados Unidos de celebración de consultas dentro del mecanismo de solución de diferencias de la OMC, abriendo así la posibilidad de que el OSD adopte las constataciones del grupo especial y del Órgano de Apelación dentro del plazo de 18 meses que establece el artículo 304(a)(2)(A).

4.687 Los Estados Unidos alegan además que, aunque se supusiera que los artículos 301 a 310 impiden que el USTR solicite la celebración de consultas antes de que se inicie una investigación de conformidad con el artículo 302, se supusiera que el USTR no puede acelerar la convocatoria de una reunión del OSD y se supusiera que el plazo máximo para la finalización de un procedimiento de solución de diferencias es de 18 meses y medio, todavía sería cierto que el USTR siempre dispondrá de las constataciones del Órgano de Apelación que se habrán ya distribuido cuando formule su determinación.[367] Además, teniendo en cuenta la norma del consenso negativo del párrafo 14 del artículo 17 del ESD, el USTR sabrá también que el OSD adoptará los informes del grupo especial y/o del Órgano de Apelación cuando se reúna, y sabrá también la fecha de esa reunión.[368]

4.688 En opinión de los Estados Unidos, el objetivo del párrafo 1 del artículo 23 es garantizar que los Miembros de la OMC recurrirán a los procedimientos multilaterales de solución de diferencias, y resulta difícil entender de qué forma se impide el logro de ese objetivo si los Estados Unidos siguen esos procedimientos hasta su conclusión y afirman lo que todos los Miembros de la OMC sabrán ya entonces, que se han negado derechos que corresponden a los Estados Unidos en la OMC y que el OSD adoptará en breve plazo esa conclusión. Por tanto, aun en caso (aunque no lo sea) de que el USTR esté obligado por la legislación estadounidense a formular una determinación positiva incondicional de conformidad con el artículo 304(a)(1) basándose en constataciones favorables, pero no adoptadas, de un grupo especial y del Órgano de Apelación, tal determinación no sería

[365] Artículo 302(b)(1)(A), 19 U.S.C. § 2412(b)(1)(A). Los Estados Unidos señalan que, lo mismo que las Comunidades Europeas están autorizadas, en los procedimientos de conformidad con su artículo 133, a iniciar las actuaciones de un procedimiento de solución de diferencias sin recurrir a los procedimientos previstos en su Reglamento de obstáculos al comercio, véase la sección IV.D infra, el Representante para las Cuestiones Comerciales y su oficina disfrutan de la capacidad independiente de actuar en la OMC en nombre de los Estados Unidos, lo que incluye actos relacionados con procedimientos de solución de diferencias como la solicitud de consultas y su celebración. Véase 19 U.S.C. § 2171(c)(1) (1998); Reorg. Plan No. 3 de 1979, 44 Fed. Reg. 69273 (1979); 19 C.F.R. § 2001.3(a) (1998).

[366] Los Estados Unidos citan el Informe del Grupo Especial *Estados Unidos - Superfund*, *op. cit.*, párrafo 5.2.9; y el Informe del Grupo Especial *Tailandia - Cigarrillos*, *op. cit.*, párrafo 86.

[367] En opinión de los Estados Unidos, suponiendo un plazo máximo de 18 meses y medio desde la solicitud de celebración de consultas hasta la adopción de los informes por el OSD, el informe del Órgano de Apelación se dará a conocer a más tardar 17 meses y medio después de la solicitud de celebración de consultas. Véase el párrafo 14 del artículo 17 del ESD.

[368] Según los Estados Unidos, si no estuviera prevista la celebración ordinaria de una reunión del OSD durante los 30 días siguientes a la distribución a los Miembros del informe del Órgano de Apelación, se convocaría tal reunión. Párrafo 14 del artículo 17 del ESD y nota 8 de pie de página.

incompatible con el objetivo del artículo 23, es decir, que las determinaciones de existencia de infracción sean multilaterales.

4.689 Los Estados Unidos subrayan además que ninguna disposición de los artículos 301 a 310 obliga al USTR a formular una determinación de que se han negado derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo si no se han adoptado las constataciones de un grupo especial o del Órgano de Apelación, y que los artículos 301 a 310 no obligan al USTR a esperar a la iniciación de una investigación de conformidad con el artículo 302 para solicitar la celebración de consultas dentro del mecanismo de solución de diferencias. Además, las Comunidades Europeas se equivocan al pretender que el plazo que establece el ESD para los procedimientos de solución de diferencias es superior a 18 meses. Por consiguiente, las CE no han demostrado que el artículo 304(a)(2)(A) impida al USTR respetar plenamente la letra y el espíritu del artículo 23 del ESD.

4.690 En respuesta a una pregunta del Grupo Especial acerca del fundamento preciso que ofrece el artículo 304 o cualquier otra disposición legal a los Estados Unidos para alegar que salvo si se han completado los procedimientos en el marco de la OMC el USTR no puede formular una determinación de existencia de una infracción, los Estados Unidos alegan que el artículo 304(a)(1) exige que las determinaciones que se formulen de conformidad con ese artículo lo sean "sobre la base de las investigaciones que se inicien de conformidad con el artículo 302 y de las consultas (y de las actuaciones, en su caso) que se entablen de conformidad con el artículo 303". Las "actuaciones" a que hace referencia el artículo 303 son los procedimientos de solución de diferencias.[369] Además, la disposición sobre esas actuaciones será "aplicable" en todos los casos en los que intervenga un acuerdo comercial, ya que el artículo 303 obliga a invocar los procedimientos de solución de diferencias previstos en un acuerdo comercial en todos los casos en los que intervenga ese acuerdo si no se ha logrado una solución mutuamente aceptable.[370]

4.691 Los Estados Unidos observan que el artículo 304(a)(2) detalla los plazos para las determinaciones que formule el USTR de conformidad con el artículo 304(a)(1). Según aquella disposición, el USTR ha de formular las determinaciones a que hace referencia el artículo 304(a)(1) 30 días después de la conclusión del procedimiento de solución de diferencias o 18 meses después de la iniciación de la investigación, si este plazo es inferior al anterior. El plazo de 18 meses permite al USTR basar su determinación en todos los casos en las constataciones adoptadas de los grupos especiales y el Órgano de Apelación.[371] Los Estados Unidos tuvieron expresamente en cuenta los plazos del ESD cuando modificaron en 1994 el artículo 304 para asegurarse de la compatibilidad de los plazos de dicho artículo 304 con los del ESD.[372]

---

[369] Los Estados Unidos sostienen que el artículo 303(a)(2) establece que si no se llega a una solución mutuamente aceptable mediante la celebración de consultas para la solución de diferencias de conformidad con un acuerdo comercial, el USTR solicitará que se inicien las "actuaciones" de conformidad con "los procedimientos formales de solución de diferencias previstos en dicho acuerdo".

[370] *Ibid.*

[371] Los Estados Unidos se remiten a la prueba documental 2 de los Estados Unidos. Como se explica allí, las Comunidades Europeas computaron equivocadamente, en el párrafo 77 de su primera comunicación, los plazos previstos en el ESD.

[372] Página 360 de la Declaración de Acción Administrativa, *reimpresa en* H.R. Doc. No. 103-316, página 1029 (prueba documental 3 de los Estados Unidos) (en la que se expone que las enmiendas "al artículo 304 […] y al artículo 305 […]" tienen por objetivo "asegurarse de que los plazos previstos para las investigaciones y determinaciones que deban realizarse en virtud de las disposiciones destinadas a proteger la observancia de las leyes comerciales estadounidenses permiten que finalicen los procedimientos de solución de diferencias sometidos al ESD antes de que se impongan sanciones comerciales").

4.692 Los Estados Unidos examinan las numerosas presunciones en que se basan los argumentos de las Comunidades Europeas. La prueba documental 10 de los Estados Unidos resume estas presunciones. Los Estados Unidos alegan que es necesario que todas las presunciones de las CE en que se basa cada una de sus reclamaciones sean correctas para que éstas se mantengan, pero ninguna de ellas es correcta.

4.693 En opinión de los Estados Unidos, la primera serie de presunciones de las Comunidades Europeas está relacionada con su pretensión de que el artículo 304 obliga a infringir el apartado a) del párrafo 2 del artículo 23 del ESD. Las CE alegan que el artículo 304 obliga al USTR a formular la determinación de que se han conculcado los derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo comercial en un plazo de 18 meses contados a partir de la iniciación de una investigación de conformidad con el artículo 302, mientras que el ESD establece en algunos casos un plazo más largo para la finalización y adopción de los informes de los grupos especiales y el Órgano de Apelación.

4.694 Los Estados Unidos señalan que estas presunciones de las Comunidades Europeas hacen referencia a los plazos fijados en el artículo 301 y en el ESD. Sin embargo, como el artículo 304 no obliga a formular una determinación positiva, estos plazos sencillamente no tienen trascendencia para la decisión del Grupo Especial. No obstante, aunque no fuera así, el plazo de 18 meses que establecen las disposiciones legales no impiden al USTR cumplir letra por letra las normas y procedimientos que establece el ESD. El cálculo hecho por las CE del tiempo que puede retrasar un grupo especial sus actuaciones es incorrecto por un mes. Además, las CE ignoran el hecho de que las reuniones del OSD normalmente se celebran cada mes y presuponen, en cambio, que las reuniones del OSD no se celebrarán hasta el último día permitido por el ESD. Las CE presuponen también que los Estados Unidos no intentarán influir en el calendario de reuniones del OSD. Por último, las CE ignoran el hecho de que los artículos 301 a 310 no impiden que el USTR inicie un procedimiento de solución de diferencias antes de iniciar una investigación de conformidad con el artículo 301. Por tanto, dejando totalmente aparte el hecho de que las CE no pueden presuponer que el USTR formulará siempre una determinación positiva, los plazos establecidos por la legislación estadounidense, de hecho, permiten al USTR basar sus determinaciones en las constataciones adoptadas de los grupos especiales y del Órgano de Apelación. Los plazos del ESD fueron negociados teniendo en cuenta este marco temporal de 18 meses y las CE y otros países eran muy conscientes de este hecho durante la Ronda Uruguay.

4.695 **Las Comunidades Europeas señalan** que difieren de los Estados Unidos en el cálculo de algunos plazos establecidos en el ESD.

4.696 Las Comunidades Europeas observan que los Estados Unidos pretenden, con respecto al marco temporal, que su extensión total es de 18 meses, mientras que las CE pretenden que su extensión total es de 19 meses y medio. Esta diferencia deriva de las diferentes presunciones sobre el período de tiempo necesario para establecer un grupo especial y decidir su composición.

4.697 Las Comunidades Europeas rechazan la presunción de los Estados Unidos de que la composición de todos los grupos especiales cuyo establecimiento se solicite al OSD se decidirá en dos reuniones extraordinarias del OSD, convocadas de conformidad con el párrafo 1 del artículo 6 del ESD. Esta disposición establece que,

> "Si la parte reclamante así lo pide, se establecerá un grupo especial, a más tardar en la reunión del OSD siguiente a aquélla en la que la petición haya figurado por primera vez como punto en el orden del día del OSD […]", y que "[…] se convocará a tal efecto una reunión del OSD dentro de los 15 días siguientes a la petición […]".

4.698 Las Comunidades Europeas indican que interpretan que los términos "a tal efecto" hacen referencia a la segunda reunión del OSD en la que ha de establecerse el grupo especial. Esta interpretación es conforme con la práctica continua de los Miembros de la OMC y del OSD. Por

consiguiente, el reclamante no puede solicitar la convocatoria de dos reuniones extraordinarias del OSD acogiéndose al plazo reducido e imperativo de convocatoria, como suponen los Estados Unidos, sino sólo la de una. Como el OSD normalmente se reúne una vez al mes (pero no necesariamente cada mes, ya que durante agosto y a finales de año pocas veces se convocan reuniones del OSD), el reclamante no puede esperar, por tales motivos, que el establecimiento del grupo especial se produzca antes de que haya transcurrido un mes + 15 días.

4.699 Las Comunidades Europeas señalan que los Estados Unidos pretenden que pueden solicitar en cualquier momento una reunión extraordinaria del OSD. Sin embargo, los Estados Unidos sólo tienen derecho a una reunión extraordinaria (es decir, a acogerse al plazo reducido e imperativo de convocatoria) en las circunstancias previstas en el ESD y, por consiguiente, no pueden contar con dos reuniones extraordinarias del OSD.

4.700 Además, las Comunidades Europeas indican que los Estados Unidos parten de la presunción de que en todos los casos solicitarán dos reuniones extraordinarias para anticiparse a posteriores retrasos. La presunción de los Estados Unidos se basa en una falacia lógica. La anticipación de los retrasos se produciría antes de saber si en el curso del procedimiento se producirá un retraso. Los componentes del Grupo Especial que examinó el caso *Comunidades Europeas - Hormonas (EE.UU.)*, por ejemplo, no podían anticipar qué duración tendría el procedimiento antes de haberlo realmente iniciado y reconocido la necesidad de solicitar el asesoramiento de expertos sobre las cuestiones científicas extremadamente delicadas y complicadas que se habían sometido a su atención. Por consiguiente, la presunción de los Estados Unidos sólo podría ser creíble si pudieran demostrar que han mantenido una política sistemática de acortar los plazos del procedimiento como medida de anticipación. Sin embargo, los Estados Unidos no han demostrado (y no pueden demostrar) que hayan mantenido esta práctica sistemática.

4.701 Las Comunidades Europeas señalan además que la segunda fuente de discrepancias pueden ser las diferentes presunciones con respecto a la longitud de la demora a que hace referencia el párrafo 9 del artículo 12 del ESD.

4.702 Las Comunidades Europeas recuerdan que los Estados Unidos presuponen que se necesita un mes para decidir la composición de un grupo especial y que, por consiguiente, la prórroga prevista en el párrafo 9 del artículo 12 es sólo de dos meses.

4.703 Las Comunidades Europeas alegan que efectivamente presuponen que la composición del grupo especial se decide inmediatamente después de su establecimiento (por ejemplo, cuando no existe desacuerdo entre las partes sobre la composición). De acuerdo con la presunción de las CE, las dos fechas que se utilizan para empezar a computar los plazos de seis y nueve meses a que hace referencia el párrafo 9 del artículo 12 están cercanas la una de la otra, de forma que el período de prórroga de que dispone el grupo especial sigue siendo efectivamente de tres meses.

4.704 Las Comunidades Europeas opinan además que las pretensiones de los Estados Unidos se basan en una lectura errónea de la capacidad discrecional que atribuye a los Estados Unidos la legislación en cuestión. De conformidad con los artículos 301 a 310, el USTR está obligado a determinar dentro de unos plazos específicos si se están negando derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo de la OMC y si se ha producido un incumplimiento de las recomendaciones del OSD.[373]

4.705 Las Comunidades Europeas rechazan la pretensión de los Estados Unidos de que el USTR tiene derecho a no formular una determinación o a decidir que pospone la determinación para esperar la finalización de los procedimientos entablados en el marco de la OMC. En el texto de los

[373] En particular, los artículos 304 a) 1) y 306 b).

artículos 301 a 310 no hay nada que sirva de apoyo a esta pretensión. Las disposiciones expresas que obligan a formular en un plazo determinado una determinación sobre si se están negando derechos que corresponden a los Estados Unidos en la OMC o si se ha producido un incumplimiento de las recomendaciones del OSD quedarían totalmente anuladas si se considerara que la decisión de aplazar la determinación les da cumplimiento.

4.706 Las Comunidades Europeas sostienen que no tiene trascendencia el hecho de que el USTR haya decidido en algunos casos individuales aplazar su determinación incumpliendo los plazos previstos en los artículos 301 a 310. Ambas partes están de acuerdo en que la cuestión objeto de la presente diferencia es la legislación de los Estados Unidos, no su aplicación real. Las CE quisieran recordar en este contexto la siguiente resolución del Grupo Especial del GATT que examinó el caso *Estados Unidos - Medidas que afectan a las bebidas alcohólicas y derivadas de la malta* (*Cerveza II*)

> "Aun en el caso de que Massachusetts no utilice en la actualidad sus facultades policiales para hacer respetar esta legislación obligatoria, la medida sigue siendo legislación obligatoria que puede influir en las decisiones de los agentes económicos. Por tanto, la no aplicación de una legislación obligatoria respecto de los productos importados no garantiza que la cerveza y el vino importados no reciban un trato menos favorable que el otorgado a los productos similares de origen nacional a los que la ley no se aplica".[374]

4.707 Las Comunidades Europeas recuerdan los argumentos presentados por los Estados Unidos ante el Grupo Especial de la OMC *India - Patentes (EE.UU.)*:

> "[…] El sistema de presentación anticipada tenía una razón de ser común a muchas otras obligaciones contraídas en la OMC, "es decir, dar a las partes contratantes seguridades acerca de las relaciones de competencia entre sus productos y los de las demás partes contratantes". El informe sobre el caso del *Superfund* había establecido claramente la importancia de "crear la previsibilidad necesaria para planear el comercio futuro" […] a pesar de la afirmación de la India de que había decidido por el momento no aplicar las disposiciones obligatorias de […] la Ley de Patentes […] esa "medida sigue siendo legislación obligatoria que puede influir en las decisiones de los agentes económicos". Los agentes económicos en el caso presente -los posibles solicitantes de patentes- no tenían confianza en que se hubiera establecido un sistema válido de presentación anticipada […] Parafraseando al Grupo Especial de la *Cerveza II*, la no aplicación de una legislación obligatoria que violase una obligación contraída en la OMC no garantizaba que no se estuviera quebrantando la obligación".[375]

4.708 Las Comunidades Europeas alegan pues que las disposiciones de los artículos 301 a 310 que estipulan medidas incompatibles con la OMC seguirán siendo incompatibles con la OMC aunque el USTR no las aplique.[376]

---

[374] Informe del Grupo Especial *Estados Unidos - Bebidas derivadas de la malta*, *op. cit.*, página 343, IBDD 39S.

[375] Informe del Grupo Especial *India - Patentes (EE.UU.)*, *op. cit.*, párrafo 4.4 (omitidas las notas a pie de página y añadidos los subrayados).

[376] En opinión de las Comunidades Europeas, así es como se aplicó la legislación en diversos casos (por ejemplo, Japón - Automóviles y Piezas de Automóviles y Comunidades Europeas - Bananos). Su no aplicación en otros pocos casos, en contradicción con los términos claros de la legislación, no pueden demostrar su compatibilidad con la OMC.

4.709 Las Comunidades Europeas están de acuerdo en que los plazos establecidos en el ESD no son "jurídicamente vinculantes" en el sentido de que no afectan ni a las obligaciones dimanantes del artículo 23 del ESD ni a la validez de los actos de los órganos judiciales sometidos en su actuación a plazos. Las CE quieren señalar a la atención del Grupo Especial, con respecto a esta cuestión, lo que sigue.

4.710 Las Comunidades Europeas señalan que la decisión de los árbitros sobre el régimen de importación de bananos de las CE fue presentada el 9 de abril de 1999. Según el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, los árbitros habrían tenido que finalizar sus trabajos el 3 de marzo de 1999, es decir, 60 días después del 1º de enero de 1999, fecha en que expiró el plazo concedido a las CE para el cumplimiento de las resoluciones. Los árbitros explicaron en su decisión que esta demora no tenía ninguna consecuencia sobre la validez de esa decisión:

> "A juzgar por sus propios términos, el plazo de 60 días establecido en el párrafo 6 del artículo 22 no limita ni define la competencia de los Árbitros *ratione temporis*, sino que, impone a éstos una obligación *de procedimiento* con respecto a la realización de su labor, y no establece una obligación *sustantiva* con respecto a su validez. En nuestra opinión, si los plazos del párrafo 5 del artículo 17 y del párrafo 6 del artículo 22 dieran lugar a la falta de competencia del Órgano de Apelación o de los Árbitros, el ESD lo habría declarado expresamente. Por ejemplo, el párrafo 12 del artículo 12 del ESD, que dispone que "si los trabajos del grupo especial hubieran estado suspendidos durante más de 12 meses, quedará sin efecto la decisión de establecer el grupo especial" prevé esa extinción de la competencia".[377]

4.711 Las Comunidades Europeas señalan que los Árbitros, por tanto, consideraron que las disposiciones del ESD que imponen plazos se refieren exclusivamente a su labor y no a la validez sustantiva de sus resultados. Los Árbitros esperaban que el OSD autorizaría la suspensión de concesiones y otras obligaciones tomando por base su decisión, aunque ésta se hubiera dado a conocer una vez vencidos los plazos previstos en el párrafo 6 del artículo 22. El OSD autorizó la suspensión el 19 de abril de 1999, indicando así que su capacidad jurisdiccional para conceder esa autorización no está sometida a plazos.

4.712 Las Comunidades Europeas alegan además que, en la legislación interna, las "disposiciones de una ley, reglamento de procedimiento o norma similar que supongan meras orientaciones o instrucciones […] que no impliquen ninguna consecuencia invalidadora por su ignorancia […] como se produce en el caso de una ley que obligue a un funcionario a preparar y entregar un documento […] antes de un día determinado" se considera que son "directrices".[378] El caso de la decisión de los árbitros sobre el régimen de importación de bananos de las CE demuestra que los árbitros y el OSD consideraron que los plazos establecidos en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD tienen un carácter de "directiva" cuya ignorancia no modifica los derechos y obligaciones sustantivos de los Miembros.

4.713 En opinión de las Comunidades Europeas, el carácter de directiva de los plazos tiene su reflejo en la práctica establecida en el marco del ESD. El período medio de tiempo entre el establecimiento de los grupos especiales y la adopción de sus informes ha sido de 13 meses y 28 días, cifra que se sitúa claramente dentro del objetivo señalado en el artículo 20 del ESD y dentro del plazo previsto en los artículos 301 a 310. Sin embargo, esta media está compuesta por períodos que oscilan entre 11 meses y seis días y 21 meses y cinco días.[379] Sería un error atribuir los retrasos en cuestión a

---

[377] Nota 7 a pie de página de la decisión de los Árbitros.

[378] Black's Law Dictionary (sexta edición).

[379] Los Estados Unidos se refieren al cuadro titulado "Marcos temporales de la solución de diferencias de la OMC - Establecimientos y composiciones de los Grupos Especiales - 1º de enero de 1995 a 30 de abril

ineficacias en el desarrollo de los procedimientos. En algunos casos, las cuestiones abordadas en los procedimientos sencillamente eran demasiado complejas para ser resueltas dentro de los plazos normales; en otros casos, los grupos especiales necesitaron más tiempo para obtener el asesoramiento de expertos. Por tanto, los retrasos fueron necesarios para asegurar a las partes las debidas garantías de procedimiento.

4.714 **Los Estados Unidos rechazan** la argumentación de las Comunidades Europeas en el sentido de que el incumplimiento de los plazos establecidos en la ley los haría compatibles con la OMC, porque esta cuestión no tiene trascendencia en la presente diferencia. Las CE no han demostrado primero que los artículos 301 a 310 obliguen a medidas incompatibles con la OMC, de forma que no tiene trascendencia si no se han aplicado en un caso determinado. El USTR dispone legalmente de más capacidad discrecional de la necesaria para cumplir las normas de la OMC sin ignorar las disposiciones de la ley.

4.715 Los Estados Unidos añaden que el párrafo 4 del artículo 21 del ESD sirve de apoyo a la opinión de los Estados Unidos de que las Comunidades Europeas han pretendido equivocadamente que los grupos especiales pueden prorrogar el plazo de sus actuaciones por tres meses, en lugar de dos. El párrafo 4 del artículo 21 establece lo siguiente:

> "A no ser que el grupo especial o el Órgano de Apelación hayan prorrogado, de conformidad con el párrafo 9 del artículo 12 o el párrafo 5 del artículo 17, el plazo para emitir su informe, el período transcurrido desde el establecimiento del grupo especial por el OSD hasta la fecha en que se determine el plazo prudencial *no excederá de 15 meses*, salvo que las partes en la diferencia acuerden otra cosa. Cuando el grupo especial o el Órgano de Apelación hayan procedido a prorrogar el plazo para emitir su informe, la duración del plazo adicional se añadirá a ese período de 15 meses, con la salvedad de que, a menos que las partes en la diferencia convengan en que concurren circunstancias excepcionales, el período total *no excederá de 18 meses*".[380]

4.716 Los Estados Unidos indican que el párrafo 4 del artículo 21 establece el período máximo de tiempo que puede transcurrir entre el establecimiento del grupo especial y la determinación del plazo prudencial, un período 90 días más largo que el período que puede transcurrir entre el establecimiento del grupo especial y la adopción de los informes del grupo especial y el Órgano de Apelación.[381] Restando 90 días de cada uno de los plazos del párrafo 4 del artículo 21 el resultado es un plazo máximo desde el establecimiento del grupo especial a la adopción de los informes del grupo especial y el Órgano de Apelación de 12 meses si el grupo especial y el Órgano de Apelación no han prorrogado el plazo para dar a conocer sus informes y de 15 meses si lo han hecho. Como el párrafo 5 del artículo 17 establece claramente que el Órgano de Apelación puede ampliar 30 días el plazo para dar a conocer su informe, sólo quedan como mucho dos meses para que el grupo especial pueda prorrogar el plazo para distribuir su informe (suponiendo que no se produzca ningún retraso entre su entrega y su distribución).

4.717 Los Estados Unidos añaden que, a excepción de que también presuponen equivocadamente que los grupos especiales pueden prorrogar sus actuaciones por tres meses, los plazos señalados por Tailandia en su declaración oral se corresponden con los señalados por los Estados Unidos en lo que

---

de 1999", que se encuentra en la Nota extraoficial de la Secretaría distribuida con el nº 2330, el 22 de abril de 1999.

[380] Párrafo 4 del artículo 21 del ESD (se han añadido las cursivas).

[381] Párrafo 3 del artículo 21 del ESD (el plazo para determinar el plazo prudencial mediante arbitraje es de 90 días contados a partir de la adopción de los informes del grupo especial y del Órgano de Apelación).

respecta al plazo máximo permitido por el ESD. A causa de su error, Tailandia señaló que el plazo era de 19 meses, en lugar de 18. Sin embargo, aun este plazo es mayor de lo que puede presuponerse a efectos de la presente diferencia, ya que las reuniones ordinarias del OSD generalmente se celebran mensualmente y los Estados Unidos podrían, en caso necesario, solicitar una reunión del OSD para asegurarse de que se cumplen los plazos.

4.718 En respuesta a una pregunta del Grupo Especial acerca de la trascendencia, para el debate de las partes sobre los plazos del ESD, de los siguientes argumentos: 1) la mayoría de los plazos fijados en el ESD no parecen ser jurídicamente vinculantes y son determinados caso por caso no por la parte reclamante sino por el grupo especial, el Órgano de Apelación o incluso el demandado; 2) de los 22 casos en los que se ha adoptado el informe de un grupo especial y/o del Órgano de Apelación, la adopción de estos informes requirió en 12 casos más de 18 meses, los Estados Unidos señalan que los plazos establecidos en el párrafo 4 del artículo 21 parecen jurídicamente vinculantes ya que prevén que el período total "no excederá de 18 meses". Las consecuencias que tendría el incumplimiento de estos plazos son menos claras.

4.719 Los Estados Unidos alegan que, en cualquier caso, a los efectos de la decisión sobre la presente diferencia, los plazos del ESD no son, en último extremo, trascendentes como tampoco lo es el hecho de que estos plazos se hayan incumplido en muchos casos. Como el USTR es libre, de conformidad con el artículo 304, de no formular la determinación de que se ha producido una infracción, no está obligado a formular una determinación incompatible con el apartado a) del párrafo 2 del artículo 23. Los artículos 301 a 310 no obligan a infringir el ESD.

4.720 Los Estados Unidos alegan además, por otra parte, que en caso de que suponga incorrectamente que el artículo 304 ordena de hecho imperativamente que se formule una determinación de que se ha producido una infracción, los plazos del ESD seguirían teniendo importancia, aunque no la tendría el cumplimiento real de esos plazos por los grupos especiales. Ello se debe a que la presente diferencia supone un examen de si la mera existencia de los artículos 301 a 310 infringe normas de la OMC. Al determinar si la legislación obliga a cometer una infracción del artículo 23 del ESD ha de partirse de algunas presunciones porque no está incluido en el ámbito del mandato del presente Grupo Especial ningún caso concreto de aplicación de los artículos 301 a 310. Por ejemplo, los plazos para las determinaciones a que hace referencia el artículo 304(a)(1) tendrán trascendencia si, en contradicción con el sentido corriente de dicho artículo, de las prescripciones de esa disposición y del compromiso señalado en la página 365 de la Declaración de Acción Administrativa de que las determinaciones se basarán en las constataciones adoptadas de los grupos especiales y el Órgano de Apelación, se supone que el artículo 304 realmente obliga a formular una determinación de que se ha producido una infracción. La cuestión que se plantearía entonces sería si tal determinación tendría que ser formulada antes de que puedan adoptarse las constataciones de los grupos especiales y el Órgano de Apelación. Las Comunidades Europeas presuponen a los efectos de este análisis que los grupos especiales y el Órgano de Apelación prolongarán sus actuaciones todo lo que autorice el ESD, y que las reuniones del OSD se celebrarán el último día posible que autorice el ESD. Los Estados Unidos han indicado que, aunque sea razonable presuponer que los grupos especiales prolongarán sus actuaciones lo que autorice el ESD, no es razonable presuponer que los Estados Unidos no adoptarán medidas para solicitar que las reuniones del OSD se realicen antes. Además, los Estados Unidos han explicado antes que el cómputo hecho por las CE de los plazos del ESD es erróneo.

4.721 Según los Estados Unidos, en otras palabras, tanto ellos como las Comunidades Europeas presuponen que los grupos especiales cumplirán los plazos del ESD. Se trata de una presunción correcta a los efectos de la presente diferencia. A pesar de los datos reales sobre el cumplimiento de los plazos del ESD por los grupos especiales, a los efectos de la presente diferencia no puede presuponerse que estos grupos especiales incumplirán sus obligaciones. Resulta bastante sorprendente que las CE crean que pueden fundamentar *prima facie* un caso en presunciones negativas sobre las decisiones que el USTR adoptará realmente en un caso concreto. Pero no debe

permitirse que se presuponga que los grupos especiales también incumplirán las obligaciones que les impone el ESD.

4.722 Los Estados Unidos sostienen que, no obstante, los plazos del ESD seguirán teniendo trascendencia para el análisis del Grupo Especial. En la presente diferencia no interviene la aplicación de los artículos 301 a 310 en el marco de una diferencia concreta en la OMC. Por tanto, no hay hechos establecidos sobre cuándo y cómo el USTR formuló una determinación concreta ni tampoco hay hechos establecidos sobre cuándo y cómo un grupo especial y el Órgano de Apelación publicaron sus informes. Ha de partirse de presunciones. No es correcto presuponer que los grupos especiales y el Órgano de Apelación no cumplirán los plazos del ESD como tampoco es correcto hacer cualquier otra presunción negativa para los Estados Unidos en el presente caso.

4.723 Los Estados Unidos indican que las Comunidades Europeas alegan en las páginas 31 a 32 de sus respuestas a las preguntas del Grupo Especial que los plazos del ESD no tienen trascendencia porque tienen el carácter simplemente de "directiva". Las Comunidades Europeas señalan lo siguiente:

> "En la legislación interna, las "disposiciones de una ley, reglamento de procedimiento o norma similar que supongan meras orientaciones o instrucciones […] que no impliquen ninguna consecuencia invalidadora por su ignorancia […] como se produce en el caso de una ley que obligue a un funcionario a preparar y entregar un documento […] antes de un día determinado" se considera que son "directrices".[382] […] [El incumplimiento de unos plazos que tienen el carácter] de "directiva" […] no modifica los derechos y obligaciones sustantivos de los Miembros".

4.724 Los Estados Unidos añaden que las Comunidades Europeas hacen esta observación refiriéndose a los plazos del ESD y alegan que como tienen el carácter de directiva no tienen trascendencia para el análisis del Grupo Especial del presente caso. Aunque los Estados Unidos no están de acuerdo con que los plazos del ESD no tengan trascendencia en la presente diferencia, observan que si se aceptara la argumentación de las CE, la misma argumentación sería aplicable igualmente a los plazos del artículo 301. La "legislación interna" a que se hace referencia en la cita de las CE es la legislación de los Estados Unidos,[383] y el principio sería aplicable igualmente a los plazos del artículo 301. Los artículos 301 a 310 no establecen "consecuencias invalidadoras" en caso de que el USTR incumpla los plazos. No obstante, el USTR, lo mismo que los grupos especiales, toma en serio sus plazos. No obstante, si el grupo especial acepta los argumentos de las Comunidades Europeas en el sentido de que los plazos del ESD no tienen trascendencia, habría que aplicar la misma conclusión a los plazos del artículo 301. En tal caso, la reclamación de las CE quedaría descalificada porque, aunque se supusiera equivocadamente que el artículo 304(a)(1)(A) obliga a formular la determinación de que se han negado derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo, no sería posible concluir que la legislación obliga a que se formule esa determinación antes de la adopción por el OSD de las constataciones a tal efecto del grupo especial y el Órgano de Apelación.

4.725 Los Estados Unidos sostienen que, suponiendo que el Grupo Especial decidiera analizar los plazos de los artículos 301 a 310 comparándolos con los del ESD (y no hubiera ya concluido que el artículo 304 ni obliga a formular la determinación de que se han negado derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo ni impide que se formule tal determinación después de

---

[382] Black's Law Dictionary (sexta edición) (cita del original).

[383] El Black's Law Dictionary es una publicación estadounidense y las citas que figuran en la definición de "directiva" son citas de opiniones de los tribunales estadounidenses. Véase Black's Law Dictionary, 5ª edición, página 414.

que el OSD haya adoptado las constataciones del grupo especial y el Órgano de Apelación), el análisis revelaría que los plazos del artículo 301 no obligan a formular una determinación antes del plazo establecido por el OSD para la adopción de las constataciones del grupo especial o el Órgano de Apelación. Los Estados Unidos ya han explicado, en respuesta a la pregunta 9 del Grupo Especial, que el párrafo 4 del artículo 21 ofrece un nuevo respaldo a la postura de los Estados Unidos de que el plazo máximo desde el establecimiento del grupo especial hasta la adopción de las constataciones del mismo y del Órgano de Apelación es de 15 meses. La disposición establece un plazo firme de 18 meses desde el establecimiento del grupo especial hasta la determinación del plazo prudencial, período que incluye 90 días contados a partir de la determinación del plazo prudencial.[384]

4.726 Los Estados Unidos alegan que la explicación de las Comunidades Europeas de que "presuponen que la composición del grupo especial se decide inmediatamente después de su establecimiento" ignora el hecho de que el plazo establecido en el párrafo 9 del artículo 12 del ESD es de nueve meses contados a partir del establecimiento del grupo especial hasta la distribución del informe a los Miembros. Combinando este plazo con el plazo máximo de 60 días para la apelación o la adopción del informe del grupo especial (párrafo 4 del artículo 16 del ESD), el plazo máximo de 90 días para las actuaciones del Órgano de Apelación (párrafo 5 del artículo 17 del ESD), y el plazo máximo para la adopción del informe del OSD de 30 días (párrafo 14 del artículo 17 del ESD), el resultado es un plazo máximo desde el establecimiento del grupo especial hasta la adopción de las constataciones del grupo especial y el Órgano de Apelación de 15 meses, tal y como han alegado los Estados Unidos.

4.727 Los Estados Unidos observan que las Comunidades Europeas discuten el hecho de que pueda establecerse un grupo especial en un mes. Los Estados Unidos no están de acuerdo con la interpretación de las CE de la nota a pie de página al párrafo 1 del artículo 6 según la cual ésta se limita a la segunda reunión en la que el OSD considera el establecimiento de un grupo especial y señala además que Tailandia coincide con la conclusión de los Estados Unidos de que puede establecerse un grupo especial en el plazo de un mes contado a partir de la finalización del período de 60 días reservado para las consultas.

4.728 En opinión de los Estados Unidos, si se añade el plazo de un mes para el establecimiento de un grupo especial al período de 60 días reservado para las consultas (párrafo 7 del artículo 4 del ESD) y el plazo máximo de 15 meses desde el establecimiento del grupo especial a la adopción por el OSD de las constataciones del grupo especial y el Órgano de Apelación, el total es de 18 meses, lo que permite al USTR formular una determinación en la fecha prevista en el artículo 304(a)(2)(A) basándose en todos los casos en las constataciones adoptadas de grupos especiales y del Órgano de Apelación.

4.729 Sin embargo, los Estados Unidos han observado que aun en este caso se supravalora el período de tiempo que puede presuponerse necesario para las actuaciones del grupo especial y el Órgano de Apelación a los efectos de la presente diferencia. Ello se debe a que las reuniones del OSD generalmente se producen mensualmente, de forma que no puede presuponerse que se necesitará la totalidad de los 60 ó 30 días previstos para que se presente una apelación o se adopte el informe del Órgano de Apelación, ya que los Estados Unidos pueden solicitar la convocatoria de una reunión antes. En respuesta, las Comunidades Europeas afirman que el Grupo Especial no puede tener en cuenta el hecho de que los Estados Unidos pueden solicitar una reunión del OSD antes de lo que establezcan los plazos salvo si los Estados Unidos pueden demostrar que el USTR mantiene una "política sistemática" de abreviar los marcos temporales de los procedimientos mediante peticiones de ese tipo.

[384] Véase el párrafo 4 del artículo 21 del ESD.

4.730 Los Estados Unidos alegan que las Comunidades Europeas no explican por qué pueden ignorar la "política sistemática" de convocatoria mensual de reuniones del OSD que cabe esperar que abrevie los plazos de 18 meses.[385] Dejando esto aparte, las CE olvidan que para hacer frente a la carga de la prueba que les corresponde en el presente caso tienen que demostrar que los artículos 301 a 310 "no permiten" que el USTR respete los procedimientos del ESD, es decir, que no será posible, en un caso determinado, que el USTR adopte medidas para asegurar el cumplimiento del ESD. Por tanto, las Comunidades Europeas no pueden presuponer que el USTR no actuará para acortar los plazos. Además, las CE, para demostrar que no será posible que los Estados Unidos cumplan las normas del ESD, tendrían que explicar por qué, de conformidad con la legislación estadounidense, no sería posible que el USTR solicitara la celebración de consultas antes de iniciar una investigación de conformidad con el artículo 302 como, en realidad, ha hecho en el pasado. Las CE no pueden basar su reclamación en presunciones negativas sobre las decisiones que adoptará en un caso concreto el USTR, el grupo especial, el Órgano de Apelación y la Secretaría de la OMC (al planificar las reuniones del OSD).

4.731 Los Estados Unidos alegan que los plazos establecidos en los artículos 301 a 310 son totalmente compatibles con los establecidos en el ESD. Aunque el Grupo Especial ignore la concesión hecha por las Comunidades Europeas en el sentido de que el USTR no tiene que determinar que se han negado derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo comercial, éste podrá basar su determinación, y de hecho tendrá que hacerlo, en las constataciones adoptadas de grupos especiales y del Órgano de Apelación en todos y cada uno de los casos que se planteen en la OMC.

4.732 **Las Comunidades Europeas sostienen** que, con el fin de ocultar esta incoherencia fundamental de su defensa, los Estados Unidos se han empeñado en intentar disminuir la importancia del presente caso, aunque en su opinión es más que probable que constituya un hito en la historia de la Organización Mundial del Comercio. Los Estados Unidos parecen más interesados, en cambio, en distraer la atención del Grupo Especial de las cuestiones jurídicas fundamentales del presente caso alegando sin fundamento vínculos políticos con otros procedimientos de solución de diferencias totalmente distintos. Esta actitud no está de acuerdo con la prohibición expresa del párrafo 10 del artículo 3 del ESD, última oración, según la cual "no deben vincularse las reclamaciones y contrarreclamaciones relativas a cuestiones diferentes".

4.733 Las Comunidades Europeas repiten una vez más que sólo se hace referencia en el presente caso a anteriores procedimientos de solución de diferencias con el objetivo limitado (pero importante para el procedimiento) de aportar pruebas que apoyen la reclamación principal de las CE en el presente caso, es decir, que los artículos 301 a 310 constituyen en sí una infracción de numerosas obligaciones sustantivas de los Acuerdos de la OMC.

4.734 Las Comunidades Europeas indican además que, igualmente y en el mismo espíritu, seguirán absteniéndose de lo que consideran observaciones un poco demasiado enérgicas de la contraparte estadounidense, por ejemplo, que la lógica del caso de las CE es "difícil de seguir" o que las interpretaciones propuestas por las CE "crean obligaciones de la nada y de sus propios deseos" o que una determinada interpretación se basa en "construcciones fantasiosas y movidas por el deseo de obtener un resultado determinado" o que una afirmación es "atrevida" o que una determinada pretensión es "pura fantasía".

[385] Tampoco explican las Comunidades Europeas por qué pueden ignorar la "política sistemática" del Representante para las Cuestiones Comerciales de basar las determinaciones formuladas de conformidad con el artículo 304 en los procedimientos seguidos en la OMC. Véase la Declaración de Acción Administrativa, páginas 365-366, *reimpresa en* H.R. Doc. No. 103-316, páginas 1034-35 (prueba documental 11 de los Estados Unidos).

4.735 Las Comunidades Europeas señalan más bien a la atención del Grupo Especial la exposición hecha por los Estados Unidos de la situación jurídica que se plantea en el presente caso, en general, y de su legislación interna, en particular. Las CE indican que tienen la impresión de que, a medida que avanza el procedimiento ante el presente Grupo Especial, la descripción por los Estados Unidos de las cuestiones jurídicas que examina el presente Grupo Especial contribuyen a aumentar el "laberinto intrincado" de los artículos 301 a 310 (según la definición del profesor Hudec) con el fin de hacer cada vez menos discernible el contorno de las cuestiones.

4.736 Con el fin de ilustrar su afirmación, las Comunidades Europeas hacen referencia a algunos ejemplos patentes extraídos de los argumentos de los Estados Unidos:

> "En el párrafo 35, al abordar la cuestión de la trascendencia del informe del Grupo Especial de la OMC que examinó el caso *Japón - Pruebas por variedad*, los Estados Unidos afirman que "[l]a justificación del párrafo 1 del Anexo B, dedicado a la publicación de las reglamentaciones, no puede equipararse con la del párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC, destinado a asegurar que las leyes internas permiten el cumplimiento de las obligaciones internacionales". Sin embargo, los términos del párrafo 1 del Anexo A del Acuerdo MSF, combinados con los términos de las disposiciones que regulan las medidas MSF, son paralelos y comparables a los términos del párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo de Marrakech que establecen claramente que "[c]ada Miembro se asegurará de la conformidad de sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos […]"".

La confusión cometida por los Estados Unidos entre los términos "se asegurará de la conformidad", una de las cuestiones fundamentales que se plantean en el presente caso, y los términos "asegurar que las leyes internas permiten el cumplimiento" no parece de ningún modo accidental.

4.737 Las Comunidades Europeas citan también la afirmación de los Estados Unidos de que:

> "[…]no obstante, los plazos del ESD seguirán teniendo trascendencia para el análisis del Grupo Especial. En la presente diferencia no interviene la aplicación de los artículos 301 a 310 en el marco de una diferencia concreta en la OMC. Por tanto, no hay hechos establecidos sobre cuándo y cómo el USTR formuló una determinación concreta ni tampoco hay hechos establecidos sobre cuándo y cómo un grupo especial y el Órgano de Apelación publicaron sus informes. Ha de partirse de presunciones […]".

4.738 Las Comunidades Europeas señalan que al responder, sólo 20 días antes, a una pregunta del Grupo Especial, los Estados Unidos manifestaron la opinión opuesta:

> "En cualquier caso, a los efectos de la decisión sobre esta diferencia, los plazos del ESD son, en último extremo, irrelevantes, como también lo es el hecho de que estos plazos hayan sido superados en muchos casos."

4.739 Las Comunidades Europeas señalan que la contradicción queda todavía más de manifiesto al añadir los Estados Unidos lo siguiente:

> "[…] Resulta bastante sorprendente que las Comunidades Europeas crean que pueden fundamentar *prima facie* un caso en presunciones negativas sobre las decisiones que el USTR adoptará realmente en un caso concreto".

4.740 Las Comunidades Europeas alegan que la cuestión que se plantea en el presente caso es que, de conformidad con el texto de los artículos 301 a 310, si los Estados Unidos pretenden corregir una infracción de las obligaciones de la OMC, sus determinaciones y las posteriores medidas han de

formularse y aplicarse cuando todavía no se han completado los procedimientos de la OMC en que podrían basarse tales determinaciones o medidas. Los plazos imperativos de los artículos 301 a 310 infringen así claramente el artículo 23 del ESD (y los artículos 21 y 22 conexos).

4.741 Las Comunidades Europeas recuerdan además el argumento de los Estados Unidos en el sentido de que:

> "Los artículos 301 a 310 no establecen "consecuencias invalidadoras" en caso de que el USTR incumpla los plazos. No obstante, el USTR, lo mismo que los grupos especiales, toma en serio sus plazos."

4.742 En opinión de las Comunidades Europeas, aunque no discutan la seriedad del USTR en esta cuestión o en otras, es necesario, no obstante, comparar esta declaración con la declaración aparentemente irreconciliable hecha por los Estados Unidos en el sentido de que no pueden excluir un control judicial de la forma en que el USTR cumple las disposiciones de los artículos 301 a 310 en casos concretos.

4.743 Las Comunidades Europeas señalan que el texto de los artículos 301 a 310, en su sentido inmediato, es claro puesto que no sólo impone unos plazos "serios", sino unos plazos imperativos. En la práctica, las CE todavía desconocen cuál es la interpretación oficial y definitiva del Gobierno de los Estados Unidos del texto de los artículos 301 a 310 dedicado a los plazos, en particular los artículos 306(b)(2) y 304(a)(2).

4.744 Las Comunidades Europeas reiteran que el texto de una ley que imponga al ejecutivo comportamientos incompatibles con la OMC mediante el uso de términos expresos como el tiempo futuro de los verbos y "medidas imperativas" dentro de determinados plazos expresos definidos por términos tales como "si este plazo es inferior" o "a más tardar" estará incluido en la definición de legislación imperativa desarrollada por la práctica de los grupos especiales del GATT de 1947.

4.745 **Los Estados Unidos responden** que la cuestión que motiva esta diferencia no es si determinadas medidas adoptadas de conformidad con los artículos 301 a 310 pueden ser caracterizadas como "imperativas". Se trata de si la ley obliga a cometer infracciones de las normas de la OMC. Una ley puede ordenar imperativamente paseos por el parque, pero salvo si los paseos por el parque son incompatibles con la OMC, este hecho no tendrá trascendencia para las diferencias en el marco de la OMC. Las Comunidades Europeas tienen la obligación de presentar pruebas y argumentos en el sentido de que los artículos 301 a 310, de hecho, ordenan infracciones de las normas de la OMC. Las CE han alegado que los artículos 301 a 310 obligan a cometer infracciones al exigir que se formulen determinaciones de que se ha producido una infracción antes de que se terminen los procedimientos de solución de diferencias, y que se adopten medidas sin autorización del OSD. Los Estados Unidos han replicado a esas pretensiones. Si las CE consideran que el simple uso de los términos "imperativo" y "facultativo" en los artículos 301 a 310 infringe las normas de la OMC deben explicar por qué es así. Entonces podrán responder los Estados Unidos.

d) "Seguridad y previsibilidad"

4.746 **Las Comunidades Europeas señalan** que el Profesor Robert E. Hudec ha escrito lo siguiente:

> "El artículo 301 es un laberinto intrincado de disposiciones imperativas, por un lado, y lagunas extremadamente amplias, por el otro. Se necesita un libro de instrucciones para establecer si las órdenes imperativas que aparezcan en una parte lograrán efectivamente su objetivo final sin pasar al menos por un punto donde existe una vía

> de escape facultativa. Aún con ayuda de ese libro de instrucciones, no se puede predecir el resultado real." [386]

4.747 Las Comunidades Europeas indican también que el profesor John H. Jackson testificó ante el Comité de Relaciones Exteriores del Senado lo siguiente:

> "Aunque se puedan interpretar de diversas formas plausibles las disposiciones del artículo 301 de forma que atribuyan al Presidente la capacidad discrecional necesaria para actuar de forma compatible con las normas de solución de diferencias de la Ronda Uruguay, en algunos casos, especialmente en lo que respecta al artículo 301(a) (medidas imperativas), las interpretaciones en este sentido son un poco forzadas." [387]

4.748 Según las Comunidades Europeas, si los dos académicos más eminentes de los Estados Unidos especializados en derecho mercantil internacional no son capaces de identificar un sólido fundamento legal en los artículos 301 a 310 que permita al USTR actuar de forma compatible con el ESD y el GATT de 1994, nadie podrá hacerlo.

4.749 Las Comunidades Europeas señalan que los antecedentes legislativos de la Ley General de Comercio Exterior y Competencia de 1988, que es el origen en concreto de la versión actual de los artículos 301 a 310, demuestran que la ausencia de un sólido fundamento legal fue deliberada.

4.750 Las Comunidades Europeas afirman que los Estados Unidos intentan ahora beneficiarse de la creación de este "laberinto" legal pretendiendo que corresponde a las Comunidades Europeas demostrar que no es posible interpretar los artículos 301 a 310 de forma que permitan una aplicación compatible con la OMC.

4.751 Según las Comunidades Europeas, el objetivo fundamental de la OMC, a saber, aportar seguridad y previsibilidad a las relaciones comerciales internacionales, no podría lograrse si se permitiera que los Miembros de la OMC mantuvieran una legislación interna que no ofreciera a las autoridades del ejecutivo un sólido fundamento legal para las medidas necesarias con el fin de dar cumplimiento a sus obligaciones en el marco de la OMC.

4.752 Por consiguiente, las Comunidades Europeas opinan que, planteado un examen por un grupo especial de si la legislación interna estipula determinaciones o medidas incompatibles con la OMC, no debe permitirse que el demandado se esconda detrás de las incertidumbres legales creadas por su propia ley, en particular si estas incertidumbres han sido creadas deliberadamente. De conformidad con el planteamiento adoptado por el Órgano de Apelación en el caso *India - Patentes (EE.UU.)*, los grupos especiales deben resolver contra el demandado si llegan a la conclusión, sobre la base de las pruebas que se les han sometido, de que existe una incertidumbre objetiva (y por tanto razonable) de que la legislación interna permita determinaciones o medidas compatibles con la OMC.

4.753 Las Comunidades Europeas consideran que si el grupo especial tiene dudas razonables, también las tendrán los operadores económicos que planifiquen su comercio futuro. Ningún interés legítimo estaría protegido si los Miembros tuvieran derecho a mantener leyes que carezcan de tal base. De hecho, como demuestra el caso sometido al Grupo Especial, ello equivaldría a una invitación a los Miembros a restringir el comercio exponiéndolo deliberadamente a incertidumbres legales.

---

[386] Robert E. Hudec, Thinking About the New Section 301: Beyond Good and Evil, en: Jagdish Bhagwati and Hugh T. Patrick, editores, *Aggressive Unilateralism. America's 301 Trade Policy and the World Trading System* (Harvester Wheatsheaf 1990), página 122.

[387] Testimonio del profesor John H. Jackson, *op. cit.*

4.754 **Los Estados Unidos alegan** que la Declaración de Acción Administrativa y la legislación acompañante son los documentos definitivos del Congreso con respecto a la compatibilidad con la OMC de los artículos 301 a 310 antes de la adopción de la Ley de los Acuerdos de la Ronda Uruguay por el Congreso. La página 360 de dicha Declaración de Acción Administrativa (pruebas documentales 3 y 11 de los Estados Unidos) subraya los cambios que se consideraban necesarios para garantizar el cumplimiento. Además, los Estados Unidos señalan a la atención del Grupo Especial el testimonio del profesor John Jackson sobre este tema en su comparecencia ante el Comité de Hacienda del Senado.[388]

4.755 Los Estados Unidos señalan que el profesor Jackson llegó a la conclusión de que "quizá pueda ser necesario introducir algunas alteraciones en algunos plazos, o medidas de transición, pero la estructura básica del artículo 301 no es necesariamente incompatible con los resultados de la Ronda Uruguay". También llegaba a la conclusión de que incluso si se considera el artículo 301 "en su actual forma legal" (es decir, antes de las enmiendas de 1994), "el Ejecutivo aparentemente dispone de la capacidad discrecional necesaria para aplicar medidas de conformidad con el artículo 301 de forma compatible con el proyecto de entendimiento sobre solución de diferencias de la Ronda Uruguay y sus nuevas normas".[389] Por tanto, el profesor Jackson consideraba que con unos pocos cambios menores el artículo 301 sería claramente compatible con las obligaciones que corresponden a los Estados Unidos en la OMC. Además, su insistencia en el hecho de que el Ejecutivo tenía la capacidad discrecional necesaria para aplicar el artículo 301 de forma compatible con la OMC reflejaba el hecho de que daba por supuesto que el razonamiento utilizado en los casos de la línea *Superfund* seguiría aplicándose en la OMC.

4.756 Los Estados Unidos señalan que el profesor Jackson creía que podía darse suficiente claridad a la interpretación de la ley mediante la inclusión del texto de la Declaración de Acción Administrativa.[390] [391]

4.757 **Las Comunidades Europeas subrayan** que los argumentos de los Estados Unidos son tanto nuevos como incorrectos, como ya podía observarse en el informe de la reunión interna de 11 de noviembre de 1993 del delegado de los Estados Unidos, que constituye la prueba documental 23 de los Estados Unidos. Esta prueba documental demuestra, en particular, que varios participantes en la Ronda Uruguay, incluidas las CE, se esforzaban por lograr un reforzamiento del párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC más allá de la "obligación natural dimanante del derecho internacional" que encontraba su fuente en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Esta "obligación natural" está ya incorporada en la OMC en virtud de la segunda oración del párrafo 2 del artículo 3 del ESD, que establece que "[l]os Miembros reconocen que [el sistema de solución de diferencias] sirve para […] aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público". Por tanto, la respuesta de los Estados Unidos aparentemente es un intento de retroceder con respecto a los logros de la Ronda Uruguay.

4.758 **Los Estados Unidos rechazan** la alegación de las Comunidades Europeas de que los principios del artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados han sido incorporados en la OMC a través de la segunda oración del párrafo 2 del artículo 3 del ESD y que, por

---

[388] *Results of the Uruguay Round Trade Negotiations; Hearings Before the Senate Committee on Finance*, 103d Cong. 195 (1994) (declaración del profesor John Jackson) (prueba documental 24 de los Estados Unidos). Las Comunidades Europeas citan extractos de este testimonio.

[389] *Ibid.*, página 200.

[390] *Ibid.*

[391] Véanse los argumentos ulteriores de las partes que figuran en los párrafos 4.340 a 4.360 *supra*.

consiguiente, el párrafo 4 del artículo XVI no tiene por qué servir a ese fin. Sin embargo, el párrafo 2 del artículo 3 del ESD establece que el sistema de solución de diferencias aclare las disposiciones de la OMC "de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público". El artículo 26 no es una norma usual de interpretación de ese tipo. Como explicó el Órgano de Apelación en el caso *Estados Unidos - Gasolina* y *Japón - Bebidas alcohólicas*, estas normas de interpretación están reflejadas en los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena, que de hecho se titulan "Regla general de interpretación" y "Medios de interpretación complementarios", respectivamente.[392] En la medida en que el artículo 26 no es una norma de interpretación de ese tipo, no puede interpretarse que la segunda oración del párrafo 2 del artículo 3 del ESD haga referencia al mismo. Por tanto, la alegación de las CE no socava el valor de la afirmación de los Estados Unidos de que el párrafo 4 del artículo XVI hace vinculantes para todos los Miembros de la OMC, incluidos los Miembros que no son partes en la Convención de Viena, los principios del artículo 26 de dicha Convención. Merece la pena señalarse que durante las negociaciones de 1991 a 1993, el negociador de los Estados Unidos señaló expresamente a la atención de las demás delegaciones que los Estados Unidos no son parte en la Convención de Viena.

e) Párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC

4.759 **Las Comunidades Europeas opinan** con respecto a los artículos 301 a 310 que estas disposiciones tienen una tendencia contraria a la conformidad con las prescripciones del artículo 23 (y las disposiciones conexas de los artículos 21 y 22) del ESD y, por tanto, constituyen una infracción del párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo de Marrakech. Esta opinión está respaldada por el hecho de que los Estados Unidos siempre han dado preferencia a las leyes aprobadas por el Congreso, en caso de conflicto con una obligación internacional que hubieran aceptado, al menos en aquellas situaciones en las que la aceptación del acuerdo internacional fue anterior a la adopción de la ley por el Congreso.

4.760 A este respecto, las Comunidades Europeas hacen referencia a una declaración oficial formulada por el Fiscal General de los Estados Unidos en carta de 21 de marzo de 1988[393] al Observador permanente de la OLP acreditado ante las Naciones Unidas, citada en el Dictamen de la Corte Internacional de Justicia sobre el Acuerdo de Sede de las Naciones Unidas:

> "Soy consciente de su posición de que exigir el cierre de la Misión de Observación de la Organización de Liberación de Palestina ("OLP") infringe las obligaciones que hemos asumido en virtud del Acuerdo de Sede de las Naciones Unidas y, por tanto, el derecho internacional. Sin embargo, entre diversas justificaciones que pueden alegarse en apoyo de nuestra actuación, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha sostenido durante más de un siglo que el Congreso tiene la capacidad de relegar los tratados y, por consiguiente, el derecho internacional, a los efectos de la legislación interna. En este caso el Congreso ha decidido, ignorando el derecho internacional, prohibir la presencia de todo tipo de oficinas de la OLP en este país, incluida la presencia de la Misión de Observación de la OLP ante las Naciones

[392] Los Estados Unidos citan el Informe del Órgano de Apelación *Estados Unidos - Gasolina*, *op. cit.*, páginas 18-19; y el Informe del Órgano de Apelación *Japón - Bebidas alcohólicas*, *op. cit.*, páginas 13-15.

[393] Las Comunidades Europeas recuerdan que se trata del mismo año en que fue modificada sustancialmente la Ley de Comercio Exterior de 1974 por la Ley General de Comercio Exterior y Competencia de 1988.

> Unidas. En el cumplimiento de mi obligación de aplicar la ley, la única posibilidad de actuación consiguiente que me queda es respetar y aplicar esta decisión." [394]

4.761 Las Comunidades Europeas indican que sus preocupaciones en el presente caso se basan en esta descripción de la situación jurídica que plantea la relación entre la legislación interna de los Estados Unidos y las obligaciones internacionales asumidas por los Estados Unidos.[395]

4.762 Las Comunidades Europeas afirman además que la Ley de los Acuerdos de la Ronda Uruguay de 1994, que es la Ley por la que el Congreso de los Estados Unidos aprobó el Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, contiene las siguientes disposiciones en el artículo 102 a):

> "1) PRIMACÍA DE LA LEGISLACIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS EN CASO DE CONFLICTO; No tendrá efecto ninguna disposición de ninguno de los Acuerdos de la Ronda Uruguay que sea incompatible con una ley de los Estados Unidos ni se aplicará una disposición de este tipo a ninguna persona en ninguna circunstancia.
>
> 2) INTERPRETACIÓN; Ninguna disposición de la presente Ley se interpretará - …
>
> > B) que limita cualquier facultad atribuida por una ley de los Estados Unidos, con inclusión del artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior de 1974, salvo disposición expresa en la presente Ley".

4.763 En opinión de las Comunidades Europeas, de estas disposiciones de la Ley de los Acuerdos de la Ronda Uruguay de 1994 se deduce claramente que ninguna de las disposiciones que contenga cualquiera de los Acuerdos de la Ronda Uruguay puede tener primacía sobre una ley aprobada por el Congreso de los Estados Unidos ni tener efectos sobre las facultades atribuidas por una ley de ese tipo, tanto si ha sido aprobada antes como si lo ha sido después de la aprobación por el Congreso de los Estados Unidos de los Acuerdos de la Ronda Uruguay, incluido en concreto el artículo 301.[396]

---

[394] Corte Internacional de Justicia, Advisory Opinion de 26 de abril de 1988 *Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement*, ICJ-Reports 1988, página 12, párrafo 27.

[395] Las Comunidades Europeas pretenden que esta es la principal razón por la que no se sienten confortadas por la decisión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Missouri v. Holland*, 252 U.S. 416 (1920) en la que el Juez HOLMES, al presentar la opinión del Tribunal, hizo la siguiente declaración: "En virtud del artículo 6 [de la Décima Enmienda], los tratados concertados bajo la autoridad de los Estados Unidos, lo mismo que la Constitución y las leyes de los Estados Unidos promulgadas en cumplimiento de la misma, se consideran la ley suprema del país. Si el tratado es válido, no puede haber discusión acerca de la validez de la ley promulgada de conformidad con el artículo 1, sección 8, como medio necesario y justo que puede utilizar el Gobierno en el ejercicio de sus poderes. Al tener un carácter general los términos de la Constitución referentes a la supremacía de los tratados, la cuestión que debemos resolver se reduce al análisis de las causas en que se basa la supuesta excepción en cuestión". La aparente discrepancia entre esta declaración y la declaración del Fiscal General citada en este párrafo puede explicarse mediante la consideración de que, de acuerdo con el derecho constitucional estadounidense, los tratados internacionales concluidos en las formas previstas por la Constitución generalmente tienen precedencia sólo sobre la legislación interna anterior, pero no sobre las leyes posteriores aprobadas por el Congreso de los Estados Unidos. Sin embargo, debido a las disposiciones específicas del artículo 102 de la Ley de los Acuerdos de la Ronda Uruguay de 1994, esta norma general no se aplica en el caso del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, como explicamos en el párrafo 52 de nuestra comunicación.

[396] Véase D.W. Leebron, Implementation of the Uruguay Round Results in the United States, en: J.H. Jackson/A. Sykes, Implementing the Uruguay Round, Oxford 1997, página 175 (213); L. Henkin, Foreign Affairs and the US Constitution, 2ª edición, Oxford 1996, página 209.

4.764 Las Comunidades Europeas sostienen que, sobre esta base, es evidente que la aprobación de los Acuerdos de la Ronda Uruguay por el Congreso de los Estados Unidos en 1994 no basta para poner la legislación interna de los Estados Unidos en conformidad con estos acuerdos, en la medida en que dicha legislación sea incompatible con las obligaciones que imponen a los Estados Unidos los acuerdos abarcados.

4.765 Las Comunidades Europeas sostienen que, en cambio, es necesario que los Estados Unidos modifiquen la legislación incompatible vigente para cumplir la obligación impuesta a todos los Miembros de la OMC por los términos muy claros del párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC.

4.766 Las Comunidades Europeas señalan que la finalidad del párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo de Marrakech consiste en la creación de una obligación que aporte seguridad y previsibilidad a las relaciones comerciales multilaterales poniendo las leyes internas en conformidad con las prescripciones del acuerdo abarcado pertinente. Por tanto, no basta con abstenerse (o con prometer hacerlo) de aplicar una ley que sea incompatible con las obligaciones dimanantes de los acuerdos abarcados pertinentes ya que la mera existencia de esa ley genera incertidumbre. Los informes del Grupo Especial y el Órgano de Apelación en el caso *India - Patentes (EE.UU.)*, aunque no abordaron expresamente las prescripciones del párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo de Marrakech, han indicado claramente la necesidad de establecer un fundamento sólido y previsible para la actuación compatible con la OMC de la administración en el marco de la legislación interna y evitar que se produzca la situación de que la legislación interna desestabilice la solidez de los derechos y obligaciones de la OMC.

4.767 **Los Estados Unidos responden** que el análisis de si los artículos 304(a)(1)(A) y 304(a)(2)(A) obligan a cometer una infracción del apartado a) del párrafo 2 del artículo 23 del ESD ha de empezar con el análisis del texto de dicho apartado. Este apartado establece que los Miembros:

> "no formularán una determinación de que se ha producido una infracción, se han anulado o menoscabado ventajas o se ha comprometido el cumplimiento de uno de los objetivos de los acuerdos abarcados, excepto mediante el recurso a la solución de diferencias de conformidad con las normas y procedimientos del presente Entendimiento, y formularán tal determinación de forma coherente con las constataciones que figuren en el informe del grupo especial o del Órgano de Apelación, adoptado por el OSD, o en el laudo arbitral dictado con arreglo al presente Entendimiento".

4.768 Los Estados Unidos sostienen que no puede haber infracción del apartado a) del párrafo 2 del artículo 23 salvo si: 1) existe una determinación en el sentido de que se ha producido una infracción; y 2) esa determinación no ha sido formulada mediante el recurso a las normas y procedimientos del ESD o no es coherente con las constataciones adoptadas de un grupo especial o del Órgano de Apelación, o con un laudo arbitral. A falta de una determinación concreta, la mera existencia de la legislación sólo puede considerarse incompatible con el apartado a) del párrafo 2 del artículo 23 si dicha legislación obliga a formular una determinación que no cumpla los requisitos de dicho apartado.[397] Si puede interpretarse razonablemente que esta legislación atribuye a las autoridades capacidad discrecional para cumplir las disposiciones del apartado a) del párrafo 2 del artículo 23 del ESD, eso querrá decir que no obliga a formular una determinación incompatible con dicho apartado.[398] Por otra parte, ninguna disposición del apartado a) del párrafo 2 del artículo 23, o de su contexto, sirve de apoyo a la pretensión de las Comunidades Europeas de que hay que examinar el

[397] Informe del Grupo Especial *Estados Unidos - Superfund*, *op.cit.*, párrafo 5.2.9.

[398] Informe del Grupo Especial *Estados Unidos - Tabaco*, *op. cit.*, párrafo 123.

"diseño, estructura y arquitectura" de la legislación para determinar si "manifiestamente tiene por fin promover infracciones de las normas de la OMC o tiene de otro modo una tendencia contraria a las medidas compatibles con la OMC".

4.769 **Las Comunidades Europeas recuerdan** que los Estados Unidos pretenden que el hecho de que las Comunidades Europeas hayan afirmado en un procedimiento diferente ante un grupo especial[399] que "las medidas de aplicación deben reputarse conformes a las normas de la OMC en tanto que su conformidad no haya sido cuestionada de acuerdo con los procedimientos adecuados del ESD" debe ser incompatible de algún modo con la posición mantenida por las Comunidades Europeas en el presente caso consistente en reclamar que se constate que la estructura, el diseño y la arquitectura de los artículos 301 a 310, al obligar a las autoridades del ejecutivo de los Estados Unidos a adoptar medidas que son incompatibles con las obligaciones que corresponden a los Estados Unidos en la OMC tienen una tendencia contraria al cumplimiento de las obligaciones que corresponden a los Estados Unidos en la OMC.

4.770 Las Comunidades Europeas consideran que el eje del argumento de los Estados Unidos es que "no se puede presuponer que las autoridades dejarán de cumplir sus obligaciones internacionales de buena fe".

4.771 Las Comunidades Europeas señalan que, aunque esta última declaración de los Estados Unidos sin duda es correcta, y están de acuerdo con ella, sin embargo no está lógicamente vinculada con la anterior afirmación de los Estados Unidos (de que las Comunidades Europeas mantienen una posición incompatible con otra posición suya) y, sobre todo, no tiene relación con la situación de hecho que se plantea al presente Grupo Especial.

4.772 Las Comunidades Europeas pretenden que, en el caso concreto de los artículos 301 a 310, la presunción del cumplimiento no es aplicable por la sencilla razón de que su texto, su diseño, su estructura y su arquitectura, en su sentido inmediato, tienen una tendencia claramente contraria al cumplimiento.

4.773 En opinión de las Comunidades Europeas, sería pues extraordinario pretender, como parecen hacerlo los Estados Unidos, que la presunción (*iuris tantum*, es decir, refutable) de cumplimiento pueda proteger a una legislación interna que en su sentido inmediato contradice tal presunción. Jurídicamente, esto significaría transformar la presunción *iuris tantum* en una presunción *iuris et de jure* (es decir, no refutable), que no está prevista en los Acuerdos de la OMC.

4.774 Las Comunidades Europeas alegan a continuación que la carga de la prueba de que el texto, el diseño, la estructura y la arquitectura de los artículos 301 a 310 no son lo que parecen ser a juzgar por el texto publicado en las compilaciones legales de los Estados Unidos corresponde a los propios Estados Unidos. Hasta que no se presenten tales pruebas, la carga sigue correspondiendo a los Estados Unidos.

4.775 En respuesta a una pregunta del Grupo Especial acerca de cómo han hecho frente los Estados Unidos a la obligación que establece el párrafo 4 del artículo XVI de examinar la legislación vigente y ponerla en conformidad con el Acuerdo sobre la OMC, en caso necesario, en lo que respecta a los artículos 301 a 310, **los Estados Unidos responden** que como se explica con mayor detalle en las pruebas documentales 3 y 11 de los Estados Unidos, han hecho frente a esta obligación con respecto a los artículos 301 a 310 ajustando los plazos aplicables a las diferencias relacionadas con subvenciones, el Acuerdo sobre los ADPIC y la contratación pública, para adaptarlos a los plazos normales del ESD.

[399] *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos - Recurso al párrafo 5 del artículo 21 por las Comunidades Europeas*, WT/DS27/RW/EC.

4.776 Los Estados Unidos hacen referencia también a la prueba documental 24 presentada por ellos, que incluye el testimonio ofrecido en 1994 por el Profesor John Jackson y citado por las Comunidades Europeas. En el párrafo inmediatamente anterior al citado por las Comunidades Europeas, el Profesor Jackson afirmaba lo siguiente:

> "Mi opinión básica es que se necesitará introducir muy pocos cambios en el artículo 301, al menos en el artículo "301 ordinario" (por comparación con el 301 "especial" y demás disposiciones legales semejantes, como las referentes a las telecomunicaciones). *Quizá pueda ser necesario introducir algunas alteraciones en algunos plazos, o medidas de transición, pero la estructura básica del artículo 301 no es necesariamente incompatible con los resultados de la Ronda Uruguay*. En efecto, sigo manteniendo la opinión de que el artículo 301 utilizado correctamente en su *actual* forma legal es una medida constructiva para la política comercial de los Estados Unidos y para la política comercial mundial. El artículo 301 establece que los casos que se presenten en el marco del procedimiento establecido por dicho artículo sean sometidos a procedimientos internacionales de solución de diferencias. *Por tanto el Ejecutivo aparentemente dispone de la capacidad discrecional necesaria para aplicar medidas de conformidad con el artículo 301 de forma compatible con el proyecto de entendimiento sobre solución de diferencias de la Ronda Uruguay y sus nuevas normas.*"[400]

4.777 Los Estados Unidos explican, con respecto a la forma en que la Administración ha aplicado en general el párrafo 4 del artículo XVI, examinando la legislación vigente y poniéndola en conformidad, los Estados Unidos observan que tal examen fue precisamente necesario para preparar la Declaración de Acción Administrativa. Como se describe en la página 1 de ese documento (prueba documental 11),

> "La presente Declaración describe las importantes medidas administrativas propuestas para dar cumplimiento a los acuerdos de la Ronda Uruguay. Además, se incorporan en la presente Declaración dos declaraciones de otro tipo que obliga a formular el artículo 1103: 1) una explicación de la forma en que el proyecto de ley de aplicación y las medidas administrativas propuestas modificarán la legislación vigente o tendrán efectos sobre ella; y 2) una declaración de los motivos por los que el proyecto de ley de aplicación y las medidas administrativas propuestas son necesarios o convenientes para dar cumplimiento a los acuerdos de la Ronda Uruguay." (se han añadido el subrayado)

4.778 En respuesta a una pregunta del Grupo Especial acerca de si, considerando la "seguridad y previsibilidad" desde su dimensión de hecho, un anuncio público en cumplimiento de una legislación que obligue a formular una determinación aunque no se hayan completado todavía los procedimientos en la OMC (sin que se trate necesariamente de la determinación de que se ha producido una infracción) no tiene consecuencias sobre las garantías ofrecidas a los demás Miembros de que no podrán formularse determinaciones de la existencia de una infracción antes de que se completen los procedimientos previstos en la OMC y acerca de si la propia capacidad discrecional expresamente prevista y anunciada públicamente que permite a un Miembro decidir en uno u otro sentido no representan una amenaza para la seguridad y previsibilidad, los Estados Unidos observan que no existe ninguna obligación independiente de aportar "seguridad y previsibilidad" aparte de la que aporte el cumplimiento de las obligaciones sustantivas de la OMC y las normas y procedimientos del ESD. Si se constatara que existe tal obligación se contradiría toda la línea de razonamientos que explican la distinción entre legislación imperativa y legislación facultativa bajo la que opera actualmente el sistema de comercio. Sin embargo, aunque existiera tal obligación, desde un punto de

[400] Testimonio del Profesor Jackson, *op. cit.*, página 200.

vista fáctico las circunstancias planteadas en la pregunta sin la menor duda no amenazan la "seguridad y previsibilidad".

4.779 En opinión de los Estados Unidos, no existe nada intrínsecamente amenazante para la "seguridad y previsibilidad" en el hecho de que se formulen determinaciones, aunque se trate de determinaciones de que se ha producido una infracción, o se suspendan concesiones. De ser así, la única conclusión que podría extraerse entonces sería que el propio ESD amenaza la seguridad y la previsibilidad, ya que prevé la posibilidad de que se constaten infracciones y se suspendan concesiones. Todos y cada uno de los Miembros de la OMC saben que es posible que otro Miembro obtenga una resolución del OSD de que se ha producido una infracción de la OMC, formule una determinación compatible con esa resolución y suspenda concesiones como respuesta, y todos y cada uno de esos Miembros han acordado aceptar esta posibilidad al convertirse en Miembros de la OMC. Por consiguiente, no debe constituir ninguna sorpresa que un Miembro prevea en sus leyes la posibilidad de formular determinaciones o suspender concesiones. No puede considerarse que esta posibilidad constituya una amenaza para la seguridad y previsibilidad.

4.780 Los Estados Unidos señalan que los Miembros estaban de acuerdo en aceptar esta posibilidad ya que también aceptaron la obligación de formular tales determinaciones sobre la existencia de una infracción y de suspender concesiones de conformidad con las normas y procedimientos del ESD. Esta obligación internacional vinculante no se diferencia por su naturaleza de la asumida por los Miembros con respecto a cualquier otra obligación de la OMC. La voluntad de los Miembros de la OMC de asumir estas obligaciones constituye la única garantía de que disponen los Miembros de la OMC de que los demás Miembros no negarán los derechos que les corresponden en la OMC. Todos los Miembros de la OMC tienen el poder de incumplir sus obligaciones internacionales, y la mayoría de sus gobiernos están autorizados por la legislación interna para ello. Sin embargo, el hecho de que estos Miembros hayan aceptado las obligaciones de la OMC, y el hecho de que existan procedimientos efectivos de solución de diferencias, sirven de garantía de que respetarán los derechos de los demás Miembros. El mismo sistema de solución de diferencias contribuye a aportar seguridad y previsibilidad, como establece el párrafo 2 del artículo 3 del ESD.

4.781 Los Estados Unidos observan que estas garantías son las únicas. De hecho, las Comunidades Europeas conceden que no existe en la OMC ninguna obligación independiente de limitar en la legislación interna la capacidad discrecional con el fin de excluir la posibilidad de medidas incompatibles con la OMC.[401] Según las Comunidades Europeas, no puede encontrarse en el párrafo 4 del artículo XVI una obligación de ese tipo.[402] Es un error presuponer que la "advertencia pública" de que las autoridades pueden decidir en uno u otro sentido sobre la cuestión de si se han negado derechos dimanantes de un acuerdo crea una especial amenaza o inseguridad, aparte de la que ya existe si las autoridades disponen de una autoridad amplia y no definida para infringir sus obligaciones. En la medida en que una ley prevea que se formule una determinación en una fecha determinada, fecha compatible con las directrices del ESD, pero *no* obligue a que se formule la *única* determinación prohibida por el ESD (de que se ha producido una infracción), la posibilidad de que esa determinación represente una infracción de las obligaciones que corresponden a ese Miembro de conformidad con el apartado a) del párrafo 2 del artículo 23 no es mayor que si la ley no existiera en absoluto. En ambos casos, los Miembros de la OMC tienen que confiar en la buena fe del Miembro en cuestión en el ejercicio de su capacidad discrecional de conformidad con sus obligaciones internacionales vinculantes. La buena fe y la seguridad y previsibilidad que aporta un sistema de solución de diferencias que dictamina de acuerdo con el derecho y que no puede ser socavado por una

[401] Los Estados Unidos se remiten a la declaración de las Comunidades Europeas de que "sería improcedente interpretar el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC de una forma tan amplia que obligase a los Miembros de la OMC a incluir en su legislación interna disposiciones específicas por las que se prohibiese la adopción de toda medida incompatible con las normas de la OMC".

[402] *Ibid.*

parte perdedora son todas las garantías de que disponen los Miembros de la OMC y todo aquello que convinieron en que tendrían.

4.782 Los Estados Unidos alegan que, no obstante, han aportado garantías adicionales en la legislación de los Estados Unidos, bajo la forma de la prescripción del artículo 304 (a) (1) de que las determinaciones de que se han negado derechos dimanantes de un acuerdo han de basarse en los resultados de los procedimientos de solución de diferencias, interpretada de acuerdo con la opinión autorizada sobre la ley que contienen las páginas 365-66 de la Declaración de Acción Administrativa.

4.783 Los Estados Unidos observan que si fuera correcto examinar si un Miembro ha socavado las "garantías" porque existe la posibilidad de infracciones futuras sería imposible eludir la conclusión de que una facultad discrecional amplia y no específica, que ha sido ejercida repetidas veces para infringir los derechos de otro Miembro, crea una posibilidad mayor de nuevas infracciones que una ley que atribuye una autoridad discrecional para formular determinaciones, de las cuales sólo una podría infringir los derechos de otro Miembro[403], pero que nunca ha sido utilizada para formular esa determinación que infringe las normas del ESD o del GATT. No obstante, no es correcto examinar la posibilidad de futuras infracciones. No puede presuponerse que en el futuro el Miembro en cuestión actuará de mala fe. Si pudiera presuponerse que un Miembro hará uso de su capacidad discrecional de mala fe efectivamente, en ese caso, habría una amenaza para la seguridad y previsibilidad del sistema multilateral de comercio porque las normas del ESD y de los demás acuerdos abarcados habrían quedado reducidas a un concurso de popularidad en torno a la cuestión de quién puede ser objeto de confianza.

4.784 Los Estados Unidos alegan además que, como el sistema de solución de diferencias es el que aporta seguridad y previsibilidad, no es una exageración concluir que la auténtica amenaza para la seguridad y previsibilidad provendrá de un análisis jurídico que se aparte del texto convenido por los Miembros para crear nuevas obligaciones que no se encuentran en el texto o que abandone el análisis consistente y lógico utilizado durante años antes de que entrara en vigor el Acuerdo sobre la OMC y que los Miembros suponían que seguiría en vigor. Sobre este punto, es decir, la aplicabilidad constante del razonamiento del caso *Superfund,* y sobre la cuestión de si el párrafo 4 del artículo XVI ha modificado esto, los Estados Unidos desean citar las opiniones del Sr. Pieter-Jan Kuyper, asesor jurídico de los negociadores de las Comunidades Europeas en la Ronda Uruguay, y por el Sr. Frieder Roessler, Director de la División de Asuntos Jurídicos de la Secretaría del GATT, en un volumen en el que se reproducen documentos de una conferencia dedicada en octubre de 1994 al Acuerdo sobre la OMC y la solución de diferencias. El Sr. Roessler afirmaba:

> "Puede interpretarse que los términos [del párrafo 4 del artículo XVI] significan o bien que la legislación interna tiene que ordenar que las autoridades del ejecutivo actúen de conformidad con las normas de la OMC o permitir que esas autoridades actúen de conformidad con las normas de la OMC. Los Acuerdos Antidumping y sobre Subvenciones de la Ronda de Tokio contienen disposiciones similares[404], que generalmente se ha interpretado que obligan a las partes en estos Acuerdos a adoptar leyes, reglamentos y procedimientos *que les permitan* actuar en conformidad con las obligaciones que les imponen dichos Acuerdos. La principal función de estas disposiciones era permitir que los comités establecidos en virtud de dichos Acuerdos revisaran la legislación de las partes y no solamente las prácticas de aplicación de dichas leyes. Varios grupos especiales del GATT de 1947 llegaron a la conclusión de

[403] Los Estados Unidos observan también que, además, sólo sería así si el calendario de las actuaciones no se adapta a los plazos del ESD y si el Miembro adopta unas determinadas decisiones.

[404] (nota a pie de página del original) El párrafo 6 del artículo 16 del Código Antidumping y el párrafo 5 del artículo 19 del Acuerdo sobre Subvenciones y Derechos Compensatorios.

> que podía constatarse que una legislación que obligara imperativamente a las autoridades del ejecutivo de una parte contratante a actuar de forma incompatible con el GATT sería incompatible con las obligaciones que correspondían a esa parte contratante en virtud del GATT, tanto si se había presentado una ocasión para su aplicación real como en caso contrario, pero que la legislación que simplemente atribuía a las autoridades del ejecutivo la posibilidad de actuar de forma incompatible con el GATT no era, en sí misma, incompatible con el GATT.[405] A la vista de estos antecedentes, *cabe esperar que la disposición del Acuerdo sobre la OMC que estipula la compatibilidad entre la legislación interna y las normas de la OMC será interpretada de forma que establezca la obligación de cada Miembro de la OMC de asegurarse de que su legislación interna permite que las autoridades del ejecutivo actúen de conformidad con las obligaciones dimanantes del Acuerdo sobre la OMC*."[406]

4.785 Los Estados Unidos señalan que el Sr. Kuyper afirmaba igualmente en su artículo que el párrafo 4 del artículo XVI:

> "[…] puede convertirse en una obligación muy onerosa que exija la total conformidad de todas las leyes de la Comunidad y nacionales […] con las disposiciones concretas de los anexos de la OMC. *Por otro lado, también es posible que no tenga apenas consecuencias, en comparación con la situación actual, si se interpreta en función de los precedentes actuales de los grupos especiales que determinan que una ley o reglamento sólo es incompatible con el GATT si es obligatoria y, por tanto, incompatible con los términos del GATT, pero que no es tal el caso si el texto de la ley o reglamento permite una aplicación del texto compatible con el GATT*.[407] Si la conformidad con las obligaciones de la OMC se interpreta de este modo, lo que no sería irrazonable si se tiene en cuenta que la OMC recibe el "acervo del GATT" por sucesión[408], debe quedar claro que el valor añadido del párrafo 4 del artículo XVI es más bien limitado".[409]

4.786 Los Estados Unidos añaden que el Sr. Kuyper afirmaba en una nota a pie de página que la conclusión de que el valor del párrafo 4 del artículo XVI es "bastante limitado" es la opinión del autor.[410] A continuación el Sr. Kuyper señalaba que si se adoptaba una interpretación más expansiva del párrafo 4 del artículo XVI, "tiene que quedar claro que las Comunidades Europeas y los Estados miembros tienen la obligación de mantener sus leyes y reglamentos continuamente en conformidad

---

[405] (nota a pie de página del original) Véase IBDD, Suplemento 39, página 232.

[406] Frieder Roessler, *The Agreement Establishing the World Trade Organization*, *en* The Uruguay Round Results, A European Lawyers' Perspective 67, 80 (Jacques H.J. Bourgeois, Frédérique Berrod y Eric Gippini Fournier eds. 1995) (se han añadido las cursivas).

[407] (cita del original) Véase el Informe del Grupo Especial *Estados Unidos - Impuestos sobre el petróleo ("Superfund")*, IBDD 34S/188, párrafo 5.2.9 y *CEE - Reglamento relativo a la importación de piezas y componentes*, IBDD 37S/147, párrafos 5.25-26. Los Estados Unidos observan que no se hace referencia ni al Protocolo de Aplicación Provisional ni a casos en los que se cite el Protocolo de Aplicación Provisional.

[408] (cita del original) Véase el párrafo 1 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC.

[409] Pieter-Jan Kuyper, *The New WTO Dispute Settlement System: The Impact on the Community*, *en* The Uruguay Round Results, A European Lawyers' Perspective 87, 110 (Jacques H.J. Bourgeois, Frédérique Berrod y Eric Gippini Fournier eds. 1995) (se han añadido las cursivas).

[410] *Ibid*., nota 46.

con los términos del Acuerdo sobre la OMC y sus anexos. No es tan fácil".[411] El Sr. Kuyper explicaba que, para evitar una condena por un grupo especial de la OMC, la Comisión se vería obligada frecuentemente a intervenir de forma agresiva y aplicar internamente las normas de la OMC con rapidez mediante el recurso a los procedimientos del artículo 169 del Tratado de Roma, que han sido poco utilizados para aplicar los tratados internacionales.[412] Esto representaría una modificación fundamental del equilibrio entre la Comunidad y sus Estados miembros.

4.787 Los Estados Unidos añaden que el propio asesor jurídico de las Comunidades Europeas, escribiendo inmediatamente después de la conclusión de las negociaciones, adoptaba una postura que contradecía la presentada por las Comunidades Europeas en el marco de la presente diferencia y manifestaba su opinión de que el párrafo 4 del artículo XVI no modificaba de ningún modo la aplicabilidad del principio de que las leyes son compatibles con la OMC si atribuyen la capacidad discrecional necesaria para actuar de forma compatible con la OMC. El asesor jurídico, como los Estados Unidos en el presente caso, subrayaba que, en caso contrario, se produciría una grave alteración de la seguridad y previsibilidad si se adoptaba una interpretación diferente. El asesor jurídico, como los Estados Unidos, esperaba sin reservas que se siguiera aplicando el principio aplicado en el caso *Superfund*.

4.788 Los Estados Unidos indican además que el testimonio del Profesor Jackson ante el Congreso deja claro que también daba por supuesto que seguiría siendo trascendente y aplicable el principio de que una legislación no es incompatible con la OMC si atribuye la capacidad discrecional necesaria para actuar de forma compatible con la OMC. En ese sentido subrayaba que "el Ejecutivo aparentemente dispone de la capacidad discrecional necesaria para aplicar medidas de conformidad con el artículo 301 de forma compatible con el proyecto de entendimiento sobre solución de diferencias de la Ronda Uruguay y sus nuevas normas".[413]

4.789 Los Estados Unidos señalan a continuación que el testimonio del Profesor Jackson pone también de manifiesto el hecho de que, con independencia de lo que la ley pueda establecer con respecto a las determinaciones y sus plazos, la propia legislación estadounidense ofrece garantías adicionales que contrarrestan las inseguridades que otros Miembros puedan sentir. Refiriéndose a la ley antes de que fuera enmendada, afirmaba:

> "Sigo manteniendo la opinión de que el artículo 301 en su *actual* forma legal, utilizado correctamente, es una medida constructiva para la política comercial de los Estados Unidos y para la política comercial mundial. El artículo 301 establece que los casos que se planteen en el marco de los procedimientos del propio artículo 301 sean sometidos al proceso internacional de solución de diferencias."[414]

4.790 Los Estados Unidos añaden que la legislación estadounidense ofrece también la garantía de la prescripción del artículo 304 (a) (1) de que las determinaciones de que se han negado derechos dimanantes de un acuerdo se basen en las constataciones adoptadas por el OSD de los grupos especiales y el Órgano de Apelación. Por tanto, aunque el Acuerdo sobre la OMC no obligue a los Miembros a ofrecer más garantías que su buena fe y la certeza de la existencia de unos procedimientos efectivos de solución de diferencias, los Estados Unidos, de hecho, han incluido en sus leyes otras garantías legales. La idea de que las Comunidades Europeas o cualquier otro Miembro se sientan no obstante "amenazados" es absurda si se tienen en cuenta estas garantías y sólo demuestra

[411] *Ibid*., página 110.

[412] *Ibid*., páginas 110-11.

[413] Testimonio del Profesor Jackson, *op. cit*., página 200.

[414] *Ibid*. (se han añadido el subrayado).

su deseo de atacar una ley no por lo que es o por lo que ordena sino por casos concretos de ejercicio de la capacidad discrecional en el pasado, casos que no están incluidos en el ámbito del mandato del Grupo Especial y que supusieron todos ellos el recurso paralelo a las normas multilaterales de solución de diferencias cuando estaba en juego un derecho que correspondía a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo multilateral.

3. Artículo 306

a) Planteamiento general

4.791 **Las Comunidades Europeas alegan** que el artículo 306 (a) obliga al USTR a vigilar el cumplimiento de las recomendaciones del OSD por los Miembros de la OMC. El artículo 306 (b) (2) regula los plazos dentro de los cuales el USTR ha de determinar si se ha producido el cumplimiento:

> "Si […] el Representante para las Cuestiones Comerciales considera que el país extranjero no la ha aplicado [una recomendación formulada de conformidad con los procedimientos de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio], formulará la determinación [sobre las nuevas medidas que adoptará de conformidad con el artículo 301 (a)] […] a más tardar 30 días después del vencimiento del plazo prudencial previsto para tal aplicación en el artículo 21 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias […]."

4.792 Las Comunidades Europeas consideran que la determinación por el USTR de que no se han cumplido las recomendaciones del OSD supone la determinación de que el Miembro de la OMC en cuestión ha incumplido las obligaciones que le corresponden en virtud de un acuerdo de la OMC o ha anulado o menoscabado ventajas que corresponden a los Estados Unidos en virtud de dicho acuerdo. Si hubiera una diferencia sobre la cuestión del cumplimiento, por tanto, los Estados Unidos tendrían que recurrir al ESD para solucionar el asunto, como establecen el párrafo 1 y el apartado a) del párrafo 2 del artículo 23. El párrafo 5 del artículo 21 establece un procedimiento obligatorio específico para las diferencias referentes al cumplimiento de las resoluciones y recomendaciones del OSD:

> "En caso de desacuerdo en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones o a la compatibilidad de dichas medidas con un acuerdo abarcado, esta diferencia se resolverá 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. El grupo especial distribuirá su informe dentro de los 90 días siguientes a la fecha en que se le haya sometido el asunto."

4.793 Las Comunidades Europeas añaden que el plazo de 30 días establecido en el artículo 306 (b) (2) hace que resulte imposible a los Estados Unidos esperar los resultados de este procedimiento antes de formular la determinación de que el Miembro en cuestión no ha cumplido las resoluciones o recomendaciones del OSD.

4.794 Las Comunidades Europeas reiteran que, a resultas de la Ronda Uruguay, los Estados Unidos han asumido la obligación internacional sin calificativos ni condiciones de no recurrir a determinaciones y medidas unilaterales. Los Estados Unidos, al imponer al USTR la obligación de determinar en todos los casos, en un plazo de 30 días contados a partir del vencimiento del plazo prudencial, que el Miembro en cuestión ha incumplido las resoluciones o recomendaciones del OSD, sin esperar a la conclusión del procedimiento pertinente de solución de diferencias, están obligados por su propia legislación a actuar de forma incompatible con el artículo 23 del ESD.

4.795 **En respuesta, los Estados Unidos señalan** que las Comunidades Europeas alegan que el artículo 306 (b) infringe también el artículo 23 porque los términos del artículo 306 (b) "suponen que se formule la determinación de que el Miembro de la OMC en cuestión infringe las obligaciones que le corresponden en virtud de un acuerdo de la OMC". La utilización por las Comunidades Europeas del término "supone" pone de manifiesto el hecho de que no puede pretender, de forma creíble, que el artículo 306 (b) obliga a formular tal determinación. En su breve análisis de esta cuestión, las Comunidades Europeas ignoran los términos y el fin del artículo 306 (b), así como las constataciones de los árbitros nombrados en aplicación del párrafo 6 del artículo 22 en la diferencia *Bananos* en que rechazaban pretensiones semejantes de las Comunidades Europeas.

4.796 Los Estados Unidos subrayan también que el artículo 306 establece un procedimiento de carácter legal en virtud del cual los Estados Unidos invocan su derecho a adoptar medidas de conformidad con el artículo 22 del ESD, es decir, adoptar medidas cuando un interlocutor comercial de los Estados Unidos incumple recomendaciones del OSD. También en este caso los plazos establecidos en la ley son compatibles con los del ESD.

4.797 Los Estados Unidos impugnan además la presunción de las Comunidades Europeas de que el USTR tiene que formular siempre la conclusión de que otro Miembro ha incumplido las resoluciones y recomendaciones del OSD. De nuevo, el apartado a) del párrafo 2 del artículo 23 sólo prohíbe algunas determinaciones sobre el incumplimiento. Por ejemplo, no impide que se formule una determinación de que no ha existido ninguna infracción o una determinación que consista en una descripción de la situación en que se encuentran las actuaciones del caso. Por tanto, aun en caso de que las Comunidades Europeas tuvieran razón al "suponer" que el artículo 306 (b) exige una determinación, las Comunidades Europeas tendrían que demostrar que el artículo 306 obliga al USTR a determinar que se ha producido tal infracción. Sin embargo, las Comunidades Europeas eluden sencillamente este punto en sus argumentaciones. Las Comunidades Europeas ni siquiera intentan hacer frente a la carga de la prueba que les corresponde en esta cuestión, y efectivamente no tiene sentido intentarlo. Ninguna disposición del artículo 306 (b) impide al USTR considerar que otro Miembro ha cumplido claramente las resoluciones y recomendaciones del OSD ni que no adopte ninguna medida. Este hecho, en sí mismo y por sí mismo, socava los argumentos de las Comunidades Europeas en el sentido de que el artículo 306 obliga a formular una determinación de infracción que no cumplirá las prescripciones del apartado a) del párrafo 2 del artículo 23.

4.798 Los Estados Unidos sostienen que el artículo 306 (b) no obliga a las autoridades de los Estados Unidos de América a infringir el apartado a) del párrafo 2 del artículo 23 del ESD. Las Comunidades Europeas han pedido al Grupo Especial que constate que el artículo 306 (b)

> "es incompatible con el apartado b) [sic] del párrafo 2 del artículo 23 del ESD porque obliga al USTR a determinar *si* se ha cumplido una recomendación del OSD con independencia de que se haya completado el procedimiento previsto en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD para examinar este asunto". (Se han añadido las cursivas)

Una vez más, el propio uso por las Comunidades Europeas del término "si" demuestra que éstas han planteado la cuestión equivocada. El artículo 306 (b) tiene que ordenar primero que se formule una determinación de incumplimiento para que empiecen a tener trascendencia las demás prescripciones del apartado a) del párrafo 2 del artículo 23. No lo hace.

b) Qué constituye una "determinación" - Relación entre el párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22 del ESD

4.799 Los Estados Unidos explican que, después de la adopción por el OSD de una constatación de un grupo especial o del Órgano de Apelación de que se han negado derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo, el USTR formula su determinación a partir de este resultado de conformidad con el artículo 304 (a) (1). De acuerdo con las normas del OSD, la parte demandada

tiene que manifestar sus intenciones con respecto al cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones del OSD en una reunión que celebre éste en un plazo de 30 días contados a partir de la adopción de dichas recomendaciones y resoluciones. Si la parte en cuestión manifiesta su intención de cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD, el USTR considerará que esta declaración es una "medida satisfactoria" según los términos del artículo 301 (a) (2) (B) (i)[415], que justificará la terminación de la investigación iniciada de conformidad con el artículo 302.[416]

4.800 Los Estados Unidos añaden que durante el plazo prudencial para el cumplimiento previsto en el párrafo 3 del artículo 21 del ESD, el USTR vigila dicho cumplimiento de conformidad con el artículo 306 a). El artículo 306 b) hace referencia a aquellas situaciones en las que el USTR considera que no se ha producido el cumplimiento al concluir el plazo prudencial. El artículo 306 b) establece lo siguiente:

> "1) DISPOSICIONES GENERALES.- Si mediante la vigilancia que debe mantener de conformidad con el párrafo a) del presente artículo el Representante para las Cuestiones Comerciales considera que un país extranjero no está aplicando de forma satisfactoria una medida o un acuerdo según los términos del párrafo a) del presente artículo, determinará qué nuevas medidas adoptará de conformidad con el artículo 301 a). A los efectos del artículo 301, las determinaciones de este tipo serán tratadas como si fueran determinaciones formuladas de conformidad con el artículo 304 a) 1).
>
> 2) RECOMENDACIONES DEL MECANISMO DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC.- Si la medida o el acuerdo a que se hace referencia en el párrafo a) del presente artículo está relacionada con la aplicación de una recomendación formulada en un procedimiento de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio y el Representante para las Cuestiones Comerciales considera que el país extranjero no la ha aplicado, formulará la determinación a que hace referencia el párrafo 1) a más tardar 30 días después del vencimiento del plazo prudencial previsto para tal aplicación en el artículo 21 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias […]".[417]

4.801 Los Estados Unidos sostienen, en contra de las pretensiones de las Comunidades Europeas, que los términos del artículo 306 b) no "suponen", y no digamos establecen, que el USTR está obligado a formular una determinación que infrinja el artículo 23. El artículo 306 b) establece las medidas que debe adoptar el USTR para afirmar los derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud del artículo 22 del ESD si considera que no se ha producido un cumplimiento pleno por parte de otro Miembro de la OMC. El USTR tiene que formular este juicio, que no es una "determinación", porque los plazos previstos en el artículo 22 del ESD le obligan a actuar así.[418]

---

[415] Artículo 301 a) 2) B) ii), 19 U.S.C. § 2411 a) 2) B) ii).

[416] Los Estados Unidos citan, como ejemplo, Determinations Under Section 304 of the Trade Act of 1974 With Respect to Certain Canadian Practices Affecting Periodicals, 62 Fed. Reg. 50651 (1997) (prueba documental 7 de los Estados Unidos).

[417] Artículo 306 b), 19 U.S.C. § 2416 b).

[418] Los Estados Unidos señalan que el artículo 306 b) no obliga al Representante para las Cuestiones Comerciales a que formule una determinación definitiva o formal de que el interlocutor comercial no ha cumplido, de hecho, las recomendaciones del OSD, ni tampoco impide al Representante para las Cuestiones Comerciales que formule tal determinación o adopte medidas a condición de que exista una autorización del OSD de conformidad con los párrafos 2, 6 ó 7 del artículo 22. Una vez más, las Comunidades Europeas

4.802 Los Estados Unidos observan que, de conformidad con los procedimientos establecidos en los párrafos 2, 6 y 7 del artículo 22 del ESD, la parte reclamante que desee ampararse en la norma del consenso negativo ha de exponer al OSD cómo pretende suspender concesiones en un plazo de 30 días contados a partir de la expiración del plazo prudencial. El artículo 306 b) establece un proceso análogo para los Estados Unidos, proceso que obliga al USTR a determinar qué medidas se propone adoptar en un plazo de 30 días.

4.803 Los Estados Unidos consideran que el párrafo 2 del artículo 22 del ESD establece que si un Miembro no cumple las recomendaciones del OSD dentro del plazo prudencial que se determine de conformidad con el párrafo 3 del artículo 21 entablará negociaciones, si así se le pide, con la parte reclamante para establecer la compensación. Si no se ha convenido en una compensación dentro de los 20 días siguientes al vencimiento del plazo prudencial, la parte reclamante puede pedir la autorización del OSD para suspender la aplicación al Miembro afectado de concesiones y otras obligaciones.[419] De conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, el OSD está obligado a aprobar esta petición si no existe un consenso negativo dentro de los 30 días siguientes a la expiración del plazo prudencial, salvo si el Miembro afectado solicita un arbitraje con respecto al nivel o el carácter de la suspensión propuesta. En ese caso, el asunto será sometido a arbitraje para llegar a una decisión, proceso que habrá de completarse dentro de los 60 días siguientes a la fecha de expiración del plazo prudencial.[420] Si la parte reclamante solicita a continuación autorización para suspender concesiones de conformidad con la decisión del árbitro, el OSD está obligado, según el párrafo 7 del artículo 22, a aprobar esta petición si no existe un consenso negativo.[421]

---

sencillamente presuponen, sin pruebas, que los términos de la ley que reflejan la existencia de un amplio margen de capacidad discrecional de hecho obligan a adoptar medidas incompatibles con la OMC.

[419] El párrafo 2 del artículo 22 del ESD establece lo siguiente:

"Si el Miembro afectado no pone en conformidad con un acuerdo abarcado la medida declarada incompatible con él o no cumple de otro modo las recomendaciones y resoluciones adoptadas dentro del plazo prudencial determinado de conformidad con el párrafo 3 del artículo 21, ese Miembro, si así se le pide, y no más tarde de la expiración del plazo prudencial, entablará negociaciones con cualesquiera de las partes que hayan recurrido al procedimiento de solución de diferencias, con miras a hallar una compensación mutuamente aceptable. Si dentro de los 20 días siguientes a la fecha de expiración del plazo prudencial no se ha convenido en una compensación satisfactoria, cualquier parte que haya recurrido al procedimiento de solución de diferencias podrá pedir la autorización del OSD para suspender la aplicación al Miembro afectado de concesiones u otras obligaciones resultantes de los acuerdos abarcados."

[420] El párrafo 6 del artículo 22 del ESD establece lo siguiente:

"Cuando se produzca la situación descrita en el párrafo 2, 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 por consenso desestimar la petición. No obstante, si el Miembro afectado impugna el nivel de la suspensión propuesta, o sostiene que no se han seguido los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3, en el caso de que una parte reclamante haya solicitado autorización para suspender concesiones u otras obligaciones al amparo de lo dispuesto en los párrafos 3 b) o 3 c), la cuestión se someterá a arbitraje. El arbitraje estará a cargo del grupo especial que haya entendido inicialmente en el asunto, si estuvieran disponibles sus miembros, o de un árbitro nombrado por el Director General, y se concluirá dentro de los 60 días siguientes a la fecha de expiración del plazo prudencial. No se suspenderán concesiones u otras obligaciones durante el curso del arbitraje."

[421] El párrafo 7 del artículo 22 del ESD establece lo siguiente:

"El árbitro [nota a pie de página omitida] que actúe en cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 6 no examinará la naturaleza de las concesiones u otras obligaciones que se hayan de suspender, sino que determinará si el nivel de esa suspensión es equivalente al nivel de la anulación o el menoscabo.

4.804 Los Estados Unidos añaden que los párrafos 2 y 6 del artículo 22 presuponen que, una vez transcurridos 30 días después de la expiración del plazo prudencial, la parte reclamante que desee suspender concesiones habrá indicado ya cómo pretende hacerlo. De no ser así, el OSD no estará en condiciones de autorizar la medida una vez transcurridos 30 días, y el Miembro afectado no estará en condiciones de evaluar la propuesta con el fin de poder impugnar el nivel o el carácter de la suspensión propuesta. Si la parte reclamante tuviera que esperar hasta que transcurrieran 30 días para proponer la suspensión de concesiones perdería el beneficio de la autorización automática por el OSD de la suspensión (con sujeción a la norma del consenso negativo) prevista en los párrafos 6 y 7 del artículo 22.

4.805 Los Estados Unidos concluyen que no sólo está permitido en el marco de solución de diferencias contemplado en el ESD que se formule una determinación de las medidas propuestas de conformidad con el artículo 306 b) sino que ese marco así lo exige positivamente en aquellos casos en los que un Miembro desee ejercer su derecho de suspender concesiones.

4.806 Con respecto a la pretensión de las Comunidades Europeas de que esa determinación "supone" que el USTR está determinando también que otro Miembro ha infringido los derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo, los Estados Unidos señalan en primer lugar que no se encuentra tal suposición en ninguna parte del artículo 306 b); y que, en caso de que se encontrara, una sola suposición no podría servir de base para constatar que el artículo 306 b) infringe el apartado a) del párrafo 2 del artículo 23 del ESD. Corresponde a las Comunidades Europeas la carga de la prueba de que el artículo 306 b) obliga a formular una determinación que infringe el apartado a) del párrafo 2 del artículo 23, y que no pueden interpretarse los términos del artículo 306 b) de forma que no "suponga" que se formule tal determinación.[422] El artículo 306 b) sólo obliga a formular una determinación de las medidas propuestas y, como han señalado los Estados Unidos, esto es totalmente compatible con el marco establecido por los párrafos 2, 6 y 7 del artículo 22 del ESD.

4.807 Los Estados Unidos señalan que los Miembros de la OMC que deseen ejercer los derechos que les corresponden en la OMC tienen que formular algún juicio acerca de si los demás Miembros están actuando de forma compatible con sus obligaciones. Si, a los efectos del apartado a) del párrafo 2 del artículo 23, pudiera "suponerse" que existen "determinaciones" de la infracción de acuerdos a partir de otras medidas o determinaciones, los Estados Unidos tendrían que concluir que la decisión de las Comunidades Europeas de plantear el presente caso "supone" que las Comunidades Europeas, en contra del apartado a) del párrafo 2 del artículo 23, han formulado la determinación de que los Estados Unidos han infringido el ESD y el GATT de 1994. Igualmente, ¿podrían entonces los Estados Unidos "suponer", cuando las Comunidades Europeas denuncian las medidas "ilegales" de los Estados Unidos en la prensa[423], que éstas han formulado tal determinación? Cabe suponer que no, pero ¿cómo se podría distinguir entonces entre las distintas "determinaciones" que podrían

---

El árbitro podrá también determinar si la suspensión de concesiones u otras obligaciones propuesta está permitida en virtud del acuerdo abarcado. Sin embargo, si el asunto sometido a arbitraje incluye la reclamación de que no se han seguido los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3, el árbitro examinará la reclamación. En el caso de que determine que no se han seguido dichos principios y procedimientos, la parte reclamante los aplicará de conformidad con las disposiciones del párrafo 3. Las partes aceptarán como definitiva la decisión del árbitro y no tratarán de obtener un segundo arbitraje. Se informará sin demora de la decisión del árbitro al OSD: y éste, si se le pide, otorgará autorización para suspender concesiones u otras obligaciones siempre que la petición sea acorde con la decisión del árbitro, a menos que decida por consenso desestimarla."

[422] Informe del Grupo Especial *Estados Unidos - Tabaco*, op. cit., párrafo 123.

[423] Los Estados Unidos citan, por ejemplo, el titular "Los Estados Unidos amenazan con aplicar aranceles a los productos de lujo europeos", *The Associated Press*, 22 de diciembre de 1998, noticias de la tarde (en las que Sir Leon Brittan afirma, con respecto al artículo 301: "Ya es hora de adoptar medidas contra el efecto pernicioso e *ilegal* de esta legislación totalmente unilateral" (se han añadido las cursivas).

"suponerse" a partir de diversas declaraciones y medidas del gobierno, incluidas medidas adoptadas a raíz de procedimientos multilaterales de solución de diferencias?

4.808 Los Estados Unidos consideran que el artículo 23 tiene por finalidad asegurarse de que los Miembros recurrirán a las normas multilaterales de solución de diferencias si consideran que se han infringido los derechos que les corresponden en virtud de un acuerdo. La interpretación amplia de "determinación" que proponen las Comunidades Europeas es tanto innecesaria como potencialmente contradictoria con respecto al objeto y fin del artículo 23. Evidentemente, los Miembros sólo iniciarán procedimientos multilaterales de solución de diferencias, con inclusión de la presentación de solicitudes de suspensión de concesiones, si consideran que otro Miembro no está cumpliendo sus obligaciones. El artículo 306 b) no dice nada más que esto. Si el USTR "considera" que otro Miembro no ha cumplido las recomendaciones del OSD tendrá que determinar una línea de actuación, y de hecho tendrá que hacerlo para disfrutar del beneficio de la norma del consenso negativo. Interpretar que esto significa una "determinación" de la existencia de una infracción a los efectos del apartado a) del párrafo 2 del artículo 23 equivaldría a impedir, no fomentar, el recurso a las normas multilaterales de solución de diferencias.

4.809 Los Estados Unidos alegan que las pretensiones de las Comunidades Europeas con respecto al artículo 306 b) son, de ser posible, todavía más extremas que las referentes al artículo 304. Las Comunidades Europeas presuponen que puede "suponerse" a partir de los términos del artículo 306 que se formula una determinación de infracción que no cumple las prescripciones del apartado a) del párrafo 2 del artículo 23 del ESD. La utilización por las Comunidades Europeas del término "supone" dice mucho acerca de su incapacidad para asumir la carga de la prueba que le corresponde de establecer que el artículo 306 obliga a formular tal determinación. El artículo 306 ni obliga, ni puede decirse que "suponga" que obliga, a formular la determinación de que otro Miembro de la OMC ha incumplido las obligaciones que le corresponden en el marco de la OMC, y las Comunidades Europeas no pueden presuponer sencillamente que lo hace.

4.810 Los Estados Unidos explican que, de conformidad con el artículo 306, el USTR propone las medidas que adoptará si "considera" que otro Miembro de la OMC ha incumplido las resoluciones y recomendaciones del OSD. El USTR tiene que proponer estas medidas dentro de los 30 días siguientes a la expiración del plazo prudencial con objeto de que los Estados Unidos puedan solicitar y obtener autorización para suspender concesiones de conformidad con los párrafos 2 y 6 del artículo 22 del ESD.

4.811 Los Estados Unidos alegan que la utilización en la ley de los Estados Unidos del término "considera" deja claro que no se trata de ninguna determinación formal. Es más, el verbo "considerar" se utiliza en varias disposiciones del propio ESD, por ejemplo, el párrafo 3 del artículo 3, los párrafos 1 y 7 del artículo 4, el párrafo 4 del artículo 5 y el párrafo 4 del artículo 10. Lo mismo que el artículo 306, estas disposiciones establecen qué pasos puede dar una parte para afirmar sus derechos en la OMC, si considera que éstos han sido negados. Es axiomático que los Miembros que invocan los procedimientos de solución de diferencias lo hacen basándose en la creencia de que se han negado sus derechos. El ESD, como el artículo 306, refleja este concepto mediante la utilización del verbo "considerar". Por ejemplo, el párrafo 3 del artículo 3 establece que "[e]s esencial para el funcionamiento eficaz de la OMC y para el mantenimiento de un equilibrio adecuado entre los derechos y obligaciones de los Miembros la pronta solución de las situaciones en las cuales un Miembro considere que cualesquiera ventajas resultantes para él […] se hallan menoscabadas por medidas adoptadas por otro Miembro". Igualmente, el párrafo 4 del artículo 10 establece que un tercero en una diferencia podrá recurrir a los procedimientos normales de solución de diferencias si "considera que una medida que ya haya sido objeto de la actuación de un grupo especial anula o menoscaba ventajas resultantes para él de cualquier acuerdo abarcado".

4.812 Los Estados Unidos consideran que es difícil entender la lógica de la conclusión de que un Miembro ha ignorado las normas y procedimientos del ESD basándose en el simple hecho de que ese Miembro cree que es necesario invocar esas normas y procedimientos. Sin embargo, tal es la conclusión de las Comunidades Europeas. Las Comunidades Europeas contradicen abiertamente el objetivo mismo del apartado a) del párrafo 2 del artículo 23, que es favorecer las determinaciones multilaterales. Por consiguiente, el Grupo Especial debe rechazar la pretensión de las Comunidades Europeas de que si el USTR considera que otro Miembro no ha cumplido las resoluciones y recomendaciones del OSD, este hecho "supone" una determinación de infracción.

4.813 Los Estados Unidos reiteran que las Comunidades Europeas, para soportar la carga de la prueba que les corresponde, tienen que demostrar que el artículo 306 b) excluye la posibilidad de que los Estados Unidos adopten medidas compatibles con sus obligaciones en la OMC y que los términos del artículo 306 b) no pueden ser interpretados de forma que permitan tales medidas compatibles con la OMC. Sin embargo, aun en caso de que se aceptara el argumento de las Comunidades Europeas en el sentido de que el USTR formula una determinación "implícita" a los efectos del apartado a) del párrafo 2 del artículo 23 si considera que otro Miembro no ha cumplido las recomendaciones del OSD y determina una línea de actuación, ninguna disposición del artículo 306 b) establece imperativamente que el USTR tenga realmente que "considerar" que se ha producido un incumplimiento. El artículo 306 b) no establece ningún criterio que obligue al USTR a "considerar" que se ha producido un incumplimiento si se reúne un determinado conjunto de circunstancias. El USTR, lo mismo que en el caso de las determinaciones formuladas de conformidad con el artículo 304 a) 1), dispone de una amplia capacidad discrecional para formular esta decisión, y el hecho de que pueda decidir no aplicar ninguna medida demuestra, en sí mismo y por sí mismo, que el artículo 306 no obliga a adoptar medidas incompatibles con la OMC.

4.814 En opinión de los Estados Unidos, las Comunidades Europeas, basándose en sus presunciones inválidas de que el artículo 306 b) "supone" una determinación a los efectos del apartado a) del párrafo 2 del artículo 23 y exige además que la determinación sea siempre positiva, alegan a continuación que el plazo de 30 días establecido por el artículo 306 b) para esta supuesta determinación impide que el USTR pueda basar dicha determinación en las constataciones del grupo especial de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21, ya que el procedimiento previsto en dicho párrafo puede exigir hasta 90 días.[424] Las Comunidades Europeas pretenden que los Miembros de la OMC están obligados a solicitar la intervención de un grupo especial de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 siempre que esté en cuestión el cumplimiento. Esta pretensión no es correcta, como ha quedado claramente de manifiesto en los debates del Examen del ESD en curso, en el que los Miembros están actualmente analizando propuestas de modificación del ESD en este punto precisamente.[425] No obstante, aun en caso de que, como hipótesis argumental, se aceptara la pretensión de las Comunidades Europeas, el plazo de 30 días establecido por el artículo 306 b) no impediría que se consideraran las constataciones formuladas por el grupo especial de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 ni que se formulara una determinación sobre esa base.

[424] El párrafo 5 del artículo 21 establece lo siguiente:

> "En caso de desacuerdo en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones o a la compatibilidad de dichas medidas con un acuerdo abarcado, esta diferencia se resolverá 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. El grupo especial distribuirá su informe dentro de los 90 días siguientes a la fecha en que se le haya sometido el asunto. Si el grupo especial considera que no le es posible presentar su informe en ese plazo, comunicará por escrito al OSD los motivos del retraso, indicando el plazo en que estima podrá presentarlo."

[425] Véase Examen del ESD, Nota de la Secretaría, Compilación de las observaciones formuladas por los Miembros - Rev. 3 (12 de diciembre de 1998).

4.815 Los Estados Unidos señalan que las Comunidades Europeas alegan que es necesario respetar los procedimientos previstos en el párrafo 5 del artículo 21 para que una parte reclamante pueda solicitar, o el OSD pueda autorizar, la suspensión de concesiones. Sin embargo, el OSD, al autorizar las medidas de retorsión de los Estados Unidos en la diferencia *Bananos* basándose sólo en la decisión de los árbitros de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22, rechazó implícitamente esta argumentación. Además, los propios árbitros nombrados de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 rechazaron expresamente aceptar la posición de las Comunidades Europeas.[426]

4.816 Los Estados Unidos alegan que los árbitros tomaron nota de la opinión de los Estados Unidos de que, si no fuera posible solicitar la suspensión de concesiones dentro de los 30 días siguientes a la expiración del plazo prudencial, la parte reclamante perdería el beneficio de la norma del consenso negativo.[427] Además, en la medida en que un Miembro considere que ha cumplido las recomendaciones del OSD puede solicitar un arbitraje de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22. Los árbitros abordarán la cuestión del cumplimiento al determinar el nivel de la anulación o el menoscabo, un requisito previo para dar cumplimiento al mandato que le impone el párrafo 7 del artículo 22, es decir, determinar si el nivel de las suspensiones es equivalente al nivel de la anulación o el menoscabo.[428] Los árbitros también observaron que podían abordar la cuestión de la anulación o el menoscabo a ese efecto aún sin formular una determinación formal de anulación o menoscabo y subrayaron que "el objetivo del artículo 23 -una determinación multilateral- se cumple cuando la cuestión de la anulación o menoscabo se examina en un arbitraje ante el Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto".[429]

4.817 Los Estados Unidos sostienen que la pretensión de las Comunidades Europeas de que el artículo 306 b) infringe el apartado a) del párrafo 2 del artículo 23 del ESD se basa en una serie de presunciones que carecen de fundamento, a saber, que el artículo 306 b) "supone" una determinación de la existencia de una infracción en el sentido del apartado a) del párrafo 2 del artículo 23, que la determinación que supone el artículo 306 b) será siempre positiva y que los Miembros de la OMC tienen siempre que recurrir a los procedimientos previstos en el párrafo 5 del artículo 21 antes de solicitar autorización para suspender concesiones. Estas presunciones de ningún modo permiten a las Comunidades Europeas considerar satisfecha la carga de la prueba de que el artículo 306 b) obliga a adoptar medidas incompatibles con el apartado a) del párrafo 2 del artículo 23 del ESD.

4.818 Los Estados Unidos rechazan la presunción de las Comunidades Europeas de que los Miembros que quieran suspender concesiones al amparo del artículo 22 tienen que obtener primero una determinación de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD. Según las Comunidades Europeas, como el USTR tiene que formular la determinación de infracción que "supone" el artículo 306 b) dentro de los 30 días siguientes a la expiración del plazo prudencial, es posible que esta determinación sea anterior a la conclusión del plazo de 90 días previsto en el párrafo 5 del artículo 21. Por consiguiente, las Comunidades Europeas sostienen que tal determinación del USTR no estaría autorizada en el marco de los procedimientos multilaterales.

---

[426] Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD - *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos*, WT/DS27/ARB, párrafo 4.11 (9 de abril de 1999).

[427] *Ibid.*

[428] *Ibid.*

[429] *Ibid.*, párrafos 4.12 y 4.14. Los Estados Unidos señalan que estas conclusiones arrojan nueva luz sobre la interpretación correcta de "determinación" a los efectos del apartado a) del párrafo 2 del artículo 23, ya que subrayan que para procurar una determinación multilateral de los derechos que corresponden en virtud de un acuerdo, es necesario formular decisiones sobre esos derechos.

4.819 Los Estados Unidos alegan que, teniendo en cuenta las demás presunciones erróneas de las Comunidades Europeas con respecto a las determinaciones de infracción que "supone" el artículo 306 b) y si estas determinaciones tienen que ser, de conformidad con dicho artículo 306, positivas, el Grupo Especial no tiene por qué, y no debe, abordar la cuestión de si un Miembro tiene que recurrir primero a los procedimientos establecidos en el párrafo 5 del artículo 21 para solicitar autorización y suspender concesiones de conformidad con el artículo 22. Precisamente lo que ha motivado la intensificación de las negociaciones en el OSD durante los últimos cinco meses ha sido la ausencia de tal requisito. Ésta es una cuestión adecuada para las negociaciones destinadas a modificar el ESD y por ese motivo no puede ser objeto de una resolución de un grupo especial. No obstante, los Estados Unidos observan que los árbitros en el caso *Bananos* no aceptaron los argumentos de las Comunidades Europeas. En efecto, el artículo 22 no incluye ninguna referencia al párrafo 5 del artículo 21, y tampoco la incluye el apartado c) del párrafo 2 del artículo 23. Los plazos que establece el artículo 22 para solicitar la autorización para suspender concesiones se calculan exclusivamente a partir de la expiración del plazo prudencial.

4.820 Los Estados Unidos señalan que el párrafo 6 del artículo 22 obliga al OSD a aprobar una petición de que se autorice la suspensión de concesiones en un plazo de 30 días contados a partir de la expiración del plazo prudencial a no ser que exista un consenso en contrario o que se impugne el nivel de la suspensión propuesta. Por tanto, el plazo de 30 días que establece el artículo 306 no sólo es compatible con el artículo 22, sino que es exigido por este artículo. Si los Estados Unidos u otro Miembro estuvieran obligados a esperar a que transcurran los 30 días para proponer y pedir la autorización para adoptar medidas de retorsión, perderían el beneficio de la norma del consenso negativo. Uno de los instrumentos principales del ESD para garantizar el cumplimiento de las resoluciones del OSD resultaría dañado.

4.821 **Las Comunidades Europeas observan** que difieren de los Estados Unidos en la interpretación del párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22 del ESD.

4.822 En lo que respecta al marco temporal, las Comunidades Europeas observan que, según el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, el arbitraje sobre el nivel o el carácter de la suspensión de concesiones u obligaciones

> "se concluirá dentro de los 60 días siguientes a la fecha de expiración del plazo prudencial".

4.823 Las Comunidades Europeas consideran que la petición de suspender concesiones tiene que ser compatible con la decisión del árbitro y ha de ser presentada al menos 10 días antes de la reunión del OSD. Por tanto, aun en caso de que el árbitro formulara su decisión dentro del plazo de 60 días, pueden transcurrir 70 días entre la expiración del plazo prudencial y la autorización por el OSD.[430] Sin embargo, el USTR no está obligado por el artículo 305 a determinar unilateralmente el nivel y el carácter de la suspensión de concesiones u otras obligaciones en un plazo de 60 días. Las Comunidades Europeas observan que los Estados Unidos no han alegado que las presunciones de las Comunidades Europeas con respecto al plazo de 70 días sean incorrectas.

4.824 Las Comunidades Europeas señalan que los Estados Unidos rechazan su pretensión de que los Miembros de la OMC están obligados a solicitar el establecimiento de un Grupo Especial de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 siempre que esté en cuestión el cumplimiento de las resoluciones y recomendaciones del OSD. Los Estados Unidos afirman que:

[430] Las Comunidades Europeas entienden que el párrafo 7 de la declaración oral hecha por el Japón el 30 de junio en calidad de tercero confirma esta interpretación (clara) de las normas obligatorias de procedimiento vigentes para las reuniones del OSD.

> "Esta pretensión no es correcta, como ha quedado claramente de manifiesto en los debates del Examen del ESD en curso, en el que los miembros están actualmente analizando propuestas de modificación del ESD en este punto precisamente. […] El OSD, al autorizar las medidas de retorsión de los Estados Unidos en la diferencia *Bananos* basándose sólo en la decisión de los árbitros de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22, rechazó implícitamente esta argumentación. Además, los propios árbitros nombrados de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 rechazaron expresamente aceptar la posición de las Comunidades Europeas."

4.825 Las Comunidades Europeas abordan este asunto en el marco de la respuesta a la pregunta ya que tiene relación con la cuestión de la duración de los procedimientos de solución de diferencias y el hecho de que los artículos 301 a 310 no son compatibles con el cumplimiento por los Estados Unidos de las obligaciones que le impone el ESD en la OMC.

4.826 Las Comunidades Europeas sostienen, en primer lugar, que es incorrecto afirmar que el OSD rechazó implícitamente la argumentación de las Comunidades Europeas al autorizar la suspensión de concesiones en el caso "Bananos III". El OSD autorizó por consenso inverso la decisión de los árbitros sobre la equivalencia del nivel de suspensión y el nivel de anulación o menoscabo. Esa era la labor del OSD de conformidad con el párrafo 7 del artículo 22 del ESD, que constituye el reflejo fiel del mandato del grupo especial que actuó como árbitro, establecido de conformidad con esa misma disposición. El OSD nunca adoptó la decisión de los árbitros[431], ni aprobó de forma expresa o implícita su contenido, con excepción de la autorización del nivel de la suspensión de concesiones. De hecho, la mayoría de los Miembros que participaron en la reunión del OSD de 19 de abril de 1999 consideraron que el grupo especial que actuó como árbitro fue claramente *ultra vires* al abordar los argumentos sustantivos acerca de si las medidas adoptadas por las Comunidades Europeas permitían cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD. Las Comunidades Europeas consideran, por consiguiente, que parte de esta decisión se adoptó al margen del mandato y, por tanto, es legalmente inexistente.

4.827 Las Comunidades Europeas alegan, en segundo lugar, que como también recordó el Brasil "la secuencia lógica que se siguió en el arbitraje sobre el banano no es un precedente para la interpretación de la secuencia entre el párrafo 5 del artículo 21 y el párrafo 22 del ESD".[432] La declaración de los Estados Unidos según la cual el OSD "rechazó implícitamente" las opiniones de la mayoría de los Miembros de la OMC sobre el párrafo 5 del artículo 21 refleja mal la realidad. Como señalaba el Brasil, "bastaría con leer las largas actas sobre el caso de los bananos para confirmar que nunca hubo un rechazo implícito a la secuencia obligatoria".[433]

4.828 En tercer lugar, las Comunidades Europeas observan que el párrafo 5 del artículo 21 del ESD establece que,

---

[431] Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD - Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos, WT/DS27/ARB, 9 de abril de 1999.

[432] Las Comunidades Europeas recuerdan la declaración del Embajador K. Morjane, Presidente del OSD, en la reunión que éste celebró el 29 de enero de 1999: "La solución del problema de los bananos *se adoptará totalmente sin perjuicio* de casos futuros y del asunto de cómo resolver la cuestión sistemática de la relación entre el párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22 del ESD" (WT/DSB/M/54, página 35 - cursivas del original).

[433] Véase también el acta de la reunión que celebró el Consejo General los días 15 y 16 de febrero de 1999, documento WT/GC/M/35 de la OMC.

> "En caso de desacuerdo en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones o a la compatibilidad de dichas medidas con un acuerdo abarcado, esta diferencia se resolverá 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. El grupo especial distribuirá su informe dentro de los 90 días siguientes a la fecha en que se le haya sometido el asunto."

4.829 En opinión de las Comunidades Europeas, esta disposición, y en particular el uso de los verbos en tiempo futuro, y el uso de los términos "grupo especial" y "los presentes procedimientos de solución de diferencias" han de ser interpretados de conformidad con los principios de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, es decir, han de ser interpretados

> "de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin" (párrafo 1 del artículo 31).

4.830 Las Comunidades Europeas afirman que su opinión, apoyada por la gran mayoría de los Miembros de la OMC, es que el sentido corriente del verbo en tiempo futuro [en inglés, el uso de "shall"] es "manifestar una orden o deber" (Oxford English Reference Dictionary). En el contexto de la OMC, los términos "grupo especial" están definidos en los artículos 6, 7 y 8 del ESD. Los términos "los presentes procedimientos de solución de diferencias", interpretados de "buena fe" en el contexto del párrafo 5 del artículo 21 no significan más que un procedimiento de solución de diferencias de conformidad con el ESD, lo que incluye un grupo especial según los términos de los artículos 6, 7 y 8 (y, por consiguiente, no un procedimiento de arbitraje).

4.831 Las Comunidades Europeas señalan que, como señaló el Órgano de Apelación en el caso *India - Patentes (EE.UU.)*, párrafo 45:

> "El deber del intérprete de un tratado es examinar las palabras de éste para determinar las intenciones de las partes. Esto ha de hacerse de conformidad con los principios de interpretación de los tratados establecidos en el artículo 31 de la *Convención de Viena*. Pero esos principios de interpretación ni exigen ni aprueban que se imputen al tratado palabras que no existen en él o que se trasladen a él conceptos que no se pretendía recoger en él."

4.832 Las Comunidades Europeas añaden que "en caso de desacuerdo en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones o a la compatibilidad de dichas medidas con un acuerdo abarcado" existe una obligación (salvo que el reclamante decida no proceder, como le permite hacerlo la primera oración del párrafo 7 del artículo 3 del ESD) de reclamar un procedimiento en que actúe un grupo especial, cuya duración viene determinada por el propio ESD, el cual establece que durará al menos 90 días. Los artículos 301 a 310, y en especial el artículo 306, establecen unilateralmente plazos y ordenan imperativamente determinaciones y medidas que son claramente incompatibles con esta disposición. Por consiguiente, constituyen también una infracción del artículo 23 del ESD.

4.833 Las Comunidades Europeas consideran que el término "determinación" que se utiliza en el apartado a) del párrafo 2 del artículo 23 del ESD ha de ser interpretado de conformidad con los principios de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, es decir, ha de ser interpretado:

> "de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin" (párrafo 1 del artículo 31).

4.834 Las Comunidades Europeas sostienen que el sentido corriente de "determinación" es "el proceso de decidir, determinar o calcular", (en un contexto jurídico) "la conclusión de una disputa mediante la decisión de un árbitro"; "la decisión alcanzada"; "una decisión judicial o sentencia"; en sentido figurado: "firmeza de propósito, resolución". El verbo "determinar" significa "descubrir o establecer exactamente"; "decidir o aclarar"; "hacer o provocar que una persona tome una decisión", (en un contexto jurídico) "poner término o llevar a término" (Oxford English Reference Dictionary). Estas explicaciones del término "determinación" inequívocamente giran en torno a la idea de una decisión formal y definitiva, con consecuencias jurídicas, formulada en el marco de un procedimiento legal.

4.835 Las Comunidades Europeas alegan además que el contexto inmediato de esta disposición es el párrafo 1 del artículo 23 del ESD, que describe el objeto y fin de las normas más detalladas del párrafo 2 de dicho artículo.[434]

4.836 Las Comunidades Europeas señalan que el párrafo 1 del artículo 23 del ESD empieza con la conjunción "en" que establece la relación con la situación en la que un Miembro trata 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".

4.837 Las Comunidades Europeas señalan a continuación que en el contexto de los párrafos 1 y 2 del artículo 23 del ESD no tienen trascendencia las declaraciones públicas o los informes presentados en un contexto distinto de intentar reparar un supuesto incumplimiento u otro tipo de anulación o menoscabo de ventajas o un impedimento al logro de cualquiera de los objetivos de los acuerdos abarcados.

4.838 Según las Comunidades Europeas, el contexto deja también claro que las decisiones adoptadas en el ejercicio de los derechos reconocidos por el ESD no son determinaciones que pertenezcan al ámbito del artículo 23 porque el objetivo mismo de esta disposición es garantizar que los Miembros aplicarán el ESD. La primera oración del párrafo 7 del artículo 3 del ESD forma también parte del contexto del apartado a) del párrafo 2 del artículo 23. Esta disposición indica que:

> "[a]ntes de presentar una reclamación, los Miembros reflexionarán sobre la utilidad de actuar al amparo de los presentes procedimientos".

4.839 En opinión de las Comunidades Europeas, esta disposición se completa con las disposiciones de otros acuerdos abarcados sobre las medidas iniciales que deben adoptarse en caso de que se plantee una diferencia.[435]

---

[434] Las Comunidades Europeas observan que el párrafo 2 del artículo 23 del ESD empieza con las siguientes palabras: "[e]n tales casos, los Miembros". Ello indica que el párrafo 2 del artículo 23 depende de la disposición más general que figura en el párrafo 1 de dicho artículo del ESD.

[435] Las Comunidades Europeas se refieren al párrafo 1 del artículo XXIII del GATT: "En caso de que una parte contratante considere que una ventaja resultante para ella directa o indirectamente del presente Acuerdo se halle anulada o menoscabada o que el cumplimiento de uno de los objetivos del Acuerdo se halle comprometido a consecuencia de: a) que otra parte contratante no cumpla con las obligaciones contraídas en virtud del presente Acuerdo; o b) que otra parte contratante aplique una medida, contraria o no a las disposiciones del presente Acuerdo; o c) que exista otra situación […]"; el párrafo 1 del artículo XXIII del AGCS: "En caso de que un Miembro considere que otro Miembro no cumple las obligaciones o los compromisos específicos por él contraído en virtud del presente Acuerdo […]"; el párrafo 3 del artículo 17 del Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994: "Si un Miembro considera que una ventaja resultante para él directa o indirectamente del presente

4.840 Las Comunidades Europeas alegan que en estas disposiciones se hace referencia a que un Miembro considera que otro Miembro ha incumplido las obligaciones que le impone el acuerdo abarcado en cuestión. Este tipo de "consideración" es claramente permisible de conformidad con las normas de la OMC como prerrequisito para iniciar un procedimiento de solución de diferencias de acuerdo con las normas de procedimiento pertinentes; es más, es necesario para "respetar las normas". Por tanto, es evidente que debe establecerse la distinción en el marco de las normas de la OMC[436] entre los términos "determinación" y "consideración".

4.841 Las Comunidades Europeas concluyen que, por lo tanto, una consideración no es más que una alegación, una opinión manifestada por un Miembro de la OMC. Una mera consideración no entraña por sí misma una consecuencia jurídica porque, en el mejor de los casos, constituye la base para una nueva etapa del procedimiento que todavía ha de plantearse (presentando una reclamación a un órgano decisorio externo, la llamada "decisión de terceros"). En este sentido, es manifestación de una opinión que está sometida a confirmación por los órganos de la OMC que tienen una competencia exclusiva.

4.842 Las Comunidades Europeas observan que una determinación, en cambio, es una decisión formal y definitiva con unas consecuencias jurídicas claramente definidas. No está sometida a confirmación y está destinada a tener consecuencias jurídicas directas en el ordenamiento jurídico interno, por ejemplo, como etapa en el proceso que conduce a una medida de retorsión. En la medida en que tiene consecuencias jurídicas es autosuficiente y puede convertirse en objeto de una diferencia, tanto a escala interna como a escala internacional.

4.843 Las Comunidades Europeas subrayan que está claro que las determinaciones de inexistencia de una infracción son la contraimagen de las determinaciones de que existe una infracción. No es posible formular una determinación (en el sentido jurídico antes mencionado en el marco de la OMC) en una dirección sin que exista al menos la posibilidad de llegar a una conclusión diferente. Por tanto, si una ley obliga a formular en todos los casos una determinación *acerca de si* se ha producido una infracción de las normas de la OMC conlleva la obligación de determinar en algunos casos que se ha producido una infracción de las normas de la OMC. Por consiguiente, tal ley obligará a formular determinaciones que serán incompatibles con el artículo 23.

4.844 Las Comunidades Europeas indican que creen firmemente que la última palabra sobre la existencia o inexistencia de una infracción tiene que corresponder al sistema multilateral de solución de diferencias. Ha de interpretarse que la prohibición que contiene el apartado a) del párrafo 2 del artículo 23 del ESD prohíbe cualquier decisión formal y jurídicamente vinculante de un Miembro de la OMC sobre la compatibilidad, o no, con la OMC de las medidas adoptadas por otro Miembro de la OMC. Los Estados Unidos sostienen efectivamente que, como los Miembros necesitan adoptar una postura sobre la compatibilidad con la OMC de una medida adoptada por otro Miembro para poder proteger los derechos que le atribuye el ESD, pueden adoptar determinaciones también con el propósito de decidir si imponen, o no, sanciones unilaterales. Este razonamiento da totalmente la vuelta a las prescripciones del artículo 23.

4.845 Según las Comunidades Europeas, lo que un Miembro de la OMC puede y debe decidir legítimamente es si somete, o no, un caso de supuesta incompatibilidad con la OMC al sistema multilateral de solución de diferencias. Pero esta cuestión pertenece al ámbito de una disposición totalmente diferente del ESD, a saber, la primera oración del párrafo 7 del artículo 3.

Acuerdo se halla anulada o menoscabada, o que la consecución de uno de los objetivos del mismo se ve comprometida, por la acción de otro u otros Miembros […]".

[436] Las Comunidades Europeas observan que esto no quiere necesariamente decir que haya de interpretarse que los términos correspondientes de una ley interna de un Miembro de la OMC establezcan una distinción semejante.

4.846 Las Comunidades Europeas consideran que es cierto que el apartado a) del párrafo 2 del artículo 23 del ESD se redactó teniéndose presente la existencia de los artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974 de los Estados Unidos. Pero esto significa, por supuesto, que los participantes en la Ronda Uruguay tenían también presente la amenaza que suponía para la seguridad y previsibilidad de las relaciones comerciales internacionales el texto de la Ley de Comercio Exterior tal y como estaba redactado en la versión de 1988. Por consiguiente, tenían presente la necesidad de introducir en el texto de los acuerdos abarcados las disposiciones que constituyen la segunda parte de lo que las Comunidades Europeas han propuesto en su declaración oral del 29 de junio denominar el "pacto de Marrakech".

4.847 Las Comunidades Europeas afirman a continuación que la terminología utilizada en los artículos 301 a 310 no puede ser un elemento decisivo en la categorización de las diferentes disposiciones de las normas de la OMC. Muy al contrario, la enmienda de la Ley de Comercio Exterior aprobada por el Congreso de los Estados Unidos en 1994 debió haber ajustado la legislación estadounidense a las nuevas normas de la OMC. Es bien sabido que el Congreso de los Estados Unidos no lo hizo. Por tanto, cualquier sugerencia de que el artículo 23 del ESD ha de ser interpretado en función del artículo 306 de la Ley de Comercio Exterior de 1974, modificada en 1994 tras la conclusión de la Ronda Uruguay, equivale a un absurdo.

4.848 En opinión de las Comunidades Europeas, el objetivo del artículo 23 del ESD es asegurar la solución multilateral de las diferencias, como sugiere el propio título del artículo 23 del ESD ("Fortalecimiento del sistema multilateral"). El simple hecho de que se utilice en el artículo 306 b) 2) el verbo "considerar" no significa que se trate de una "consideración" en el sentido de las normas de la OMC.[437] La característica distintiva, según las normas de la OMC, es que un Miembro de la OMC adopte una postura formal y definitiva con respecto a la compatibilidad con la OMC de las medidas de otro Miembro, que podrá servir de base internamente para ciertas consecuencias jurídicas sustantivas (por ejemplo, medidas comerciales), sin esperar al resultado definitivo del sistema de solución de diferencias de la OMC.

4.849 Las Comunidades Europeas sostienen que el verbo "considera" utilizado en el artículo 306 b) 2) remite a esta última categoría, debido a la existencia de una "determinación" sobre las nuevas medidas que se adoptarán, según establece el artículo 306 b) 1). En el texto del artículo 306, esta "consideración" da lugar a nuevas medidas (enumeradas en el artículo 301) dentro de los plazos preestablecidos con independencia de la conclusión de los procedimientos de solución de diferencias en la OMC. Esta situación se produjo, por ejemplo, en la fase final del caso "bananos" y dio lugar a medidas comerciales de retorsión (suspensión de la liquidación de aduanas y aumento de las fianzas para la importación de un gran número de productos procedentes de las Comunidades Europeas) antes de la conclusión del procedimiento de arbitraje iniciado de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD.

4.850 Las Comunidades Europeas sostienen que la elección de palabras en la legislación estadounidense induce a error y no debe servir de criterio para interpretar el artículo 23 del ESD. Al

[437] Las Comunidades Europeas observan que en la publicación en el Federal Register de 22 de octubre de 1998 se afirma (en el resumen) que "el Representante de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales solicita comentarios escritos sobre: 1) las medidas que han adoptado y que serán aplicables a partir del 1º de enero de 1999 para dar cumplimiento a las recomendaciones de la OMC sobre el régimen comunitario del banano; y 2) el proyecto de determinación positiva del USTR de conformidad con el artículo 306 b) de la Ley de Comercio Exterior de 1974, modificada (Ley de Comercio Exterior) (19 U.S.C. § 2416), según la cual las medidas no dan cumplimiento a las recomendaciones de la OMC. El USTR tiene que formular la determinación a que hace referencia el artículo 306 b) a más tardar el 31 de enero de 1999" (se han añadido el subrayado). Esta cita confirma que la "consideración" a que hace referencia el artículo 306 b) es en realidad una determinación en el sentido del artículo 23 del ESD.

contrario, el planteamiento interpretativo contrario es el correcto, y es el que debe seguir el Grupo Especial.

4.851 Las Comunidades Europeas recuerdan en este contexto que señalaron a la atención del Grupo Especial la siguiente discrepancia en las declaraciones del USTR. Los Estados Unidos sostenían:

> "[…] en contra de las pretensiones de las Comunidades Europeas, que los términos del artículo 306 b) no "suponen", y no digamos establecen, que el USTR está obligado a formular una determinación que infrinja el artículo 23. El artículo 306 b) establece las medidas que debe adoptar el USTR para afirmar los derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud del artículo 22 del ESD si considera que no se ha producido un cumplimiento pleno por parte de otro Miembro de la OMC. […] este juicio […] no es una "determinación" […]"

4.852 Las Comunidades Europeas señalan que el aviso público solicitando observaciones sobre las medidas previstas el 3 de marzo de 1999 contiene la siguiente declaración:

> "Dado que el plazo prudencial para el cumplimiento por las Comunidades Europeas de las recomendaciones de la OMC sobre el régimen comunitario del banano expira el 1º de enero de 1999, el USTR tiene que formular la determinación exigida por el artículo 306 b) a más tardar el 31 de enero de 1999 y, en caso de que la determinación sea positiva, tiene que aplicar nuevas medidas a más tardar 30 días después."(se han añadido los subrayados)

4.853 Las Comunidades Europeas consideran que, por lo tanto, está claro a juzgar por lo antes indicado que el USTR describe la consideración que ha de hacer de conformidad con el artículo 306 b) como una determinación y como obligatorias las medidas que adoptará como resultado de esta determinación.

4.854 **En réplica, los Estados Unidos señalan** que la determinación a que se hace referencia en el aviso es la determinación indicada en el artículo 306 b), es decir, proponer qué medidas se adoptarán si el USTR considera que se ha producido un incumplimiento. No se trata de una determinación de que se han negado derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo. Mientras que el USTR, de conformidad con el artículo 306 b), tiene que formular la determinación sobre las medidas propuestas si considera que otro Miembro no ha cumplido las resoluciones y recomendaciones del OSD, dispone de total capacidad discrecional en lo que respecta a la cuestión de si considera que se ha producido un incumplimiento.

4.855 En respuesta a una pregunta del Grupo Especial acerca de la definición de "determinación" en el contexto del apartado c) del párrafo 2 del artículo 23, los Estados Unidos sostienen que puede resultar difícil distinguir las determinaciones de este tipo a primera vista.[438] El sentido corriente de "determinación" es: "La solución de un litigio o de una controversia por decisión autorizada de un juez o de un árbitro; el arreglo o la decisión a que así se ha llegado; una opinión autorizada; "La solución de una cuestión mediante el razonamiento o la argumentación"; "El acto de llegar a una decisión; el resultado de ésta; una intención decidida"; "El acto de localizar, identificar o establecer

[438] Los Estados Unidos observan que las Comunidades Europeas, por ejemplo, han afirmado que: "La decisión de no tener en cuenta la transformación completa de una economía que no era de mercado a una economía de mercado en un territorio ni la plena privatización de las empresas exportadoras *constituye una violación* de la obligación que impone a los Estados Unidos el artículo 11 del Acuerdo". (*Estados Unidos - Medidas antidumping aplicadas a las importaciones de urea sólida procedentes de la antigua República Democrática Alemana*, WT/DS63/1, se han añadido las cursivas).

definitivamente el carácter de algo; comprobación exacta (de algo); un hecho establecido, una conclusión o una solución".[439]

4.856 Los Estados Unidos sostienen que este sentido ordinario ha de ser interpretado en el contexto de este término en el artículo 23 y en el ESD y teniendo en cuenta el objeto y fin del apartado a) del párrafo 2 del artículo 23. El artículo 23 se titula "Fortalecimiento del sistema multilateral", y el párrafo 1 de dicho artículo subraya que los Miembros que traten de reparar infracciones habrán de recurrir a las normas y procedimientos (multilaterales) del ESD y acatarlos. Leído de este modo, a los efectos del apartado a) del párrafo 2 del artículo 23, el término "determinación" no ha de ser interpretado de forma tan amplia que impida el logro del objetivo de una solución multilateral de las diferencias, en lugar de facilitarlo. En la pregunta del Grupo Especial se reconoce que los Miembros que pretendan una solución multilateral de una diferencia frecuentemente necesitarán adoptar posturas para lograr tal solución de diferencias. Sería absurdo y contradictorio con el objeto y fin del artículo 23 incluir esa adopción de posturas necesaria para procurar la solución de la diferencia en la definición de "determinación" a los efectos del apartado a) del párrafo 2 del artículo 23.

4.857 En opinión de los Estados Unidos, el término "determinación" que se utiliza en el apartado a) del párrafo 2 del artículo 23 no puede incluir, por este motivo, las decisiones que reflejan una opinión de un Miembro de que otro Miembro no ha cumplido sus obligaciones, ya que los Miembros frecuentemente iniciarán procedimientos de solución de diferencias basándose en tales opiniones.

4.858 Los Estados Unidos explican a continuación que, a pesar de la anterior explicación, a los efectos de la presente diferencia no es necesario definir los límites precisos del término "determinación". Las Comunidades Europeas han definido dos actos previstos en los artículos 301 a 310 como "determinaciones": cuando el USTR formula su "determinación" de conformidad con el artículo 304 y cuando "considera", de conformidad con el artículo 306, si se ha producido el cumplimiento, para decidir si solicita autorización del OSD de conformidad con el artículo 22. Aunque el artículo 304 suponga una "determinación", las Comunidades Europeas no han demostrado que se trate de una determinación que infrinja el apartado a) del párrafo 2 del artículo 23 ya que, entre otras razones, no es necesario que sea una determinación de que se ha producido una infracción. Sin embargo, el artículo 306 no supone una determinación a los efectos del apartado a) del párrafo 2 del artículo 23. Los Estados Unidos alegan que el uso del verbo "considera" en el artículo 306 establece un paralelo con el término utilizado en el ESD, y en ambos casos se utiliza para indicar la opinión de que es necesario recurrir a los procedimientos multilaterales de solución de diferencias. En opinión de los Estados Unidos, el artículo 22 obliga a los Miembros que pretendan obtener autorización del OSD para suspender concesiones a que planteen cómo pretenden hacerlo a más tardar 30 días después de la expiración del plazo prudencial, y el artículo 306 refleja este hecho en la legislación estadounidense.

4.859 En respuesta a una pregunta del Grupo Especial sobre las declaraciones que figuran en los informes anuales y si tales declaraciones pueden ser "determinaciones", los Estados Unidos consideran que la cuestión pone de manifiesto el hecho de que sólo un subconjunto limitado de declaraciones serán "determinaciones" a los efectos del artículo 23. Como antes se indicó, este subconjunto no puede incluir declaraciones que simplemente indiquen una opinión sobre las prácticas de otro Miembro.

4.860 En opinión de los Estados Unidos, es difícil responder en abstracto a la pregunta de si las declaraciones incluidas en los informes anuales o las declaraciones públicas pueden llegar a tener el carácter de una determinación si se desconoce el contexto específico y las declaraciones concretas. En último extremo, la decisión sobre si una determinada declaración constituye una "determinación" habrá de ser adoptada caso por caso.

[439] The New Shorter Oxford English Dictionary, página 651 (1993).

4.861 **En réplica, las Comunidades Europeas observan** que los Estados Unidos pretenden que la "consideración" que debe hacer el USTR de conformidad con el artículo 306 b) no es una determinación en el sentido del artículo 23 del ESD sino una condición previa lógica para el ejercicio de los derechos dimanantes del artículo 22 del ESD. Esta pretensión sería correcta si la única consecuencia de la "consideración" del USTR fuera que se invocara el artículo 22.

4.862 Las Comunidades Europeas señalan que los mismos términos de la ley muestran claramente, sin embargo, que no es éste el caso. Si el USTR formula una determinación positiva de conformidad con el artículo 306 b), simultáneamente deberá determinar qué nuevas medidas adoptará.

4.863 Las Comunidades Europeas consideran que el USTR dará el mismo trato a las determinaciones sobre las nuevas medidas que a las determinaciones que se formulen de conformidad con el artículo 304 a) 1), que están sometidas a las disposiciones del artículo 305 que regulan la aplicación de sanciones.

4.864 Las Comunidades Europeas concluyen, pues, que esa "consideración" es una determinación formal en el marco de un procedimiento interno a través del cual los Estados Unidos tratan de reparar un incumplimiento de las obligaciones dimanantes de la OMC, y que esa determinación ha de formularse y aplicarse aun en caso de que no se hayan completado los procedimientos en la OMC sobre los que podría basarse dicha determinación o las medidas consiguientes.

4.865 Las Comunidades Europeas alegan que la simple prescripción de que el USTR vigile el cumplimiento de las recomendaciones del OSD y decida invocar el artículo 22 si lo considera adecuado, por supuesto, no sería incompatible con el artículo 23. Sin embargo, la "consideración" y la determinación simultánea sobre las nuevas medidas a adoptar que el USTR está obligado a formular de conformidad con el artículo 306 b) son incompatibles con el artículo 23 porque representan la primera etapa de un procedimiento interno en virtud del cual han de imponerse sanciones aun si no existe autorización del OSD a ese efecto.

4.866 **Los Estados Unidos responden además** que las Comunidades Europeas, lo mismo que con respecto a su reclamación sobre el artículo 304, sólo pueden sostener la carga de la prueba de su pretensión sobre el artículo 306 b) demostrando que dicho artículo obliga: 1) a formular una determinación en el sentido de que se ha producido una infracción; 2) que la determinación no se ha formulado a través del recurso a las normas y procedimientos del ESD o que no es compatible con las constataciones adoptadas de un grupo especial o del Órgano de Apelación o de un laudo arbitral.

4.867 Los Estados Unidos alegan que la concesión de las Comunidades Europeas, en el sentido de que el artículo 304 permite que el USTR formule una determinación de compatibilidad, ha de considerarse que incluye el reconocimiento de que el USTR tiene libertad, de conformidad con el artículo 306 b), para "considerar" que otro Miembro ha respetado su compromiso de cumplir la resoluciones y recomendaciones del OSD. Las Comunidades Europeas razonaron que los términos del artículo 304 a) 1) exigían una determinación alternativa, "o bien una cosa/o bien otra", lo que incluye la posibilidad de determinar que no se han negado derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo. Aunque los Estados Unidos rechazan la conclusión de las Comunidades Europeas de que sólo son posibles dos determinaciones de conformidad con el artículo 304, afirman que al menos han de considerarse posibles esas dos determinaciones de conformidad con el artículo 306 b). Los términos de este artículo son "si […] el Representante para las Cuestiones Comerciales considera [que se ha producido un incumplimiento]" sin imponer limitación alguna con respecto a qué puede inducirle a considerar otra cosa o cómo podría caracterizar esa opinión. Se trata de una decisión puramente discrecional y no puede interpretarse que el artículo 306 b) establece imperativamente de algún modo qué "considerará" el USTR, y mucho menos que ordene formular la "determinación" de que se ha producido una infracción. Por este motivo hay que rechazar la pretensión de las Comunidades Europeas con respecto al artículo 306 b). Si no existe

una determinación de que se ha producido una infracción o una ley que ordene imperativamente que se formule esa determinación no puede haber una infracción del apartado a) del párrafo 2 del artículo 23 del ESD.

4.868 Los Estados Unidos consideran que la reclamación de las Comunidades Europeas debe ser rechazada también porque lo que el USTR pueda "considerar" no representa una determinación. El verbo "considerar" se utiliza en todo el ESD exactamente del mismo modo que se utiliza en el artículo 306 b): para indicar una opinión sobre los actos de otro Miembro que le induce a recurrir a los procedimientos multilaterales de solución de diferencias. Calificar a esa opinión de "determinación" a los efectos del apartado a) del párrafo 2 del artículo 23 del ESD equivaldría a socavar el logro del objetivo de las determinaciones multilaterales en que se basa el artículo 23.

4.869 Los Estados Unidos recuerdan que las Comunidades Europeas alegan que "la terminología utilizada en los artículos 301 a 310 no puede ser un elemento decisivo en la categorización de las diferentes disposiciones de las normas de la OMC". Según las Comunidades Europeas, a pesar de que en el ESD se utilicen estos términos diferentes, "esto no quiere necesariamente decir que haya de interpretarse que los términos correspondientes de una ley interna de un Miembro de la OMC establezcan una distinción semejante". Es muy posible que sea así, pero eso no explica por qué los propios artículos 301 a 310 establecen una distinción entre "determinación" y aquellas situaciones en las que el USTR "considera" que ha de recurrirse a los procedimientos del ESD. Las reglas estadounidenses de interpretación de las leyes se diferencian poco, o nada, de las de interpretación de los tratados. Si en la ley se utilizan términos diferentes, tiene que haber un motivo para que difieran.

4.870 Los Estados Unidos alegan que la argumentación de las Comunidades Europeas en el sentido de que el uso de términos diferentes en la ley "no puede ser un elemento decisivo en la categorización de las diferentes disposiciones de las normas de la OMC" ha de ser interpretada teniendo en cuenta el argumento que expone un párrafo antes en el sentido de que "es cierto que el apartado a) del párrafo 2 del artículo 23 del ESD se redactó teniéndose presente la existencia de los artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974 de los Estados Unidos". Suponiendo que eso sea cierto, entonces los redactores del ESD sin duda conocían la distinción preexistente entre determinaciones y aquellas situaciones en las que el USTR puede "considerar", que se establece en los artículos 301 a 310, y pretendieron establecer la misma distinción cuando se incorporaron esos términos al ESD. Como mínimo, si los redactores del ESD tuvieron "en cuenta" los artículos 301 a 310, si su intención fue someter las meras opiniones a la disciplina potencial del apartado a) del párrafo 2 del artículo 23, hubieran incluido las "consideraciones" en dicho apartado del ESD. Sin embargo, no lo hicieron y no hay fundamento alguno ahora para someter esas opiniones a examen como si fueran "determinaciones".

4.871 Los Estados Unidos afirman además que las Comunidades Europeas intentan alegar que las "determinaciones" están asociadas a "consecuencias jurídicas claramente definidas", por ejemplo, "como etapa en el proceso que conduce a una medida de retorsión". Las Comunidades Europeas no señalan ningún fundamento en el texto para esta pretensión y de hecho el texto y el contexto del apartado a) del párrafo 2 del artículo 23 la contradicen. El texto de dicho apartado hace referencia a las determinaciones de que se ha producido una infracción, sin referirse de ningún modo a las consecuencias de esas determinaciones. Se trata de una clara obligación de conducta, no de resultados.[440] Además, el apartado c) del párrafo 2 del artículo 23 hace referencia expresamente a la

[440] Los Estados Unidos se refieren al *Proyecto de artículos sobre responsabilidad de los Estados*, de la Comisión de Derecho Internacional, artículos 20 y 21, 37 I.L.M. 440, 448 (1998) que establecen que: "Hay violación por un Estado de una obligación internacional que le exige observar un comportamiento específicamente determinado cuando el comportamiento de ese Estado no está en conformidad con el que de él exige esa obligación" (artículo 20), y "Hay violación por un Estado de una obligación internacional que le exige el logro, por el medio que elija, de un resultado determinado si el Estado, mediante el comportamiento observado, no logra el resultado que de él exige esa obligación" (párrafo 1 del artículo 21).

suspensión de concesiones u otras obligaciones, es decir, las "medidas de retorsión" de que hablan las Comunidades Europeas. Esa disposición no hace referencia alguna a las determinaciones sobre la existencia de infracción. Si las "consecuencias jurídicas", tales como la suspensión de concesiones, fueran un prerrequisito para formular una "determinación" de conformidad con el apartado a) del párrafo 2 del artículo 23, ¿qué necesidad habría del apartado c) del párrafo 2 del artículo 23 como párrafo diferente? La determinación de existencia de una infracción tendría la consecuencia jurídica de obligar a la suspensión de concesiones y abarcaría las situaciones previstas tanto en el apartado a) como en el apartado c). Por consiguiente, el planteamiento de las Comunidades Europeas fundiría dos disposiciones distintas del ESD en una.

4.872 Los Estados Unidos alegan que si las Comunidades Europeas respondieran que el apartado c) del párrafo 2 del artículo 23 hace referencia a las medidas que ya se han adoptado, mientras que el apartado a) prevé simplemente unos primeros pasos que pueden no dar lugar realmente a una medida, eso querría decir que no es necesario adoptar medidas como resultado de la determinación, es decir, que las medidas siguen siendo discrecionales. De acuerdo con esta formulación, podrían incluirse en la definición de "determinación" incluso las decisiones de iniciar una investigación, que podrían en último extremo tener "las consecuencias jurídicas" de las medidas que se adopten. Además, los Miembros podrían evitar las responsabilidades dimanantes del apartado a) del párrafo 2 del artículo 23 sencillamente desligando de forma expresa la determinación de existencia de una infracción de las medidas adoptadas, aunque retuvieran una total capacidad discrecional para suspender concesiones en cualquier momento y por cualquier motivo.

4.873 Los Estados Unidos sostienen además que también es cuestionable si las Comunidades Europeas o algún otro Miembro de la OMC estarían dispuestos a aceptar las consecuencias del planteamiento de las primeras. Supongamos, por ejemplo, que un Miembro tiene en vigor una ley que obliga a las autoridades a formular determinaciones definitivas, oficiales y públicas de que otro Miembro ha infringido las obligaciones que le corresponden en la OMC, sin recurrir primero a los procedimientos de solución de diferencias de la OMC. La ley no prevé de otro modo ninguna "consecuencia jurídica". Esta clara "determinación", sin duda, parece que responde exactamente a los términos del apartado a) del párrafo 2 del artículo 23, y sin embargo, según el planteamiento de las Comunidades Europeas, estaría excluida.

4.874 En opinión de los Estados Unidos, la definición de las Comunidades Europeas de "determinación", basada en las "consecuencias jurídicas", no es sostenible. La opinión del USTR acerca de si es necesario recurrir a los procedimientos del artículo 22, manifestada de conformidad con el verbo "considera", no es recurrible al amparo del apartado a) del párrafo 2 del artículo 23 del ESD.

4.875 Los Estados Unidos sostienen además que otro aspecto de las definiciones propuestas por las Comunidades Europeas de "consideración" y "determinación" que merece ser comentado es el hecho de que aparentemente daría lugar a la conclusión de que todas las determinaciones a que hace referencia el artículo 304 a) 1) serían de hecho "consideraciones". Las Comunidades Europeas afirman que "la terminología utilizada en los artículos 301 a 310 no puede ser un elemento decisivo en la categorización de las diferentes disposiciones de las normas de la OMC". Por tanto, las Comunidades Europeas admiten la posibilidad de que una "determinación" según la legislación interna pueda ser de hecho una "consideración" a efectos de la OMC. Las Comunidades Europeas explican que una "consideración"

> "no entraña por sí misma una consecuencia jurídica porque, en el mejor de los casos, constituye la base para una nueva etapa del procedimiento que todavía ha de plantearse (presentando una reclamación a un órgano decisorio externo […]). En este sentido, es manifestación de una opinión que está sometida a confirmación por los órganos de la OMC que tienen una competencia exclusiva".

4.876 Los Estados Unidos consideran que como los artículos 303 a) 1) y 303 a) 2) obligan al USTR a iniciar procedimientos de solución de diferencias en la OMC cuando se realicen investigaciones en las que intervenga un acuerdo de la OMC, las opiniones manifestadas por el USTR de conformidad con los artículos 301 a 310 serán, de acuerdo con la definición de las Comunidades Europeas, opiniones "sometidas a confirmación por los órganos de la OMC que tienen una competencia exclusiva". Por tanto, con la salvedad del hecho de que el artículo 304 a) 1) obliga al USTR a basar sus determinaciones en las constataciones adoptadas de los grupos especiales y el Órgano de Apelación, el USTR podrá determinar de conformidad con dicho artículo que se están negando derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo y las Comunidades Europeas considerarán que se trata de una "consideración" no sometida a las disposiciones del apartado a) del párrafo 2 del artículo 23 porque dicha opinión se manifestaría durante un procedimiento de solución de diferencias en curso. Frente a la probable respuesta de las Comunidades Europeas de que las determinaciones a que hace referencia el artículo 304 a) 1) tienen consecuencias jurídicas, los Estados Unidos señalan de nuevo que el artículo 301 a) 2) establece excepciones a la adopción de medidas entre las que cabe mencionar la excepción del artículo 301 a) 2) B) i), que incluye las situaciones en las que el país extranjero está adoptando medidas satisfactorias para proteger los derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo comercial. Esta excepción será aplicable si está en curso un procedimiento de solución de diferencias ya que, mediante su participación en ese procedimiento, el país extranjero estaría tomando medidas satisfactorias. Por tanto, la determinación no sería más que un paso en la cadena de acontecimientos que conduce a la suspensión de concesiones lo mismo que lo sería la iniciación de una investigación (acto que también, de conformidad con la definición de las Comunidades Europeas, podría ser calificado en la legislación interna como determinación a la que no sería aplicable el apartado a) del párrafo 2 del artículo 23).

4.877 Los Estados Unidos afirman que, de conformidad con el artículo 304 a) 1), tienen que basar sus determinaciones en los resultados de los procedimientos de solución de diferencias de la OMC y, por consiguiente, no pueden formular la determinación antes indicada. Por otra parte, el USTR puede formular varias determinaciones, entre las que cabe incluir la determinación de que se están negando derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo, "sometida a confirmación por el OSD". Cabe suponer que este hecho encajaría así, también, en la definición de "consideración" ofrecida por las Comunidades Europeas. En sustancia, esta "consideración" sin duda sería menos definitiva que una declaración a la prensa de un ministro de comercio afirmando que otro Miembro está incumpliendo sus obligaciones en la OMC.

4.878 Los Estados Unidos recuerdan que las Comunidades Europeas han abordado también la cuestión de si los procedimientos previstos en el párrafo 5 del artículo 21 han de preceder a los procedimientos previstos en el artículo 22. Los Estados Unidos observan, de entrada, que el presente Grupo Especial no tiene por qué examinar esta cuestión, ni debe hacerlo. La pretensión de las Comunidades Europeas parece arrastrar al Grupo Especial al vértice de un desacuerdo que ha sido reconocido como tal por los Miembros de la OMC y es objeto de una negociación independiente para intentar resolverlo. Por consiguiente, no es un área adecuada para un grupo especial. Además, los Estados Unidos observan que esta cuestión sólo será trascendente en la presente diferencia si: 1) lo que el USTR "considere" se estima que "supone una determinación", y 2) la ley obliga a que siempre considere que otro Miembro no ha cumplido sus obligaciones. De nuevo, corresponde a las Comunidades Europeas la carga de la prueba de que los artículos 301 a 310 no permiten, es decir, impiden, que el USTR adopte medidas compatibles con la OMC. En la medida en que no esté obligado a formular una "determinación" de que se ha producido una infracción, la mera existencia de una ley que no excluye esa posibilidad no infringe el apartado a) del párrafo 2 del artículo 23. Merece la pena recalcarse que las Comunidades Europeas adoptan ahora la postura de que los Miembros no tienen por qué incluir en sus leyes internas unas disposiciones expresas que impidan la adopción de medidas incompatibles con la OMC.

4.879 Como réplica, los Estados Unidos sostienen que las Comunidades Europeas, al dar por supuesto que una "consideración" es una "determinación" y que ésta tiene que ser siempre positiva,

siguen equivocándose con respecto a la relación entre el párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22. Los Estados Unidos señalan, en primer lugar, que la descalificación por las Comunidades Europeas de las referencias hechas por los Estados Unidos a los documentos de examen del ESD equivoca el motivo por el que los Estados Unidos las hicieron.[441] Los Estados Unidos señalan, en primer lugar, que las Comunidades Europeas reconocieron expresamente en un documento de examen del ESD la distinción actual entre legislación imperativa y legislación facultativa. En la medida en que las Comunidades Europeas aparentemente aceptan la distinción entre legislación imperativa y legislación facultativa (si bien con una reinterpretación liberal de la definición de "imperativa"), esta referencia deja de ser necesaria. Las restantes referencias tenían por objetivo señalar que la relación entre el párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22 no es nada clara y que este hecho es reconocido por la generalidad.

4.880 Los Estados Unidos alegan que el artículo 22, por sus términos, contexto y objetivo, no obliga a los Miembros a recurrir en primer lugar a los procedimientos del párrafo 5 del artículo 21. Todos los plazos señalados en el artículo 22 se calculan a partir del término del plazo prudencial y no se menciona ni una sola vez el párrafo 5 del artículo 21. Igualmente, este párrafo no es mencionado ni una sola vez en el apartado c) del párrafo 2 del artículo 23, el cual sólo exige que se sigan los procedimientos establecidos en el artículo 22 antes de que pueda llevarse a cabo la suspensión de concesiones. El artículo 22 constituye un elemento fundamental para la credibilidad y efectividad de los procedimientos de solución de diferencias de la OMC ya que establece que los Miembros que han perdido un caso no pueden seguir paralizando la suspensión de concesiones contra ellos. No obstante, la pretensión de las Comunidades Europeas de que tienen que completarse primero los procedimientos establecidos en el párrafo 5 del artículo 21 daría por resultado la pérdida de este derecho a suspender concesiones ya que el artículo 22 sólo aplica la norma del consenso negativo a las peticiones de suspender concesiones que se hayan formulado a más tardar 30 días después de la conclusión del plazo prudencial. Los Miembros cuyos derechos se ha constatado ya que han sido violados, y que han tenido que soportar estas infracciones a lo largo del procedimiento del grupo especial, que dura un año y medio, y el año adicional de aplicación, se encontrarán de nuevo, como ya lo estaban con el GATT de 1947, a merced de la parte misma que ha negado sus derechos y ha perjudicado su comercio.

4.881 Los Estados Unidos sostienen además, en respuesta a la preocupación por que haya primero una determinación multilateral de infracción, que cuando se recurre a los procedimientos del artículo 22 existe ya tal determinación en los informes originales, adoptados, del Grupo Especial y/o el Órgano de Apelación. Además, como han constatado los árbitros nombrados de conformidad con el artículo 22, los procedimientos de este artículo no pueden dar por resultado la suspensión de condiciones si un Miembro, de hecho, ha puesto su medida en conformidad, porque en ese caso el nivel de la anulación y el menoscabo sería cero.[442]

4.882 En opinión de los Estados Unidos, el artículo 22 por consiguiente no obliga a recurrir a los procedimientos del párrafo 5 del artículo 21 y una disposición legal, como el artículo 306 b), que

---

[441] Véase *ibid*., página 33.

[442] Véase Arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD en *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos*, WT/DS27/ARB, párrafo 4.11 (9 de abril de 1999).

Los Estados Unidos señalan que las Comunidades Europeas adoptan el argumento del Brasil en el sentido de que el arbitraje en el caso *Bananos* representa un "paso adelante lógico" que sólo tiene trascendencia para esa diferencia. El "paso adelante lógico" adoptado por los árbitros en el caso *Bananos* (que el grupo especial original lleve adelante simultáneamente los procedimientos establecidos en el párrafo 5 del artículo 21 y en el artículo 22 sigue siendo, de momento, el único paso adelante lógico en aquellos casos en los que un Miembro obligado a cumplir unas resoluciones o recomendaciones utiliza todo el período establecido para ello. Por supuesto, es fácil que esto cambie como resultado de los esfuerzos que se están llevando a cabo en el examen del ESD.

solamente establece los medios internos para recurrir a los procedimientos del artículo 22 no puede decirse que infringe el apartado a) del párrafo 2 del artículo 23 porque "supone una determinación".

4.883 Los Estados Unidos añaden que, aunque las Comunidades Europeas tuvieran razón al afirmar que los procedimientos establecidos en el párrafo 5 del artículo 21 tienen que preceder a los procedimientos establecidos en el artículo 22, eso no querría decir que el artículo 306 b) obliga a cometer una infracción del apartado a) del párrafo 2 del artículo 23. El USTR dispone de una completa capacidad discrecional en su estimación, su "consideración" de conformidad con el artículo 306 b), de si la situación del cumplimiento por otro país exige que se recurra a los procedimientos de solución de diferencias. Si las normas del ESD establecieran realmente que un Miembro tiene primero que entablar un procedimiento de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 para solicitar la suspensión de concesiones u otras obligaciones de conformidad con el artículo 22, ninguna disposición del artículo 306 impediría al USTR cumplir esta prescripción. Por ejemplo, podría considerar que necesita seguir los procedimientos establecidos en el párrafo 5 del artículo 21 para evaluar si se ha producido un cumplimiento pleno.

4.884 **Las Comunidades Europeas responden además** que el apartado a) del párrafo 2 del artículo 23, leído en el contexto inmediato del párrafo 1 del artículo 23 y en el contexto más amplio del párrafo 7 del artículo 3 del ESD, es una obligación de conducta y de resultados: la reparación de una infracción u otra anulación o menoscabo de ventajas ha de lograrse en sustancia a través únicamente del sistema multilateral de solución de diferencias o de una solución mutuamente convenida.

4.885 En opinión de las Comunidades Europeas, no hay una tercera vía. Por supuesto, cualquier Miembro puede libremente aceptar que tolera las consecuencias de la conducta de otro Miembro que infringe las obligaciones que le corresponden en la OMC. Sin embargo, la abstención de medidas, una hipótesis también prevista en el ESD (párrafo 7 del artículo 3) queda fuera del ámbito de los párrafos 1 y 2 del artículo 23 ("Cuando [los] Miembros traten de reparar […] En tales casos, los Miembros […]").

4.886 En esta perspectiva jurídica, las Comunidades Europeas recuerdan la argumentación de los Estados Unidos en el sentido de que el apartado a) del párrafo 2 del artículo 23 del ESD "se trata de una clara obligación de conducta, no de resultados".

4.887 Las Comunidades Europeas indican que si hubiera que entender esta declaración en el sentido de que los Miembros de la OMC no tienen la obligación positiva de introducir en su legislación interna una cláusula que obligue expresamente a las autoridades del ejecutivo a recurrir al artículo 23 en todos los casos, no estaría en desacuerdo con esa argumentación.

4.888 Las Comunidades Europeas sostienen que, sin embargo, si el argumento de los Estados Unidos implicara que el apartado a) del párrafo 2 del artículo 23 es una mera obligación de conducta, estaría en desacuerdo. Si el planteamiento de los Estados Unidos se respetara, los Miembros se encontrarían al concluir el proceso de verificación de la compatibilidad con que un resultado negativo entrañaría que no habían respetado la obligación de conducta establecida por el apartado a) del párrafo 2 del artículo 23. En efecto, debe tenerse en cuenta que el resultado de un proceso de "verificación de la compatibilidad" no puede estar predeterminado de antemano y, por tanto, la determinación sobre la compatibilidad o incompatibilidad sólo se formula al final de un proceso de verificación.

4.889 Las Comunidades Europeas alegan que esta consideración inevitable demuestra mejor que ninguna otra cosa que no es cierto que la interpretación del artículo 304 a) 1) A) ofrecida por las Comunidades Europeas "tendría la consecuencia impermisible de impedir incluso las determinaciones de compatibilidad, a pesar de las disposiciones expresas del apartado a) del párrafo 2 del artículo 23

que sólo hacen referencia a algunas determinaciones de incompatibilidad". Al contrario, es la sugerencia de los Estados Unidos de que existe una "obligación de conducta" que consiste simplemente en una formalidad de procedimiento y que no tiene la sustancia de una decisión multilateral dentro del sistema de solución de diferencias de la OMC lo que conduce a la "consecuencia impermisible de impedir las determinaciones de compatibilidad".

4.890 Las Comunidades Europeas recuerdan además que los Estados Unidos han negado equivocadamente de nuevo la obligatoria aplicación previa de los "procedimientos formales de solución de diferencias" que establece el párrafo 5 del artículo 21 del ESD cuando existe desacuerdo sobre la conformidad de las medidas adoptadas para cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD. Las Comunidades Europeas observan, de paso, que los Estados Unidos no discuten la interpretación del sentido corriente de los términos del párrafo 5 del artículo 21 en su contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin, indicado por las Comunidades Europeas.

4.891 Las Comunidades Europeas añaden que los procedimientos establecidos en el artículo 22 no pueden ser definidos como "procedimientos formales de solución de diferencias" y, en cualquier caso, se inician a petición de la parte demandada y no del reclamante (en contradicción con las disposiciones del artículo 303 2)). Según la propia interpretación de los Estados Unidos, cuando ellos son reclamantes, los procedimientos establecidos por el artículo 22 no forman parte de las "actuaciones" a que hace referencia el artículo 304 a) 1).

4.892 Según las Comunidades Europeas, por tanto, del texto del artículo 304 se deduce claramente que cualquiera que sea la interpretación del párrafo 5 del artículo 21 y del artículo 22 del ESD, al menos durante la fase de "vigilancia del cumplimiento" el USTR "determinará si se están negando los derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo comercial" exclusivamente "sobre la base de las investigaciones que se inicien de conformidad con el artículo 302".

4.893 Las Comunidades Europeas sostienen además que esto significa en la práctica que el texto del artículo 304 no atribuye ningún margen real de capacidad discrecional ya que si las constataciones sobre los hechos a que se llegue en la investigación fueran negativas, de conformidad con el artículo 306 b) 2) el USTR tendrá que formular ("formulará") la determinación a más tardar 30 días después del vencimiento del plazo prudencial. Ha de hacerse así con independencia de la decisión del OSD.

4.894 Las Comunidades Europeas señalan que, según el artículo 306 b) 1), el contenido de la determinación del USTR es "qué nuevas medidas adoptará de conformidad con el artículo 301 a)".

4.895 Las Comunidades Europeas señalan que el artículo 301 a), titulado "Medidas imperativas", establece que:

> "cuando el Representante de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales Internacionales determine de conformidad con el artículo 304 a) 1) que A) se están negando los derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo comercial o B) una ley, política o práctica de un país extranjero i) infringe las disposiciones de un acuerdo comercial o es incompatible con ellas, o niega de otro modo a los Estados Unidos las ventajas que supone un acuerdo comercial o ii) es injustificable y obstaculiza o limita el comercio de los Estados Unidos, adoptará las medidas previstas en el párrafo c) del presente artículo".

4.896 Las Comunidades Europeas observan además que, de conformidad con el artículo 301 d) 4) A),

> "una ley, política o práctica será injustificable si supone una infracción de los derechos de carácter jurídico internacional que corresponden a los Estados Unidos o es incompatible con ellos".

4.897 Las Comunidades Europeas consideran que no sólo el USTR no dispone de ningún margen de capacidad discrecional en el desempeño de su obligación de formular una determinación sobre las medidas a adoptar, sino que la ley define también estrictamente qué es "injustificable" sin mostrar el menor respeto por la necesidad de seguir los procedimientos de solución de diferencias del ESD antes de adoptar tal determinación.

4.898 Las Comunidades Europeas observan que el artículo 301 c) expone detalladamente "qué" medidas está autorizado a adoptar el USTR. La lista cerrada exige o bien la retirada de concesiones u otros beneficios o bien llegar a un acuerdo vinculante (cuyo contenido está predeterminado). El Miembro de la OMC de que se trate sólo tendrá entonces dos opciones: o soportar las consecuencias de la medida de retorsión o firmar un acuerdo aceptable para los Estados Unidos (como en el caso "*Japón - Piezas de automóviles*"). La segunda opción al alcance del USTR representa la única escapatoria de que dispone el Miembro de la OMC de que se trate para evitar la retorsión (con la que se amenaza expresamente).

4.899 **Los Estados Unidos responden** que, a diferencia de otras disposiciones del ESD, el apartado a) del párrafo 2 del artículo 23, por sus términos, hace referencia a "determinaciones", no opiniones que se reflejan en lo que un Miembro o una persona individual puedan "considerar". El artículo 306 b) no obliga al USTR a formular una determinación de que otro Miembro ha incumplido sus obligaciones en la OMC. Simplemente establece los pasos que deberán darse si cree, si considera, que no se ha producido un cumplimiento completo. Esta creencia, el prerrequisito para recurrir a las normas del acuerdo multilateral para la suspensión de concesiones, no es una determinación. Tampoco, caso de que lo fuera, estaría limitado, por imperativo legal, a formular una determinación de que otro Miembro ha incumplido sus obligaciones en la OMC. El artículo 306 b) no obliga al USTR a considerar que otro Miembro no ha cumplido plenamente su compromiso de aplicar las resoluciones y recomendaciones del OSD.

4.900 Los Estados Unidos recuerdan que las Comunidades Europeas han sugerido que el simple acto de determinar si se han negado derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo o de considerar si se ha producido el cumplimiento "obliga" a formular una determinación de que se ha producido una infracción de la OMC. Ninguna norma gramatical ni ninguna norma de interpretación jurídica de los Estados Unidos permite esa lectura. Al contrario, aun en caso de que se consideraran ambiguos los términos de la legislación estadounidense, la práctica de los Estados Unidos e internacional sería interpretar esos términos de forma que se evite un conflicto con las obligaciones internacionales de los Estados Unidos. Esta práctica se refleja, en la jurisprudencia del GATT/OMC, en el informe del Grupo Especial que examinó el caso *Tabaco*, y consiste en preguntarse si una interpretación de la ley permite a las autoridades cumplir sus obligaciones internacionales. El argumento de las Comunidades Europeas ignora esta práctica y este precedente. Además, al alegar que es incompatible con la OMC determinar "si" se han negado derechos dimanantes de un acuerdo porque tal determinación inevitablemente "tiene que ser" a veces positiva, las Comunidades Europeas convertirían todas las determinaciones en una infracción del apartado a) del párrafo 2 del artículo 23 del ESD, incluso las determinaciones de que no se han negado o confirmado derechos dimanantes de un acuerdo e incluso aquellas determinaciones que no tengan relación con un acuerdo de la OMC. Ninguna interpretación del apartado a) del párrafo 2 del artículo 23 del ESD sirve de base para esta conclusión.

4.901 En respuesta a una pregunta del Grupo Especial sobre la relación entre el párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22 del ESD, **las Comunidades Europeas subrayan en primer lugar** que no han pedido al Grupo Especial que "adopte una decisión sobre la relación entre el párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22" del ESD. En cambio, las Comunidades Europeas han solicitado al OSD y

han obtenido el establecimiento de este Grupo Especial para que formule "las conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en" las disposiciones de los acuerdos mencionados en el documento WT/DS152/11 de la OMC, de 2 de febrero de 1999.

4.902 Las Comunidades Europeas advierten de que el Grupo Especial, por consiguiente, no debe dejarse distraer por el intento de los Estados Unidos de limitar o disminuir su mandato creando la (errónea) impresión de que este procedimiento se solapa de algún modo con un procedimiento paralelo en otros foros de la OMC. Esta caracterización de la situación es errónea y el Grupo Especial debe resistirse y rechazar estas prácticas de procedimiento de los Estados Unidos. En opinión de las Comunidades Europeas, el Grupo Especial debe centrar su procedimiento en su mandato: la compatibilidad con la OMC de los artículos 301 a 310 ha de ser evaluada teniendo en cuenta todas las disposiciones citadas en el mandato del Grupo Especial, entre las que figura independientemente el párrafo 5 del artículo 21 del ESD.

4.903 Las Comunidades Europeas sostienen además que, como ya ha indicado el Órgano de Apelación en sus anteriores informes y ha repetido constantemente después, el Grupo Especial, en aplicación del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, debe centrarse en primer lugar en el sentido corriente que ha de atribuirse a los términos del párrafo 5 del artículo 21 del ESD, en su contexto y teniendo en cuenta el objeto y fin del ESD y los acuerdos de la OMC. Lógica y jurídicamente, la interpretación del artículo 22 del ESD es una cuestión distinta que debe ser abordada por el Grupo Especial de forma independiente, caso de que sea necesario hacerlo.

4.904 En virtud del artículo 11 del ESD, las Comunidades Europeas esperan que el Grupo Especial seguirá esta línea de interpretación para formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones correspondientes. Las Comunidades Europeas consideran que la idea de que un Miembro de la OMC pueda de algún modo disminuir los derechos que corresponden a otro Miembro en virtud del ESD introduciendo la propuesta de modificar el acuerdo abarcado en cuestión es incompatible con el párrafo 2 del artículo 3 del ESD, según el cual las resoluciones del OSD no pueden disminuir los derechos que correspondan a los Miembros en virtud de los acuerdos abarcados.

4.905 Las Comunidades Europeas opinan que el mandato del Grupo Especial es "hacer una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido" (segunda oración del artículo 11 del ESD). Esta evaluación objetiva ha de basarse en los acuerdos abarcados en su situación actual y no puede basarse en posibles enmiendas futuras a esos acuerdos. Por supuesto, los grupos especiales deben ofrecer a las partes oportunidad adecuada de llegar a una solución mutuamente satisfactoria (última oración del artículo 11 del ESD). Sin embargo, como estipula el párrafo 7 del artículo 12 del ESD, "[e]n los casos en que las partes en la diferencia no hayan podido llegar a una solución mutuamente satisfactoria, el grupo especial presentará sus conclusiones en un informe escrito al OSD".

4.906 Las Comunidades Europeas alegan además que, por lo tanto, está claramente establecido que el Grupo Especial está obligado a proseguir el procedimiento mientras las partes en la diferencia no hayan podido llegar a una solución mutuamente satisfactoria. Como ha demostrado el debate mantenido ante el Grupo Especial, las opiniones de las Comunidades Europeas y de los Estados Unidos sobre la relación entre el párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22 del ESD están tan alejadas la una de la otra como siempre y no parece que haya ninguna perspectiva inmediata de encontrar una solución mutuamente satisfactoria para este asunto de momento. Si las negociaciones políticas sobre la relación entre el párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22 del ESD terminaran con una solución favorable para los Estados Unidos, éstos se beneficiarían de esa solución con independencia de las resoluciones del Grupo Especial.

4.907 Las Comunidades Europeas no quisieran especular sobre qué aspecto tendría una solución negociada sobre la relación entre el párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22 del ESD y sobre si zanjaría este aspecto de la presente diferencia. En este contexto, quizá sea interesante que el OSD no

haya estado en condiciones, hasta la fecha, de presentar una conclusión convenida sobre ninguna de las propuestas informales presentadas para el examen del ESD.

4.908 Sin embargo, las Comunidades Europeas señalan a la atención del Grupo Especial la reciente evolución de la diferencia *Australia - Salmón,*[443] según pone de manifiesto la siguiente secuencia de acontecimientos:

a) el 15 de julio de 1999, el Canadá solicitó autorización para suspender concesiones de conformidad con el párrafo 2 del artículo 22 del ESD[444] basándose en una determinación unilateral de incumplimiento por Australia. El Canadá parecía en ese momento seguir el planteamiento (ilegal) de los Estados Unidos sobre ese asunto;

b) el 27 de julio 1999, Australia, tras indicar que "[l]a reunión del OSD del 27 de julio (tras el aplazamiento, del 28 de julio) será la primera ocasión que se presente a Australia de impugnar el derecho del Canadá a solicitar la autorización fundada en el documento WT/DS18/12", solicitaba un arbitraje "movida por el propósito de actuar con la máxima cautela jurídica en relación con la salvaguardia del derecho al arbitraje de la OMC que le reconoce el párrafo 6 del artículo 22" del ESD[445];

c) el 28 de julio de 1999, como resultado de los debates mantenidos por el OSD sobre la cuestión ese mismo día, el Canadá pedía que la determinación sobre la compatibilidad de las medidas de aplicación adoptadas por Australia se remitiera al Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto, "de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD".[446]

4.909 En opinión de las Comunidades Europeas, estos acontecimientos demuestran que la posición de los Estados Unidos sobre esta cuestión fundamental no sólo es injustificable de conformidad con las normas de la OMC sino que los Estados Unidos están también cada vez más aislados en el OSD a este respecto.

4.910 Además, las Comunidades Europeas sostienen que los marcos temporales previstos en el artículo 306 b) 2) de la Ley de Comercio Exterior de 1974 son, en cualquier caso, totalmente insuficientes para finalizar un procedimiento de solución de diferencias sobre el incumplimiento de otro Miembro de la OMC que respete los requisitos debidos.

4.911 **Los Estados Unidos consideran** que el Grupo Especial no debe decidir sobre la relación entre el párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22. En primer lugar, es innecesario que el Grupo Especial aborde esta cuestión de la relación entre el párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22. Esta cuestión, en último extremo, no tiene ninguna trascendencia sobre la decisión del Grupo Especial porque las Comunidades Europeas no han demostrados otros varios puntos, como era necesario, para fundamentar sus pretensiones con respecto a los apartados a) y c) del párrafo 2 del artículo 23.

4.912 En opinión de los Estados Unidos, las Comunidades Europeas no han asumido la carga de la prueba de demostrar, con respecto a su pretensión sobre el apartado a) del párrafo 2 del artículo 23,

[443] WT/DS18.

[444] WT/DS18/12, de 15 de julio de 1999.

[445] WT/DS18/13, de 3 de agosto de 1999.

[446] WT/DS18/14, de 3 de agosto de 1999.

que: 1) el artículo 306 supone una "determinación" sobre si otro Miembro ha incumplido sus obligaciones en la OMC; y que: 2) el artículo 306 obliga a que esa determinación sea siempre una determinación de existencia de infracción. De no haber una determinación de que se ha producido una infracción, no tiene ninguna trascendencia para el Grupo Especial determinar si se cumplen los demás requisitos del apartado a) del párrafo 2 del artículo 23.

4.913 Los Estados Unidos consideran además, con respecto a su pretensión sobre el apartado c) del párrafo 2 del artículo 23 que las Comunidades Europeas no han asumido la carga de la prueba de demostrar: 1) que el artículo 306 obliga al USTR a considerar siempre que se ha producido un incumplimiento; 2) que el USTR ha de adoptar medidas que suponen la suspensión de concesiones, no otras alternativas; 3) que el USTR no puede hacer uso de las excepciones establecidas en el artículo 301 a) 2) B); 4) que el Presidente no puede condicionar las medidas o dar instrucciones para que no se adopten; 5) que el USTR no puede retrasar las medidas 240 días -8 meses- contados a partir de la expiración del plazo prudencial según establece el artículo 305 a) 2), un plazo muy superior a los plazos de 60 y 90 días, incluso sumados, previstos en el párrafo 5 del artículo 21 y en el artículo 22.

4.914 Los Estados Unidos añaden que el Grupo Especial no debe abordar esta cuestión porque hacerlo significaría inmiscuirse en las negociaciones en curso e interferir en los derechos de todos los Miembros de la OMC (y no sólo las partes en una diferencia) a negociar el equilibrio de derechos y obligaciones que supone el Acuerdo sobre la OMC. Sólo los Miembros pueden modificar el ESD o aprobar interpretaciones del mismo (párrafo 2 del artículo IX y artículo X del Acuerdo sobre la OMC), y los grupos especiales no pueden aumentar o reducir los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados (párrafo 2 del artículo 3 y párrafo 2 del artículo 19 del ESD). Los debates que se mantienen en el examen del ESD probablemente darán lugar a una enmienda o a un acuerdo sobre la relación entre el párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22.

4.915 Los Estados Unidos pretenden también que el análisis de la relación entre el párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22, lo mismo que el análisis de cualquier otra disposición de los acuerdos, ha de basarse en el texto. Como ya se ha explicado detalladamente, en el texto del artículo 22 no se encuentra ninguna referencia al párrafo 5 del artículo 21 por ningún motivo. Además, por sus términos, el apartado c) del párrafo 2 del artículo 23 sólo obliga a que se sigan los procedimientos establecidos en el artículo 22; no hace ninguna referencia al párrafo 5 del artículo 21. Por estos y otros motivos antes indicados y expuestos en el informe de los árbitros nombrados de conformidad con el artículo 22 en el caso *Bananos*, el ESD no obliga actualmente a que los Miembros recurran a los procedimientos establecidos en el párrafo 5 del artículo 21 antes de solicitar autorización para suspender concesiones de conformidad con el artículo 22.

4.916 En respuesta a una pregunta del Grupo Especial acerca de si la cuestión quedaría vacía de contenido si se llegara a un acuerdo sobre esta relación antes de que el Grupo Especial finalice sus actuaciones, los Estados Unidos responden afirmativamente. Sin embargo, lo más importante es que si se llegara a un acuerdo en virtud del cual las partes tuvieran que entablar un proceso de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21, enmendado, antes de recurrir a los procedimientos establecidos en el artículo 22, ninguna disposición de los artículos 301 a 310 impediría a los Estados Unidos actuar de forma incompatible con ese acuerdo.

c) Capacidad discrecional para no considerar que se ha producido un incumplimiento/Capacidad discrecional con respecto a los plazos para la consideración

4.917 **Las Comunidades Europeas alegan** que, cuando el USTR "determinará" "qué" medidas "adoptará", está obligado por la lista cerrada que contiene el artículo 301 c). Esa lista obliga o bien a la retirada de concesiones u otros beneficios (y por consiguiente a la publicación de una "lista de retorsión") o a establecer un acuerdo vinculante (cuyo contenido está predeterminado). Esta segunda alternativa de que dispone el USTR constituye la única vía de escape para el Miembro de la OMC afectado si quiere evitar la retorsión (con que se amenaza expresamente).

4.918 Las Comunidades Europeas observan que en el caso *Bananos III*, el USTR publicó un aviso en el Federal Register[447] en la que, entre otras cosas, se indicaba expresamente lo siguiente:

> "El artículo 306 c) de la Ley de Comercio Exterior establece que el USTR dará a las partes interesadas la oportunidad de exponer sus opiniones antes de la publicación de una determinación de conformidad con el artículo 306 b)" (se han añadido el subrayado)

4.919 Las Comunidades Europeas recuerdan también que el 10 de noviembre de 1998 el USTR publicó un segundo aviso en el Federal Register[448] referente a un proyecto de "determinación de medida" con una lista adjunta de productos seleccionados de las Comunidades Europeas a los que estaba previsto imponer unos derechos prohibitivos (100 por ciento *ad valorem*). El aviso en cuestión se publicó "de conformidad con el artículo 304 b) de la Ley de Comercio Exterior".

4.920 Las Comunidades Europeas consideran que no puede caber duda de que la declaración de Corea es correcta ya que es la consecuencia inmediata del texto, el diseño, la estructura y la arquitectura de los artículos 301 a 310 en su forma actual. Además, esa aplicación y las declaraciones públicas del USTR sobre la interpretación de los artículos 304 y 306 representan una nueva confirmación de las pretensiones de las Comunidades Europeas, que son apoyadas por Corea y otros Miembros de la OMC.

4.921 Las Comunidades Europeas añaden que la mecánica de las determinaciones y las medidas imperativas que las autoridades del ejecutivo de los Estados Unidos están obligadas a formular y adoptar, junto con la amenaza expresa consiguiente para los demás Miembros de la OMC que se deriva de esta situación jurídica, es prueba más que suficiente[449] para demostrar el total desconocimiento que suponen los artículos 301 a 310 de las obligaciones que corresponden a los Estados Unidos en virtud de los Acuerdos de la OMC, y en particular del párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo de Marrakech, el artículo 23 del ESD y el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

4.922 **Los Estados Unidos señalan** que ninguna disposición del artículo 306 b) obliga al USTR a concluir que otro Miembro ha incumplido las recomendaciones del OSD. Se trata de una decisión puramente discrecional y las Comunidades Europeas no han satisfecho la carga de la prueba de demostrar por qué no es posible que el USTR concluya que no se necesita adoptar ninguna medida porque el cumplimiento ha sido satisfactorio, porque se están logrando avances adecuados o porque son necesarios nuevos procedimientos de solución de diferencias para lograr un cumplimiento satisfactorio.

4.923 **En réplica, las Comunidades Europeas recuerdan** que los Estados Unidos pretenden además que el USTR no está obligado a determinar que se han negado derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo de la OMC y que se ha producido un incumplimiento de las recomendaciones del OSD y que, por consiguiente, los artículos 301 a 310 no ordenan la formulación de determinaciones incompatibles con el artículo 23 del ESD. Sin embargo, estas determinaciones han de basarse en la investigación que inicie el USTR de conformidad con el artículo 302 o de la vigilancia llevada a cabo por el USTR de conformidad con el artículo 306 a).

---

[447] Volumen 63, Nº 204, 22 de octubre de 1998, página 56689.

[448] Volumen 63, Nº 217, página 63099.

[449] Según G. Schwarzenberger, International Law, 3ª edición, página 614, "[s]e dispone de suficientes dictámenes pertinentes de los tribunales mundiales que permiten llegar a la conclusión de que la mera existencia de tal legislación puede constituir una amenaza suficientemente próxima de ilegalidad como para justificar el interés jurídico del reclamante en las actuaciones de un juicio declarativo, por lo menos".

4.924 En opinión de las Comunidades Europeas, ninguna disposición de los artículos 301 a 310 permite que el USTR formule determinaciones sobre otra base, por ejemplo, sobre la base del retraso en los procedimientos de solución de diferencias de la OMC. Los Estados Unidos, en efecto, plantean la sorprendente alegación de que el USTR puede determinar, de conformidad con los artículos 301 a 310, que no se han negado derechos y no se ha producido el incumplimiento de las recomendaciones del OSD porque no se han completado los procedimientos de solución de diferencias en la OMC.

4.925 Las Comunidades Europeas sostienen que no sería lógico interpretar que los artículos 301 a 310 autorizan la formulación de determinaciones sobre la compatibilidad con la OMC de una medida sobre la base de factores que son totalmente ajenos a los términos inmediatos de la ley y, como tales, intrascendentes para tal determinación.

4.926 **Los Estados Unidos alegan** que no hay "plazos determinados" para las "consideraciones". En la medida en que una consideración no es más que una creencia, el USTR puede en cualquier momento, antes, durante o después del plazo prudencial, considerar que otro Miembro no ha cumplido las resoluciones y recomendaciones del OSD, lo mismo que cualquier Miembro puede considerar, puede creer, que otro Miembro ha incumplido sus obligaciones en la OMC antes, durante y después del plazo para presentar una solicitud de establecimiento de un grupo especial en una reunión dada del OSD. El artículo 306 establece únicamente que si, durante los 30 días siguientes al plazo prudencial, el USTR considera que se ha producido un incumplimiento, determinará si recurre a los procedimientos establecidos en el artículo 22. En efecto, según el artículo 22 en su redacción actual, tiene que recurrir a estos procedimientos en ese plazo si los Estados Unidos quieren proteger sus derechos en la OMC. Sin embargo, nada le impide no considerar durante ese plazo de 30 días que se ha producido un incumplimiento.

d) Práctica

4.927 En respuesta a una pregunta del Grupo Especial, **los Estados Unidos explican** que hasta la fecha el USTR ha considerado en dos casos en los que intervenía un acuerdo del GATT o de la OMC que no se estaba produciendo un cumplimiento satisfactorio. En enero de 1999, el USTR consideró que era necesario recurrir a los procedimientos del artículo 22 en el caso *Bananos* y propuso la suspensión de concesiones sobre ciertos productos. El 19 de abril de 1999 el OSD autorizó la suspensión de conformidad con el informe del árbitro. En mayo de 1999 el USTR consideró que era necesario recurrir a los procedimientos del artículo 22 en el caso *Comunidades Europeas - Hormonas*. Estos procedimientos de conformidad con el artículo 22 están actualmente en curso.

4.928 Los Estados Unidos explican que en enero de 1999, el USTR consideró que era necesario recurrir a los procedimientos del artículo 22 en el caso *Bananos* y propuso la suspensión de concesiones sobre ciertos productos. El 19 de abril de 1999 el OSD autorizó la suspensión de conformidad con el informe del árbitro. No existe copia de la decisión del USTR de recurrir a los procedimientos del artículo 22 porque no fue una determinación. En mayo de 1999, el USTR consideró que era necesario recurrir a los procedimientos del artículo 22 en el caso *Comunidades Europeas - Hormonas*. El procedimiento de conformidad con el artículo 22 está actualmente en curso. No existe copia de la decisión de recurrir a los procedimientos del artículo 22 porque no fue una determinación. Sin embargo, se adjunta un aviso publicado el 25 de marzo de 1999 solicitando observaciones sobre el cumplimiento de las recomendaciones de la OMC en el caso *Hormonas* (prueba documental 17 de los Estados Unidos). En ese aviso se afirmaba que probablemente sería necesario recurrir a los procedimientos del artículo 22 en vista de que las Comunidades Europeas habían indicado en la reunión celebrada en marzo por el OSD que no esperaban estar en conformidad al término del plazo prudencial, en mayo.

4.929 En respuesta a una pregunta del Grupo Especial acerca del caso *Comunidades Europeas - Bananos III*, los Estados Unidos afirman que es difícil responder a la pregunta sobre cuándo es "realmente adoptada" una "consideración", porque ésta no refleja más que una creencia por parte

del USTR. Como tal, no es "adoptada". En cualquier momento puede considerar que se ha producido el cumplimiento, que no se ha producido hasta ese momento o que puede producirse si se adoptan ciertas medidas o se establecen ciertos compromisos. El primer registro formal escrito de que el USTR consideró que las Comunidades Europeas no habían cumplido las resoluciones y recomendaciones del OSD al término del plazo prudencial es la solicitud del 14 de enero de 1999, de los Estados Unidos, de autorización para suspender concesiones.[450]

4.930 Los Estados Unidos explican que la determinación inicial de qué medidas adoptar, formulada el 14 de enero de 1999, fue que los Estados Unidos, de conformidad con el artículo 22, debían suspender concesiones si así se autorizaba en la reunión del OSD de 29 de enero de 1999 o, si las Comunidades Europeas solicitaban un arbitraje de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 sobre el nivel de la suspensión, suspender entonces concesiones de conformidad con la decisión del árbitro y tras autorización del OSD de conformidad con el párrafo 7 del artículo 22. Esta determinación está reflejada en el aviso publicado en el Federal Register el 19 de abril de 1999 en que se anuncia la autorización del OSD para suspender concesiones.[451] El fundamento jurídico interno para esta determinación fue el siguiente: 1) el artículo 301 c) 1) A), que establece la suspensión de concesiones; 2) el artículo 301 a) 3), que establece que las medidas que afecten a mercancías o servicios lo harán en una cuantía equivalente al valor del obstáculo o restricción que se haya impuesto al comercio de los Estados Unidos (obliga al USTR a no suspender concesiones de una cuantía superior al nivel de la anulación y menoscabo constatado por los árbitros y autorizado por el OSD); 3) el artículo 304 a) 1), que establece que las determinaciones han de basarse en los procedimientos de solución de diferencias; 4) el artículo 301 a) 2) A) ii) II), que especifica que el USTR no tiene que adoptar necesariamente medidas si los procedimientos de solución de diferencias indican que no existe anulación o menoscabo; 5) el artículo 302 a) 2) B) i), que especifica que el USTR no tiene que adoptar medidas necesariamente si el país extranjero ha adoptado medidas satisfactorias, que pueden ser la participación en los procedimientos y normas del ESD y su cumplimiento.[452]

4.931 Los Estados Unidos alegan que la consideración no fue una determinación, y que no se publicó. La determinación formulada de conformidad con el artículo 304 sobre las medidas adoptadas de conformidad con el artículo 301 está reflejada en el aviso publicado en el Federal Register el 19 de abril de 1999. Como se examinó en la segunda reunión sustantiva, el requisito de publicación que establece el artículo 304 c) no tiene un plazo determinado. Los Estados Unidos explicaron que la determinación de las medidas se formuló en el plazo de 30 días.

4.932 En respuesta a una pregunta del Grupo Especial sobre el caso *Comunidades Europeas - Hormonas*, los Estados Unidos explican además que el primer registro formal escrito de que el USTR consideró que las Comunidades Europeas no habían cumplido las resoluciones y recomendaciones del OSD al término del plazo prudencial es la solicitud del 18 de mayo de 1999, de los Estados Unidos al OSD, de autorización para suspender concesiones.[453]

4.933 Los Estados Unidos indican además que la determinación inicial de qué medidas adoptar, formulada el 18 de mayo de 1999, fue que los Estados Unidos, de conformidad con el artículo 22, debían suspender concesiones si así se autorizaba en la reunión del OSD de 29 de enero de 1999 o, si las Comunidades Europeas solicitaban un arbitraje de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 sobre el nivel de la suspensión, suspender entonces concesiones de conformidad con la decisión del

[450] WT/DS27/43 (14 de enero de 1999).

[451] Implementation of WTO Recommendations Concerning the European Communities' Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, 64 Fed. Reg. 19209 (1999).

[452] Véase la respuesta a la pregunta 33.

[453] WT/DS26/19 (18 de mayo de 1999).

árbitro, tras autorización del OSD de conformidad con el párrafo 7 del artículo 22. Esta determinación está reflejada en el aviso publicado en el Federal Register el 27 de julio de 1999 en que se anuncia la autorización del OSD para suspender concesiones.[454] La consideración no era una determinación, y no fue publicada. La determinación está reflejada en el aviso publicado en el Federal Register el 27 de julio de 1999. La determinación sobre las medidas se adoptó en el plazo de 30 días.

4. Artículos 306 y 305

a) Planteamiento general

4.934 **Las Comunidades Europeas alegan** que el artículo 306 (b) establece que el USTR debe determinar qué otras medidas se deben adoptar de conformidad con el artículo 301 (a) a más tardar 30 días después del vencimiento del plazo prudencial cuando, a su juicio, el cumplimiento no resulta satisfactorio. El empleo de la expresión "*determinará qué nuevas medidas* [se adoptarán]" (en lugar de "si" o "cuando" se adopten nuevas medidas) y la referencia a la parte del artículo 301 relativo a las "medidas imperativas" significa que el USTR debe anunciar en esta etapa cuáles de las medidas comerciales de retorsión que el USTR está autorizado a adoptar de conformidad con el artículo 301 (c) se aplicarán para responder a lo que los Estados Unidos consideran unilateralmente como un cumplimiento no satisfactorio de las medidas adoptadas.

4.935 Las Comunidades Europeas sostienen que el artículo 305 establece cuándo se debe aplicar la medida anunciada. También en este caso el USTR debe respetar plazos estrictos. Según el artículo 305 (a) (1), la medida se debe aplicar en principio "a más tardar 30 días después de la fecha en que haya formulado esa determinación". Si el USTR considera que el cumplimiento de las medidas no es satisfactorio, debe entonces determinar, a más tardar 60 días después del vencimiento del plazo prudencial, el nivel de suspensión de concesiones u otras obligaciones y el sector al que se aplicará la suspensión, e impondrá derechos, tasas o restricciones discriminatorios al comercio del Miembro de que se trate.

4.936 Las Comunidades Europeas alegan asimismo que en los casos en que exista discrepancia entre las partes con respecto a la existencia o la conformidad de las medidas de aplicación, se debe aplicar el procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 del ESD antes de que el OSD pueda autorizar cualquier suspensión de concesiones. En esos casos, el plazo de 60 días previsto en el artículo 306 (b) normalmente no bastará para llevar a cabo el procedimiento de solución de diferencias, ya que el procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 prevé 90 días sólo para que el grupo especial adopte su decisión. Pero incluso cuando no exista divergencia entre las partes en la diferencia con respecto a la existencia o la conformidad de las medidas de aplicación, el plazo de 60 días será insuficiente por las razones que se exponen a continuación.

4.937 En opinión de las Comunidades Europeas, el párrafo 2 c) del artículo 23 del ESD obliga a los Estados Unidos a seguir "los procedimientos establecidos en el artículo 22 para determinar el nivel de suspensión de las concesiones u otras obligaciones y para obtener autorización del OSD, de conformidad con esos procedimientos, antes de suspender concesiones u otras obligaciones". Con arreglo a estos procedimientos, tanto el nivel de la suspensión como el sector escogido pueden ser impugnados y sometidos a arbitraje.

4.938 Las Comunidades Europeas consideran que, en virtud del párrafo 6 del artículo 22 del ESD, "no se suspenderán concesiones u otras obligaciones durante el curso del arbitraje".

[454] Implementation of WTO Recommendations Concerning EC-Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), 64 Fed. Reg. 40638 (1999).

4.939 Las Comunidades Europeas sostienen que el párrafo 7 del artículo 22 estipula que el OSD, "si se le pide, otorgará autorización para suspender concesiones u otras obligaciones siempre que la petición sea acorde con la decisión del árbitro", lo que significa que el OSD debe esperar a la terminación del procedimiento de arbitraje antes de autorizar la suspensión de concesiones u obligaciones.

4.940 Las Comunidades Europeas observan que, de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, el arbitraje sobre el nivel o la naturaleza de la suspensión de concesiones u obligaciones "se concluirá dentro de los 60 días siguientes a la fecha de expiración del plazo prudencial".

4.941 Las Comunidades Europeas explican que, cuando se dicta una decisión arbitral, la petición de suspender concesiones está sujeta a dos condiciones obligatorias:

a) debe ser acorde con la decisión del árbitro; y

b) de conformidad con el artículo 1 del reglamento de las reuniones del OSD, que se remite al reglamento de las reuniones del Consejo General y, en particular, a los artículos 2 y 4, se debe presentar al menos 10 días antes de la reunión del OSD.

4.942 Las Comunidades Europeas consideran asimismo que, después del vencimiento del plazo prudencial, se prevé un plazo de al menos 70 días para llevar a cabo las diversas medidas (es decir, entre otras cosas, la solicitud de compensación, la solicitud de autorización, el arbitraje sobre el nivel de la suspensión solicitada) que deben preceder a la autorización de suspensión de concesiones otorgada por el OSD. Este plazo de 70 días debe ser respetado por la parte que desea ser autorizada a suspender concesiones.

4.943 Las Comunidades Europeas sostienen que, pese a ello, el artículo 305 dispone que el USTR debe determinar unilateralmente el nivel y la naturaleza de la suspensión de concesiones u otras obligaciones dentro del plazo de 60 días. Esta exigencia legal es incompatible con las obligaciones de los Estados Unidos en virtud del párrafo 2 c) del artículo 23 del ESD y del párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC.

4.944 A juicio de las Comunidades Europeas, las determinaciones y las medidas adoptadas por el USTR en la diferencia planteada entre los Estados Unidos y las Comunidades Europeas con respecto al régimen del banano ofrecen un ejemplo ilustrativo del funcionamiento del artículo 306.

4.945 Las Comunidades Europeas alegan también que, sobre la base de una determinación unilateral de que las Comunidades Europeas no aplicaron las recomendaciones del OSD sobre dicho régimen, el USTR anunció el 3 de marzo de 1999 que el Servicio de Aduanas de los Estados Unidos comenzaría desde esa fecha a suspender las liquidaciones de los derechos de aduana y a revisar la suficiencia de las fianzas correspondientes a la importación de determinados productos europeos por un valor comercial de 520 millones de dólares EE.UU. El arbitraje sobre el nivel y la naturaleza de la suspensión anunciada, solicitado por las Comunidades Europeas en virtud del párrafo 6 del artículo 22 del ESD, debía haber culminado el 2 de marzo de 1999, es decir, 60 días después del 1º de enero de 1999, fecha en que había vencido el plazo de aplicación concedido a las Comunidades. Sin embargo, debido a la novedad y complejidad de las cuestiones planteadas, la decisión de los árbitros sólo se dictó el 9 de abril de 1999 y, por tanto, el OSD sólo pudo resolver la solicitud de los Estados Unidos de que se autorizaran las sanciones el 19 de abril de 1999. Esta autorización abarcó una cuantía comercial de 191,4 millones de dólares.

4.946 Las Comunidades Europeas consideran que la decisión de suspender la liquidación de los derechos de aduana a partir del 3 de marzo de 1999 significaba aplicar a los importadores de determinados productos europeos derechos eventuales del 100 por ciento mientras que los importadores de productos similares de origen diferente sólo estaban sujetos a los derechos previstos

en el arancel de aduanas normal. Las fianzas que debían satisfacer las importaciones procedentes de Europa guardaban relación con este incremento de la responsabilidad fiscal eventual.

4.947 En opinión de las CE, estas normas y formalidades discriminatorias relacionadas con la importación de productos europeos son incompatibles con el artículo I del GATT de 1994. Además, el requisito de otorgar fianzas suponía costos adicionales para los importadores, que constituían otras "cargas" impuestas en relación con la importación, prohibidas por el párrafo 2 a) del artículo II y el párrafo 1 del artículo VIII del GATT de 1994. Por último, y esto es lo más importante, el propósito y los efectos reales de la medida consistían en disuadir lisa y llanamente las importaciones, ya que los importadores serían lógicamente muy renuentes a aceptar el riesgo de tener que pagar retroactivamente derechos del 100 por ciento. Como el USTR indicó en una conferencia de prensa celebrada el 3 de marzo, "hemos adoptado medidas de retorsión, suspendiendo efectivamente el comercio a partir del 3 de marzo, como respuesta al perjuicio ocasionado por el régimen de los bananos de las CE, incompatible con la OMC".[455]

4.948 Las Comunidades Europeas concluyen que, por lo tanto, esta medida creó una prohibición o restricción a la importación *de facto*, en el sentido del artículo XI del GATT. Por estas razones, resulta indudable que los Estados Unidos suspendieron el 3 de marzo de 1999 sus obligaciones dimanantes de los artículos I, II, VIII y XI del GATT de 1994, entre otras disposiciones, con respecto a las Comunidades Europeas, sin una autorización previa del OSD.

4.949 Las Comunidades Europeas hacen notar que el USTR dejó en claro, en un aviso público mediante el cual se solicitaron observaciones sobre la medida prevista para el 3 de marzo de 1999, que los artículos 301 a 310 exigían la adopción de esa medida en dicha fecha:

> "Dado que el plazo prudencial para que las CE apliquen las recomendaciones de la OMC relativas al régimen de los bananos de las CE expira el 1º de enero de 1999, el USTR debe adoptar la determinación exigida por el artículo 306 (b) a más tardar el 31 de enero de 1999, y, en el caso de una determinación positiva debe aplicar nuevas medidas a más tardar dentro de los 30 días siguientes".[456]

4.950 Según las Comunidades Europeas, el USTR se considera así obligado a adoptar medidas de retorsión 60 días después del vencimiento del plazo de aplicación, como respuesta a la presunta omisión de aplicar las resoluciones o recomendaciones del OSD. El USTR añadió que "estos plazos permiten que el USTR recurra a los procedimientos de compensación y suspensión de concesiones previstos en el artículo 22 del ESD".[457]

4.951 Las Comunidades Europeas sostienen que, sin perjuicio de ello, cuando resultó que el procedimiento previsto en el artículo 22 no se había terminado el 3 de marzo de 1999 y que, por tanto, los Estados Unidos no podían obtener la necesaria autorización del OSD dentro del plazo requerido por su legislación interna, el USTR aplicó de todos modos sanciones comerciales que "suspendieron efectivamente el comercio". Estos hechos confirman lo indicado por el texto del artículo 306 (b), esto es, que el USTR debe aplicar las nuevas medidas decididas sin tener en cuenta si tales medidas se ajustan a los requisitos del artículo 22 del ESD.

4.952 En opinión de las Comunidades Europeas, los Estados Unidos han aceptado una obligación incondicional de aplicar sanciones comerciales sólo con la aprobación del OSD, pero han mantenido

---

[455] Cita de las notas preparadas para la prensa por el personal de la Oficina del USTR ("March 3 Action on Bananas").

[456] Federal Register, volumen 63, Nº 204, jueves 22 de octubre de 1998, páginas 56688 y 56689.

[457] *Ibid.*, página 56689.

una legislación interna que exige explícitamente la imposición unilateral de tales sanciones. Es suficiente que el Grupo Especial tome nota de estos hechos y resuelva que los artículos 306 (b) y 305 no constituyen el cumplimiento de buena fe de las obligaciones dimanantes del párrafo 5 del artículo 21 y del artículo 22 del ESD y, por tanto, del artículo 23 del ESD y del párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC.

4.953 **Los Estados Unidos responden** que los artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior conceden al USTR y al Presidente amplias facultades discrecionales, tanto en lo que respecta a las determinaciones previstas en dichas disposiciones como al calendario aplicable a las medidas adoptadas con arreglo a esas determinaciones. Nada en dichas disposiciones ordena la adopción de medidas incompatibles con las obligaciones de los Estados Unidos en el marco de la OMC.

4.954 Los Estados Unidos recuerdan que las Comunidades Europeas solicitan que el Grupo Especial constate que el artículo 306 (b) es incompatible con el párrafo 2 c) del artículo 23

> "porque exige que el USTR determine las nuevas medidas que se deben adoptar de conformidad con el artículo 301 en el caso de incumplimiento en la aplicación de las recomendaciones del OSD, y que aplique esas medidas con independencia de si los procedimientos establecidos en el artículo 22 del ESD se han terminado y si el OSD autorizó tales medidas".

4.955 A juicio de los Estados Unidos, la argumentación de las CE se basa enteramente en presunciones inexactas y carentes de base, relativas a si es necesario adoptar medidas y a la naturaleza y al calendario aplicable a las mismas. El artículo 306 (b) no ordena la adopción de medida alguna y mucho menos de medidas incompatibles con el párrafo 2 c) del artículo 23.

4.956 Los Estados Unidos consideran que, si se examina el texto, el párrafo 2 c) del artículo 23 requiere que los Miembros sigan "los procedimientos establecidos en el artículo 22 para determinar el nivel de suspensión de las concesiones u otras obligaciones y para obtener autorización del OSD, de conformidad con esos procedimientos, antes de suspender concesiones u otras obligaciones" en los casos en que un Miembro no haya aplicado las recomendaciones y resoluciones del OSD. Reiteramos que no se ha sometido a este Grupo Especial un asunto en el que se plantee efectivamente la suspensión de concesiones. Por lo tanto, no es posible determinar si los Estados Unidos han cumplido efectivamente los requisitos del artículo 22 en tal asunto concreto. Por consiguiente, la única cuestión es determinar si el artículo 306 (b) ordena que el USTR no siga los procedimientos establecidos en el artículo 22 o que suspenda concesiones sin la autorización del OSD.

4.957 Los Estados Unidos señalan que es evidente que dicha disposición no ordena tal conducta. Nada en el artículo 306 (b) o en el artículo 305 (a) impide que el USTR cumpla estrictamente los procedimientos establecidos en el artículo 22, con inclusión de la autorización del OSD. Como los Estados Unidos han observado anteriormente, los argumentos de las CE se basan en una serie de presunciones sin fundamento y en especulaciones carentes de base. Si el USTR considera que otro Miembro no ha aplicado las resoluciones y recomendaciones del OSD y si omite los procedimientos del artículo 22, y si decide adoptar medidas, y si esas medidas suponen la suspensión de concesiones, y si el USTR o el Presidente deciden no ejercitar las facultades discrecionales de que disponen para no adoptar medidas o para esperar el resultado de los procedimientos establecidos en el artículo 22, entonces -según afirman las Comunidades Europeas- habría una violación del párrafo 2 c) del artículo 23 del ESD. Ahora bien, el artículo 306 (b) no ordena nada de esto, y las Comunidades Europeas no tienen derecho a establecer una presunción basándose en especulaciones y en una suposición de mala fe con respecto a la manera en que el USTR ejercitará sus facultades discrecionales.

4.958 Los Estados Unidos consideran que han explicado las numerosas suposiciones infundadas en las que se basa la reclamación de las CE en virtud del párrafo 2 c) del artículo 23. Las Comunidades Europeas no han refutado estas explicaciones ni han cumplido la carga que les incumbe en la presente

diferencia. Por consiguiente, su reclamación en virtud del párrafo 2 c) del artículo 23 también carece de fundamento.

4.959 Los Estados Unidos recuerdan que las Comunidades Europeas alegan que los artículos 306 (b) y 305 (a) violan el párrafo 2 c) del artículo 23 del ESD, que exige que un Miembro siga los procedimientos establecidos en el artículo 22 antes de suspender concesiones u otras obligaciones en el marco de la OMC cuando otro Miembro haya dejado de aplicar las recomendaciones del OSD.[458] Según las Comunidades Europeas, el texto del artículo 306 (b) "supone" que el USTR debe anunciar que adoptará medidas de retorsión obligatorias cuando considere que otro Miembro no ha aplicado las recomendaciones del OSD. Las Comunidades Europeas alegan asimismo que los plazos previstos en los artículos 306 (b) y 305 (a) exigen que el USTR suspenda las concesiones a más tardar 60 días después del plazo prudencial, mientras que el OSD no puede autorizar la suspensión de concesiones antes de 70 días.

4.960 En opinión de los Estados Unidos, el argumento de las CE soslaya paladinamente las amplias facultades discrecionales previstas en los artículos 306 (b), 301 (a) y 305 (a), tanto en lo que respecta a la naturaleza de toda medida adoptada con arreglo a esas disposiciones como en lo tocante al calendario aplicable a las mismas.

4.961 Los Estados Unidos señalan en primer lugar que nada en el artículo 306 (b) obliga al USTR a concluir que otro Miembro ha dejado de cumplir las recomendaciones del OSD. Se trata de una decisión absolutamente discrecional, y las Comunidades Europeas no han cumplido su carga de demostrar por qué no sería posible que el USTR concluyera que no era necesario adoptar ninguna medida porque el incumplimiento fue satisfactorio, porque se están realizando progresos suficientes o porque es necesario seguir adelante con el procedimiento de solución de diferencias para lograr una aplicación satisfactoria.

4.962 Los Estados Unidos observan asimismo que, incluso si el artículo 306 (b) exigiera al USTR llegar en todos los casos a la conclusión de que otro Miembro no ha cumplido las recomendaciones del OSD y adoptar medidas para responder a este incumplimiento, el plazo de 210 días establecido en el artículo 305 (a) es más que suficiente para permitir que tales medidas tengan en cuenta los resultados de los procedimientos terminados del artículo 22 y para que dichas medidas se apliquen después de la autorización del OSD. Las Comunidades Europeas alegan que, con arreglo al artículo 305 (a) (1) el USTR debe adoptar medidas a más tardar 30 días después de su determinación con arreglo al artículo 306 (b), que se debe formular dentro del plazo de 30 días del vencimiento del plazo prudencial.

4.963 Según los Estados Unidos, este argumento de las CE pasa por alto completamente el hecho de que el plazo de 30 días previsto en el artículo 305 (a) (1) es aplicable "[s]alvo en los casos previstos en el párrafo 2".[459] El párrafo 2 del artículo 305 establece que el plazo de 30 días previsto en el párrafo 1 se puede prorrogar por *otros 180 días*:

[458] El párrafo 2 c) del artículo 23 establece que los Miembros que traten de reparar el incumplimiento de obligaciones:

> "seguirán los procedimientos establecidos en el artículo 22 para determinar el nivel de suspensión de las concesiones u otras obligaciones y para obtener autorización del OSD, de conformidad con esos procedimientos, antes de suspender concesiones u otras obligaciones resultantes de los acuerdos abarcados en el caso de que el Miembro afectado no haya aplicado las recomendaciones y resoluciones dentro de ese plazo prudencial".

[459] Artículo 305 (a) (1), 19 U.S.C. § 2415 (a) (1).

> "(2) (A) Salvo que este párrafo establezca otra cosa, el USTR podrá aplazar no más de 180 días la aplicación de cualquier medida que deba adoptarse de conformidad con el artículo 301:
>
> [...]
>
> (ii) si el USTR determina que se están logrando avances sustanciales, o que es necesario o aconsejable un aplazamiento, para obtener el respeto de los derechos de los Estados Unidos o una solución satisfactoria en lo que respecta a las leyes, políticas o prácticas que son objeto de la medida".[460]

4.964 Los Estados Unidos explican además que el artículo 305 (a) (2) (A) (ii) autoriza explícitamente al USTR el aplazamiento por otros 180 días, entre otras razones, para "obtener el respeto de los derechos de los Estados Unidos". Por consiguiente, el USTR puede aplazar toda medida prevista en el artículo 306 (b) hasta que los Estados Unidos hayan obtenido el derecho de suspender concesiones basado en el cumplimiento de los procedimientos del artículo 22 y la autorización del OSD.

4.965 Los Estados Unidos señalan que el USTR ha ejercitado en la práctica sus facultades discrecionales previstas en el artículo 305 (a) (2) (A) (ii) para aplazar las medidas durante 180 días con el propósito concreto de obtener el respeto de los derechos dimanantes del GATT. El 24 de mayo de 1989 un grupo especial del GATT emitió un informe en el que se constató que las restricciones a la importación aplicadas por Corea a la importación de carne vacuna eran incompatibles con el párrafo 1 del artículo XI del GATT de 1947.[461] Pese a ello, en las reuniones celebradas por el Consejo del GATT los días 21 de junio y 19 de julio de 1989, Corea se negó a aceptar la adopción del Informe del Grupo Especial. La fecha prevista por el USTR para la adopción de medidas con arreglo al artículo 305 (a) (1) era el 28 de octubre de 1989. Sin embargo, citando el artículo 305 (a) (2), el USTR determinó que era "necesario y aconsejable el aplazamiento de la aplicación de tal medida para obtener el respeto de los derechos de los Estados Unidos en el marco del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio".[462] El USTR explicó asimismo que el aplazamiento de las medidas más allá del 28 de octubre de 1989 era conveniente "para conceder mayor tiempo a los procedimientos en el marco del GATT".[463] Corea permitió que el informe del Grupo Especial se adoptara el 8 de noviembre de 1989, y los Estados Unidos y Corea rubricaron un acuerdo sobre la aplicación el 21 de marzo de 1990.[464]

---

[460] Artículo 305 (a) (2) (A), 19 U.S.C. § 2415 (a) (2) (A).

[461] Informe del Grupo Especial que examinó el asunto *República de Corea - Restricciones aplicadas a la importación de carne vacuna*, ("Corea - Carne vacuna"), adoptado el 7 de noviembre de 1989, IBDD 36S/312.

[462] Determinations Under Section 304 of the Trade Act of 1974, as Amended, Regarding the Republic of Korea's restrictions on Imports of Beef, 54 Fed. Reg. 40769 (1989) (prueba documental 4 de los Estados Unidos).

[463] *Ibid*.

[464] *Véase* Termination of Section 302 Investigation Regarding the Republic of Korea's Restrictions on Imports of Beef, 55 Fed. Reg. 20376 (1990) (prueba documental 5 de los Estados Unidos). Los Estados Unidos hacen notar que, de modo análogo, en la diferencia de 1989 entre los Estados Unidos y las Comunidades Europeas sobre las semillas oleaginosas, el USTR aplazó la adopción de medidas durante 180 días de conformidad con el artículo 305 (a) (2) (A) (ii) con el fundamento de que se estaban realizando progresos considerables en el procedimiento de solución de diferencias en el marco del GATT, que aún no había terminado, una vez vencido el plazo previsto de 18 meses. Además, el USTR formuló una determinación en el

4.966 Los Estados Unidos explican asimismo que cuando se añaden 180 días a los 60 días previstos en los artículos 306 (b) y 305 (a) (1) resulta claro que en todos los casos el USTR dispone de tiempo más que suficiente para esperar la autorización del OSD de suspender las concesiones, de forma compatible con el laudo arbitral previsto en el artículo 22, con independencia de que esto requiera 60 ó 70 días. Además, el plazo de 240 días para la aplicación permitiría incluso que el USTR completara en primer lugar el procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 (que supone 90 días), si esto fuera necesario para obtener el respeto de los derechos de los Estados Unidos a suspender concesiones. No obstante, la redacción actual del ESD no exige ni permite[465] la terminación del procedimiento del grupo especial previsto en el párrafo 5 del artículo 21 antes de que se solicite y reciba la autorización para suspender concesiones en virtud del artículo 22.

b) Las facultades discrecionales del USTR para no adoptar medidas

4.967 Los Estados Unidos recuerdan que, en virtud del artículo 301 (a) (1), cuando el USTR determine que se están negando los derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo comercial,

> "adoptará las medidas previstas en el párrafo (c) del presente artículo, respetando las instrucciones específicas, en su caso, del Presidente con respecto a esas medidas, y adoptará todas las demás medidas adecuadas y posibles que esté autorizado a adoptar el Presidente y que éste ordene al Representante para las Cuestiones Comerciales que adopte de conformidad con el presente párrafo para proteger esos derechos u obtener la supresión de esa ley, política o práctica.
>
> Podrán adoptarse medidas, dentro de los límites de las facultades del Presidente, que afecten al comercio de cualquier mercancía o servicio o a cualquier otra esfera de las relaciones pertinentes del país extranjero".[466]

4.968 Los Estados Unidos explican que el artículo 301 (c) autoriza al USTR a adoptar medidas que afecten a los bienes o servicios o a concertar acuerdos para eliminar la violación de los derechos de los Estados Unidos en virtud de un acuerdo o para recibir una compensación por esas violaciones.[467] Dicho artículo no ordena la adopción de ningún tipo particular de medidas.

4.969 Los Estados Unidos señalan asimismo que, con respecto a las medidas adoptadas en virtud del artículo 301, el USTR dispone de amplias facultades discrecionales, que incluyen la de no adoptar medidas en absoluto. Se establece expresamente que el USTR no debe adoptar medidas: 1) cuando el OSD haya adoptado un informe en el que se constate que no se están violando los derechos que corresponden a los Estados Unidos[468]; 2) cuando el país extranjero "está adoptando medidas

---

sentido de que los derechos de los Estados Unidos dimanantes del Acuerdo habían sido negados, en virtud del artículo 304 (a) (1) (A) (i), sólo después de que el Informe del Grupo Especial que examinó el asunto *Semillas oleaginosas* hubiera sido adoptado, aunque esto sucedió bastante después del plazo límite de 18 meses. *Véase* Determinations Under Section 304 of the Trade Act of 1974, as Amended: European Community Policies and Practices With Respect to, Inter Alia, Production and Processing Subsidies on Oilseeds, 55 Fed. Reg. 4294 (1990) (prueba documental 6 de los Estados Unidos).

[465] Si la parte reclamante desea beneficiarse de la norma del consenso negativo prevista en los párrafos 6 y 7 del artículo 22.

[466] Artículo 301 (a) (1), 19 U.S.C. § 2411 (a) (1) (se han añadido el subrayado).

[467] Artículo 301 (c), 19 U.S.C. § 2411 (c).

[468] Artículo 301 (a) (2) (A), 19 U.S.C. § 2411 (a) (2) (A).

satisfactorias para proteger los derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud del acuerdo comercial"[469], ha aceptado suprimir o eliminar gradualmente la práctica que violaba los derechos correspondientes a los Estados Unidos[470], o ha convenido ofrecer una compensación[471]; 3) cuando la medida puede tener "un efecto negativo para la economía de los Estados Unidos claramente desproporcionado en comparación con los beneficios que se derivarían de la misma"[472]; 4) o cuando la medida "puede causar un daño grave a la seguridad nacional de los Estados Unidos".[473] Las Comunidades Europeas han reconocido que cuando los Miembros de la OMC se comprometen a aplicar las recomendaciones del OSD en el plazo previsto en el artículo 21 del ESD, los Estados Unidos han considerado que esto es una "medida satisfactoria" que justifica la terminación de una investigación sin la adopción de nuevas medidas.

4.970 En respuesta a la pregunta del Grupo Especial, los Estados Unidos explican que el artículo 301 (a) (2) (B) (i) autoriza al USTR a no adoptar ninguna medida si el país extranjero está adoptando "medidas satisfactorias para proteger los derechos de los Estados Unidos en virtud del acuerdo comercial". En todas las hipótesis presentadas en la pregunta -recomendaciones del OSD aún no adoptadas, suspensión de concesiones aún no autorizadas, el Miembro interesado ha expresado su intención de cumplir y ha decidido no hacer nada antes del vencimiento del plazo razonable- la participación del Miembro interesado en el procedimiento de solución de diferencias se incluiría en el concepto de medidas satisfactorias para proteger los derechos que corresponden a los Estados Unidos. Es importante reconocer que los derechos en cuestión no serían necesariamente los derechos sustantivos que el Miembro había estado negando mediante la medida impugnada, sino los derechos que corresponden a los Estados Unidos en el marco de la OMC, en virtud de los artículos 21 a 23 del ESD. Por ejemplo, si el Miembro interesado no ha expresado su intención de aplicar las recomendaciones del OSD o ha decidido no utilizar el plazo prudencial para la aplicación, esto daría lugar en última instancia a que los Estados Unidos obtuvieran el derecho a una compensación o a suspender las concesiones de conformidad con el párrafo 2 del artículo 22 del ESD. Con este fundamento, los Estados Unidos podrían resolver no adoptar medidas, de conformidad con el artículo 301 (a) (2) (B) (i).

4.971 En opinión de los Estados Unidos, las Comunidades Europeas soslayan enteramente las disposiciones del artículo 301 (a) (2), que conceden al USTR y al Presidente facultades discrecionales para limitar las medidas a las autorizadas por el OSD o para no adoptar ninguna medida. Entre estas facultades figura explícitamente la de no adoptar medidas cuando el OSD haya resuelto que no se están negando los derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo o que no se están anulando o menoscabando ventajas que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo comercial. En otros términos, el USTR puede limitar las medidas o no tomar medida alguna en función del resultado del procedimiento previsto en el artículo 22. Por otra parte, el USTR puede decidir no adoptar medidas por razones de seguridad nacional, si la medida tiene efectos económicos negativos o si el USTR constata que se están adoptando medidas satisfactorias para proteger los derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud del acuerdo comercial. Por último, las medidas adoptadas con arreglo al artículo 301 (a) están sujetas a "las instrucciones específicas, en su caso, del Presidente". El Presidente también puede establecer condiciones para cualquier medida adoptada o dar instrucciones de que no se adopten medidas.

[469] Artículo 301 (a) (2) (B) (i), 19 U.S.C. § 2411 (a) (2) (B) (i).

[470] Artículo 301 (a) (2) (B) (ii), 19 U.S.C. § 2411 (a) (2) (B) (ii).

[471] Artículo 301 (a) (2) (B) (iii), 19 U.S.C. § 2411 (a) (2) (B) (iii).

[472] Artículo 301 (a) (2) (B) (iv), 19 U.S.C. § 2411 (a) (2) (B) (iv).

[473] Artículo 301 (a) (2) (B) (v), 19 U.S.C. § 2411 (a) (2) (B) (v).

4.972 En respuesta a la pregunta del Grupo Especial, de si el mero hecho de que las recomendaciones del OSD aún no hayan sido adoptadas o de que el OSD no haya autorizado la suspensión de concesiones puede significar que la medida del USTR en esas circunstancias podría "tener un efecto negativo para la economía de los Estados Unidos claramente desproporcionado en comparación con los beneficios que se derivarían de la misma" o podría "causar un daño grave a la seguridad de los Estados Unidos", los Estados Unidos señalan que, dadas las amplias facultades discrecionales que le otorga el artículo 301 (a) (2) (B) (i), el USTR podría no considerar necesario basarse en esas dos disposiciones, aunque éstas podrían utilizarse en función de las circunstancias particulares de un caso dado.

4.973 Los Estados Unidos alegan asimismo que una tercera razón que se opone al argumento de las CE es que toda medida que el USTR pueda considerar con arreglo al artículo 306 (b) se adopta de conformidad con el artículo 301 (a) (1) y, por tanto, está sujeta a las excepciones establecidas en el artículo 301 (a) (2). La más importante de éstas, desde la perspectiva del presente procedimiento, es el artículo 301 (a) (2) (A), que dispone que el USTR no estará obligado a adoptar medidas en aquellos casos en que el OSD haya adoptado un informe o haya dictado una resolución en los que se constate que no se están negando los derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud del acuerdo comercial o que no se anulan o menoscaban ventajas que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo comercial.[474] Por consiguiente, el USTR tiene libertad para no adoptar medidas si el árbitro que interviene de conformidad con el artículo 22 llega a la conclusión de que no se anulan o menoscaban ventajas que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo comercial (es decir, que el otro Miembro ha cumplido las recomendaciones del OSD), o bien el USTR puede reducir el nivel propuesto de suspensión si el árbitro llega a la conclusión de que la propuesta es superior al nivel real de anulación o menoscabo. Entre otras excepciones previstas en el artículo 302 (a) (2) que asegurarían un resultado compatible con la OMC (ya que no se adoptaría ninguna medida) figuran las excepciones en las que el USTR constatase que la medida tendría un efecto negativo en la economía de los Estados Unidos o causaría un daño grave a la seguridad nacional.[475]

4.974 Los Estados Unidos sostienen que también en este caso la argumentación de las Comunidades Europeas se basa en una larga serie de presunciones infundadas. La presunción de las CE es que el USTR siempre llegará a la conclusión de que otro Miembro ha dejado de aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD y que, en consecuencia, los Estados Unidos deben adoptar medidas. No existe en el artículo 306 ningún fundamento para esta conclusión. El USTR goza de facultades discrecionales más que suficientes, en virtud del artículo 306, para no adoptar medidas, sea porque considere que ha habido una aplicación completa o bien porque estime que es necesario continuar el procedimiento de solución de diferencias para lograr dicha aplicación. Por tanto, el artículo 306 (b) no ordena que se adopten medidas. Al no existir tales medidas, no puede haber violación del párrafo 2 c) del artículo 23. Los plazos del artículo 305 no llegan a ser pertinentes.

4.975 Los Estados Unidos alegan que el artículo 305(a)(2)(A)(ii) y el artículo 301(a)(2)(B)(i), (iv) y (v) otorgan al USTR amplias facultades discrecionales para aplazar las medidas o para no adoptarlas, lo que se explica en la página 360 de la Declaración de Acción Administrativa.[476] Allí se explica que "el artículo 301 no exige automáticamente la imposición de sanciones cuando los Estados Unidos resultan vencedores en un caso de solución de diferencias relativo a un acuerdo comercial". El USTR puede aplazar la adopción de medidas, de conformidad con el artículo 305(a)(2)(A)(ii) si determina que "se están logrando avances sustanciales" o si el aplazamiento es necesario para obtener el respeto

[474] Artículo 301 (a) (2) (A), 19 U.S.C. § 2411 (a) (2) (A).

[475] Artículo 301 (a) (2) (B) (iv), (v), 19 U.S.C. § 2411 (a) (2) (B) (iv), (v).

[476] Pruebas documentales 3 y 11 de los Estados Unidos.

de los derechos de los Estados Unidos o una solución satisfactoria. De igual modo, los artículos 301(a)(2)(B)(i), (iv) y (v) permiten que no se tomen medidas si el país extranjero está adoptando medidas satisfactorias para proteger los derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo, o si la medida puede tener un efecto negativo para la economía de los Estados Unidos o por razones de seguridad nacional. Las disposiciones de los artículos 305(a)(2)(A)(ii) y 302(a)(2)(B)(i) son particularmente amplias, ya que su aplicación se basa en la apreciación hecha por el USTR, de que se están realizando progresos o de que el aplazamiento es necesario para lograr tales progresos.

4.976 Los Estados Unidos observan que el artículo 305(a)(2)(A)(ii) se ha utilizado al menos en tres ocasiones relacionadas con los procedimientos de solución de diferencias del GATT y la OMC. Dos de ellas se referían a los asuntos *Corea - Carne vacuna* y *CE - Semillas oleaginosas*. Además, el USTR utilizó el artículo 305(a)(2)(A)(ii) en diciembre de 1991 para aplazar la aplicación de medidas en una investigación relativa a las restricciones impuestas por el Canadá a la importación de cerveza. Basándose en el informe de un grupo especial del GATT que había constatado infracciones por parte del Canadá, el USTR determinó, el 27 de diciembre de 1991, que el Canadá había negado los derechos que correspondían a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo comercial y propuso que se aumentaran los derechos aplicables a la cerveza canadiense. Sin embargo, el USTR determinó, de conformidad con el artículo 305(a)(2) que "era conveniente aplazar la aplicación de las medidas […] para dar al Canadá la plena oportunidad de aplicar las recomendaciones del Grupo Especial del GATT".[477]

4.977 Los Estados Unidos señalan asimismo que el artículo 301(a)(2)(B)(i) también se ha utilizado en varias ocasiones. Entre ellas ha habido situaciones en las que un Miembro de la OMC ha declarado su intención de aplicar las resoluciones y recomendaciones del OSD (*CE - Bananos III, Canadá - Publicaciones periódicas, India - Patentes (Estados Unidos), Argentina - Textiles y prendas de vestir (Estados Unidos)*), situaciones en las que un país se ha comprometido a aplicar el resultado de los procedimientos de grupos especiales del GATT (*CE - Fruta enlatada, CE - Semillas oleaginosas*), y situaciones en las que un país ha confirmado que adoptaría medidas para aplicar un acuerdo anterior (*China - Derechos de propiedad intelectual*).

c) Facultades discrecionales con respecto al calendario correspondiente a las medidas

4.978 **Los Estados Unidos consideran** que las Comunidades Europeas no han cumplido su carga de demostrar que los artículos 306 (b) y 305 (a) ordenan una violación del párrafo 2 c) del artículo 23 del ESD. Las Comunidades Europeas no pueden fundar su reclamación de que el artículo 306 (b) ordena la suspensión de concesiones sin autorización del OSD basándose en presunciones infundadas respecto de la manera y la oportunidad en que el USTR adoptará decisiones en un caso determinado. Las Comunidades Europeas no pueden cumplir su carga suponiendo o afirmando que el USTR debe considerar que no ha habido aplicación o que la legislación estadounidense autoriza a dejar de lado disposiciones legales que dan al USTR y al Presidente amplias facultades discrecionales para aplazar la adopción de medidas o para no adoptar medidas en absoluto. El artículo 306 (b) permite que el USTR siga en todos los casos el procedimiento previsto en el artículo 22.

4.979 Los Estados Unidos alegan que se han producido dos situaciones en las que las Comunidades Europeas no han aplicado resoluciones y recomendaciones del OSD y los Estados Unidos, así como otros Miembros de la OMC, están adquiriendo experiencia a este respecto. Los Estados Unidos remiten al Grupo Especial a la prueba documental 17 de los Estados Unidos, que es un aviso publicado en el *Federal Register* en relación con la diferencia relativa a las *Hormonas*, en el que se

[477] Los Estados Unidos citan el documento Notice of Determinations Under Section 304 of the Trade Act of 1974: Canadian Provincial Practices Affecting Imports of Beer, 57 Federal Register 308 y 309 (1992).

describe detalladamente la manera en que los Estados Unidos siguen el procedimiento previsto en el artículo 22 cuando ejercen sus facultades en virtud del artículo 306.

4.980 Los Estados Unidos alegan asimismo que incluso en los casos en que el USTR y el Presidente hayan determinado que se debe adoptar medidas, los plazos previstos para ello en los artículos 301 a 310 aseguran que para tales medidas se debe esperar la autorización del OSD. El artículo 305 (a) (1) establece lo siguiente:

> (1) Salvo en los casos previstos en el párrafo (2), el Representante para las Cuestiones Comerciales aplicará las medidas que él mismo habrá determinado de conformidad con el artículo 304 (a) (1) (B) que deben adoptarse de conformidad con el artículo 301, respetando las instrucciones específicas, en su caso, del Presidente sobre esas medidas, a más tardar 30 días después de la fecha en que haya formulado esa determinación.[478]

4.981 En opinión de los Estados Unidos, el párrafo 2 del artículo 305 establece que el plazo de 30 días fijado en el párrafo 1 puede prorrogar por otros 180 días:

> (2) (A) Salvo que este párrafo establezca otra cosa, el Representante para las Cuestiones Comerciales podrá aplazar no más de 180 días la aplicación de cualquier medida que deba adoptarse de conformidad con el artículo 301:
>
> […]
>
> (ii) si el Representante para las Cuestiones Comerciales determina que se están logrando avances sustanciales, o que es necesario o aconsejable un aplazamiento, para proteger el respeto de los derechos de los Estados Unidos o una solución satisfactoria en lo que respecta a las leyes, políticas o prácticas que son objeto de la medida.[479]

4.982 Los Estados Unidos concluyen, pues, que el artículo 305 (a) (2) (A) (ii) autoriza expresamente al USTR a aplazar las medidas más allá de los 30 días previstos en el artículo 305 (a) (1) a fin de "obtener el respeto de los derechos de los Estados Unidos", entre otras razones. Esto incluiría los derechos dimanantes de acuerdos internacionales, tales como el GATT u otros Acuerdos de la OMC. De hecho, el USTR ha ejercitado las facultades discrecionales que le otorga el artículo 305 (a) (2) (A) para aplazar medidas precisamente con esta finalidad. El 24 de mayo de 1989, un Grupo Especial del GATT emitió un informe en el que se constataba que las restricciones a la importación aplicadas por Corea a la carne vacuna eran incompatibles con el párrafo 1 del artículo XI del GATT de 1947.[480] No obstante, en las reuniones celebradas por el Consejo del GATT el 21 de junio y el 19 de julio de 1989 Corea se negó a aceptar la adopción del informe del Grupo Especial. De conformidad con el artículo 305 (a) (1), el plazo otorgado al USTR para la adopción de medidas vencía el 28 de octubre de 1989. Sin embargo, citando el artículo 305 (a) (2), el USTR determinó que "un aplazamiento de la aplicación de dicha medida es necesario y aconsejable para obtener el respeto de los derechos de los Estados Unidos en virtud del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y

[478] Artículo 305 (a) (1), 19 U.S.C. § 2415 (a) (1).

[479] Artículo 305 (a) (2) (A), 19 U.S.C. § 2415 (a) (2) (A).

[480] Informe del Grupo Especial que examinó el asunto *Corea - Carne vacuna, op. cit.*

Comercio".[481] El USTR explicó además que el aplazamiento de las medidas más allá del 28 de octubre de 1989 era aconsejable "para conceder más tiempo a los procedimientos del GATT".[482] Corea permitió que el informe del Grupo Especial se adoptara el 8 de noviembre de 1989, y los Estados Unidos y Corea rubricaron un acuerdo relativo a la aplicación el 21 de marzo de 1990.[483]

4.983 Los Estados Unidos explican también que, de modo análogo, en la diferencia de 1989 planteada entre los Estados Unidos y las Comunidades Europeas con respecto a las semillas oleaginosas, el USTR aplazó la adopción de medidas durante 180 días de conformidad con el artículo 305 (a) (2) (A) (ii) con el fundamento de que se estaban realizando progresos considerables en el procedimiento de solución de diferencias en el marco del GATT, que aún no habían terminado una vez vencido el plazo previsto de 18 meses.[484] Además, el USTR esperó concretamente hasta que hubiera finalizado el procedimiento del Grupo Especial antes de determinar que se había negado los derechos correspondientes a los Estados Unidos de conformidad con el artículo 304 (a) (1) (A) (i), lo que sucedió mucho después del plazo previsto de 18 meses.[485] Por consiguiente, era una práctica constante de los Estados Unidos, incluso antes de la conclusión de la Ronda Uruguay, la de basarse en los resultados del procedimiento de solución de diferencias para determinar si se habían negado los derechos correspondientes a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo.

4.984 Los Estados Unidos señalan que, por tanto, el USTR y el Presidente tienen amplias facultades discrecionales en virtud de los artículos 301 a 310 para establecer el calendario de cualquier medida, las condiciones en que tales medidas se aplicarán y si la medida se aplicará o no. Por ejemplo, el USTR o el Presidente pueden determinar que toda medida adoptada no entrará en vigor hasta que los Estados Unidos hayan obtenido la aprobación formal del OSD.

4.985 Los Estados Unidos sostienen que cuando un Miembro de la OMC indicó, de conformidad con el párrafo 3 del artículo 21 del ESD, que se proponía aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD en un caso que entrañaba infracciones de los derechos correspondientes a las Estados Unidos en el marco de la OMC, el USTR consideró que esto era una "medida satisfactoria" con arreglo al artículo 301 (a) (2) (B), lo que justificaba la terminación de la investigación a tenor del artículo 302.[486] En tales casos, el USTR sigue vigilando la aplicación que hace el Miembro de las resoluciones y recomendaciones del OSD de conformidad con el artículo 306 (a).[487]

---

[481] Determinations Under Section 304 of the Trade Act of 1974, as Amended, Regarding the Republic of Korea's Restrictions on Imports of Beef, 54 Fed. Reg. 40769 (1989) (prueba documental 4 de los Estados Unidos).

[482] *Ibid.*

[483] Véase Termination of Section 302 Investigation Regarding the Republic of Korea's Restrictions on Imports of Beef, 55 Fed. Reg. 20376 (1990) (prueba documental 5 de los Estados Unidos).

[484] Véase Determinations Under Section 304 of the Trade Act of 1974, as Amended: European Community Policies and Practices With Respect to, *Inter alia*, Production and Processing Subsidies on Oilseeds, 55 Fed. Reg. 4294 (1990) (prueba documental 6 de los Estados Unidos).

[485] Véase *ibid.*. Los Estados Unidos hacen notar que al cumplirse los 18 meses, el USTR concluyó en cambio que tenía motivos para creer que se estaban negando derechos dimanantes de un acuerdo y, por tanto, estaba procurando obtener una resolución en ese sentido en el marco del procedimiento de solución de diferencias del GATT.

[486] Por ejemplo, Determinations Under Section 304 of the Trade Act of 1974 With Respect to Certain Canadian Practices Affecting Periodicals, 62 Fed. Reg. 50651 (1997) (prueba documental 7 de los Estados Unidos).

[487] Artículo 306 (a), 19 U.S.C. § 2416 (a).

4.986 Los Estados Unidos observan que en los casos en que el USTR considera que un Miembro de la OMC no ha aplicado las resoluciones y recomendaciones del OSD una vez vencido el plazo prudencial previsto en el párrafo 3 del artículo 21, el USTR determina qué nuevas medidas adoptará a tenor del artículo 301 (a).[488] Contrariamente a lo expresado por las Comunidades Europeas, las nuevas medidas que adoptará el USTR están sujetas a las instrucciones específicas del Presidente, ya que tales medidas se adoptan de conformidad con el artículo 301 (a).[489] Además, como la medida se adopta con arreglo al artículo 301 (a), está sujeta a las excepciones establecidas en el artículo 301 (a) (2) relativas, entre otras cosas, a la conformidad con los informes adoptados por el OSD, al impacto negativo de tales medidas en la economía estadounidense o al daño que pueden causar a la seguridad nacional de los Estados Unidos.[490]

4.987 Los Estados Unidos aducen asimismo que es también importante tener en cuenta que, como se considera que la determinación relativa a la medida que se adoptará es una determinación prevista en el artículo 304 (a) (1)[491], el calendario para aplicar esa medida es el establecido en el artículo 305. Como se indicó anteriormente, en virtud del artículo 305 la medida se debe aplicar dentro de los 30 días posteriores a la determinación de adoptar medidas, excepto si el USTR

> "determina que se están logrando avances sustanciales, *o que es necesario o aconsejable un aplazamiento, para obtener el respeto de los derechos de los Estados Unidos* o una solución satisfactoria […]".[492]

4.988 Los Estados Unidos sostienen que en tales casos el USTR puede aplazar las medidas por otros 180 días. Esto permite que el USTR aplace cualquier medida hasta mucho más allá de los plazos necesarios para que el OSD autorice el derecho de suspender concesiones de conformidad con los párrafos 6 y 7 del artículo 22 del ESD.

4.989 Los Estados Unidos impugnan la suposición de las CE de que, con arreglo a la ley estadounidense, es admisible hacer caso omiso de disposiciones legales íntegras. Concretamente, al alegar que el artículo 305 (a) exige que se adopten medidas dentro de los 60 días posteriores al vencimiento del plazo prudencial, las Comunidades Europeas dejan completamente de lado los términos legales expresos que autorizan al USTR a aplazar las medidas durante 180 días. El artículo 305 (a) (2) autoriza al USTR a disponer ese aplazamiento para obtener el respeto de los derechos de los Estados Unidos o una solución satisfactoria de la diferencia. Los Estados Unidos aplicaron esta disposición para aplazar las medidas hasta que estuvieran en condiciones de obtener el respeto de sus derechos en el marco del procedimiento de solución de diferencias del GATT de 1947, y las Comunidades Europeas no han ofrecido ninguna explicación de por qué, con arreglo a la ley estadounidense, los Estados Unidos no podrán utilizar nuevamente esta disposición para aplazar las medidas a fin de obtener en primer lugar la autorización del OSD.

4.990 Los Estados Unidos recuerdan que las Comunidades Europeas han alegado en algunas ocasiones que los plazos establecidos en el ESD y en los artículos 301 a 310 guardan relación con las cuestiones precedentes y en otros casos no son pertinentes. Los Estados Unidos señalan que los plazos establecidos en los artículos 301 a 310 concuerdan con los del ESD pero, si no concordaran, ello no importaría. Por ejemplo, incluso si el procedimiento de un grupo especial superara

---

[488] Artículo 306 (b), 19 U.S.C. § 2416 (b).

[489] Artículo 306 (b) (1), 19 U.S.C. § 2416 (b) (1).

[490] Artículo 301 (a) (2), 19 U.S.C. § 2411 (a) (2).

[491] Artículo 306 (b) (1), 19 U.S.C. § 2416 (b) (1).

[492] Artículo 305 (a) (2) (ii), 19 U.S.C. § 2415 (a) (2) (ii).

los 18 meses, el USTR no estaría obligado a formular la determinación, que es un requisito previo absoluto, antes de que entre en juego cualquier otra prescripción del párrafo 2 a) del artículo 23. El USTR no está obligado a determinar que se han negado los derechos correspondientes a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo. Los antecedentes demuestran que el USTR no ha hecho nunca ninguna determinación conforme al artículo 304 (a) (1) en el sentido de que se han negado derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un Acuerdo del GATT o de la OMC que no se basase en los resultados de los procedimientos de solución de diferencias del GATT y de la OMC. Esto no ocurrió ni siquiera una sola vez.

4.991 Los Estados Unidos recuerdan que las Comunidades Europeas alegan ahora que los Estados Unidos violan el artículo 23 en razón de la "lista de medidas de retorsión" que, según Corea, el USTR debe publicar. La respuesta de las CE a esta pregunta repite muchas de sus falsas presunciones anteriores y les añade la errónea presunción de que, al prever una determinación de adopción de "medidas", el artículo 304 (a) (1) exige la publicación de una lista de productos respecto de los cuales los Estados Unidos solicitan la suspensión.

4.992 Los Estados Unidos señalan que el USTR no está obligado a publicar una "lista de medidas de retorsión" en virtud de los artículos 301 a 310, y que sólo estos artículos están incluidos en el mandato del Grupo Especial. En el caso de una determinación positiva de que se han negado los derechos que corresponden a los Estados Unidos, el USTR debe, de conformidad con el artículo 304 (a) (1) (B), determinar qué medida debe adoptar. Esto no requiere la publicación de una propuesta de lista de productos sujetos a la suspensión de concesiones. Las Comunidades Europeas presumen lo contrario.

4.993 Los Estados Unidos consideran que el aviso público relativo a los productos que podrían quedar sometidos a una suspensión de concesiones es una buena medida de política general pública y reviste importancia para el ejercicio efectivo de los derechos dimanantes de la OMC. Es una buena medida de política general pública porque los importadores y el público en general necesitan conocer las medidas que el Gobierno de los Estados Unidos se propone adoptar a fin de que puedan formular observaciones y porque el Gobierno necesita recibir estas observaciones para evaluar si corresponde adoptar medidas, si se deben adoptar medidas en virtud del artículo 301 (b) o si resulta aplicable una excepción con arreglo al artículo 301 (a) (2) en el caso de que se deban adoptar medidas con arreglo al artículo 301 (a). El Gobierno también necesita esta información para aplicar los principios y procedimientos del párrafo 3 del artículo 22 del ESD. Por ejemplo, los Estados Unidos deben evaluar si la suspensión de concesiones dentro del mismo sector sería "practicable y eficaz" a los fines de realizar el análisis previsto en el párrafo 3 del artículo 22 del ESD. Es necesario recibir observaciones del público para asegurar que los funcionarios dispongan de la información necesaria para adoptar esta decisión.

4.994 Los Estados Unidos hacen notar que el Canadá también publica listas de productos que podrían quedar sometidos a la suspensión de concesiones en relación con el procedimiento del artículo 22. En la prueba 19 de los Estados Unidos se incluyen comunicados de prensa canadienses en los que se describe y se reproduce la propuesta de lista de productos que el Canadá ha publicado en las diferencias *CE - Hormonas* y *Australia - Salmón*. Esto refuerza la demostración de que tales listas forman parte integrante de la aplicación nacional del artículo 22. Antes de responder a una pregunta del Grupo Especial, las Comunidades Europeas no habían alegado que tales listas son incompatibles con el ESD. De hecho, al parecer en el Examen del ESD las Comunidades Europeas insisten en que se presenten tales listas cuando se propone la suspensión.[493]

4.995 En opinión de los Estados Unidos, las Comunidades Europeas simplemente afirman que el artículo 304 exige la publicación de una lista de productos, pese a que esa aseveración no tiene ningún fundamento en el texto. Se señala que el USTR debe proponer la suspensión de concesiones o bien

[493] *Véase* Examen del ESD, documento para debate de las Comunidades Europeas, de 30 de junio de 1999, Nº 3864, párrafo 16, distribuido el 1º de julio de 1999 (prueba documental 12 de los Estados Unidos).

llegar a un acuerdo con el país extranjero. Según las Comunidades Europeas, si se propone la suspensión, esto incluye necesariamente la publicación de una lista de productos, pero las CE no explican por qué esto es así o, en su caso, en qué momento se debe llevar a cabo.[494]

4.996 Los Estados Unidos consideran que, sin tener en cuenta que se deba publicar o no una lista cuando se propone la suspensión de concesiones, la descripción que hacen las CE de las opciones de que dispone el USTR (suspensión o acuerdo) ponen en claro que la suspensión no es la única posibilidad disponible. Por consiguiente, no se puede concluir que dicha suspensión es obligatoria. Además, el USTR no está obligado a adoptar ninguna medida en absoluto. Las Comunidades Europeas suponen también en este caso que el USTR puede pasar por alto el artículo 301 (a) (2), que le permite no adoptar ninguna medida si, entre otras razones, considera que el país extranjero está adoptando medidas satisfactorias para proteger los derechos comerciales de los Estados Unidos, o si en el procedimiento de solución de diferencias de la OMC se constata que no se han negado los derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo comercial o no se han perjudicado las ventajas que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo comercial. En consecuencia, el USTR nunca está obligado a adoptar medidas que estén en contradicción con los resultados de los procedimientos llevados a cabo por grupos especiales o árbitros encargados de la solución de diferencias en el marco de la OMC.

4.997 Los Estados Unidos sostienen que el USTR considera que el procedimiento de solución de diferencias culminará a más tardar 30 días después de la adopción de los informes del grupo especial y del Órgano de Apelación, un plazo que permite a las partes demandadas declarar sus intenciones con respecto a la aplicación. Por ende, el USTR habitualmente dicta su determinación relativa a la negación de los derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo comercial conjuntamente con la determinación de que el país extranjero está adoptando medidas satisfactorias.[495] En rigor, el USTR ha incluso determinado que un país está adoptando medidas satisfactorias únicamente sobre la base de que el Representante "esperaba" que dicho país aplicaría las resoluciones y recomendaciones del OSD, sin tener en cuenta el hecho de que ese país hubiera informado

[494] Los Estados Unidos sostienen que si en verdad las Comunidades Europeas y Corea tuvieran derecho para presumir, basándose en una prescripción legal que autoriza la "exposición de opiniones" sobre las determinaciones propuestas, que esto supone necesariamente la publicación de una lista de productos cuya suspensión se propone, entonces tendrían que concluir que las leyes de Corea incluyen precisamente la misma prescripción. El artículo 4 de la Ley de Comercio Exterior de Corea (la "Ley") autoriza al Ministerio de Comercio, Industria y Recursos Naturales a "adoptar medidas especiales con respecto a las restricciones o la prohibición de la exportación e importación de mercancías" si, entre otros motivos, el interlocutor comercial ha negado los derechos correspondientes a Corea en virtud de una convención internacional o si dicho interlocutor comercial impone alguna "carga o restricción no razonable" al comercio coreano. *Véase* Ley de Comercio Exterior, http://www.oomph.net/law/html/15-13.htm (prueba documental 20 de los Estados Unidos). El artículo 4 del Decreto de Aplicación de la Ley exige que el Ministro de Comercio e Industria "notifique públicamente el contenido de la medida" adoptada en virtud del artículo 4 de la Ley si el Ministro "desea adoptar una medida especial", y también cuando la medida se adopta efectivamente. *Véase* Enforcement Decree of the Foreign Trade Act, http://www.oomph.net/law/html/15-9.htm (prueba documental 21 de los Estados Unidos). En todo caso, la ley coreana exige claramente la publicación de los detalles de las medidas propuestas. Tal exigencia no figura en los artículos 301 a 310.

[495] Véase, por ejemplo, Determinations Under Section 304 of the Trade Act of 1974 With Respect to Certain Canadian Practices Affecting Periodicals, 62 Fed. Reg. 50651 (1997) (prueba documental 7 de los Estados Unidos); Determinations Under Section 304 of the Trade Act of 1971: European Communities' Banana Regime, 63 Fed. Reg. 8248 (1998) (prueba documental 15 de los Estados Unidos); Determinations Under Section 304 of the Trade Act of 1974: Practices of the Government of India Regarding Patent Protection for Pharmaceuticals and Agricultural Chemicals, 63 Fed. Reg. 29053 (1998) (prueba documental 16 de los Estados Unidos).

efectivamente al OSD acerca de sus intenciones.[496] Por lo tanto, la otra mitad de la premisa en la que se basa el argumento de Corea es también incorrecta, es decir, que los plazos establecidos en los artículos 301 y 304, conjuntamente con la supuesta prescripción de publicar una lista, significa que la lista se debe publicar antes de que la parte perdedora haya tenido oportunidad de declarar sus intenciones con respecto a la aplicación.

4.998 Los Estados Unidos sostienen que, incluso si se permitiera a las Comunidades Europeas suponer que el artículo 304 (a) (1) ordena la publicación de una lista de productos respecto de los cuales los Estados Unidos proponen la suspensión, las CE no han explicado exactamente de qué modo esto violaría el artículo 23. Las Comunidades Europeas ni siquiera especifican qué párrafo del artículo 23 infringiría la publicación de una lista. En cambio, simplemente describen la publicación como una "determinación unilateral" que debe presumirse que viola el artículo 23. Esto ilustra el modo en que las CE se apartan del texto del ESD en favor de su enfoque generalizado de deducir obligaciones a partir de eslóganes.

4.999 En opinión de los Estados Unidos, si bien es difícil responder a las vagas alegaciones de las CE, en el sentido de que la publicación de una lista de productos cuya suspensión se propone violaría el artículo 23, el mero hecho de que tales listas no estén ordenadas por los artículos 301 a 310 (y ni siquiera mencionadas en ellos) impide que se constate alguna incompatibilidad con la OMC. Los argumentos de las CE en respuesta a la pregunta 20 del Grupo Especial brindan otro ejemplo de la manera en que las Comunidades Europeas solicitan a este Grupo Especial que adopte presunciones adversas en lo relativo al modo en que los Estados Unidos ejercitarán sus facultades discrecionales en virtud de los artículos 301 a 310. Si las Comunidades Europeas consideran que la publicación de una lista de productos cuya suspensión se propone violaría las obligaciones de los Estados Unidos en el marco de la OMC, las Comunidades Europeas deben esperar hasta que los Estados Unidos publiquen efectivamente dicha lista en un caso concreto. En tal caso estarían en condiciones de basar sus argumentos en hechos y no en presunciones.

d) Facultades discrecionales del Presidente

4.1000 **Las Comunidades Europeas observan** que el Presidente nunca ha dado al USTR ninguna instrucción general de imponer sanciones comerciales sólo de conformidad con las obligaciones de los Estados Unidos en virtud del derecho internacional ni jamás ha dado instrucciones al USTR de hacerlo en casos concretos.

4.1001 **Los Estados Unidos recuerdan** que las Comunidades Europeas han observado que las modificaciones introducidas en el artículo 301 en 1988 transfirieron del Presidente al USTR la facultad de determinar si se han producido violaciones de un acuerdo y cuáles son las medidas que los Estados Unidos deben adoptar como respuesta. Sin embargo, las Comunidades Europeas no tienen en cuenta las facultades discrecionales que conserva el USTR para formular esas determinaciones, ni las facultades discrecionales que sigue teniendo el Presidente para intervenir con arreglo a los términos de la ley. En realidad, incluso los autores del artículo que las Comunidades Europeas mencionan con respecto a los antecedentes legislativos del artículo 301 llegan a la conclusión de que la transferencia de facultades fue una "declaración simbólica importante", pero que

[496] Determinations Under Section 304 of the Trade Act of 1974: Argentine Specific Duties and Non-tariff Barriers Affecting Textiles, Apparel, Footwear and Other Items, 63 Fed. Reg. 25539 y 25540 (1998) (prueba documental 22 de los Estados Unidos).

> "es improbable que esta modificación sea particularmente significativa. El Representante para las Cuestiones Comerciales sigue cumpliendo sus funciones conforme a la voluntad del Presidente y, por tanto, es improbable que adopte medidas que el Presidente desapruebe".[497]

4.1002 Los Estados Unidos alegan que una cuarta razón por la que el artículo 306 (b) no viola el párrafo 2 c) del artículo 23 se relaciona con el hecho de que las CE no tienen en cuenta las facultades discrecionales concedidas al Presidente con arreglo al artículo 301 (a) (1) para establecer condiciones o para anular cualquier decisión de adoptar medidas. El artículo 301 (a) (1) establece que las medidas previstas en esa disposición se deben tomar "respetando las instrucciones específicas, en su caso, del Presidente con respecto a esas medidas".[498] Por lo tanto, el Presidente puede determinar el momento en que se adoptará la medida, las condiciones de su entrada en vigor o incluso si la medida será o no adoptada. Por consiguiente, el Presidente, al igual que el USTR, puede determinar que la medida estará condicionada a la aprobación del OSD o que no se tomará en absoluto. Los Estados Unidos observan que en el texto de los artículos 301 a 310 no existe ninguna limitación sobre la manera en que el Presidente puede ejercitar sus facultades discrecionales.

4.1003 Los Estados Unidos recuerdan que en su examen del artículo 306 (b) las Comunidades Europeas hicieron referencia a estas facultades discrecionales del Presidente, al afirmar que el Presidente nunca impartió al USTR "ninguna instrucción general de imponer sanciones comerciales sólo de conformidad con las obligaciones de los Estados Unidos en virtud del derecho internacional ni jamás ha dado instrucciones al USTR de hacerlo en casos concretos". Aparte del hecho de que esta afirmación supone que el Presidente habría considerado necesario ofrecer esa orientación al USTR, esta afirmación no modifica el hecho de que el Presidente tiene completa libertad para dar esas instrucciones. También en este caso, para cumplir su obligación, las Comunidades Europeas deben demostrar que el Presidente *no podía* ejercitar las facultades discrecionales previstas en la ley para ordenar un resultado compatible con las normas de la OMC; no basta con afirmar que el Presidente no consideró necesario hacerlo en el pasado.[499]

4.1004 Los Estados Unidos consideran que las Comunidades Europeas tratan de descartar las facultades discrecionales del Presidente previstas en el artículo 301 alegando que tal interpretación está autorizada con arreglo al principio establecido en los procedimientos de dos grupos especiales: *Estados Unidos - Medidas que afectan a las bebidas alcohólicas y derivadas de la malta*[500] e *India - Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura*.[501] No obstante, como se desprende claramente de las citas presentadas por las Comunidades Europeas, el principio que se destaca en esos casos es que la no aplicación o no ejecución de una legislación obligatoria que viola las normas de un acuerdo comercial no excusa

---

[497] Judith Hippler Bello y Alan F. Holmer, *The Heart of the 1988 Trade Act: A Legislative History of the Amendments to Section 301*, 25 Stanford J. Int'l Law 1, 9-10 (1988). Los autores desempeñaban los cargos de Asesor General del USTR y Adjunto del USTR cuando escribieron este artículo, y habían participado ampliamente en la elaboración de las disposiciones.

[498] Artículo 301 (a) (1), 19 U.S.C. § 2411 (a) (1). El artículo 305 (a) (1) también indica que las medidas previstas en el artículo 301 deben adoptarse "respetando las instrucciones específicas, en su caso, del Presidente sobre esas medidas". Artículo 305 (a) (1), 19 U.S.C. § 2415 (a) (1).

[499] Informe del Grupo Especial que examinó el asunto *Estados Unidos - Tabaco*, *op. cit.*, párrafo 123.

[500] Informe del Grupo Especial que examinó el asunto *Estados Unidos - Bebidas derivadas de la malta*, *op. cit.*

[501] Informe del Grupo Especial que examinó el asunto *India - Patentes (Estados Unidos)*, modificado por el Informe del Órgano de Apelación en el asunto *India - Patentes (Estados Unidos)*, *op. cit.*

dicha violación.[502] La no aplicación o no ejecución no se plantea en el caso presente. Antes de llegar a la cuestión de dilucidar de si se aplica o ejecuta una legislación obligatoria, es necesario en primer lugar determinar que la legislación es obligatoria. Las Comunidades Europeas no lo han hecho, a pesar de sus simples afirmaciones de que los artículos 301 a 310 estipulan u ordenan explícitamente la adopción de determinaciones y medidas incompatibles con la OMC.

4.1005 En opinión de los Estados Unidos, las Comunidades Europeas se centran en particular en el Informe del Grupo Especial que examinó el asunto *India - Patentes (Estados Unidos)* para respaldar su alegación de que la "incertidumbre jurídica" planteada en dicho asunto de algún modo se halla presente en nuestro caso. No obstante, en aquel asunto se había planteado la cuestión de si, con arreglo a la legislación de la India, una práctica administrativa podía prevalecer jurídicamente sobre una ley que a primera vista ordenaba la adopción de medidas que violaban obligaciones dimanantes del Acuerdo sobre la OMC.[503] Esto es una cuestión muy diferente de la relativa a dilucidar si la redacción discrecional de la propia ley la hace no obligatoria.

4.1006 Según los Estados Unidos, las Comunidades Europeas no pueden señalar ningún principio de la legislación nacional estadounidense que permitiría a las CE suprimir una parte del texto de una ley para ajustarla a su conveniencia, o examinar el sentido de una ley basándose sólo en determinadas disposiciones. Las facultades discrecionales concedidas al USTR y al Presidente a tenor de los artículos 301 a 310 aseguran que el Gobierno estadounidense pueda cumplir plenamente sus obligaciones dimanantes del Acuerdo sobre la OMC en toda circunstancia. Por consiguiente, las Comunidades Europeas no han cumplido su obligación de demostrar que los artículos 306 (b) y 305 (a) "no permiten" a los Estados Unidos cumplir esas obligaciones.

4.1007 Por último, con respecto a los "ejemplos ilustrativos" del funcionamiento de los artículos 306 (b) y 305 (a) que las Comunidades Europeas pretenden presentar, los Estados Unidos reiteran que la impugnación formulada por las CE a los artículos 301 a 310 se refieren a la ley en sí misma y no a la aplicación de dichas disposiciones en ningún caso particular.[504] Las Comunidades Europeas reconocen explícitamente que su reclamación no se refiere a las medidas adoptadas por los Estados Unidos en el contexto del no cumplimiento, por parte de las CE, de las recomendaciones del OSD en el asunto relativo a los *Bananos* y que dichas medidas son objeto de una diferencia distinta. Los Estados Unidos se proponen refutar ampliamente, en el contexto de esa diferencia, toda reclamación de las CE en el sentido de que los Estados Unidos no actuaron en conformidad con sus obligaciones dimanantes de la OMC.[505]

---

[502] En el Informe del Grupo Especial que examinó el asunto *Estados Unidos - Bebidas derivadas de la malta*, *op. cit.*, por ejemplo, el Grupo Especial explicó lo siguiente:

> "Aun en el caso de que Massachusetts no utilice en la actualidad sus facultades policiales para hacer respetar esta legislación obligatoria, la medida sigue siendo legislación obligatoria que puede influir en las decisiones de los agentes económicos. Por tanto, *la no aplicación de una legislación obligatoria* respecto de los productos importados no garantiza que la cerveza y el vino importados no reciban trato menos favorable que el otorgado a los productos similares de origen nacional a los que la ley no se aplica".
>
> *Ibid.*, párrafo 5.60 (se han añadido las cursivas).

[503] *Véase India - Patentes (Estados Unidos)*, *op. cit.*, párrafos 7.35 a 7.37.

[504] *Véase* WT/DS152/11.

[505] A continuación, los Estados Unidos se refieren al aviso del USTR de 22 de octubre de 1998, citado por las Comunidades Europeas. En dicha cita se incluye la frase "en el caso de una determinación positiva", que indica que el Representante para las Cuestiones Comerciales sigue teniendo facultades discrecionales para no adoptar la determinación de proponer una medida. Además, como dicha frase incluye la descripción del plazo de 30 días que figura en el artículo 305 (a) (1), el texto de esta disposición (y el del artículo 305 (a) (2)) son la mejor prueba de su contenido.

4.1008 Los Estados Unidos confirman asimismo que el Presidente de los Estados Unidos puede ejercitar las facultades discrecionales que le concede el artículo 301 (a) (1), en el sentido de no adoptar medidas, y las que le concede el artículo 305 (a) (1), de dar instrucciones al USTR de no aplicar las medidas adoptadas con arreglo al artículo 301, basándose en el hecho de que las recomendaciones del OSD aún no han sido adoptadas o de que el OSD aún no ha autorizado la suspensión de concesiones.

4.1009 En respuesta a la pregunta del Grupo Especial, en el sentido de si el Presidente de los Estados Unidos ha impartido hasta ahora "instrucciones específicas" con arreglo a los artículos 301 (a) (1) ó 305 (a) (1), los Estados Unidos declaran que hasta la fecha no se han impartido tales instrucciones específicas, pero que las mismas pueden incluir la instrucción al USTR de que no adopte medidas.

5. Reclamación en virtud del GATT

4.1010 **Las Comunidades Europeas alegan** que el artículo 301 (c) (1) (b) autoriza al USTR a aplicar medidas a las mercancías o bien a los servicios como respuesta al no cumplimiento de las recomendaciones del OSD, determinado unilateralmente. Ahora bien, de conformidad con el párrafo 3 del artículo 22 del ESD, los Estados Unidos deben suspender concesiones u otras obligaciones relativas a las mercancías en las diferencias relacionadas con el comercio de mercancías, excepto cuando ello sea impracticable o ineficaz. Esto supone que, en las diferencias relativas al comercio de mercancías, los artículos 306 (b) y 305 (a) exigen al USTR que imponga unilateralmente medidas como consecuencia de la no aplicación de recomendaciones del OSD, determinada unilateralmente, lo que viola disposiciones básicas del GATT de 1994, en particular los artículos I, II, III, VIII y XI.

4.1011 Las Comunidades Europeas explican que el artículo 301 (c) autoriza al USTR a "suspender o retirar los beneficios que supongan las concesiones hechas para dar cumplimiento a un acuerdo comercial" y "a imponer derechos u otras restricciones a la importación a las mercancías de ese país extranjero y [...] a los servicios del mismo durante el período de tiempo que considere adecuado".[506] Según la información de que disponen las Comunidades, el USTR aún no ha utilizado la posibilidad de imponer derechos o restricciones a los servicios. Si la ley, política o práctica del país extranjero viola los criterios necesarios para poder recibir un trato de franquicia arancelaria de conformidad con el Sistema Generalizado de Preferencias de los Estados Unidos, la Ley de Recuperación Económica de la Cuenca del Caribe o la Ley de Preferencias Comerciales para los Países Andinos, el USTR está también autorizado a retirar, limitar o suspender ese trato.

4.1012 Las Comunidades Europeas alegan que, en el caso de los Miembros de la OMC que no sean beneficiarios de esos esquemas de preferencias, la imposición de derechos o restricciones a las mercancías o servicios con arreglo al artículo 301 (c) es por fuerza incompatible con las obligaciones de los Estados Unidos en virtud del GATT y del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), en particular con las disposiciones de esos acuerdos relativas a la nación más favorecida. Sólo una autorización del OSD de conformidad con el artículo 22 del ESD podría posiblemente justificar tales medidas. Sin embargo, no hay en la Ley de Comercio Exterior de 1974 ninguna disposición que haga depender las medidas de retorsión del USTR de la autorización del OSD.

4.1013 Las Comunidades Europeas sostienen que, como los artículos 304 (a) (2) (A) y 306 (b), en su forma modificada, exigen que los Estados Unidos adopten las medidas comerciales de retorsión dentro de ciertos plazos, con independencia del resultado de los procedimientos de solución de diferencias en el marco de la OMC, las medidas adoptadas en materia de comercio de mercancías y no autorizadas con arreglo al párrafo 7 del artículo 3 y el artículo 22 del ESD necesariamente constituirán una infracción de las obligaciones de los Estados Unidos en una o más de las siguientes esferas del

[506] Artículo 301 (c), 19 U.S.C. § 2411 (c).

GATT: la cláusula de la nación más favorecida (artículo I del GATT de 1994), las consolidaciones de derechos arancelarios asumidas por los Estados Unidos (artículo II del GATT de 1994), la cláusula de trato nacional (artículo III del GATT de 1994), la obligación de no recaudar cargas excesivas (artículo VIII del GATT de 1994) y la prohibición de imponer restricciones cuantitativas (artículo XI del GATT de 1994).

4.1014 **Los Estados Unidos responden** que, como sucede en sus otras reclamaciones en la presente diferencia, las Comunidades Europeas mencionan el texto de los artículos 301 a 310 que conceden facultades discrecionales y después alegan que esto "supone" la adopción de medidas obligatorias incompatibles con las obligaciones de los Estados Unidos. En este caso, las Comunidades Europeas sostienen de modo mecánico que el artículo 301(c)(1)(b) autoriza al USTR a aplicar las medidas a los bienes o a los servicios, y después suponen que esto significa que el USTR debe suspender concesiones de manera incompatible con el párrafo 3 del artículo 22. Las Comunidades Europeas afirman que de la existencia de estas facultades discrecionales se desprende que los artículos 306(b) y 305(a) "exigen" que el USTR infrinja los artículos I, II, III, VIII y XI del GATT.

4.1015 En opinión de los Estados Unidos, por las razones indicadas en las secciones precedentes, el USTR y el Presidente tienen facultades discrecionales para no adoptar ninguna medida en virtud el artículo 306(b) o para adoptar únicamente las medidas autorizadas de conformidad con las constataciones adoptadas por un grupo especial o en un laudo arbitral. Las reclamaciones de las CE con respecto a las facultades discrecionales del USTR para escoger el objeto de las medidas de retorsión no sugieren de modo alguno que ninguna disposición de los artículos 301 a 310 exija al USTR que suspenda concesiones o que suspenda concesiones de modo incompatible con ninguna obligación dimanante de la OMC.

4.1016 Los Estados Unidos sostienen asimismo que, tras haber examinado el texto de los apartados a) y c) del párrafo 2 del artículo 23, lógicamente examinarán el texto de los artículos I, II, III, VIII y XI del GATT. Sin embargo, las Comunidades Europeas ni siquiera hacen referencia al texto de esas disposiciones, por lo que es poco lo que los Estados Unidos tienen que refutar. Las Comunidades Europeas nunca hacen más que afirmar que los artículos 304 (a) (2) (A) y 306 (b) "necesariamente" violan aquellas disposiciones. El único razonamiento de las CE es que "ciertos plazos" crean este resultado. Incluso si las Comunidades Europeas estuvieran autorizadas a adoptar la incorrecta presunción de que la ley ordena la adopción de "medidas comerciales de retorsión" y que el artículo 305 no puede retrasar esas medidas hasta la recepción de la autorización del OSD, las Comunidades Europeas no han presentado ninguna argumentación jurídica para justificar de qué modo los artículos 304 (a) (2) (A) y 306 (b) son incompatibles con alguna de esas disposiciones. En rigor, las Comunidades Europeas sólo afirman que el artículo 306 (b) viola "una o más" de esas disposiciones del GATT de 1994. Por consiguiente, las Comunidades Europeas no pueden ni siquiera indicar cuál de esas disposiciones ha sido violada, y mucho menos de qué modo. Las Comunidades Europeas no pueden establecer una presunción *prima facie* basándose en meras aseveraciones como éstas. Tampoco en lo tocante al párrafo 1 del artículo 23 las Comunidades Europeas han tratado de formular su argumentación, y mucho menos de fundarla. Ninguna disposición de los artículos 301 a 310 establece que el USTR no deba ajustarse a las normas y procedimientos del ESD al procurar la reparación de violaciones del Acuerdo sobre la OMC.

4.1017 Los Estados Unidos señalan asimismo que cualquier medida adoptada de conformidad con el artículo 301 (c) (1) (B) sobre una base NMF que afecte al sector de servicios no estaría sujeta a un compromiso en el marco del AGCS y no sería incompatible con la OMC. De igual modo, un incremento NMF de un arancel no consolidado o de un arancel aplicado inferior al tipo consolidado, no infringiría el GATT de 1994. Además, una medida adoptada de conformidad con el artículo 301 (c) (1) (D) no sería incompatible con la OMC. Esta disposición prevé acuerdos mutuamente satisfactorios y acuerdos de compensación, que están claramente previstos en el párrafo 7 del artículo 3 y el párrafo 2 del artículo 22 del ESD. Por último, los Estados Unidos hacen referencia al hecho de que ni el artículo 305 ni ninguna otra disposición de los artículos 301 a 310 exigen al

USTR que suspenda concesiones sin recibir la aprobación del OSD. Por lo tanto, no se puede llegar a la conclusión de que las medidas establecidas en el artículo 301 (c) son intrínsecamente incompatibles con las obligaciones estadounidenses dimanantes de la OMC.

V. ARGUMENTOS DE LOS TERCEROS

A. BRASIL

1. Introducción

5.1 **El Brasil acoge con satisfacción** la oportunidad de presentar sus opiniones al Grupo Especial cuyo establecimiento solicitaron las COMUNIDADES EUROPEAS para examinar el capítulo 1 del título III (artículos 301 a 310) de la Ley de Comercio Exterior de 1974 de los Estados Unidos, modificada.

5.2 El Brasil señala que su interés en el caso presente deriva de las posibles consecuencias de dicha legislación en sus derechos y obligaciones como Miembro de la OMC, y también de su interés general en la integridad del propio sistema multilateral de comercio.

5.3 En opinión del Brasil, las Comunidades Europeas no se refieren al funcionamiento del artículo 306 en la diferencia relativa a la aplicación de las modificaciones cuya introducción se recomendó en el régimen comunitario sobre los bananos. Las Comunidades Europeas han dejado en claro que no solicitan que este Grupo Especial se pronuncie sobre las medidas adoptadas en relación con esa diferencia concreta, sino sobre la compatibilidad de la ley estadounidense con las obligaciones de los Estados Unidos dimanantes de los Acuerdos de la OMC.

5.4 El Brasil también considera que una ley que es incompatible con las obligaciones de un Miembro dimanantes de los Acuerdos de la OMC puede ser impugnada en el marco del procedimiento de solución de diferencias. La cuestión que tiene ante sí el Grupo Especial no es la aplicación de los artículos 301 a 310 en un caso particular, sino la necesidad de que esta ley se ponga en conformidad con las disposiciones pertinentes de la OMC, según lo preceptuado en el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC.

5.5 El Brasil recuerda que las Comunidades Europeas basan sus reclamaciones en tres premisas:

a) los Acuerdos de la OMC no pueden brindar seguridad y previsibilidad a menos que los Miembros resuelvan todas sus diferencias comerciales de conformidad con los procedimientos del ESD;

b) los Acuerdos de la OMC no pueden brindar seguridad y previsibilidad a menos que los Miembros pongan su legislación en conformidad con sus obligaciones en el marco de esos Acuerdos; y

c) los Estados Unidos no han puesto los artículos 301 a 310 en conformidad con sus obligaciones dimanantes de los Acuerdos de la OMC.

5.6 Según el Brasil, las Comunidades Europeas aplican a estas premisas básicas las disposiciones pertinentes de los Acuerdos de la OMC, complementadas con la historia y experiencia jurídicas adquiridas en lo que respecta al GATT de 1947.[507]

[507] El Brasil menciona el *acervo* del GATT según lo definió el Órgano de Apelación en el asunto *Japón - Bebidas alcohólicas II*, *op. cit.*, página 18.

5.7 El Brasil observa asimismo que las Comunidades Europeas señalan que los artículos 302 (a) (2) (A), 305 (a) y 306 (a) son incompatibles con el artículo 23 del ESD porque exigen que el USTR formule determinaciones unilaterales en el sentido de que se ha producido una infracción y actúe con arreglo a esas determinaciones, sin tener en cuenta las normas y los procedimientos del ESD. Las CE también señalan que el artículo 306 (b) de la Ley de Comercio Exterior de 1974 es incompatible con los artículos I, II, III, VIII y XI del GATT de 1994 porque, en el caso de las diferencias relativas al comercio de mercancías, exige que el USTR imponga derechos, tasas u otras restricciones que infringen una o más de dichas disposiciones. Por último, las Comunidades Europeas consideran que al no poner la Ley de Comercio Exterior de 1974 en conformidad con esas disposiciones de los Acuerdos de la OMC, los Estados Unidos han actuado de manera incompatible con el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC.

2. Argumentos de derecho

a) El párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC

5.8 El Brasil recuerda que las Comunidades Europeas establecen una distinción entre las medidas obligatorias y facultativas previstas en los artículos 301 a 310. Las Comunidades Europeas alegan también que esos artículos, que exigen medidas que son en sí mismas contrarias a las disposiciones de la OMC -determinaciones unilaterales de que se ha producido una infracción y de que se han anulado o menoscabado ventajas, o de que las medidas tomadas para dar cumplimiento a las resoluciones del OSD no son satisfactorias-, así como las medidas cuya adopción se exige al USTR en determinadas circunstancias -"otras medidas" en los casos en que se formule una determinación unilateral de no cumplimiento- constituyen infracciones de varias disposiciones del Acuerdo sobre la OMC y, por tanto, anulan o menoscaban las ventajas resultantes para las Comunidades Europeas en virtud del ESD, el GATT de 1994 y el Acuerdo sobre la OMC.

5.9 En opinión del Brasil, las Comunidades Europeas han insistido excesivamente en las prácticas y decisiones anteriores del GATT, como el Informe del Grupo Especial de 1987 que examinó el asunto *Estados Unidos - Impuestos sobre el petróleo y sobre determinadas sustancias importadas*[508], el Informe del Grupo Especial de 1989 que examinó el caso *Estados Unidos - Artículo 337 de la Ley Arancelaria de 1930*[509], y el Informe del Grupo Especial de 1992 que examinó el asunto *Estados Unidos - Medidas que afectan a las bebidas alcohólicas y derivadas de la malta*.[510] En el marco del GATT de 1947 -y sin duda bajo la influencia del Protocolo de Aplicación Provisional- sólo la legislación obligatoria se consideró susceptible de ser calificada como incompatible por un grupo especial. No obstante, se debe observar que, incluso entonces, se llegó a la conclusión de que una ley obligatoria no aplicada constituía una infracción de las obligaciones dimanantes del GATT.

5.10 El Brasil sostiene que sería erróneo suponer que esta parte de la práctica del GATT de 1947 se trasladó sin modificaciones a la OMC. El párrafo 1 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC, que constituye la base para la incorporación de la historia y experiencia jurídicas del GATT de 1947 a la OMC[511], contiene la siguiente disposición:

[508] Informe del Grupo Especial que examinó el asunto *Estados Unidos - Superfondo, op. cit*.

[509] Informe del Grupo Especial que examinó el asunto *Estados Unidos - Artículo 337, op. cit*.

[510] El Brasil también hace referencia al Informe del Grupo Especial que examinó el asunto *India - Patentes (Estados Unidos.), op. cit*.

[511] El Brasil hace referencia al Informe del Órgano de Apelación en el asunto *Japón - Bebidas alcohólicas II, op. cit*, página 18.

> "Salvo disposición en contrario en el presente Acuerdo o en los Acuerdos Comerciales Multilaterales, la OMC se regirá por las decisiones, procedimientos y práctica consuetudinaria de las PARTES CONTRATANTES del GATT de 1947 y los órganos establecidos en el marco del mismo." (Se han añadido el subrayado.)

5.11 El Brasil alega que la adopción del párrafo 4 del artículo XVI debe dar lugar a una revisión de la práctica anterior. Esta disposición establece inequívocamente que:

> "Cada Miembro se asegurará de la conformidad de sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos con las obligaciones que le impongan los Acuerdos anexos."

5.12 El Brasil señala que el GATT de 1947 no tenía una disposición equivalente. Si se interpretara el párrafo 4 del artículo XVI con arreglo al espíritu anterior se lo privaría de significado.

5.13 En opinión del Brasil, si bien las Comunidades Europeas pueden haber limitado sus reclamaciones, sería claramente improcedente deducir de esa limitación un nuevo mandato del Grupo Especial, como los Estados Unidos pretenden. La tarea que el Grupo Especial tiene ante sí sigue siendo la de "examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes de los acuerdos abarcados que han invocado las Comunidades Europeas en el documento WT/DS152/11, el asunto sometido al OSD por las Comunidades Europeas en ese documento y formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en dichos Acuerdos". El asunto sometido por las Comunidades Europeas es si los artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de los Estados Unidos de 1974 son incompatibles con varias disposiciones del ESD, el Acuerdo sobre la OMC y el GATT de 1994. Ésta es la carga de la prueba que incumbe a las Comunidades Europeas. Las Comunidades Europeas no han solicitado que se dicte una resolución sobre la compatibilidad de los artículos 301 a 310 con la práctica anterior del GATT, y mucho menos con la interpretación que hacen los Estados Unidos del significado de esa práctica anterior.

5.14 El Brasil recuerda que los Estados Unidos basan su refutación únicamente en la práctica del GATT de 1947. Según los Estados Unidos, los grupos especiales anteriores habían llegado a la conclusión de que: 1) sólo la legislación obligatoria puede ser considerada incompatible con las obligaciones dimanantes de la OMC; y 2) la legislación no sólo debe ser obligatoria, sino que debe impedir que un Miembro actúe de manera compatible con esas obligaciones. Los Estados Unidos alegan a continuación que, en efecto, los artículos 301 a 310 son de carácter facultativo o bien ordenan medidas que, en algunos casos, son compatibles con la OMC.

5.15 El Brasil discrepa del concepto de que la práctica del GATT se trasladó sin modificaciones a la OMC. El Brasil está aún más en desacuerdo con la idea de que ninguna ley puede ser considerada incompatible a menos que "no permita" a un gobierno actuar de conformidad con sus obligaciones en el marco de la OMC, en particular si por "no permita" se entiende "nunca permita". Si ésa ha sido la práctica en el pasado, el argumento de que el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC ha dejado sin efecto la jurisprudencia sobre este particular se hace más imperativo. No existe ninguna interpretación posible del párrafo 4 del artículo XVI, a la luz de los criterios establecidos en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que justifique una lectura tan extravagante.[512]

[512] El artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece lo siguiente: "Un tratado debe interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin." Es sumamente difícil concebir que el sentido "corriente" de "se asegurará de la conformidad de sus leyes, reglamentos, y procedimientos administrativos con las obligaciones que le impongan los Acuerdos anexos" pueda interpretarse en el sentido de que meramente no impida que un Miembro actúe en conformidad con sus obligaciones en todas las ocasiones,

5.16 El Brasil sostiene que es digno de mención el hecho de que en la primera comunicación de los Estados Unidos no se responde a la reclamación de infracción al párrafo 4 del artículo XVI formulada por las CE. Los Estados Unidos invocaron la "práctica anterior" y alegaron que las Comunidades Europeas no han demostrado que los artículos 301 a 310 son obligatorios de un modo que impida la compatibilidad con la OMC en todas las ocasiones y "deducen", en consecuencia, que los artículos 301 a 310 son compatibles con el párrafo 4 del artículo XVI. Así, de un plumazo y casi de buenas a primeras, la práctica anterior elaborada en ausencia de toda disposición similar al párrafo 4 del artículo XVI se utiliza para interpretar el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC, de una manera que lo privaría de todo significado. Además de la dudosa validez de las premisas, esto constituye un buen ejemplo del error lógico conocido como *ignoratio elenchi*: argumentar en favor de una cosa como si ello probara otra cosa.

5.17 El Brasil hace notar que las Comunidades Europeas reconocen que el párrafo 4 del artículo XVI no es una cláusula "del máximo empeño" aplicable sólo en los casos en que se requieren modificaciones de las leyes nacionales, sino una obligación incondicional. El párrafo 4 del artículo XVI exige que la legislación interna se ponga en conformidad con las obligaciones derivadas de los Acuerdos de la OMC.

5.18 El Brasil recuerda que el artículo 22 del Acuerdo sobre la Aplicación del Artículo VII del GATT de 1994 contiene una disposición similar:

> "Cada Miembro se asegurará de que, a más tardar en la fecha de aplicación de las disposiciones del presente Acuerdo para él, sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos estén en conformidad con las disposiciones del presente Acuerdo."

5.19 El Brasil sostiene que si un país Miembro de la OMC debiera incluir en su legislación sobre valoración en aduana un artículo que "autorizara", sin exigirlo, que la aduana "formule una determinación, sobre la base de una investigación iniciada a petición de una parte privada, en la que se establezca que la importación de mercancías por debajo de un precio determinado no es razonable y obstaculiza o limita" el comercio de ese Miembro, tal disposición sería compatible con el artículo 22 del Acuerdo sobre Valoración en Aduana y con el párrafo 4 del artículo XVI sobre la OMC. Sin embargo, no se podría considerar aceptable la incertidumbre que se derivaría de tal "autorización". Y, no obstante, el Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VII del GATT de 1994 no es "un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio". El ESD sí lo es.[513]

5.20 El Brasil observa que su argumento está lejos de afirmar que toda ley que autorice medidas que podrían dar lugar a infracciones de los Acuerdos de la OMC sería en sí misma incompatible con las obligaciones derivadas de dichos Acuerdos. La dicotomía sugerida por los Estados Unidos constituye un *non sequitur*. Lo que es necesario es lícito. Por ejemplo, en el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, una de las obligaciones básicas consiste en que los "Miembros se asegurarán de que cualquier medida sanitaria o fitosanitaria sólo se aplique en cuanto sea necesaria para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales, de que esté basada en principios científicos y de que no se mantenga sin testimonios científicos suficientes, a reserva de lo dispuesto [...]."[514] Sin embargo, ninguna ley nacional se podría redactar de modo tal que asegurara *a priori* la conformidad con las obligaciones dimanantes de

---

como alegan los Estados Unidos, o en el sentido de que ofrecen la posibilidad de que las autoridades eviten las medidas incompatibles con la OMC, como también sostienen los Estados Unidos.

[513] Párrafo 2 del artículo 3 del ESD.

[514] Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, párrafo 2 del artículo 2.

la OMC sin vulnerar el "derecho a adoptar las medidas sanitarias y fitosanitarias necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales".[515] En esos casos, la conformidad necesariamente se debe evaluar en relación con medidas concretas, caso por caso.

5.21 El Brasil alega que el rasgo distintivo del artículo 301 (b) es que si cualquier medida es adoptada en cualquier momento con arreglo a esa disposición, ello dará lugar necesariamente a una violación del GATT y del AGCS, incluyendo, entre otras cosas, las disposiciones de esos Acuerdos relativos a la nación más favorecida. Además de eso, no hay ninguna consideración legítima en materia de "dominio reservado" que puedan justificarlo. La legislación cuya única aplicación posible constituye una amenaza de medidas ilegítimas en el marco de la OMC difícilmente puede considerarse compatible con el artículo 23 del ESD y el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC.

5.22 El Brasil señala que, en lo tocante al artículo 301 (a), la cuestión no es dilucidar si impide en todas las ocasiones la adopción de medidas compatibles con la OMC, sino establecer si dicha disposición ordena medidas que finalmente darán lugar a violaciones de las normas de la OMC.

5.23 Según el Brasil, se ha observado que "existe una obligación general, derivada de la naturaleza de las obligaciones de los tratados y del derecho consuetudinario, de poner la legislación interna en conformidad con las obligaciones dimanantes del derecho internacional [...]. Sin embargo, en términos generales la omisión de asegurar esa conformidad no constituye en sí misma una infracción directa del derecho internacional, y la infracción sólo se produce cuando el Estado en cuestión deja de cumplir sus obligaciones en una ocasión determinada. [...] En algunas circunstancias, la legislación puede en sí misma constituir una infracción a la disposición de un tratado, y se puede solicitar que un tribunal formule una declaración en ese sentido".[516] El párrafo 4 del artículo XVI exige que la legislación se ponga en conformidad, y la omisión de hacerlo constituye por sí misma una infracción del Acuerdo sobre la OMC. No es necesario examinar ningún caso concreto ni tampoco el carácter obligatorio o facultativo de la legislación.

5.24 El Brasil alega asimismo que, en todo caso, el argumento de la buena fe con respecto a la no violación de una ley facultativa se basa únicamente en su no utilización.[517] Sin embargo, no es ésta la intención de los Estados Unidos. Invocar la etiqueta de "facultativa" como defensa al mismo tiempo que anunciar la intención de utilizar la ley difícilmente puede considerarse como un acto de buena fe.

5.25 En opinión del Brasil, para disipar toda duda, en la Declaración de Acción Administrativa (Statement of Administrative Action) que acompaña la Ley de los Acuerdos de la Ronda Uruguay[518], y que representa "la expresión autorizada de la Administración respecto de sus opiniones relativas a la interpretación y aplicación de los Acuerdos de la Ronda Uruguay, tanto a los fines de las obligaciones internacionales de los Estados Unidos como de las leyes internas"[519], comunica la "intención de la Administración de ampliar el foco de atención de posibles medidas en el marco del artículo 301 a

[515] *Ibid.*, párrafo 1 del artículo 2.

[516] Brownlie, Ian, "Principles of Public International Law", 5ª edición (Oxford University Press, 1998), páginas 35 y 36.

[517] El Brasil señala que este argumento fue invocado por los Estados Unidos en el asunto *Estados Unidos - Superfund* (Informe del Grupo Especial en *Estados Unidos - Superfund, op. cit.*, párrafo 3.2.13) y en *Estados Unidos - Tabaco* (Informe del Grupo Especial en *Estados Unidos - Tabaco, op. cit.*, párrafo 45).

[518] Artículo 101 a) 2).

[519] Statement of Administrative Action, *op. cit.*, Introduction, párrafo 3.

esferas no incluidas en el ámbito de las obligaciones de los Estados Unidos en virtud de los Acuerdos de la Ronda Uruguay".[520]

5.26 El Brasil hace notar que esta "ampliación del foco de atención" se explica más detalladamente:

> "La Administración se propone utilizar el artículo para abordar enérgicamente los obstáculos al comercio extranjeros y desleales que violan los derechos de los Estados Unidos o niegan los beneficios que corresponden a los Estados Unidos en virtud de los Acuerdos de la Ronda Uruguay. La Administración también se propone utilizar el artículo 301 para abordar los obstáculos al comercio extranjeros y desleales no abarcados por esos Acuerdos."[521]
>
> "Ni el artículo 301 ni el ESD exigirán que el Representante para las Cuestiones Comerciales invoque el procedimiento de solución de diferencias del ESD si el Representante para las Cuestiones Comerciales no considera que un asunto guarda relación con uno de los Acuerdos de la Ronda Uruguay. Se podrá seguir utilizando el artículo 301 para abordar las prácticas desleales que no infringen los derechos de los Estados Unidos ni niegan los beneficios que corresponden a los Estados Unidos en virtud de los Acuerdos de la Ronda Uruguay y, como en el pasado, esas investigaciones no llevarán aparejado el recurso a los procedimientos multilaterales de solución de diferencias [...]. Por ejemplo, con excepciones de menor importancia, los Acuerdos de la Ronda Uruguay no abordan las medidas oficiales que alientan o toleran las prácticas privadas anticompetitivas [...]. También se podrá seguir utilizando el artículo 301 para abordar las persistentes pautas de conducta de gobiernos extranjeros que niegan los derechos básicos de los trabajadores y obstaculizan o limitan el comercio de los Estados Unidos [...]. Además, el mero hecho de que los Acuerdos de la Ronda Uruguay traten un asunto determinado -como los derechos de propiedad intelectual- no significa que el Representante para las Cuestiones Comerciales deba iniciar un procedimiento en el marco del ESD en cada una de las investigaciones realizadas en el marco del artículo 301 con relación a ese asunto. En el caso de que las medidas del gobierno extranjero en cuestión sean ajenas a las disciplinas de esos Acuerdos, la investigación en el marco del artículo 301 se realizará sin recurrir al procedimiento del ESD."[522]

5.27 El Brasil recuerda el alcance de las facultades de que dispone la Administración de los Estados Unidos para proceder sin recurrir al procedimiento del ESD conforme al artículo 301 (c):

> "A los efectos de dar cumplimiento a las disposiciones de los párrafos (a) o (b) del presente artículo, el Representante para las Cuestiones Comerciales estará autorizado:
>
> (A) a suspender o retirar los beneficios que supongan las concesiones hechas para dar cumplimiento a un acuerdo comercial con el país extranjero al que sea aplicable dicho párrafo, o a impedir el disfrute de esos beneficios;

[520] Statement of Administrative Action, *op. cit.*, página 358 (Authority under Section 301).

[521] Statement of Administrative Action, *op. cit.*, página 364 (Enforcement of US Rights) (se han añadido el subrayado).

[522] Statement of Administrative Action, *op. cit.*, página 366 (Enforcement of US Rights) (se han añadido el subrayado).

> (B) a imponer derechos u otras restricciones a la importación a las mercancías de ese país extranjero y, sin perjuicio de las demás disposiciones legales, tasas o restricciones a los servicios del mismo durante el período de tiempo que considere adecuado [...]."

5.28 El Brasil sostiene que, en otros términos, para eliminar las prácticas que no infringen los derechos de los Estados Unidos, los Estados Unidos amenazan con infringir los derechos de los Miembros de la OMC.

5.29 El Brasil alega que hubiera sido evidentemente anómalo incluir en el ESD una disposición en la que se estableciera que los Miembros de la OMC tienen que recurrir a un grupo especial y al OSD para formular una determinación de no violación. Sin embargo, los Estados Unidos parecen utilizar esto como pretexto para la adopción de medidas unilaterales. Naturalmente, los Miembros de la OMC tienen derecho a formular determinaciones unilaterales en casos de no violación y en lo que respecta a cualquier interés que actualmente no estuviera abarcado por los Acuerdos de la OMC. Lo que no pueden hacer en esos casos es adoptar medidas unilaterales equivalentes a las previstas en el artículo 22 del ESD.

5.30 El Brasil subraya que los Miembros de la OMC están autorizados, de conformidad con el artículo 23 del ESD, a no estar sujetos a la suspensión de concesiones salvo cuando "el Miembro afectado no pone en conformidad con un acuerdo abarcado la medida declarada incompatible con él o no cumple de otro modo las recomendaciones y resoluciones adoptadas dentro del plazo prudencial [...]".[523] Con mayor razón, tienen derecho a no estar sujetos a la suspensión de derechos y concesiones cuando no existe una determinación de violación por parte del OSD.

5.31 El Brasil sostiene también que, en el mismo orden de ideas, según un principio jurídico general establecido, la prohibición de hacer lo menos abarca la prohibición de hacer lo más. Los Estados Unidos invierten este principio: cuando los Estados Unidos tienen un derecho derivado de la denegación de beneficios que le corresponden en virtud de los Acuerdos de la OMC, la Declaración de Acción Administrativa reconoce los límites impuestos por el ESD a la adopción de acciones. Sin embargo, los Estados Unidos llegan injustificablemente a la conclusión de que en los casos en que no tienen derechos, el ESD no les impone límite alguno.

5.32 Según el Brasil, el hecho de que no se exija al USTR que en esas circunstancias adopte medidas en todas las ocasiones no debe impedir que se llegue a la conclusión de que los Estados Unidos no cumplen sus obligaciones dimanantes de la OMC. Como han sostenido las Comunidades Europeas, "las partes no actuarían de buena fe si aceptaran una obligación de actuar de un modo y al mismo tiempo adoptaran leyes que establecieran expresamente otro comportamiento. El hecho de que pudiera aplicarse excepcionalmente esa ley de forma que no fuera incompatible con las obligaciones asumidas en el marco de la OMC no influye sobre la conclusión anterior, sobre todo si no existe ningún título jurídico para obtener ese 'acto de gracia' excepcional".

5.33 El Brasil recuerda que en 1988 los Estados Unidos amenazaron con imponer sanciones, que luego aplicaron, consistentes en derechos del 100 por ciento sobre las importaciones de más de 20 productos procedentes del Brasil, en virtud del artículo 301, al formular una determinación de "medidas no razonables" en un caso relativo a la protección mediante patente de los productos farmacéuticos. Las sanciones estuvieron en vigor durante dos años y sólo se dejaron sin efecto después de que el Brasil se comprometió a conceder la protección mediante patente de los productos farmacéuticos.

5.34 El Brasil hace hincapié en que la cuestión planteada ante este Grupo Especial no es la aplicación del artículo 301, sino su incompatibilidad intrínseca con las obligaciones de los Estados

[523] Párrafo 2 del artículo 22 del ESD.

Unidos en el marco de la OMC. Este ejemplo se ofrece como antecedente, que el Grupo Especial puede desear tener en cuenta en relación con la afirmación de los Estados Unidos de que "era una práctica constante de los Estados Unidos, incluso antes de la conclusión de la Ronda Uruguay, la de basarse en los resultados del procedimiento de solución de diferencias para determinar si se habían negado los derechos correspondientes a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo". En el caso que afectó al Brasil no se había negado ningún derecho correspondiente a los Estados Unidos en virtud de ningún acuerdo. Esto quizá dio al USTR una sensación de libertad sin límites para actuar como lo hizo, violando los derechos que correspondían al Brasil en virtud del GATT de 1947.

5.35 Según el Brasil, la libertad de amenazar con negar unilateralmente los beneficios de los Acuerdos de la OMC puede ser eficaz[524], pero no es compatible con un sistema multilateral de comercio basado en normas. El sistema no podrá sobrevivir si los Miembros más poderosos desean gozar de sus beneficios, pero rechazan sus responsabilidades: *qui habet comoda, ferre debet onera*.[525] El Brasil recuerda el siguiente pronunciamiento de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el asunto *Certain German Interest in Polish Upper Silesia (Determinados intereses alemanes en la Alta Silesia polaca)*:

> "Ciertamente no incumbe a la Corte interpretar la legislación polaca en cuanto tal; pero nada impide a la Corte emitir un juicio sobre la cuestión de si, al aplicar esa legislación, Polonia actúa en conformidad con las obligaciones que le impone para con Alemania la Convención de Ginebra."[526]

5.36 El Brasil sostiene que en esos casos relativos al GATT de 1947, cuando se llegó a la conclusión de que una ley era incompatible con las obligaciones dimanantes del GATT, se formuló un juicio prospectivo sobre la aplicación de la ley, a diferencia del juicio retrospectivo realizado con relación a medidas concretas. Nada impide que se realice el mismo juicio prospectivo de los artículos facultativos de una ley, especialmente cuando la aplicación de la misma conducirá necesariamente a la violación de los Acuerdos de la OMC.

b) Distinción entre leyes obligatorias y leyes facultativas

5.37 El Brasil sostiene asimismo, que incluso si el Grupo Especial concluyera incorrectamente que la distinción establecida por grupos anteriores del GATT entre la legislación obligatoria y la legislación facultativa siguiera siendo válida, debería rechazar redondamente la interpretación estadounidense de dicha práctica anterior. Los Estados Unidos alegan que "la legislación que expresamente exige la adopción de medidas incompatibles con los principios del GATT no obliga a adoptar medidas incompatibles mientras ofrezca a las autoridades la posibilidad de evitarlas" y mencionan, como fundamento de esta extraordinaria conclusión, citas de los Informes de los Grupos Especiales que examinaron los asuntos *Estados Unidos - Impuestos sobre el petróleo y sobre determinadas sustancias importadas*[527], *Tailandia - Restricciones aplicadas a la importación de*

[524] Según el Brasil, Jackson cita a un abogado que considera que este procedimiento es útil: "En la práctica, la solicitud presentada con arreglo al artículo 301 por una parte privada supone una amenaza eficaz de posibles medidas de retorsión, junto con la amenaza de publicidad negativa y una crispación general de las relaciones comerciales. Estas posibles consecuencias pueden por sí solas llevar al gobierno infractor a la mesa de negociaciones." John H. Jackson, "The World Trading System", 2ª edición (MIT Press, 1997), página 131.

[525] En opinión del Brasil, quien goza de las ventajas debe también soportar las cargas.

[526] PCIJ Rep., serie A, Nº 7, página 19.

[527] Informe del Grupo Especial del asunto *Estados Unidos - Superfund*, *op. cit.*.

cigarrillos e impuestos internos sobre los cigarrillos[528] y *Estados Unidos - Medidas que afectan a la importación y a la venta y utilización en el mercado interno de tabaco*.[529]

5.38 El Brasil aduce que ninguno de los Grupos Especiales citados llegó a la conclusión sostenida por los Estados Unidos. El Grupo Especial que examinó el asunto *Estados Unidos - Superfund* concedió a las autoridades estadounidenses el beneficio de la duda, hasta que se ultimara la legislación aplicable. El Grupo Especial no dijo que las autoridades fiscales estadounidenses podían conservar para siempre la facultad discrecional de negar la equivalencia prescrita en el párrafo 2 del artículo III del GATT. En realidad, el Grupo Especial recomendó a las PARTES CONTRATANTES "que tomen nota de la declaración de los Estados Unidos según la cual lo más probable es que el tipo de gravamen penalizador no se aplique nunca".[530] Los Miembros de la OMC podrían sentirse de algún modo aliviados si los Estados Unidos expresaran en el procedimiento tramitado ante este Grupo Especial que lo más probable es que las disposiciones de los artículos 301 a 310 incompatibles con la OMC no se apliquen nunca. No obstante, en tal caso dicha afirmación tendría que valorarse teniendo en cuenta la prueba de las opiniones presentadas en la Declaración de Acción Administrativa.

5.39 El Brasil alega también que el Grupo Especial que examinó el asunto *Estados Unidos - Medidas que afectan a la importación, venta interna y utilización del tabaco* llegó a una conclusión análoga. Como los Estados Unidos no habían modificado todavía la estructura de los derechos ni habían dictado normas para aplicar el artículo 1106 (c), el Grupo Especial concedió a los Estados Unidos el beneficio de la duda, habida cuenta de su intención declarada de dictar una reglamentación que fuera compatible con las normas del GATT:

> "Los Estados Unidos habían indicado que era intención del Gobierno de los Estados Unidos y exigencia de la legislación estadounidense que los nuevos derechos de inspección que estableciera el Departamento fueran proporcionales al costo de los servicios prestados y habían señalado además que la modificación que requería que los derechos de inspección del tabaco importado fueran *comparables* a los aplicados al tabaco nacional no exigía que esos derechos fueran idénticos ni impedía que hubiera una estructura en la que los derechos de inspección de las importaciones fueran inferiores a los que gravaban a los productos nacionales y al propio tiempo proporcionales al costo de los servicios prestados."[531]

5.40 En opinión del Brasil, el ejemplo del Grupo Especial que examinó el asunto *Tailandia - Restricciones aplicadas a la importación de cigarrillos e impuestos internos sobre los cigarrillos*[532] es incluso menos apropiado. En este caso, ya se había dictado una reglamentación que estipulaba que se aplicaría un impuesto especial a los cigarrillos nacionales e importados con un tipo único del 55 por ciento.[533] Por lo tanto, al leer la conclusión citada por los Estados Unidos, se debe tener en cuenta que, si bien la legislación tailandesa aplicable al tabaco seguía permitiendo que las autoridades ejecutivas recaudaran impuestos discriminatorios, la reglamentación ya dictada impedía tal discriminación.

---

[528] Informe del Grupo Especial del asunto *Tailandia - Cigarrillos, op. cit.*

[529] Informe del Grupo Especial del asunto *Estados Unidos - Tabaco, op. cit.*

[530] Informe del Grupo Especial del asunto *Estados Unidos - Superfund, op. cit.*, párrafo 5.2.10.

[531] Informe del Grupo Especial que examinó el asunto *Estados Unidos - Tabaco, op. cit.*, párrafo 122.

[532] Informe del Grupo Especial que examinó el asunto *Tailandia - Cigarrillos, op. cit.*

[533] *Ibid.*, párrafo 43.

5.41 Según el Brasil, ningún grupo especial del GATT llegó jamás a las conclusiones alegadas por los Estados Unidos. En el marco del GATT de 1947, los grupos especiales formularon una distinción entre la legislación obligatoria y la legislación facultativa, pero nunca se entendió que la legislación obligatoria suponía "impedir toda posibilidad de compatibilidad" en todas las ocasiones.

5.42 A juicio del Brasil, los argumentos de los Estados Unidos tratan, por tanto, de sembrar la confusión con respecto al significado aparentemente claro del término "obligatoria". Además de eso, los Estados Unidos tratan de confundir el significado del término "facultativa". Así, los Estados Unidos alegan que "el USTR dispone de amplias facultades discrecionales, que incluyen la de no adoptar medidas en absoluto. Se establece expresamente que el USTR no debe adoptar medidas: 1) cuando el OSD haya adoptado un informe en el que se constate que no se están violando los derechos que corresponden a los Estados Unidos; 2) cuando el país extranjero "está adoptando medidas satisfactorias para proteger los derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud del acuerdo comercial", ha aceptado suprimir o eliminar gradualmente la práctica que violaba los derechos correspondientes a los Estados Unidos, o ha convenido ofrecer una compensación; 3) cuando la medida puede tener "un efecto negativo para la economía de los Estados Unidos claramente desproporcionado en comparación con los beneficios que se derivarían de la misma"; 4) o cuando la medida "puede causar un daño grave a la seguridad nacional de los Estados Unidos".

5.43 El Brasil alega asimismo que, además de tener en cuenta que el epígrafe bajo el que se enumeran estas disposiciones se denomina "Medidas imperativas", también se debe recordar que, en la medida en que se invoca la práctica anterior como elemento pertinente para determinar el contenido de las obligaciones derivadas de los tratados, sus conceptos también se deben interpretar de buena fe, de conformidad con el sentido corriente de los términos.

5.44 El Brasil señala que, según el Black's Law Dictionary[534], "cuando se aplica a los funcionarios públicos, facultad discrecional significa el poder o el derecho que les concede la ley de actuar oficialmente en determinadas circunstancias, según los dictados de su propia conciencia no subordinada al juicio o la conciencia de otros". Si se debe cumplir alguna condición con anterioridad, la definición precedente no es aplicable. Si la no adopción de medidas se hace depender, por ejemplo, de que un Miembro de la OMC haya "convenido una solución rápida al obstáculo para el comercio de los Estados Unidos, o a la restricción del mismo"[535], la "facultad discrecional" adquiere un significado muy especial.

5.45 El Brasil concluye que el principio *ex re sed non ex nomine* es un principio de buena fe. Este principio impide, entre otras cosas, que una parte utilice la forma de una ley para ocultar la comisión de lo que en realidad es un acto ilegítimo.

c) Otros argumentos

5.46 El Brasil alega asimismo que se deben tener en cuenta otros elementos. El primero de ellos es que la "manera lógica de avanzar" adoptada en el arbitraje del asunto *Bananos III* no constituye un precedente para la interpretación de la secuencia entre el párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22 del ESD. El Brasil también discrepa categóricamente de la afirmación de los Estados Unidos, de que el OSD "rechazó implícitamente" las opiniones de la mayoría de los Miembros de la OMC en lo relativo al párrafo 5 del artículo 21. El principio de automaticidad impidió que el OSD actuara de otro modo. No obstante, bastaría con leer las extensas actas correspondientes a la diferencia *Bananos III* para confirmar que jamás hubo ningún rechazo implícito de la secuencia obligatoria.

[534] Black's Law Dictionary, 4ª edición revisada (West Publishing Co., 1968).

[535] Artículo 301 (a) (2) (B) (ii) (II).

5.47 El Brasil también toma nota del concepto expuesto por Hong Kong, China, respecto de la decisión multilateral o a cargo de terceros. Esto es exactamente lo que el Brasil esperaba del ESD y es por ello que, como Corea, estimó que el todo único de la Ronda Uruguay constituyó un conjunto beneficioso para un país en desarrollo como el Brasil. El Brasil no suscribió el Acuerdo sobre la OMC para ser objeto de determinaciones unilaterales de no cumplimiento.

5.48 El Brasil señala que el tercer elemento se refiere a las repercusiones de la legislación de los Estados Unidos y a la preocupación estadounidense en el sentido de que se solicita al Grupo Especial que formule una declaración política.

5.49 El Brasil insiste en que, cuando examina este asunto, si bien no se trata de la aplicación concreta de la legislación, se está refiriendo a la cuestión de las medidas de retorsión y a las consecuencias de una posible retorsión, y Corea ha ilustrado este aspecto con mucha claridad. En otras palabras, la legislación estadounidense que se examina es un instrumento unilateral para ejercer presiones políticas y económicas. Aunque el Brasil está de acuerdo en que el Grupo Especial no debe entablar un debate sobre la popularidad de la ley estadounidense, el Grupo Especial no debe dejar de lado las consecuencias de los artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974 sobre los derechos y obligaciones dimanantes de la OMC por el hecho de que esto tenga connotaciones políticas.

5.50 El Brasil resume su opinión del modo siguiente: existe un conflicto inconciliable entre las disposiciones de los artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974, que ordena o autoriza medidas que son ilegítimas en el marco de la OMC en virtud del artículo 23 del ESD y el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC. Por consiguiente, el Brasil considera que el Grupo Especial debe afirmar que los Miembros tienen una obligación incondicional de poner su legislación en conformidad con las disposiciones de la OMC.

3. Conclusión

5.51 El Brasil recuerda que los Estados Unidos pueden reclamar una gran parte del mérito por las mejoras introducidas en el procedimiento de solución de diferencias de la OMC. Durante las negociaciones, los Estados Unidos superaron muchas objeciones, incluidas las postuladas inicialmente por el Brasil. La renuencia del Brasil se basaba en el temor de que los principales interlocutores comerciales exigieran el cumplimiento por parte de los pequeños países, negándose al mismo tiempo a acatar las normas más estrictas en materia de solución de diferencias.

5.52 El Brasil observa asimismo que el sistema de solución de diferencias de la OMC aún puede producir beneficios semejantes a los de un procedimiento plenamente vinculante, sin invadir indebidamente la soberanía de los Miembros. Resultaría paradójico que el sistema de solución de diferencias que los Estados Unidos lucharon tanto por establecer se viera desacreditado por la negativa de los Estados Unidos a aplicar sus disposiciones de buena fe.

5.53 En opinión del Brasil, algunas partes de los artículos 301 a 310 cumplen un propósito útil, como la delegación de competencia del Congreso de los Estados Unidos al poder ejecutivo y el procedimiento para la iniciación de las reclamaciones de los ciudadanos.

5.54 No obstante, el Brasil considera que existe un conflicto inconciliable entre las disposiciones que ordenan o autorizan medidas que son ilegítimas en el marco de la OMC en virtud del artículo 23 del ESD y el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC. Por consiguiente, considera que el Grupo Especial no debe limitar sus conclusiones a reiterar la práctica tradicional del GATT, sino que debe afirmar que los Miembros tienen la obligación incondicional de poner su legislación en conformidad con las disposiciones de la OMC.

B. CANADÁ

1. Introducción

5.55 **El Canadá acoge con satisfacción** la oportunidad de participar en el procedimiento de este Grupo Especial establecido a raíz de la solicitud formulada por la Comisión Europea ante el Órgano de Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio, respecto de los artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de los Estados Unidos de 1974. En este contexto, el Canadá desea destacar sus preocupaciones específicas respecto de los artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974 (denominados en conjunto "legislación 301") bajo la forma de una comunicación en calidad de "tercero", de conformidad con el artículo 10 del Entendimiento relativo a las normas y procedimiento por los que se rige la solución de diferencias.

5.56 El Canadá cree firmemente que las diferencias que se plantean entre los Miembros con relación a las obligaciones dimanantes de la OMC deben abordarse en el marco de los parámetros establecidos en el ESD. A juicio del Canadá, la aplicación de la legislación 301, que da lugar a la imposición unilateral de medidas de retorsión como respuesta a infracciones del Acuerdo sobre la OMC, presuntas o demostradas, sin obtener la autorización necesaria para esas medidas de retorsión del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC viola el ESD en particular y el multilateralismo en general. Tal amenaza de sanciones unilaterales y su utilización efectiva es fundamentalmente incompatible con el sistema multilateral de comercio y amenaza la viabilidad y la estabilidad general del régimen de solución de diferencias de la OMC.

5.57 Como cuestión preliminar, el Canadá desea observar que tiene en cuenta que la legislación 301 se puede aplicar a situaciones planteadas en el marco de acuerdos comerciales distintos del Acuerdo sobre la OMC, a países que no son miembros de la OMC o a situaciones que no están sujetas a obligaciones en el marco de la OMC. El Canadá reconoce que estas situaciones no están sujetas al procedimiento de solución de diferencias de la OMC a menos que de algún modo violen obligaciones de las que sean acreedores los Miembros de la OMC. En consecuencia, la actual comunicación del Canadá no se refiere a dichas situaciones.

2. Las medidas en cuestión

5.58 El Canadá explica que el artículo 301 (a) (1) de la Ley de Comercio Exterior de 1974 exige que el USTR determine[536] si una ley, política o práctica de un país extranjero infringe o niega las ventajas o los derechos correspondientes a los Estados Unidos en virtud de algún acuerdo comercial u obstaculiza o limita de forma "injustificable" el comercio de los Estados Unidos.

5.59 En opinión del Canadá, la legislación 301 reúne elementos obligatorios y facultativos. Las medidas que conducen a la imposición de sanciones comerciales con arreglo al artículo 301 pueden comenzar como resultado de una solicitud presentada por una persona interesada[537] o como resultado de una investigación iniciada por el USTR.[538] El USTR no está obligado a iniciar una investigación

[536] El Canadá señala que los artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974, modificada, requieren la formulación de numerosas "determinaciones". Esto representa más que meras declaraciones de política o posiciones negociadoras. El resultado de esas determinaciones son actos formales del Gobierno de los Estados Unidos y da lugar a las consecuencias jurídicas establecidas en la legislación.

[537] Artículo 302 (a) (1) de la Ley de Comercio Exterior de 1974, modificada.

[538] Artículo 302 (b) (1) (A) de la Ley de Comercio Exterior de 1974, modificada.

solicitada por un peticionante, pero si adopta la decisión de no hacerlo, debe publicar un anuncio en el *Federal Register* que incluya un resumen de los motivos para no iniciar la investigación.[539]

5.60 El Canadá señala que existen básicamente dos tipos de asuntos que pueden dar lugar a la aplicación del artículo 301 (a). El primer tipo es la denegación de ventajas que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo comercial[540], con inclusión de los Acuerdos de la OMC, o la infracción de dicho acuerdo. El otro tipo de asunto que puede dar lugar a la aplicación del artículo 301 es que una ley, política o práctica de un país extranjero sea injustificable y obstaculice o limite el comercio de los Estados Unidos.[541]

5.61 El Canadá subraya que la legislación 301 establece plazos específicos y definitivos en los que se deben adoptar determinadas medidas. Entre otros ejemplos, cabe citar los siguientes:

a) Cuando la presunta infracción de un acuerdo comercial sea objeto de una investigación y no se pueda alcanzar una solución mutuamente aceptable dentro de los plazos establecidos en la legislación[542], el USTR está obligado por la ley a iniciar rápidamente el procedimiento de solución de diferencias previsto en el acuerdo comercial.

b) En el caso de una investigación sujeta a un procedimiento de solución de diferencias en el marco de un acuerdo comercial, el USTR debe determinar si el asunto en cuestión "puede dar lugar a la imposición de medidas" de conformidad con el artículo 301, dentro de un plazo determinado.[543]

---

[539] Artículo 302 (a) (3) de la Ley de Comercio Exterior de 1974, modificada.

[540] Artículos 301 (a) (1) (A) y 301 (a) (1) (B) (i) de la Ley de Comercio Exterior de 1974, modificada.

[541] Artículo 301 (a) (1) (B) (ii) de la Ley de Comercio Exterior de 1974, modificada. El Canadá observa que, con arreglo al artículo 301 (d) (2), las leyes, políticas o prácticas que obstaculizan o limitan el comercio de los Estados Unidos se definen como leyes, políticas o prácticas considerados "no razonables" con arreglo al artículo 301 (d) (3) (B) aunque puedan no ser incompatibles con los derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud del derecho internacional. El artículo 301 (d) (3) (B) no es una definición taxativa, por lo que no es posible determinar en base a ella qué otras medidas pueden hacer que un país sea objeto de sanciones comerciales estadounidenses, pese a que dicho país no infrinja el derecho internacional. El Canadá observa asimismo que en el segundo tipo de asuntos (es decir, las leyes, políticas o prácticas considerados injustificables y que obstaculizan o limitan el comercio de los Estados Unidos) figuran los casos en que los Estados Unidos consideren que se niega la oferta justa y equitativa de una protección adecuada y efectiva de los derechos de propiedad intelectual, "con independencia del hecho de que el país extranjero cumpla las obligaciones específicas derivadas del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio [...]" negociado en la Ronda Uruguay. En consecuencia, la legislación 301 expone a los países extranjeros a sanciones comerciales de los Estados Unidos por actos considerados incorrectos en materia de propiedad intelectual, aunque ese país cumpla los compromisos que los Miembros de la OMC acordaron en las negociaciones que dieron lugar al Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.

[542] El Canadá observa que este plazo es: i) la fecha de vencimiento del plazo para las consultas que se señale en el acuerdo comercial; o ii) 150 días después de la fecha en que se iniciaron las consultas, si este plazo es más breve que el anterior. Véase el artículo 303 (a) (2) de la Ley de Comercio Exterior de 1974, modificada.

[543] El Canadá observa que este plazo es: i) 30 días después de la fecha en que haya concluido el procedimiento formal de solución de diferencias; o 2) 18 meses después de la fecha en que se haya iniciado la investigación con arreglo al artículo 301, si este plazo es más breve que el anterior. Véase el artículo 304 (a) (2) de la Ley de Comercio Exterior de 1974, modificada.

c) Cuando el USTR determina que un asunto puede dar lugar a la imposición de medidas de conformidad con el artículo 301, las medidas de retorsión se deben aplicar normalmente a más tardar 30 días después de formulada esa determinación.[544]

5.62 El Canadá explica que en el caso de la aplicación de recomendaciones del mecanismo de solución de diferencias de la OMC, cuando el USTR considere que un Miembro de la OMC no ha aplicado una recomendación formulada en el marco de ese mecanismo de solución de diferencias, el USTR debe determinar, a más tardar 30 días después del vencimiento del plazo prudencial establecido con arreglo al artículo 21 del ESD, qué nuevas medidas adoptará el USTR de conformidad con el artículo 301 (a).[545]

5.63 El Canadá observa que las disposiciones en cuestión utilizan la forma imperativa (el verbo "shall" en el texto inglés). Incumbe a los Estados Unidos la carga de demostrar que toda medida mencionada en esas disposiciones no es obligatoria conforme a la legislación estadounidense.

5.64 El Canadá alega específicamente que el artículo 304 (a) (2) de la Ley de Comercio Exterior de 1974 exige que, al determinar si se están negando los derechos que corresponden a los Estados Unidos, el USTR debe hacerlo 30 días después de la fecha en que haya concluido el procedimiento formal de solución de diferencias, o 18 meses después de la fecha en que se haya iniciado la investigación con arreglo al artículo 301, si este plazo es inferior al anterior.

5.65 Según el Canadá, si bien es ciertamente posible que el procedimiento de solución de diferencias de la OMC se termine dentro de los 18 meses, la práctica de la OMC demuestra que ciertos factores, como las demoras en la elección del grupo especial, la prórroga de los plazos por los grupos especiales o el Órgano de Apelación, y los retrasos en materia de traducción y otras cuestiones logísticas, pueden dar lugar a que las diferencias no queden resueltas dentro del plazo de 18 meses, lo que efectivamente suele ocurrir.

5.66 El Canadá señala además que una determinación positiva de conformidad con el artículo 304 (a) (2) exige que el USTR imponga las sanciones previstas en el artículo 301 (c), que normalmente se deben aplicar a más tardar 30 días después de formulada esa determinación.[546] El Canadá observa nuevamente que la legislación utiliza la forma imperativa ("shall" en la versión inglesa).

5.67 El Canadá observa que las facultades de retorsión de que dispone el USTR de conformidad con el artículo 301 para: i) suspender o retirar los beneficios que supongan las concesiones hechas para dar cumplimiento a un acuerdo comercial; ii) imponer derechos u otras restricciones a la importación a las mercancías del país extranjero durante el período de tiempo que el USTR considere adecuado; o iii) establecer acuerdos con el país extranjero para suprimir la ley, política o práctica que sería objeto de la determinación o para ofrecer a los Estados Unidos unos beneficios comerciales compensatorios[547], están sujetas, en su caso, a las instrucciones del Presidente. Aunque la disposición del artículo 301 (a) (1) relativa a las instrucciones del Presidente puede crear la posibilidad de que éste dé instrucciones formales sobre el tipo de sanción a aplicar, ello no suprime la exigencia legislativa de que el poder ejecutivo de los Estados Unidos debe actuar. Resulta claro que el artículo 301 (b) no suprime la exigencia de actuar cuando se dan las circunstancias previstas en ese artículo. Si la

[544] El Canadá observa que este plazo se puede prorrogar por un máximo de 180 días cuando se producen las circunstancias específicas mencionadas en el artículo 305 (2) (A).

[545] Artículo 306 (b) (2) de la Ley de Comercio Exterior de 1974, modificada. El Canadá observa que se debe tener en cuenta que el artículo 301 (a) lleva el título "Medidas imperativas".

[546] Artículos 301 (a) (1) y 305 (a) (1) de la Ley de Comercio Exterior de 1974, modificada. Véase también la nota de pie de página 9.

[547] Artículo 301 (c) de la Ley de Comercio Exterior de 1974, modificada.

disposición que autoriza al Presidente a impartir instrucciones específicas sobre la medida que se ha de adoptar tenía el propósito de incluir la capacidad de eliminar la exigencia impuesta por el Congreso de los Estados Unidos, ese propósito debía haberse declarado expresamente, tal como se hizo en el artículo 301 (b).

3. Argumentos de derecho

5.68 El Canadá sostiene que la exigencia de que se apliquen las medidas de retorsión cuando el USTR formula una determinación positiva de conformidad con el artículo 304 de ningún modo está supeditada a la aprobación de esa medida por el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC ("OSD"). Cuando los plazos legales establecidos en el artículo 304 (a) (2) vencen con anterioridad a la autorización de medidas de retorsión concedida por el OSD con arreglo al artículo 22 del ESD, el USTR está obligado, sin perjuicio de ello, a determinar las medidas de retorsión apropiadas que se deben adoptar contra el Miembro infractor. Si bien el ESD establece que la "pronta" solución de las diferencias entre los Miembros es esencial para el funcionamiento eficaz de la OMC y para el mantenimiento de un equilibrio adecuado entre los derechos y obligaciones de los Miembros, es posible que la solución de una diferencia no se alcance dentro de los plazos establecidos en el artículo 304 (a) (2).

5.69 Según el Canadá, cuando se ha formulado una determinación positiva de conformidad con el artículo 304 (a) (2), comienza a ser aplicable el artículo 305 (a) (1). Con arreglo a esa disposición, la medida que se ha determinado apropiada en virtud del artículo 304 (a) (1) se convierte en obligatoria. Eso debe ocurrir a más tardar 30 días después de la fecha en que se haya formulado la determinación con arreglo al artículo 304 (a) (1).

5.70 El Canadá sostiene asimismo que, de modo análogo, la aplicación de medidas de retorsión contra un Miembro de la OMC con arreglo a los artículos 306 (b) y 301 (a), en ausencia de la aprobación de tales medidas por el OSD, constituiría claramente una infracción del artículo 23 del ESD. Tal determinación a cargo del USTR da lugar a la aplicación de medidas de retorsión contra un país extranjero dentro de los 30 días, sin tener en cuenta que se haya o no constatado, de conformidad con los procedimientos de la OMC, que el otro Miembro no ha cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD. Esto daría lugar a medidas de retorsión no autorizadas por el OSD.

5.71 En opinión del Canadá, el texto liso y llano del artículo 23 contiene la obligación de los Miembros de la OMC de abstenerse de adoptar medidas unilaterales. El párrafo 1 del artículo 23, titulado *Fortalecimiento del sistema multilateral*, establece:

> "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." (Se han añadido las cursivas.)

5.72 El Canadá aduce también que el artículo 23 del ESD obliga a los Miembros a seguir los procedimientos que figuran en el ESD para reparar el incumplimiento de obligaciones dimanantes de la OMC, presuntas o demostradas. Las medidas de retorsión adoptadas con arreglo a la legislación 301 antes de la aprobación del OSD infringen el párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD, que dispone que los Miembros de la OMC "no formularán una determinación de que se ha producido una infracción [...] excepto mediante el recurso a la solución de diferencias de conformidad con las normas y procedimientos del presente Entendimiento". Un Miembro que formule unilateralmente la determinación de que la medida adoptada por otro Miembro es incompatible con sus obligaciones dimanantes de la OMC infringe claramente el artículo 23 del ESD. Un Miembro que formule unilateralmente la determinación de que otro Miembro no ha puesto una medida considerada incompatible con un acuerdo abarcado en conformidad con dicho acuerdo infringe también el

artículo 23, ya que el ESD establece un procedimiento para determinar la compatibilidad de la medida. Tal determinación unilateral de no cumplimiento, sin recurrir al procedimiento previsto en el ESD, equivale a una determinación de que dicha infracción se ha producido sin recurrir al procedimiento de solución de diferencias ante el OSD.

5.73 El Canadá hace notar que también dispone de base legislativa para suspender concesiones en respuesta a las medidas adoptadas por otros países. El párrafo 1 del artículo 13 de la Ley de aplicación del Acuerdo sobre la Organización Mundial del Comercio[548] concede al Gobierno del Canadá la base legislativa para adoptar medidas de retorsión con arreglo a la legislación federal, suspendiendo derechos o privilegios otorgados por el Canadá a un Miembro de la OMC. Sin embargo, a diferencia del artículo 301, el Gobierno canadiense está expresamente autorizado a hacerlo con la finalidad de suspender, de conformidad con el Acuerdo sobre la OMC, la aplicación a un Miembro de la OMC de concesiones u obligaciones de efecto equivalente de conformidad con el artículo 22 del ESD. En consecuencia, la legislación canadiense exige que el ejercicio de estas atribuciones se efectúe de conformidad con las obligaciones del Canadá en el marco de la OMC. En particular, se autoriza la adopción de medidas para suspender concesiones con arreglo al artículo 22 del ESD. Como existe en el derecho canadiense la presunción de que una ley no surte efectos retrospectivamente para afectar a los derechos, a menos que se exprese claramente esa intención o que ello se deduzca necesariamente[549], la suspensión de concesiones sólo se puede aplicar con posterioridad a la autorización, otorgada por el OSD, de suspender concesiones u otras obligaciones de conformidad con el artículo 22.

5.74 El Canadá desea distinguir la legislación 301 del tipo de asunto planteado en el caso *Tailandia - Restricciones aplicadas a la importación de cigarrillos e impuestos internos sobre los cigarrillos*.[550] En ese caso, el Grupo Especial se ocupó de una disposición de autorización que permitía a las autoridades ejecutivas aplicar impuestos discriminatorios. El Grupo Especial llegó a la conclusión de que la posibilidad de que la ley en cuestión pudiera aplicarse de una manera contraria al GATT no era suficiente para que dicha ley fuera incompatible con el Acuerdo General. En el caso presente, la legislación exige que la determinación relativa a la compatibilidad de las medidas adoptadas por un país se adopte dentro de los 30 días posteriores a la conclusión del procedimiento de solución de diferencias. La publicación de los Estados Unidos titulada "The Uruguay Round Agreements Act: Statement of Administrative Action" parece indicar que los Estados Unidos consideran que la conclusión del procedimiento de solución de diferencias de la Ronda Uruguay representa el final del plazo prudencial para aplicar el informe del grupo especial o del Órgano de

---

[548] S. C. 1994, c. 47. El párrafo 1 del artículo 13 establece lo siguiente:

"13 1) El Gobernador en Consejo, a los fines de suspender, de conformidad con el Acuerdo, la aplicación a un Miembro de la OMC de concesiones u obligaciones de efecto equivalente con arreglo al artículo 22 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias que figura en el Anexo 2 del Acuerdo podrá, mediante una orden, adoptar una o más de las medidas siguientes:

a) suspender los derechos o privilegios concedidos por el Canadá a ese Miembro, o a mercancías, proveedores de servicios, proveedores, inversores o inversiones de ese Miembro en virtud del Acuerdo o de una ley federal;

b) modificar o suspender la aplicación de cualquier ley federal con respecto a ese Miembro o a mercancías, proveedores de servicios, proveedores, inversores o inversiones de ese Miembro;

c) hacer extensiva la aplicación de toda ley federal a ese Miembro o a mercancías, proveedores de servicios, proveedores, inversores o inversiones de ese Miembro; y

d) tomar cualquier otra medida que el Gobernador en Consejo considere necesaria."

[549] E. A. Dreidger, "The Composition of Legislation" (2ª edición); Department Of Justice: Ottawa, Ontario, 1976.

[550] Informe del Grupo Especial que examinó el asunto *Tailandia - Cigarrillos*, *op. cit.*

Apelación.[551] Al Canadá le interesaría saber si los Estados Unidos tienen una interpretación distinta respecto de cuándo concluye el procedimiento de solución de diferencias de la OMC. A diferencia del régimen tailandés de impuestos internos sobre los cigarrillos, que tenía un carácter totalmente discrecional hasta el momento en que las autoridades de Tailandia aplicaban el impuesto, la legislación 301 tiene elementos obligatorios que pueden exigir que los Estados Unidos formulen una determinación unilateral respecto de la compatibilidad de las medidas de otro país con las normas de la OMC e impongan sanciones comerciales como respuesta. El Grupo Especial que examinó el asunto *Tailandia - Cigarrillos* reconoció que la legislación que exigía imperativamente a la autoridad ejecutiva una actuación incompatible con las obligaciones dimanantes del GATT constituía una infracción "[...] tanto si ya había surgido como si todavía no había surgido la ocasión de su aplicación efectiva [...]".[552]

5.75 Respondiendo a las preguntas de los Estados Unidos, el Canadá afirma que, como asunto preliminar y antes de responder a esas preguntas, desea hacer notar que las medidas en cuestión son las de los Estados Unidos y no las de ningún otro Miembro. En consecuencia, las prácticas de cualquier otro Miembro y su compatibilidad con las obligaciones dimanantes de la OMC no guardan relación con las cuestiones planteadas ante este Grupo Especial. No obstante, y sin perjuicio de ello, el Canadá ofrece las siguientes respuestas con la intención de ayudar a resolver las amplias cuestiones sistémicas que tiene ante sí el Grupo Especial.

5.76 El Canadá destaca que su base legislativa para suspender concesiones como respuesta a las medidas de otros países figura en el párrafo 1) del artículo 13 de la *World Trade Organization Agreement Implementation Act (Ley de aplicación del Acuerdo sobre la Organización Mundial del Comercio)*, Statutes of Canadá, 1994, c.47. Aunque el párrafo 2) del artículo 13 de la Ley no resulta pertinente para los Miembros de la OMC, el Canadá reproduce a continuación el artículo 13 en su totalidad.

"Órdenes

13 1) Órdenes de suspensión de concesiones

13.1) El Gobernador en Consejo, a los fines de suspender, de conformidad con el Acuerdo, la aplicación a un Miembro de la OMC de concesiones u obligaciones de efecto equivalente con arreglo al artículo 22 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias que figura en el Anexo 2 del Acuerdo podrá, mediante una orden, adoptar una o más de las medidas siguientes:

a) suspender los derechos o privilegios concedidos por el Canadá a ese Miembro, o a mercancías, proveedores de servicios, proveedores, inversores o inversiones de ese Miembro en virtud del Acuerdo o de una ley federal;

b) modificar o suspender la aplicación de cualquier ley federal con respecto a ese Miembro o a mercancías, proveedores de servicios, proveedores, inversores o inversiones de ese Miembro;

c) hacer extensiva la aplicación de toda ley federal a ese Miembro o a mercancías, proveedores de servicios, proveedores, inversores o inversiones de ese Miembro; y

[551] Statement of Administrative Action, *op. cit.*, páginas 365 y 366.

[552] Informe del Grupo Especial que examinó el asunto *Tailandia - Cigarrillos*, *op. cit.*, párrafo 84.

d) tomar cualquier otra medida que el Gobernador en Consejo considere necesaria.

13 2) Suspensión de concesiones a países que no son Miembros de la OMC

2) El Gobernador en Consejo podrá, con respecto a un país que no sea Miembro de la OMC, mediante una orden, adoptar una o más de las medidas siguientes:

a) suspender los derechos o privilegios concedidos por el Canadá a ese país o a mercancías, proveedores de servicios, proveedores, inversores o inversiones de ese país en virtud del Acuerdo o de una ley federal;

b) modificar o suspender la aplicación de cualquier ley federal con respecto a ese país o a mercancías, proveedores de servicios, proveedores, inversores o inversiones de ese país;

c) hacer extensiva la aplicación de toda ley federal a ese país o a mercancías, proveedores de servicios, proveedores, inversores o inversiones de ese país; y

d) tomar cualquier otra medida que el Gobernador en Consejo considere necesaria.

13 3) Vigencia de la orden

3) Salvo que sea derogada, una orden formulada de conformidad con los párrafos 1) o 2) surtirá efecto durante el período indicado en la misma.

13 4) Definición de "país"

4) En el presente artículo, se entiende por "país" todo Estado o territorio aduanero separado que pueda convertirse en Miembro de la OMC de conformidad con el Acuerdo".

5.77 El Canadá explica que, de conformidad con el artículo 10 de la *Departament of Foreign Affairs and International Trade Act (Ley del Departamento de Relaciones Exteriores y Comercio Internacional)*, modificada (Revised Statutes of Canada, 1985, capítulo E-22), las atribuciones, derechos y funciones del Ministro de Relaciones Exteriores abarcan e incluyen todos los asuntos sobre los cuales tiene jurisdicción el Parlamento, y que no hayan sido atribuidas por ley a otro departamento, junta u organismo del Gobierno del Canadá, relativas a la conducción de las relaciones exteriores del Canadá, con inclusión del comercio internacional y el comercio y el desarrollo internacionales. El Ministro de Comercio Internacional es designado de conformidad con el artículo 3 de la Ley del Departamento de Relaciones Exteriores y Comercio Internacional para ayudar al Ministro de Relaciones Exteriores a desempeñar sus responsabilidades relacionadas con el comercio internacional. El Canadá ha suscrito el Acuerdo sobre la OMC y este Acuerdo fue aprobado por el Parlamento del Canadá mediante el artículo 8 de la *Ley de aplicación del Acuerdo sobre la Organización Mundial del Comercio* (véase la cita en el párrafo anterior). Estas facultades dan al Canadá atribuciones para ejercitar sus derechos de conformidad con el Acuerdo sobre la OMC.

5.78 El Canadá señala asimismo que, antes de solicitar la celebración de consultas o el establecimiento de un grupo especial de conformidad con el ESD, el Canadá habrá llegado a la conclusión de que existe una diferencia entre el Canadá y otro Miembro de la OMC con respecto a uno de los acuerdos abarcados de la OMC o a un Acuerdo Comercial Plurilateral en los que son parte el Canadá y el otro Miembro de la OMC. Antes de llevar a cabo esta acción, el Canadá habrá llegado a

la conclusión de que su reclamación es legítima y de que el asunto es susceptible de ser resuelto de conformidad con el ESD.

5.79 El Canadá alega que el párrafo 2 a) del artículo 23 establece expresamente que se autoriza el recurso al mecanismo de solución de diferencias de conformidad con el ESD. Al solicitar la celebración de consultas o el establecimiento de grupos especiales en virtud del ESD, el Canadá actúa con arreglo al ESD y, por tanto, en conformidad con el párrafo 2 a) del artículo 23. El Canadá señala que es interesante observar que los redactores del ESD escogieron específicamente la palabra "determinación" al redactar el artículo 23, que resulta ser el mismo término utilizado en la Ley de Comercio Exterior de 1974.

5.80 El Canadá sostiene que sus medidas son plenamente compatibles con sus obligaciones internacionales y en particular con las obligaciones dimanantes del *Acuerdo sobre la OMC*. Si se determina, de conformidad con el ESD, que una medida es incompatible con las obligaciones del Canadá, el Canadá adoptará las medidas apropiadas para suprimir la incompatibilidad o para reparar la anulación o menoscabo de ventajas resultantes para otros Miembros, según se haya determinado.

5.81 A juicio del Canadá, la práctica anterior del GATT[553] ha establecido claramente que, cuando se trata de una legislación obligatoria, no se puede alegar como defensa que dicha legislación no ha sido aplicada o ejecutada de forma contraria a los Acuerdos de la OMC. La mera existencia de una legislación obligatoria influye en las decisiones de los agentes económicos y, como tal, tiene un efecto desalentador.

5.82 En respuesta a la pregunta del Grupo Especial respecto de si el párrafo 2 del artículo 23 del ESD prohíbe toda determinación sobre la compatibilidad con la OMC o toda determinación de que se ha producido una infracción, el Canadá afirma que el párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD prohíbe las determinaciones de no compatibilidad con las obligaciones dimanantes de la OMC o de anulación o menoscabo o de que se ha comprometido el cumplimiento de los objetivos del acuerdo abarcado de la OMC, excepto mediante el recurso a los procedimientos del ESD. El artículo no prohíbe que se realice una determinación de la compatibilidad con las normas de la OMC. Tal prohibición sería contraria a los objetivos del párrafo 7 del artículo 3 del ESD, en el que se establece que "[s]e debe dar siempre preferencia a una solución mutuamente aceptable para las partes en la diferencia y que esté en conformidad con los acuerdos abarcados".

5.83 El Canadá aduce asimismo que la respuesta a esta pregunta debe ser necesariamente de carácter especulativo, ya que en la pregunta no se indica la base del razonamiento que se aplicaría para constatar la incompatibilidad. El ESD es aplicable a las medidas de los Miembros de la OMC que menoscaban ventajas resultantes para otros Miembros de la OMC en virtud de algún acuerdo abarcado. En función del razonamiento en que se basara la conclusión de que los artículos 301 a 310 son incompatibles con las normas de la OMC, una medida de los Estados Unidos, aplicable con arreglo a los procedimientos del ESD, que dispusiera que dichos artículos sólo se podrían aplicar de manera compatible con el ESD eliminaría la incompatibilidad con las normas de la OMC y proporcionaría una reparación a la situación de no cumplimiento.

4. Conclusión

5.84 El Canadá alega que el carácter obligatorio de la legislación 301 resulta claro a pesar de que existen diversos casos en los que se podría adoptar una determinación que pondría fin a la aplicación de la legislación. El Canadá destaca su reconocimiento de que la legislación 301 reúne elementos obligatorios y facultativos. Estas oportunidades de autocontrol no modifican el hecho de que la

[553] Informe del Grupo Especial que examinó el asunto *Estados Unidos - Bebidas derivadas de la malta, op. cit.*

legislación 301 puede llevar a una situación en la que se ordenen medidas de retorsión sin tener en cuenta la situación jurídica del asunto en el marco del ESD.

5.85 El Canadá aduce también que son bien conocidos los hechos que rodearon la cronología de la decisión de los árbitros en el procedimiento de arbitraje tramitado con arreglo al párrafo 6 del artículo 22 del ESD entre las Comunidades Europeas y los Estados Unidos con respecto al cumplimiento por las CE de las recomendaciones del OSD relativas al régimen de importación de bananos de las CE. El Canadá no tiene la intención de añadir más elementos a la descripción de los hechos realizada por las CE sobre este particular. Esos hechos demuestran que el procedimiento de solución de diferencias del OSD no coincide necesariamente con los plazos establecidos en la legislación 301 de los Estados Unidos, con arreglo a los cuales los Estados Unidos adoptaron las medidas indicadas por las Comunidades Europeas. Este Grupo Especial debe señalar claramente a los Miembros de la OMC que tal aplicación de la legislación interna, suspendiendo beneficios y concesiones dimanantes de la OMC sin la autorización del OSD, da lugar a una infracción de las obligaciones que incumben a los Miembros en virtud del ESD.

5.86 El Canadá sostiene que el Grupo Especial debe constatar que, cuando el texto legal de los artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de los Estados Unidos de 1974 tiene como resultado una determinación unilateral de que otro Miembro ha infringido las normas de la OMC o bien la aplicación de medidas de retorsión contra otro Miembro sin autorización del OSD, tales medidas y las disposiciones obligatorias que las exigen son incompatibles con las obligaciones de los Estados Unidos en el marco del Entendimiento sobre Solución de Diferencias.

C. CUBA

1. Introducción

5.87 **Cuba expresa** que posee un interés sistémico sustancial en la presente diferencia, que reviste importancia para todo el sistema de relaciones comerciales entre los Miembros de la Organización. La cuestión principal de este caso es el principio de la adopción multilateral de decisiones, que constituye la piedra angular de la OMC, sobre la cual se basa su funcionamiento.

2. Argumentos de derecho

5.88 Cuba recuerda que todos los Miembros de la OMC han aceptado libremente pertenecer a un sistema multilateral basado en normas, las cuales deben ser respetadas. Con ese fin, están obligados a asegurar que su legislación nacional se adecúe y responda a esas reglas. Sin la seguridad de que todos los Miembros las acatarán, no existe la certeza de un verdadero sistema multilateral que responda a los intereses de todos.

5.89 Cuba considera que los conflictos derivados de las medidas adoptadas por los Miembros en sus relaciones mutuas se deben resolver multilateralmente y según lo dispuesto en el Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias. Toda acción unilateral adoptada por un país es perjudicial para la previsibilidad y la estabilidad del mecanismo de solución de diferencias y para la confianza en el mismo, y constituye una flagrante violación de los principios, objetivos y normas de la OMC y de los compromisos adquiridos en el marco de negociaciones multilaterales. Varias declaraciones ministeriales adoptadas en este foro lo confirman. El recurso a medidas unilaterales alienta respuestas unilaterales, lo que agudiza y extiende los conflictos en lugar de contribuir a su solución.

5.90 Cuba observa que el ESD es el conjunto de normas aplicables para formular determinaciones en cuanto a si una ley, política o práctica de un Miembro es incompatible con los acuerdos abarcados de la OMC. También establece las disposiciones relativas a la aplicación de sanciones a los Miembros que infrinjan las normas multilaterales.

5.91 Cuba alega que los artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de los Estados Unidos de 1974 establecen un procedimiento unilateral para la aplicación de sanciones contra otros Estados, con inclusión de los Miembros de la OMC, si los Estados Unidos consideran que sus intereses comerciales son afectados. Los plazos previstos para llevar a término el procedimiento son distintos de los fijados en el ESD e incompatibles con los mismos. Las medidas en cuestión son adoptadas sobre la base de determinaciones unilaterales, al margen del Órgano de Solución de Diferencias y sin su autorización previa. Su duración constituye también una decisión unilateral de los Estados Unidos. Por lo tanto, este último país se convierte en juez y parte en los conflictos comerciales internacionales.

5.92 Cuba sostiene asimismo que el sistema normativo de la OMC se basa en los principios del derecho internacional público, del que constituye un subsistema especializado. A este respecto, las disposiciones antes mencionadas de la Ley de Comercio Exterior de 1974 violan el principio de igualdad soberana de los Estados, que es uno de los fundamentos básicos del derecho internacional público, con arreglo al cual, en el pleno ejercicio de su soberanía, todos los Estados gozan de iguales derechos y al mismo tiempo están obligados a respetar las reglas que rigen sus relaciones mutuas. Además transgreden el principio "*pacta sunt servanda*" que regula el cumplimiento de los tratados, con arreglo al cual los signatarios de un convenio internacional deben cumplir las disposiciones acordadas.

5.93 Cuba señala además que, en la diferencia en que Cuba está interesada, otro factor importante es la particularidad del sistema jurídico de los Estados Unidos, en el que la ley nacional prevalece sobre la internacional cuando existe un conflicto de normas, sin tener en cuenta el momento en que se haya dictado una u otra norma. Al hacer prevalecer la ley nacional frente a la ley multilateral, los Estados Unidos restringen el cumplimiento pleno de sus obligaciones contraídas en virtud de convenios internacionales, limitando así la confianza en sus compromisos.

5.94 Cuba aduce asimismo que, en lo que se refiere a esta Organización, de conformidad con el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo por el que se establece la OMC, es responsabilidad de los Miembros asegurar que su legislación nacional y procedimientos administrativos sean compatibles con las obligaciones que le imponen los acuerdos abarcados. La Ley de Comercio Exterior de 1974 representa una violación de este precepto.

5.95 En opinión de Cuba, la Ley mencionada hace caso omiso de los procedimientos previstos en el ESD, al que todos los Miembros confían la custodia de sus derechos y obligaciones. Dicha Ley deja de lado el compromiso de ajustarse a los principios establecidos en el artículo 3, así como las disposiciones relativas a la vigilancia de la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del Órgano de Solución de Diferencias y las referidas a la compensación o suspensión de concesiones, previstas en los artículos 21 y 22 del ESD.

5.96 Cuba sostiene que, al adoptar estas medidas unilaterales, los Estados Unidos debilitan el sistema multilateral de comercio y soslayan el artículo 23 del ESD, que establece que los Miembros no formularán una determinación de que se ha producido una infracción, se han anulado o menoscabado ventajas o se ha comprometido el cumplimiento de los objetivos de los acuerdos abarcados, excepto mediante el recurso a la solución de diferencias de conformidad con los procedimientos del ESD. La legislación mencionada también estimula el recurso a prácticas ajenas a las normas del comercio internacional y crea una situación de incertidumbre y falta de respeto hacia las disposiciones acordadas multilateralmente.

5.97 Cuba aduce también que esta cuestión no sólo se refiere a la existencia de la infracción provocada por la legislación antes mencionada, sino también a la consiguiente anulación o menoscabo de las ventajas legítimas resultantes para los Miembros, directa o indirectamente, del GATT de 1994 y de su participación en la OMC, en el sentido del artículo XXIII del GATT de 1994.

5.98 En opinión de la República de Cuba, los artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974 contribuyen a establecer en las relaciones económicas internacionales una política fundamentada en el poder, creando una atmósfera de inseguridad e imprevisibilidad.

5.99 Cuba hace notar que se ha constatado en la práctica hasta dónde pueden llegar las fricciones entre los Miembros por la aplicación de esta Ley, y el peligro que representa para la estabilidad de la Organización en un momento en que es crucial preservar el equilibrio y la seguridad para alcanzar los objetivos que los Miembros han acordado multilateralmente.

5.100 Por lo tanto, Cuba solicita al Grupo Especial que constate la incongruencia de los artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974 con las normas de la OMC, y que recomiende que el Gobierno de los Estados Unidos ponga su legislación en conformidad con las obligaciones que le incumben como Miembro de la Organización.

D. DOMINICA Y SANTA LUCÍA

1. Introducción

5.101 **Dominica y Santa Lucía expresan conjuntamente** que el interés del Commonwealth de Dominica y Santa Lucía en este caso deriva de las consecuencias indirectas del procedimiento del artículo 301 en sus derechos y en el logro de los objetivos legítimos de los Acuerdos de la OMC. También deriva de las importantes cuestiones sistémicas planteadas en este caso, que amenazan al sistema multilateral del que deben depender quienes carecen de poder para amenazar con medidas unilaterales o para defenderse de ellas.

2. Argumentos de derecho

5.102 Dominica y Santa Lucía alegan que las medidas adoptadas por los Estados Unidos en el asunto relativo a los *Bananos* no son objeto de este procedimiento. Sus intervenciones acerca de la clara infracción a las normas de la OMC que representan las medidas de los Estados Unidos en esa materia se formularán ante otro grupo especial. La reclamación inicial de las CE, respecto de la cual este Grupo Especial se debe pronunciar, se limita a la compatibilidad de la ley estadounidense con las obligaciones que imponen los Acuerdos de la OMC a los Estados Unidos. Las recientes medidas adoptadas por el USTR en la diferencia relativa a los *Bananos*, empero, resultan instructivas en la medida en que ponen de manifiesto la práctica administrativa de los Estados Unidos y muestran que los plazos estrictos impuestos por el procedimiento del artículo 301 son en realidad obligatorios y pueden entrar en conflicto con las obligaciones de los Estados Unidos en el marco de la OMC.

5.103 Dominica y Santa Lucía aducen que las "facultades discrecionales" otorgadas al USTR para aplazar las medidas en ciertas circunstancias limitadas y las facultades discrecionales del Presidente son en realidad una sutileza legal que no guarda ninguna relación con la realidad. Las expectativas de los agentes económicos en el mercado no se basan en la distinción técnica entre "imperativo" y "obligatorio" en la legislación interna estadounidense.

5.104 Dominica y Santa Lucía observan que el aviso del USTR del 3 de marzo, relativo a la suspensión inmediata de la liquidación de los derechos de aduana y a la posible imposición retroactiva de derechos del 100 por ciento sobre determinadas importaciones de las CE, a pesar de la "decisión inicial" del Grupo Especial encargado del arbitraje, que solicitó un plazo mayor para formular una determinación en este caso, demuestra claramente la interpretación que hace el USTR de la legislación, en el sentido de que los plazos internos estadounidenses deben prevalecer sobre las normas internacionales del debido proceso.

5.105 Dominica y Santa Lucía sostienen que las medidas comerciales adoptadas por los Estados Unidos en la diferencia relativa a los *Bananos* han demostrado claramente que la legislación interna de los Estados Unidos no se someterá a los plazos de la OMC.

5.106 Dominica y Santa Lucía aducen que las presiones impuestas al procedimiento de solución de diferencias de la OMC y la complejidad de algunos casos particulares han llevado al Órgano de Solución de Diferencias a adoptar un enfoque flexible con respecto a las limitaciones temporales fijadas en el ESD. Sin embargo, el procedimiento del artículo 301 no ofrece una flexibilidad suficiente para respaldar el sistema multilateral. Ese procedimiento no permite que los Estados Unidos cumplan las normas del ESD ni otras obligaciones derivadas de las normas de la OMC en las situaciones en las que el OSD, después de vencidos esos plazos, no haya formulado una determinación previa en el sentido de que el Miembro de la OMC de que se trate no ha cumplido sus obligaciones en el marco de la OMC y el OSD no haya autorizado la suspensión de concesiones u otras obligaciones sobre la base de ese incumplimiento.

5.107 En opinión de Dominica y Santa Lucía, el sistema multilateral fortalecido y la judicialización del procedimiento de solución de diferencias fueron concebidos para fomentar el "imperio de la ley internacional". El imperio de la ley internacional exige que los gobiernos actúen de conformidad con esa ley.

5.108 A juicio de Dominica y Santa Lucía, el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo de Marrakech dispone que cada Miembro "se asegurará de la conformidad de sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos con las obligaciones que le impongan los Acuerdos anexos [de la OMC]". La legislación de aplicación interna de los Estados Unidos, es decir la Ley de los Acuerdos de la Ronda Uruguay, de 1994, establece expresamente (en el artículo 102 (a)) que la Ley no se interpretará en el sentido de limitar las atribuciones establecidas en el artículo 301. El procedimiento del artículo 301 no fue concebido para fomentar la seguridad y la previsibilidad del sistema multilateral de comercio. Habida cuenta del poder económico y político de los Estados Unidos, el procedimiento del artículo 301 es en realidad una espada de Damocles que pende sobre todos nosotros.

5.109 Dominica y Santa Lucía recuerdan que el concepto fundamental en que se basa el enfoque multilateral en materia de retorsión fue adoptado hace medio siglo por los redactores de la Carta de La Habana. Fue concebido para "contener la retorsión y disciplinarla, para mantenerla dentro de límites [...], para convertirla, de un arma de guerra económica en un instrumento de orden internacional". (Documento de las Naciones Unidas E/PC/T/A/PV6, página 5.) En la diferencia relativa a los *Bananos*, en cada paso hubo la amenaza velada de medidas unilaterales estadounidenses.

5.110 En apoyo de este argumento, Dominica y Santa Lucía sostienen que la utilización del procedimiento del artículo 301 va ampliamente asociada a la amenaza de medidas que son ilícitas según las normas de la OMC.[554] Dominica y Santa Lucía hacen notar que las "amenazas veladas", por definición, usualmente no están documentadas. Habida cuenta de esto, Dominica y Santa Lucía presentaron dos cartas como pruebas principales de su afirmación y otros documentos de antecedentes complementarios sobre la crisis del asunto de los *Bananos* y la amenaza que representa para el sistema multilateral la rígida adhesión del USTR a los plazos del artículo 301.[555]

[554] Dominica y Santa Lucía citan, por ejemplo, David Palmeter, "A Few - Very Few - Kind Words for Section 301", en Philip Ruttley, Ian Mac Vay y Carol George, eds., *The WTO and International Trade Regulation* (Londres: Cameron May, 1998) 123; en la página 124 se expresa: "El artículo 301 fue tristemente célebre y para muchos sigue siéndolo. Es el vehículo por medio del cual se considera, con un elevadísimo grado de exactitud, que los Estados Unidos emplean toda ventaja de amenaza que poseen. Se puede decir con certeza que el artículo 301 consagra pocos principios de justicia, rawlsianos o de otra índole".

[555] Dominica y Santa Lucía presentaron los documentos WT/DSB/M/54, página 4; WT/GC/M/37, páginas 3 y 4; WT/DSB/M/53; WT/DSB/M/59; Guy de Jonquieres, "Bananas and beef take trade conflict to

5.111 En opinión de Dominica y Santa Lucía, el párrafo 6 del artículo 22 del ESD establece claramente que "[n]o se suspenderán concesiones u otras obligaciones durante el curso del arbitraje". El establecimiento de un plazo para la adopción de medidas de retorsión que precede a la terminación del procedimiento de arbitraje es una demostración de "unilateralismo agresivo".

5.112 En respuesta a la pregunta del Grupo Especial relativa a la pertinencia de un caso específico relativo al artículo 301, Dominica y Santa Lucía declaran que un grupo especial tiene la obligación de examinar todas las pruebas pertinentes. Por lo tanto, este Grupo Especial debe tener en cuenta las medidas estadounidenses que han dado lugar a la suspensión de concesiones en el caso relativo a los *Bananos* en la medida en que se trata de una prueba que guarda relación con el "asunto" que le encomendó el OSD.

5.113 Dominica y Santa Lucía recuerdan que el "asunto" encomendado al Grupo Especial está integrado por dos elementos: "las *medidas* concretas en litigio y los *fundamentos de derecho de la reclamación* (o las *reclamaciones*)".[556] Considerados en conjunto, estos elementos constituyen la diferencia que tiene ante sí el Grupo Especial, según lo definido en su mandato: "El mandato de un grupo especial es importante por 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".[557]

5.114 Dominica y Santa Lucía señalan que, aunque las medidas no mencionadas expresamente en una reclamación pueden no obstante estar abarcadas por el mandato de un grupo especial, "parece evidente 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".[558] De modo análogo, las reclamaciones que un grupo especial está autorizado a examinar también deben figurar en la solicitud de establecimiento del grupo especial. No obstante, se formula una distinción entre "acciones", por una parte, y "medidas" y "reclamaciones" por la otra.[559]

---

the brink", *Financial Times*, 22 de octubre de 1998, página 8; Frances Williams, "US steps up banana battle with EU", *Financial Times*, 22 de octubre de 1998, página 8; Guy de Jonquieres, "Nerves are taut as leaders hint at an EU-US trade war", *Financial Times*, 9 de noviembre de 1998, página 3; Guy de Jonquieres, "Trade war edges closer as US plans action against EU exports", *Financial Times*, 9 de noviembre de 1998, página 22; "The US and EU go Bananas", *Financial Times*, 11 de noviembre de 1998, página 19; Neil Buckley, "Brussels rejects US banana peace offer", *Financial Times*, 20 de noviembre de 1998, página 5.

[556] *Guatemala - Investigación antidumping sobre el cemento Portland procedente de México*, adoptado el 25 de noviembre de 1998, WT/DS60/AB/R, párrafo 72. Véase también ESD, párrafo 2 del artículo 6.

[557] Informe del Órgano de Apelación en el asunto *Brasil - Medidas que afectan al coco desecado*, adoptado el 20 de marzo de 1997, WT/DS22/AB/R, páginas 25 y 26.

[558] Informe del Grupo Especial que examinó el asunto *Japón - Medidas que afectan a las películas y el papel fotográficos de consumo*, adoptado el 22 de abril de 1998, WT/DS/44/R, párrafo 10.8. Dominica y Santa Lucía citan también, *por ejemplo*, el Informe del Órgano de Apelación en el caso *CE - Bananos III*, *op. cit.*, párrafo 142; el Informe del Órgano de Apelación en el caso *Australia - Medidas que afectan a la importación de salmón ("Australia - Salmón")*, adoptado el 6 de noviembre de 1998, WT/DS18/AB/R, *op. cit.*, párrafos 90 a 105; el Informe del Grupo Especial que examinó el asunto *Argentina - Medidas de salvaguardia impuestas a las importaciones de calzado*, distribuido el 25 de junio de 1999, WT/DS121/R, párrafos 8.23 a 8.46.

[559] Dominica y Santa Lucía citan, por ejemplo, el Informe del Órgano de Apelación que examinó el asunto *Guatemala - Cemento*, *op. cit.*, párrafos 69 a 73 y 84 a 86.

5.115 Según Dominica y Santa Lucía, una cosa es someter a un grupo especial el examen de una medida particular alegando que esa medida no se ajusta a las obligaciones de un Miembro en el marco de la OMC, y otra cosa completamente diferente es someter a un grupo especial la existencia de una medida concreta adoptada por un Miembro como prueba que respalda las alegaciones relativas al "asunto" que tiene ante sí el grupo especial. La primera hipótesis es el caso del grupo especial relativo a las "medidas que afectan a la importación". El segundo es el procedimiento del grupo especial relativo al "artículo 301".

5.116 Dominica y Santa Lucía aducen que no se plantea ninguna cuestión de confusión, superposición ni divergencia. Este Grupo Especial debe tomar nota legalmente de las medidas estadounidenses que han llevado a la suspensión de concesiones en el asunto relativo a los *Bananos* como prueba pertinente para la interpretación de los artículos 301 a 310. La cuestión de si las medidas estadounidenses a este respecto están en conformidad con las obligaciones de los Estados Unidos dimanantes de los Acuerdos de la OMC será abordada por otro grupo especial y no es menester que este Grupo Especial se pronuncie sobre esa cuestión.

5.117 Dominica y Santa Lucía alegan que el mandato de este Grupo Especial requiere el examen de las reclamaciones específicas formuladas por la parte reclamante en el documento WT/DS152/11. La reclamación de las CE se limita a la compatibilidad de la ley estadounidense con las obligaciones impuestas a los Estados Unidos por los Acuerdos de la OMC. Cuando la ley nacional se examina como prueba del cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones internacionales, un tribunal internacional tiene competencia para examinar las pruebas que indican si, al aplicar esa ley, el poder ejecutivo actúa o no en conformidad con sus obligaciones en virtud del derecho internacional.[560] En tal caso, la legislación no puede juzgarse en abstracto.

5.118 Dominica y Santa Lucía hacen notar que las Comunidades Europeas se refieren a las medidas estadounidenses que han llevado a la suspensión de concesiones en el asunto relativo a los *Bananos*, que confirman lo indicado por el texto del artículo 306 (b), es decir, que el USTR debe aplicar las nuevas medidas decididas sin tener en cuenta si tales medidas se ajustan a los requisitos del artículo 22 del ESD. Dominica y Santa Lucía afirman que las medidas estadounidenses adoptadas en la diferencia relativa a los *Bananos* ponen de manifiesto la práctica administrativa de los Estados Unidos y muestran que los plazos estrictos impuestos por el procedimiento del artículo 301 son de hecho obligatorios y pueden entrar en conflicto con las obligaciones de los Estados Unidos en el marco de la OMC. El mero hecho de que algunas de estas medidas estén siendo actualmente examinadas por otro grupo especial no impide que este Grupo Especial tome nota legalmente de todas las pruebas pertinentes.

5.119 Respondiendo a la pregunta de los Estados Unidos, Dominica y Santa Lucía sostienen que en una serie de informes al Congreso sobre los acontecimientos relacionados con el "artículo 301", según lo preceptuado en el artículo 309 (a) (3) de la Ley de Comercio Exterior de 1974, se registra la aplicación del artículo 301 en el asunto relativo a los *Bananos*. La expresión "artículo 301" se utiliza generalmente como expresión abreviada del capítulo 1 del título III de la Ley de Comercio Exterior de 1974, modificada, que abarca los artículos 301 a 310, o sea el objeto de la reclamación de las CE.

5.120 Dominica y Santa Lucía señalan que, con respecto al anuncio del 3 de marzo, el USTR dejó en claro en un aviso público en el que se solicitaron comentarios sobre las medidas estadounidenses previstas, según lo preceptuado en los artículos 301 a 310, que

[560] Dominica y Santa Lucía mencionan el Informe del Órgano de Apelación en el asunto *India - Patentes (EE.UU.), op. cit.*, párrafos 65 y 66, en el que se cita el caso "*Certain German Interests in Polish Upper Silesia*" *(Determinados intereses alemanes en la Alta Silesia polaca)* [1926], PCIJ Rep., serie A, Nº 7, página 19.

> "Dado que el plazo prudencial para la aplicación por las CE de las recomendaciones de la OMC relativas al régimen comunitario del banano vence el 1º de enero de 1999, el USTR debe adoptar la determinación prevista en el artículo 306 (b) a más tardar el 31 de enero de 1999 y, en el caso de una determinación positiva, debe aplicar nuevas medidas a más tardar 30 días después de esa fecha".[561]

5.121 Dominica y Santa Lucía sostienen que, aunque el anuncio del 3 de marzo no se refiere expresamente a las facultades del artículo 301, de ello no se deduce que el anuncio del 3 de marzo no se refería al artículo 301.

5.122 Dominica y Santa Lucía observan que diversos grupos especiales del GATT/OMC han examinado reclamaciones de diversas partes contratantes relativas a la misma medida o a medidas similares de una parte demandada. Cuando existe superposición en el alcance del examen, los grupos especiales han tenido en cuenta los razonamientos contenidos en los informes anteriores de grupos especiales y del Órgano de Apelación. Por otra parte, el Órgano de Apelación ha tenido presente su función de proporcionar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral, asegurando la coherencia y armonía de la jurisprudencia de la OMC.

5.123 Dominica y Santa Lucía alegan que la tarea de este Grupo Especial consiste en formular una evaluación objetiva del asunto que tiene ante sí, con inclusión de una evaluación objetiva de los hechos del caso.[562] Aún cuando existan múltiples reclamaciones relativas al mismo asunto, el ESD no circunscribe la competencia de ningún grupo especial establecido para examinar las reclamaciones. El artículo 9 del ESD, titulado "Procedimiento aplicable en caso de pluralidad de partes reclamantes" es un "código de conducta para el OSD, ya que sus disposiciones se refieren al establecimiento de un grupo especial, facultad exclusivamente reservada a ese órgano".[563] Ni el artículo 9 ni ninguna otra disposición del ESD autorizan a un grupo especial a redefinir retroactivamente el alcance de su examen simplemente porque se ha establecido otro grupo especial para examinar cuestiones conexas. La competencia de un grupo especial se define en el momento en que se le encomienda el conocimiento de un "asunto". No cabe presumir que los hechos ocurridos con posterioridad a esto pueden impedir que un grupo especial examine pruebas que de otro modo se considerarían pertinentes.[564]

5.124 Dominica y Santa Lucía concluyen que el establecimiento de un grupo especial para examinar determinadas medidas estadounidenses que han dado lugar a la suspensión de concesiones en el asunto relativo a los *Bananos* supone consideraciones procesales que no disminuyen la responsabilidad de este Grupo Especial para realizar una evaluación objetiva del asunto que tiene ante sí, con inclusión de una evaluación objetiva de todas las pruebas pertinentes presentadas en el caso.

5.125 Dominica y Santa Lucía sostienen además que la jurisprudencia de lA OMC/GATT sugiere que el GATT y el AGCS abarcan tanto las infracciones *de jure* como las *de facto*, es decir que la cuestión no reside en saber si la reglamentación cumple nominalmente con las normas de la OMC, sino si las cumple en su aplicación práctica.

---

[561] Federal Register, vol. 63, Nº 204, jueves 22 de octubre de 1998, páginas 56.688 y 56.689.

[562] Véase ESD, artículo 11.

[563] Informe del Grupo Especial del asunto *India - Patentes (CE), op. cit.*, párrafo 7.14.

[564] Dominica y Santa Lucía hacen notar que la jurisprudencia del GATT/OMC afirma la legitimidad de utilizar información actualizada relativa a las mismas medidas para fundamentar una evaluación de la reclamación sustantiva que tiene ante sí un grupo especial, *por ejemplo*, los Informes de los Grupos Especiales del asunto *Corea - Carne vacuna*, adoptados el 7 de noviembre de 1989 (IBDD 36S/264 y 309 a 311, párrafos 99 a 101, 115 a 117 y 121 a 123).

5.126 Dominica y Santa Lucía observan que, cuando de ello dependen la subsistencia y la supervivencia, es imposible no tener en cuenta las amenazantes consecuencias de una situación en la que lo que un país poderoso "considere" compatible o incompatible con la OMC puede ser incluso más importante que lo que determine el sistema multilateral.

5.127 Dominica y Santa Lucía solicitan respetuosamente al Grupo Especial que constate que el procedimiento del artículo 301 objeto de impugnación es incompatible con las obligaciones de los Estados Unidos dimanantes de los Acuerdos de la OMC y recomiende que el OSD solicite a los Estados Unidos que ponga su Ley de Comercio Exterior de 1974 en conformidad con las obligaciones que les impone la OMC.

5.128 Respondiendo a la pregunta del Grupo Especial, relativa a si el párrafo 2 del artículo 23 del ESD prohíbe toda determinación sobre la compatibilidad con las normas de la OMC o toda determinación en el sentido de que se ha producido una infracción, Dominica y Santa Lucía expresan que el párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD prohíbe que los Miembros de la OMC formulen "una determinación de que se ha producido una infracción, se han anulado o menoscabado ventajas o se ha comprometido el cumplimiento de uno de los objetivos de los acuerdos abarcados, excepto mediante el recurso a la solución de diferencias de conformidad con las normas y procedimientos del presente Entendimiento". Las palabras iniciales del párrafo 2 del artículo 23 se refieren a "tales casos", es decir los mencionados en el párrafo 1 del artículo 23. El párrafo 1 del artículo 23 se refiere a la reparación de las medidas que infringen las normas de la OMC o constituyen un impedimento al logro de cualquiera de los objetivos de los Acuerdos de la OMC.

5.129 Dominica y Santa Lucía aducen asimismo que el artículo 23, leído en su contexto[565], sugiere que el sistema multilateral fortalecido prohíbe toda determinación unilateral sobre la compatibilidad con las normas de la OMC que tenga consecuencias para otros Miembros de la OMC, sin que se respeten las garantías del debido proceso.

5.130 En opinión de Dominica y Santa Lucía, la determinación multilateral de la compatibilidad con las normas de la OMC es un elemento necesario y fundamental para proporcionar seguridad y previsibilidad en la aplicación de las normas de la OMC. El Informe del Órgano de Apelación en el asunto *CE - Bananos III* y su insistencia en que "con el aumento de la interdependencia de la economía mundial, lo que significa que las medidas adoptadas en un país tendrán probablemente efectos considerables en las corrientes comerciales y las inversiones extranjeras directas en otros países, los Miembros tienen un interés mayor en la observancia de las normas de la OMC que en el pasado, ya que toda alteración de un equilibrio negociado de derechos y obligaciones los afectará probablemente más que nunca, directa o indirectamente".[566] Si todos los Miembros se comprometen a reforzar las normas de la OMC, no es admisible ninguna determinación unilateral sobre la compatibilidad con las normas de la OMC que de algún modo perjudique los derechos de otros Miembros, excepto mediante el recurso a las normas y procedimientos del ESD.[567]

---

[565] Dominica y Santa Lucía señalan que, por ejemplo, el artículo 3 del ESD también subraya la primacía del sistema multilateral sobre las posiciones adoptadas por los Miembros individualmente. El párrafo 6 del artículo 3, por ejemplo, dispone que cuando las partes en una diferencia alcanzan una solución mutuamente convenida de los asuntos planteados formalmente con arreglo a las disposiciones en materia de consultas y solución de diferencias de los acuerdos abarcados, ello se notificará al OSD y a los Consejos y Comités correspondientes, en los que cualquier Miembro podrá plantear cualquier cuestión con ellos relacionada. Por lo tanto, incluso cuando las partes en una diferencia alcanzan una solución mutuamente convenida, esto debe ser objeto de un examen multilateral.

[566] Informe del Órgano de Apelación en el asunto *CE - Bananos III*, *op. cit.*, párrafo 7.50.

[567] Dominica y Santa Lucía observan que los Acuerdos de la Ronda Uruguay básicamente niegan el derecho de autointerpretación en el sistema multilateral de comercio. El párrafo 2 del artículo IX del Acuerdo de Marrakech complementa el artículo 23 del ESD; véase también el párrafo 9 del artículo 3 del ESD. El

5.131 Dominica y Santa Lucía aducen que el párrafo 7 del artículo 3 del ESD exhorta a los Miembros a que, antes de presentar una reclamación, reflexionen sobre la utilidad de actuar al amparo del procedimiento de solución de diferencias. Esto probablemente supondrá una evaluación de la compatibilidad con las normas de la OMC de las medidas adoptadas por otro Miembro. Tal determinación preliminar no sería *per se* una "determinación" sobre la compatibilidad con las normas de la OMC que infringiría el artículo 23, ya que no impediría que otros Miembros impugnaran la legitimidad de las medidas en cuestión.

5.132 Dominica y Santa Lucía consideran que se debe distinguir la legislación que simplemente facilita tal "determinación", de la legislación que activa medidas de retorsión cuando se "considera" que se ha producido la no aplicación. Esta "ventaja de amenaza" respecto de la incompatibilidad con las normas de la OMC socava los objetivos fundamentales del artículo 23 del ESD. El simple hecho de que se deba formular una determinación acerca de si se han infringido o no las normas de la OMC exige de otros Miembros de la OMC el pago de un rescate.

5.133 Dominica y Santa Lucía sostienen asimismo que el sistema multilateral reforzado exige que los Miembros recurran a las normas y procedimientos del ESD y se ajusten a ellos. El principio de "automaticidad" garantiza el funcionamiento del sistema multilateral reforzado. Las ruedas de la justicia pueden en algunos casos avanzar lentamente, pero la determinación multilateral de la compatibilidad con las normas de la OMC debe en todos los casos revestir la máxima importancia. Si se considerase que son más importantes las determinaciones unilaterales de un Miembro de la OMC, el sistema multilateral resultaría amenazado.

5.134 En opinión de Dominica y Santa Lucía, el párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD prohíbe efectivamente que los Miembros formulen una determinación sobre la compatibilidad con las normas de la OMC que tenga consecuencias para el sistema multilateral, sin recurrir a la solución de diferencias de conformidad con las normas y procedimientos del ESD.

5.135 Dominica y Santa Lucía, respondiendo a la pregunta del Grupo Especial de si una declaración oficial de los Estados Unidos vinculante conforme al derecho internacional, en el sentido de que el Gobierno de los Estados Unidos no ejercitará sus facultades discrecionales de modo contrario a las normas de la OMC eliminaría la incompatibilidad de los artículos 301 a 310 con esas normas, suponiendo que el USTR y el Presidente tienen facultades discrecionales para evitar las determinaciones y las medidas contrarias a las normas de la OMC en todas las circunstancias, y que, no obstante, se constate que los artículos 301 a 310 son incompatibles con las normas de la OMC, afirman que tal declaración oficial de los Estados Unidos, sea o no vinculante conforme al derecho internacional, no suprimiría la incompatibilidad con las normas de la OMC. El carácter vinculante de las declaraciones unilaterales es una cuestión que ha suscitado un amplio debate en la jurisprudencia. El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia hace referencia a las convenciones internacionales, sean generales o particulares; la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; los principios generales de derecho, y otros medios subsidiarios para la determinación de las normas de derecho. No menciona las declaraciones unilaterales.

5.136 Dominica y Santa Lucía explican que cabe argumentar que el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia no es una lista exhaustiva de las fuentes del derecho internacional. Los

---

sistema multilateral fortalecido favorece la adopción colectiva de las "determinaciones" y no las adoptadas por los Miembros individualmente. Resulta significativo que el Informe del Órgano de Apelación que examinó el asunto *Japón - Bebidas alcohólicas, op. cit.*, expresó en la sección E: "El hecho de que el Acuerdo sobre la OMC haya establecido de manera tan específica esta 'facultad exclusiva' de interpretar el Acuerdo es razón suficiente para concluir que esta facultad no se concede tácitamente o por inadvertencia en ninguna otra parte".

casos *Nuclear Test*[568] y *Frontier Dispute*[569] sugieren que en ciertas circunstancias limitadas una declaración oficial, dada públicamente, con la clara intención de obligar a un Estado a una conducta determinada sería aceptada por un tribunal internacional. Los Informes del Órgano de Apelación se refieren cada vez más a los principios generales del derecho internacional tal como han sido aplicados en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia. Esta "cooperación entre tribunales internacionales" y este "fecundo intercambio" entre los sistemas jurídicos potencia la legitimidad, la compatibilidad y la aceptabilidad política de las resoluciones del sistema de solución de diferencias de la OMC.[570] No obstante, los casos *Nuclear Test* y *Frontier Dispute* constituyen la excepción y no la regla. En general se considera que "los Estados no quieren decir lo que dicen y no dicen lo que quieren decir". Por consiguiente, resulta dudoso que el nivel actual de inseguridad jurídica que rodea al procedimiento del artículo 301 quedaría eliminado por una declaración oficial de los Estados Unidos.[571]

5.137 Dominica y Santa Lucía recuerdan que el párrafo 7 del artículo 3 del ESD sugiere que "[e]l objetivo del mecanismo de solución de diferencias es hallar una solución positiva a las diferencias". Una solución positiva es la que fomenta la seguridad y la previsibilidad del sistema multilateral de comercio. Una declaración oficial de que el Gobierno de los Estados Unidos no ejercerá sus facultades discrecionales de manera contraria a las normas de la OMC parece difícilmente suficiente, habida cuenta de las claras presiones que se pueden aplicar al poder ejecutivo en determinados casos. La "ventaja de amenaza" consistente en la determinación de incumplimiento de las normas de la OMC se ve respaldada por el artículo 102 (a) de la Ley de los Acuerdos de la Ronda Uruguay, de 1994, que dispone expresamente que la Ley no se interpretará en el sentido de limitar las facultades establecidas en el artículo 301. Esta opinión se ve reforzada por los debates sobre la legislación, que ponen en evidencia los propósitos del Congreso. Las declaraciones del USTR en esa ocasión demuestran claramente la participación del poder ejecutivo:

> "Así como los Estados Unidos pueden ahora adoptar medidas de conformidad con el artículo 301 que no están autorizadas por el GATT, los gobiernos que son objeto de tales medidas pueden responder de igual modo. La situación no será modificada por los Acuerdos de la Ronda Uruguay. El riesgo de sufrir como respuesta medidas de retorsión en el marco del GATT no ha impedido que los Estados Unidos adoptaran medidas en relación con asuntos tales como los semiconductores, los productos farmacéuticos, la cerveza y la carne tratada con hormonas".[572]

5.138 Dominica y Santa Lucía aducen asimismo que una solución positiva es la que suprime la "ventaja de amenaza" en la administración del procedimiento del artículo 301. Una solución positiva es la que ofrece una base segura para quienes carecen del poder para amenazar con medidas unilaterales o para defenderse de ellas.

---

[568] (*Australia v. France; New Zealand v. France*) ICJ Rep. 1974, páginas 253 y 457, en particular los párrafos 43 a 45; pero véase la opinión disidente de Sir Garfield Barwick J. Véase también *Legal Status of Eastern Greenland (Denmark v. Norway)* (1993) PCIJ Rep., serie A/B, Nº 53, opinión disidente de J. Anzilotti.

[569] ICJ Rep. 1986, páginas 554, 573.

[570] Dominica y Santa Lucía ofrecen la siguiente cita de Ernst-Ulrich Petersmann: "Dispute Settlement in International Economic Law - Lessons for Strengthening International Dispute Settlement in Non-Economic Areas" (1999) 2 J.I.E.L., 189 a 209.

[571] Dominica y Santa Lucía citan también el Informe del Grupo Especial que examinó el asunto *India - Patentes (EE.UU.), op. cit.*, párrafos 63 a 71, sobre la necesidad de establecer una sólida base jurídica para aplicar las obligaciones dimanantes de la OMC.

[572] SSA, 367, 1994 USCCAN, 4321.

5.139 Dominica y Santa Lucía sostienen que la sugerencia de que una declaración oficial pueda ser suficiente para dar cumplimiento a las obligaciones impuestas por el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo de Marrakech, en el sentido de que "[c]ada Miembro se asegurará de la conformidad de sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos con las obligaciones que le impongan los Acuerdos anexos" crearía en realidad un problema aún más fundamental que el abordado actualmente por este Grupo Especial.

5.140 Dominica y Santa Lucía añaden que ambos países son democracias parlamentarias que poseen sistemas jurídicos dualistas. No se ha aprobado ninguna legislación que dé instrucciones específicas al poder ejecutivo para formular determinaciones con respecto a los derechos y obligaciones dimanantes de la OMC antes de que se hayan adoptado los informes de un grupo especial y del Órgano de Apelación. Además, el Commonwealth de Dominica y Santa Lucía no ha sido parte reclamante ni demandado en procedimientos de solución de diferencias en el marco de la OMC, ni ha iniciado consultas con arreglo al ESD. Cuando el Commonwealth de Dominica y Santa Lucía solicitó asociarse a las consultas ha procurado proteger sus intereses mediante el recurso a las normas y procedimientos del ESD.

E. REPÚBLICA DOMINICANA

1. Introducción

5.141 **La República Dominicana acoge con satisfacción** la oportunidad de participar como tercero en este procedimiento a fin de sumar su voz en apoyo de un procedimiento multilateral único para la solución de las diferencias comerciales.

2. Argumentos de derecho

5.142 Al igual que el Brasil, la República Dominicana considera que "una ley que es incompatible con las obligaciones de un Miembro dimanantes de los Acuerdos de la OMC puede ser impugnada en el marco del procedimiento de solución de diferencias. La cuestión que tiene ante sí el Grupo Especial [es] la necesidad de que esta ley se ponga en conformidad con las disposiciones pertinentes de la OMC, según lo preceptuado en el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC".

5.143 Como las Comunidades Europeas, la República Dominicana considera que "los Acuerdos de la OMC no pueden brindar seguridad y previsibilidad a menos que los Miembros resuelvan todas sus diferencias comerciales de conformidad con los procedimientos del Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD)".

5.144 Al igual que el Japón, la República Dominicana considera que "los Miembros de la OMC tienen prohibido suspender unilateralmente concesiones u otras obligaciones dimanantes del Acuerdo sobre la OMC".

5.145 Al igual que el Brasil, la República Dominicana considera que, dado "el alcance de las facultades de que dispone la Administración de los Estados Unidos para proceder sin recurrir al procedimiento del ESD conforme al artículo 301 (c)", los Estados Unidos tratan de "eliminar las prácticas que no infringen los derechos de los Estados Unidos" mediante la amenaza de "infringir los derechos de los Miembros de la OMC". Esto contradice claramente lo dispuesto en el artículo 23 del ESD.

5.146 Al igual que la India, la República Dominicana está de acuerdo en adjudicar importancia a las opiniones de los Estados Unidos expresadas en los procedimientos de otros grupos especiales, en los que declaró que "la legislación interna de un Miembro no sólo debía permitirle actuar de forma compatible con las obligaciones que le imponía la OMC, sino que además esa legislación no debía crear incertidumbre jurídica estableciendo medidas incompatibles con la OMC".

5.147 Al igual que Hong Kong, China, la República Dominicana considera que "la aplicación de buena fe de las obligaciones internacionales no debe ser accidental, ni meramente el resultado del ejercicio de facultades discrecionales por un gobierno Miembro".

5.148 Al igual que la República de Corea, la República Dominicana cree firmemente que la publicación de listas de medidas de retorsión "afecta claramente a la relación de competencia entre los productos que figuran en la lista y los productos similares procedentes de todos los demás países".

5.149 La República Dominicana solicita respetuosamente al Grupo Especial que se pronuncie con arreglo a los lineamientos propuestos por las Comunidades Europeas y por el Brasil; el Japón; Hong Kong, China; la India y Corea, y que además dé la debida consideración a dos preocupaciones adicionales:

a) El artículo 301 (c) (1) (C) establece diversos criterios necesarios para seguir gozando de acceso a los mercados en condiciones comerciales preferenciales. Además, el artículo 301 (d) (3) (B) establece:

> "(B) Se entenderá por leyes, políticas y prácticas que no son razonables, pero sin limitarse a ello, las leyes, políticas o prácticas, o las combinaciones de leyes, políticas o prácticas, que:
>
> i) nieguen:
>
> I) oportunidades justas y equitativas para el establecimiento de empresas,
>
> II) la oferta justa y equitativa de una protección adecuada y efectiva de los derechos de propiedad intelectual, con independencia del hecho de que el país extranjero cumpla las obligaciones específicas derivadas del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio a que hace referencia el artículo 101 d) 15) de la Ley de los Acuerdos de la Ronda Uruguay,
>
> III) oportunidades justas y equitativas de acceso no discriminatorio al mercado para los ciudadanos de los Estados Unidos que confíen en la protección de la propiedad intelectual, u
>
> IV) oportunidades justas y equitativas de mercado, por ejemplo, la tolerancia por un gobierno extranjero de actividades anticompetitivas sistemáticas de empresas o entre empresas del país extranjero que tengan por efecto limitar, por motivos incompatibles con consideraciones comerciales, el acceso de mercancías o servicios de los Estados Unidos a un mercado extranjero,"

b) En ninguno de los casos enumerados se requiere que la persona estadounidense que se considere afectada por las condiciones "no razonables" someta la ley, política o práctica en cuestión a una revisión judicial. Por el contrario, las listas de países objeto de "vigilancia", "vigilancia prioritaria" y otros tipos de listas de países se elaboran basándose únicamente en las solicitudes (artículo 302 (a)) o medios distintos de una solicitud tras una publicación en el Federal Register (artículo 302 (b)), lo que tiene consecuencias desproporcionadas en la viabilidad de las actividades afectadas, sean o no beneficiarias de condiciones comerciales preferenciales.

5.150 La República Dominicana solicita al Grupo Especial que considere:

a) el examen de la compatibilidad de estos criterios con las disposiciones sobre no discriminación contenidas en la "cláusula de habilitación" (adoptada por las PARTES CONTRATANTES el 28 de noviembre de 1979) y el Sistema Generalizado de Preferencias (descrito en la Decisión de las PARTES CONTRATANTES de 25 de junio de 1971, relativa al establecimiento de un "sistema generalizado de preferencias sin reciprocidad ni discriminación que redunde en beneficio de los países en desarrollo");

b) como ha sugerido el Brasil, el examen de si es compatible con las normas de la OMC el negar a cualquier Miembro de la OMC sus derechos en casos de no violación de los derechos de los Estados Unidos dimanantes de los Acuerdos de la OMC. Concretamente, el artículo 301 (d) (B) (3) (B) (i) (I) se refiere al derecho de establecimiento de empresas, que no está abarcado automáticamente por ninguno de los Acuerdos de la OMC, excepto bajo la forma de un compromiso específico en virtud del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS); el artículo 301 (d) (B) (3) (B) (i) (II) se refiere a casos de no violación de las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC, pero el artículo pertinente de este Acuerdo (el párrafo 2 del artículo 66) aún no ha entrado en vigor porque un número considerable de Miembros de la OMC desarrollados y en desarrollo han solicitado más tiempo para estudiar las repercusiones de trasladar a la esfera de la propiedad intelectual las disposiciones sobre casos de no violación concebidas para el comercio de mercancías; y el artículo 301 (d) (B) (3) (B) (i) (III) se refiere a la tolerancia de actividades anticompetitivas, pero éstas aún no han sido objeto de disciplinas por la OMC; y

c) el análisis de la norma de examen utilizada para aplicar estos criterios no relacionados con la OMC.

5.151 Respondiendo a la pregunta del Grupo Especial sobre la pertinencia de las "dos preocupaciones adicionales" a la luz del mandato del Grupo Especial, la República Dominicana expresa que el párrafo 1 del artículo 7 del ESD dispone que el Grupo Especial debe actuar sobre la base del mandato. El asunto en litigio es "analizar si los artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974 de los Estados Unidos son incompatibles con las obligaciones internacionales de los Estados Unidos dimanantes de los Acuerdos de la OMC". Si durante el procedimiento aparecen elementos adicionales que pueden ayudar a aclarar el asunto en litigio, esos elementos se deben tener en cuenta.

5.152 La República Dominicana sostiene asimismo que las dos "preocupaciones adicionales" de la República Dominicana son claros ejemplos de la manera en que las disposiciones específicas del artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior de 1974 son incompatibles con las obligaciones internacionales de los Estados Unidos dimanantes de los Acuerdos de la OMC. Aportan nuevas pruebas a la afirmación del Brasil, de que mediante "el alcance de las facultades de que dispone la Administración de los Estados Unidos para proceder sin recurrir al procedimiento del ESD conforme al artículo 301 (c)", los Estados Unidos tratan de "eliminar las prácticas que no infringen los derechos de los Estados Unidos" mediante la amenaza de "infringir los derechos de los Miembros de la OMC".

5.153 La República Dominicana insiste en que esto contradice claramente lo dispuesto en el artículo 23 del ESD.

5.154 La República Dominicana considera que tiene derecho, como beneficiaria de preferencias comerciales, a que éstas se concedan dando cumplimiento a la "cláusula de habilitación", es decir, de forma no discriminatoria. Al condicionar las preferencias comerciales al cumplimiento de otros criterios, como los enumerados en el artículo 301 (d) (3) (B) (criterios que no guardan relación con ninguno de los derechos multilaterales de los países), los Estados Unidos amenazan infringir los derechos de los exportadores dominicanos.

5.155 Por otra parte, al examinar constantemente el cumplimiento de tales criterios sin someter las "solicitudes de partes interesadas" a procedimientos establecidos de revisión judicial, los Estados Unidos colocan a los exportadores dominicanos en una situación de riesgo jurídico permanente, que es lo que los Miembros de la OMC trataron de evitar mediante la adopción de un procedimiento único y multilateral para la solución de las diferencias comerciales después de la Ronda Uruguay.

5.156 Por consiguiente, la República Dominicana reitera respetuosamente al Grupo Especial que debe analizar también las cuestiones a las que se refieren sus "dos preocupaciones adicionales".

F. HONG KONG, CHINA

1. Planteamiento general

5.157 **Hong Kong, China expresa** que decidió participar en este procedimiento como tercero debido a la importancia sistémica que reviste esta diferencia. Creemos firmemente que la piedra angular del régimen jurídico de la OMC, es decir, el principio de la determinación multilateral de la compatibilidad de las medidas con las normas de la OMC, no debe verse socavado por una legislación nacional que ordena la adopción de medidas unilaterales. Estimamos que el cumplimiento de este principio por los Miembros es esencial para garantizar la seguridad y la previsibilidad del sistema multilateral de comercio y para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en virtud de los Acuerdos de la OMC.

5.158 Hong Kong, China no cuestiona el derecho de los Miembros de la OMC de promulgar una legislación interna que proteja sus legítimos intereses comerciales, pero esa legislación no debe reducir la importancia de sus obligaciones dimanantes de la OMC. En virtud de su adhesión a la OMC, los Miembros han suscrito los Acuerdos de la OMC, incluido el Entendimiento sobre la Solución de Diferencias (ESD), y han acordado solucionar sus diferencias comerciales de conformidad con las normas y procedimientos del ESD. En otros términos, han acordado abstenerse de adoptar medidas unilaterales contra las presuntas incompatibilidades de sus interlocutores comerciales. En esta perspectiva, Hong Kong, China, sostiene que los artículos 304 (a) (2) (A), 305 (a) y 306 (b) de la Ley de Comercio Exterior de los Estados Unidos de 1974, en la medida en que obligan al Representante de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales (USTR) a recurrir a medidas unilaterales sin respetar el marco multilateral para la solución de diferencias establecido en el ESD, infringen las obligaciones que tienen los Estados Unidos en el marco de la OMC, en virtud del ESD.

5.159 Hong Kong, China resume sus argumentos así: en primer lugar, Hong Kong, China ubica el ESD en el dominio del derecho internacional público. Hong Kong, China demuestra que, mediante la aprobación del ESD, los Miembros de la OMC han acordado abstenerse de adoptar medidas unilaterales y recurrir exclusivamente a la OMC para determinar la compatibilidad u otros aspectos de las medidas con los Acuerdos de la OMC. En otros términos, la OMC es el foro exclusivo para la determinación de la compatibilidad de las medidas comerciales con las normas de la OMC. En segundo lugar, Hong Kong, China examina la legislación estadounidense en litigio, relativa a la resolución de las diferencias comerciales. Los informes de grupos especiales del GATT adoptados sugieren que sólo la legislación obligatoria puede ser considerada violatoria de las normas de la OMC. Sostenemos que la legislación impugnada en la presente diferencia tiene un carácter obligatorio. En tercer lugar, Hong Kong, China expone algunos argumentos, inspirados en el derecho internacional público, para dilucidar si la distinción entre legislación obligatoria y legislación facultativa en la jurisprudencia del GATT está justificada. Hong Kong, China sostiene fundamentalmente que incluso la posible inobservancia de una obligación internacional (cuando una autoridad nacional competente tiene facultades discrecionales que la autorizan a no respetar sus obligaciones internacionales) equivale a una violación de las normas y obligaciones de la OMC.

2. Argumentos de derecho

a) Naturaleza del mecanismo de solución de diferencias del GATT de 1947 y de la OMC

5.160 Hong Kong, China sostiene que, al hacerse parte en un acuerdo internacional, un país asume voluntariamente obligaciones que imponen disciplinas a su conducta, a cambio de que otras partes convengan en someterse a las mismas disciplinas. En otras palabras, los derechos y las obligaciones deben ir juntos ya que los derechos de una parte derivan de las obligaciones de las demás partes. El GATT de 1947, la OMC y sus disposiciones de solución de diferencias sólo tienen sentido si se aprecian en este contexto.

5.161 En opinión de Hong Kong, China, para garantizar la seguridad de los derechos en un acuerdo multilateral, es necesario que las decisiones estén a cargo de terceros. La parte perjudicada tenderá a ver agravios cuando quizá no existan; y cuando existan, puede haber presiones para exagerar la magnitud del mismo. A la inversa, la parte infractora puede ver sus acciones desde un punto de vista completamente distinto. Tenderá a considerar que su acción es admisible a tenor del Acuerdo; o si admite la existencia de una infracción, tendrá muchos incentivos para disminuir la magnitud del agravio causado a otras partes. En un acuerdo en el que los derechos y las concesiones tienen carácter multilateral, es inconcebible considerar que la parte infractora o la parte perjudicada son competentes para decidir por sí mismas la licitud de una medida, para determinar por sí mismas la magnitud del agravio en el caso de que se constate la ilicitud, o para autorizar por sí mismas la adopción de contramedidas. Si un acuerdo así lo autorizara, el resultado probable sería una intensificación de las contramedidas, ya que cada vez que se adoptan contramedidas, la parte afectada puede concluir que son desproporcionadas y, en consecuencia, puede adoptar ciertas medidas de retorsión (que a su vez pueden ser consideradas como desproporcionadas por la parte afectada, que a su vez adoptará nuevas medidas de retorsión).

5.162 Hong Kong, China alega que los problemas relativos a la proporcionalidad de las medidas de retorsión y las contramedidas se pueden evitar si se priva a la parte perjudicada del privilegio de calificar una medida como ilícita con arreglo al derecho internacional público. Es precisamente por esto que los Estados siempre han tratado, por medios convencionales, de poner en práctica la máxima *nemo in re sua (in sua propria causa) judex esse potest* (nadie debe ser juez en su propia causa). El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia también prevé la decisión obligatoria a cargo de terceros; su artículo 59 establece la posibilidad de que los Estados otorguen su consentimiento previo para que todas las diferencias contra ellos sean decididas por la Corte Internacional de Justicia.

5.163 Hong Kong, China sostiene asimismo que, con posterioridad a la segunda guerra mundial, los Estados tenían sumo interés en acordar el principio de la decisión a cargo de terceros, de modo funcional, para la solución de sus diferencias relacionadas con las inversiones o el comercio. El Relator Especial de la Comisión de Derecho Internacional llegó a la conclusión en su informe sobre la "Responsabilidad de los Estados" que, con respecto a los actos ilícitos *de lege lata* (la ley tal como es) y no *de lege ferenda* (la ley como debería ser), existe un reconocimiento mundial del principio de la decisión a cargo de terceros y de que, en consecuencia, el recurso a contramedidas unilaterales sólo es lícito en los casos en que el Estado que autoriza el acto ilícito rechaza una invitación a negociar formulada por el Estado perjudicado. El informe de la Comisión de Derecho Internacional, que ha sido difundido por expertos comentaristas, brinda una indicación autorizada de que, en la esfera general del derecho internacional público, la comunidad mundial está avanzando hacia la adopción obligatoria de decisiones a cargo de terceros.

5.164 Hong Kong, China observa que la decisión a cargo de terceros también ha sido un rasgo del GATT. Después de que el GATT de 1947 entró en vigor, las Partes Contratantes del GATT recurrieron a procedimientos establecidos en los artículos XXII y XXIII del Acuerdo General para resolver sus diferencias comerciales. Basados en el artículo 92 de la Carta de La Habana, esos dos artículos del Acuerdo General ofrecían una base para la decisión multilateral de las diferencias,

mediante la cual las Partes Contratantes se comprometían a someter sus diferencias al GATT, que investigaría el asunto y formularía recomendaciones/resoluciones apropiadas. El sistema sirvió para evitar el recurso a medidas unilaterales contra presuntas incompatibilidades de las medidas comerciales. Sin embargo, el procedimiento de solución de diferencias del GATT se veía limitado por diversos factores, por ejemplo, el hecho de que las partes en la diferencia pudieran bloquear el consenso sobre el establecimiento de grupos especiales y la adopción de sus informes. No obstante, y a pesar de las deficiencias del sistema, las Partes Contratantes del GATT recurrieron a resolver sus diferencias por medio de los artículos XXII y XXIII del Acuerdo General en lugar de recurrir a decisiones y medidas unilaterales.

5.165 Según Hong Kong, China, las diferencias del sistema de solución de diferencias del GATT han sido en gran medida rectificadas en el mecanismo de solución de diferencias de la OMC. El ESD prevé el establecimiento automático de los grupos especiales cuando así se solicita y la adopción automática de los informes de los grupos especiales, a menos que el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) se pronuncie por consenso contra el establecimiento o la adopción. Con esta nueva norma del "consenso negativo", ya no existe la posibilidad de que un Miembro bloquee el establecimiento de grupos especiales o la adopción de sus informes. Las mejoras introducidas en el mecanismo de solución de diferencias transmiten dos mensajes: que las partes en el GATT reafirmaron la decisión a cargo de terceros como el medio de resolver las diferencias entre ellos y su intención colectiva de lograr que la solución de diferencias en la OMC fuera más eficaz.

5.166 Hong Kong, China aduce que las mejoras introducidas en la Ronda Uruguay han convertido realmente al ESD en un mecanismo más eficaz que el sistema del GATT para la solución de las diferencias relacionadas con los Acuerdos de la OMC. En el reciente examen del ESD, se expresó la opinión general de que el mecanismo de solución de diferencias había funcionado satisfactoriamente, y que sólo se necesitaban ciertos ajustes en algunos aspectos. Los nuevos esfuerzos para lograr un mejor funcionamiento del ESD demuestran el reconocimiento de los Miembros de que la adopción multilateral de decisiones es el medio de resolver las diferencias entre ellos.

5.167 Hong Kong, China sostiene que la conclusión que se debe extraer de esto es que el ESD es el foro exclusivo para la resolución de las diferencias relacionadas con el comercio entre los Miembros de la OMC. El artículo 23 del ESD fortalece aún más el sistema de adopción multilateral de decisiones al obligar a los Miembros a recurrir a las normas y procedimientos del ESD y a acatarlos, para resolver sus diferencias comerciales. Todos los Miembros de la OMC, con inclusión de los Estados Unidos, han aceptado esta obligación.

5.168 Hong Kong, China alega asimismo que la consecuencia jurídica y lógica del análisis precedente es que los Miembros de la OMC siempre deben tratar de obtener la reparación de sus reclamaciones en el marco del ESD.

5.169 Hong Kong, China expresa además que las normas de la OMC intervienen y cumplen su función de adopción multilateral de decisiones cuando un Miembro de la OMC decide formular una reclamación formal respecto de las políticas y prácticas comerciales mantenidas por otro Miembro. A partir de este momento, el Miembro de la OMC tiene la obligación de recurrir exclusivamente al procedimiento de solución de diferencias de la OMC (párrafo 2 del artículo 23 del ESD). Debe consultar con el Miembro interesado y si, dentro de los plazos fijados en el ESD, no se alcanza una solución amistosa, puede solicitar el establecimiento de un grupo especial de solución de diferencias. Después del procedimiento ante el grupo especial (y eventualmente ante el Órgano de Apelación) y si la parte perdedora no ha adoptado ninguna medida para aplicar las resoluciones del OSD dentro del plazo prudencial establecido en el párrafo 3 del artículo 21 del ESD, el Miembro podrá solicitar la autorización del OSD para adoptar contramedidas, y el OSD tiene que conceder tal autorización a menos que la rechace por consenso.

5.170 Hong Kong, China concluye que, dicho brevemente, con la entrada en vigor del ESD, el recurso a contramedidas unilaterales por los Miembros de la OMC ha quedado prohibido en el marco de la OMC. Incumbe a los órganos jurisdiccionales de la OMC el decidir sobre la legalidad de las medidas mantenidas por un Miembro de la OMC y autorizar, cuando así se solicite, la adopción de contramedidas. Desde el momento en que un Miembro de la OMC ha decidido reclamar respecto de las políticas y prácticas comerciales de otro Miembro, debe cumplir las obligaciones de fondo y de procedimiento establecidas en el ESD. Obrar de otra manera infringiría sus obligaciones dimanantes de la OMC.

5.171 Respondiendo a la pregunta del Grupo Especial de si el párrafo 2 del artículo 23 del ESD prohíbe toda determinación sobre la compatibilidad con las normas de la OMC o toda determinación de que se ha producido una infracción, Hong Kong, China expresa que la respuesta está contenida en el párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD. Esta disposición prohíbe concretamente que se formulen determinaciones "de que se ha producido una infracción, se han anulado o menoscabado ventajas o se ha comprometido el cumplimiento de uno de los objetivos de los acuerdos abarcados".

5.172 En opinión de Hong Kong, China, también es importante tener en cuenta el objeto y fin del ESD. El mecanismo de solución de diferencias es el foro exclusivo para decidir las diferencias comerciales entre Miembros de la OMC. Incluso si las consultas bilaterales obtienen resultado, éste tiene que ser compatible con las normas de la OMC (párrafo 5 del artículo 3 del ESD) y se debe notificar al OSD, donde el control multilateral garantizará su compatibilidad con las normas aplicables de la OMC (párrafo 6 del artículo 3 del ESD).

5.173 Hong Kong, China aduce asimismo que los antecedentes de la negociación del ESD, y más concretamente del artículo 23, confirman esta interpretación: la negociación se realizó con miras a asegurar que el recurso al unilateralismo no sería una opción para los Miembros de la OMC.

b) Aplicación

5.174 Hong Kong, China alega que el artículo 303 de la Ley de Comercio Exterior de 1974 establece que en la fecha en que se inicie una investigación de conformidad con el artículo 302, el USTR solicitará la celebración de consultas con su interlocutor comercial de conformidad con el párrafo 3 del artículo 4 del ESD. El artículo 304 (a) (2) (A) exige que el USTR determine si se están negando los derechos que corresponden a los Estados Unidos i) 30 días después de la fecha en que haya concluido el procedimiento de solución de diferencias, o ii) 18 meses después de la fecha en que se haya iniciado la investigación, si este plazo es inferior al anterior. Según el artículo 306 (b), si el USTR considera que el interlocutor comercial no está aplicando las resoluciones del OSD, determinará, a más tardar 30 días después del vencimiento del plazo razonable previsto en el párrafo 3 del artículo 21 del ESD, qué nuevas medidas (de retorsión) se deben adoptar de conformidad con el artículo 301 (a). Por último, según el artículo 305 (a), el USTR aplicará las medidas (de retorsión) a más tardar 30 días después de la fecha en que haya formulado la determinación. Hong Kong, China hace notar a este respecto que el artículo 305 (a) (2) (A) dispone que la aplicación de las medidas (de retorsión) se podrá aplazar por un máximo de 180 días en el caso de que el USTR considere, entre otras cosas, que se están logrando avances sustanciales o que es necesario o aconsejable un aplazamiento para obtener el respeto de los derechos de los Estados Unidos o una solución satisfactoria. Debe observarse sin embargo que, en el ejercicio de sus facultades discrecionales para aplazar la aplicación, el USTR no está obligado a observar las normas y procedimientos estipulados en el ESD.

5.175 Hong Kong, China considera que, como mencionaron las Comunidades Europeas, los plazos establecidos en los artículos citados de la Ley de Comercio Exterior de los Estados Unidos son más breves que aquellos en los que es razonable esperar que el OSD pueda resolver el asunto. Ahora bien, en tal caso, el artículo 304 (a) (2) (A) ordena que el USTR determine si se han negado los derechos correspondientes a los Estados Unidos sin tener en cuenta la determinación multilateral, que aún no se habría dictado, sobre la misma cuestión.

5.176 Hong Kong, China señala que el USTR tiene, por supuesto, facultades discrecionales con respecto a la determinación que ha de formular. Esto no elimina en absoluto el carácter obligatorio de la legislación estadounidense en cuestión. Lo que importa no es el contenido que tendrá la determinación del USTR, sino el mero hecho de que se ordena al USTR que formule tal determinación, sin tener en cuenta la disposición clara e inequívoca del párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD, en el sentido de que los Miembros no formularán una determinación de que se ha producido una infracción o se han anulado o menoscabado ventajas, excepto mediante el recurso a la solución de diferencias de conformidad con las normas y procedimientos del ESD.

5.177 Hong Kong, China aduce que lo mismo cabe decir respecto de la determinación formulada con arreglo al artículo 306 (b). En el caso de que el USTR determine que se han negado los derechos correspondientes a los Estados Unidos, debe formular una determinación sobre las medidas (de retorsión) que se deben adoptar a más tardar 30 días después del plazo prudencial previsto para la aplicación de las resoluciones del OSD. El mero hecho de que tal determinación se deba adoptar es incompatible con el plazo estipulado en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD y equivale a una sustitución del procedimiento establecido en esta disposición.

5.178 Hong Kong, China expresa que el párrafo 5 del artículo 21 del ESD dispone que, en caso de desacuerdo entre las partes con respecto al cumplimiento de las medidas de aplicación, la diferencia se resolverá mediante el recurso al procedimiento de solución de diferencias, con intervención, siempre que sea posible, del grupo especial que haya entendido inicialmente en el asunto. El grupo especial distribuirá su informe dentro de los 90 días siguientes. Como el USTR debe adoptar una determinación sobre la cuestión del cumplimiento mucho antes de la fecha en que el grupo especial previsto en el párrafo 5 del artículo 21 haya emitido su informe, el artículo 306 (b) hace que el párrafo 5 del artículo 21 sea superfluo y viola el artículo 23 del ESD. Esa disposición es también incompatible con el principio de la "interpretación efectiva de los tratados" establecido en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que exige que la interpretación ha de dar sentido a cada una de las disposiciones de un tratado en su contexto y teniendo en cuenta su objeto y fin. En este caso, los Estados Unidos, al interpretar sus obligaciones dimanantes del ESD, han optado por una interpretación que efectivamente deja de lado lo dispuesto en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD.

5.179 Hong Kong, China explica asimismo que el artículo 305 (a) asegura la aplicación oportuna de las medidas de retorsión de conformidad con las determinaciones adoptadas por el USTR con arreglo a los párrafos (a) y (b) del artículo 306. Esto equivale a la adopción de medidas de retorsión unilaterales, eludiendo las obligaciones de los Miembros establecidas en el artículo 22 del ESD, de solicitar la autorización del OSD para la imposición de contramedidas. Al tratarse de una medida de retorsión unilateral, el artículo 305 (a) infringe también el párrafo 2 del artículo 23 del ESD.

5.180 Hong Kong, China concluye que, al obligar al USTR a determinar si se han negado los derechos correspondientes a los Estados Unidos y a asegurar que se adopten medidas de retorsión de conformidad con su determinación unilateral, la legislación estadounidense en cuestión infringe el artículo 23 del ESD. Además, las exigencias de formular su determinación y de aplicar la medida dentro de un plazo determinado son incompatibles con los plazos fijados en el párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22 del ESD y, por lo tanto, hacen superfluas estas disposiciones.

5.181 En opinión de Hong Kong, China, los Estados Unidos han insistido en que, para que exista una infracción del párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD, las Comunidades Europeas deben demostrar que: a) se ha formulado una determinación de infracción a un Acuerdo de la OMC, y b) tal determinación es incompatible con las decisiones de un grupo especial o del Órgano de Apelación o con un laudo arbitral. Ésta no puede ser la norma probatoria adoptada en el párrafo 2 a) del artículo 23. A juicio de Hong Kong, China la mera posibilidad de que exista una determinación unilateral de la infracción a un Acuerdo de la OMC es incompatible con el párrafo 2 a) del artículo 23, que establece que la determinación de que se ha producido una infracción de las obligaciones sólo se

puede hacer mediante el recurso a las normas y procedimientos del ESD. La interpretación de los Estados Unidos equivale a argumentar que un Miembro puede demostrar que se ha producido una infracción del párrafo 2 a) del artículo 23 únicamente en los casos en que un Miembro a) formule una determinación (unilateral) antes de que el órgano jurisdiccional de la OMC se haya pronunciado sobre la cuestión; o b) formule tal determinación después de que el órgano jurisdiccional se haya pronunciado sobre la cuestión, pero dicha determinación llegue a una conclusión incompatible con las resoluciones del órgano de la OMC. De este modo, los Estados Unidos tratan de evitar interpretar de buena fe la disposición decisiva del párrafo 2 a) del artículo 23.

5.182 Hong Kong, China expresa que la cuestión se plantea también en el caso de que se haya formulado una determinación unilateral como la descrita precedentemente, pero no se haya adoptado ninguna medida para aplicarla. Hong Kong, China considera que esto constituiría una infracción del párrafo 2 del artículo 23. Esto es así porque el párrafo 2 a) del artículo 23 prohíbe todas las determinaciones unilaterales de que se ha producido una infracción, con independencia de que sea seguida o no por una medida de aplicación.

5.183 Hong Kong, China respondió negativamente a la pregunta del Grupo Especial de si una declaración oficial de los Estados Unidos vinculante conforme al derecho internacional, en el sentido de que el Gobierno de los Estados Unidos no ejercitará sus facultades discrecionales de modo contrario a las normas de la OMC eliminaría la incompatibilidad de los artículos 301 a 310 con esas normas, suponiendo que el USTR y el Presidente tienen facultades discrecionales para evitar las determinaciones y las medidas contrarias a las normas de la OMC en todas las circunstancias, y que, no obstante, se constate que los artículos 301 a 310 son incompatibles con las normas de la OMC. Esta respuesta se origina en la ambigüedad existente en el derecho internacional público con respecto al valor legal de las declaraciones unilaterales. Aunque la Corte Internacional de Justicia se ha pronunciado en dos ocasiones en favor del carácter vinculante de las declaraciones unilaterales (*Ihlen* 1933; *Nuclear Tests*, 1974), ambas conclusiones se interpretaron estrictamente y se adoptaron en un contexto particular. Además, en ambas decisiones de la Corte Internacional de Justicia se prestó especial atención a las circunstancias que rodeaban a las declaraciones, y no resulta claro si tales circunstancias se pueden aplicar *mutatis mutandis* a la presente diferencia.

5.184 Hong Kong, China alega asimismo que los intentos doctrinarios de extrapolar estas decisiones a otras esferas de la actividad internacional (por ejemplo, las resoluciones de las Naciones Unidas) son vistas en general con escepticismo. Por consiguiente, aunque es posible exponer buenos argumentos en favor del carácter vinculante de las declaraciones unilaterales en determinadas circunstancias, la situación en el derecho internacional público no es clara a este respecto.

5.185 En opinión de Hong Kong, China, en una esfera como la solución de diferencias, se debe procurar siempre la máxima claridad y precisión. No hay lugar para la ambigüedad. Una modificación de los aspectos litigiosos de las disposiciones pertinentes de la legislación de los Estados Unidos dentro de las líneas generales sugeridas en nuestras respuestas a las preguntas del Grupo Especial y en nuestra comunicación eliminaría toda ambigüedad. Una declaración unilateral no obtendría este resultado.

c) Distinción entre la legislación obligatoria y la legislación facultativa

5.186 Hong Kong, China recuerda que en el asunto *Estados Unidos - Superfondo*[573], en el Informe del Grupo Especial se expresó que:

[573] Informe del Grupo Especial que examinó el asunto *Estados Unidos - Superfondo*, *op. cit.*, página 184.

> "La finalidad de estos dos artículos (los artículos XI y III del GATT de 1947) es, no sólo proteger el comercio actual, sino además crear la previsibilidad necesaria para planear el comercio futuro. Este objetivo no se puede conseguir si las partes contratantes no pueden impugnar disposiciones legislativas vigentes que conducen a la adopción de medidas incompatibles con el Acuerdo General hasta que se hayan aplicado efectivamente a su comercio los actos administrativos que las ejecutan".[574]

5.187 Hong Kong, China sostiene que el texto de las disposiciones citadas de la Ley de Comercio Exterior de 1974 deja en claro que la legislación en cuestión es obligatoria. En consecuencia, de conformidad con la resolución dictada en el asunto *Superfondo* cabe declarar que esas disposiciones son ilegítimas por sí mismas, con independencia de toda práctica o aplicación de la legislación.

5.188 Según Hong Kong, China, los Estados Unidos han alegado que nada en su legislación ordena medidas incompatibles con las obligaciones estadounidenses dimanantes de la OMC. Hong Kong, China aduce que, incluso si la legislación no fuera obligatoria y simplemente permitiera la adopción de medidas incompatibles con la OMC, se debería considerar que son incompatibles con las normas de la OMC. Nuestra argumentación se basa en lo que a nuestro juicio es una interpretación adecuada del principio de buena fe consagrado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

5.189 Hong Kong, China hace notar que el artículo 26 de esa Convención establece que: "[t]odo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe". Esto significa que, cuando de conformidad con las disposiciones constitucionales nacionales se necesita una legislación nacional para aplicar las obligaciones internacionales, tal legislación debe constituir una aplicación de buena fe de las obligaciones internacionales contraídas por el país signatario.

5.190 Hong Kong, China sostiene que, en el régimen de la OMC, el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC establece que cada Miembro "se asegurará de la conformidad de sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos con las obligaciones que le impongan los Acuerdos anexos". Las partes en un régimen internacional deben siempre cumplir sus obligaciones mientras sigan siendo partes en dicho régimen. Esta obligación se deriva inequívocamente del artículo 70 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En consecuencia, se plantea la cuestión de cómo se pueden aplicar de buena fe las obligaciones internacionales si existe la posibilidad de incumplimiento en la legislación nacional. A juicio de Hong Kong, China, no cabe esperar que las obligaciones internacionales serán observadas y no entorpecidas cuando la posibilidad de no observancia está expresamente establecida en una legislación nacional. La previsibilidad, necesaria para planear el comercio futuro, como reconoció el Grupo Especial que se ocupó del asunto *Superfondo*, se ve afectada cuando los países que comercian entre sí saben con anterioridad que sus interlocutores han promulgado una legislación que les permite no tener en cuenta sus obligaciones internacionales.

5.191 Hong Kong, China estima que la aplicación de buena fe de las obligaciones internacionales no debe ser accidental, ni meramente el resultado del ejercicio de facultades discrecionales por un gobierno Miembro. La aplicación de buena fe de las obligaciones internacionales supone que las partes en un tratado internacional siempre cumplirán sus obligaciones mientras sean parte en dicho tratado. Por consiguiente, un Miembro que mantiene una legislación facultativa que le permite no observar sus obligaciones internacionales (con independencia de la eventual aplicación de dicha legislación) infringe el principio de buena fe.

5.192 Hong Kong, China hace notar que los Estados Unidos alegan que en el caso presente las Comunidades Europeas tienen que demostrar que la legislación estadounidense en cuestión "excluye cualquier posibilidad de que se adopten medidas compatibles con las obligaciones de ese Miembro en la OMC" y que ninguna de las interpretaciones de la legislación permite la adopción de medidas

[574] *Ibid.*.

compatibles con la OMC. Hong Kong, China no está de acuerdo con estos argumentos. La mera existencia de una legislación que ordena o permite la adopción de medidas incompatibles con la OMC por parte de un Miembro de la OMC ya plantea una grave amenaza al principio de buena fe y a la certidumbre y previsibilidad del régimen de la OMC.

5.193 Hong Kong, China expresa asimismo que los Estados Unidos han señalado que en última instancia toda medida adoptada en el contexto del artículo 301 depende de las facultades discrecionales del Presidente. Hong Kong, China observa también que, aunque las facultades discrecionales del Presidente están previstas en los artículos 301 (a) y 305 (a) de la ley estadounidense, esta ley deja en claro que el USTR adoptará medidas concretas como resultado de una determinación de que se han negado los derechos correspondientes a los Estados Unidos. En rigor, de conformidad con el artículo 301 (a), el USTR no depende de las facultades discrecionales del Presidente para adoptar esas determinaciones, que deben ser tomadas por el USTR dentro de los plazos determinados en la legislación en cuestión.

5.194 Hong Kong, China reconoce que es verdad que el Presidente tiene facultades discrecionales respecto de si se debe o no adoptar una medida concreta. También es cierto que, en el caso de que estas facultades discrecionales se ejerciten y un Miembro de la OMC considere que el resultado de ese ejercicio equivale a una violación de las normas de la OMC, ese Miembro puede impugnar la medida concreta pero no la legislación en que se basa dicha medida. Esto es así porque la jurisprudencia del GATT ha establecido que los Miembros sólo pueden impugnar una legislación si ésta es obligatoria. Sin embargo, esto no se ajusta a derecho. Tal distinción entre legislación obligatoria y facultativa, que permite que los Miembros de la OMC sólo puedan impugnar la primera pero no la segunda, es claramente incompatible con el derecho internacional público por las razones explicadas anteriormente.

5.195 Hong Kong, China añade que su argumento fundamental es que una legislación nacional que aplica una obligación internacional debe hacerlo de buena fe (*bona fides*). Esto es esencialmente el significado del artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (*pacta sunt servanda*).

5.196 Hong Kong, China sostiene que la obligación de buena fe comienza en realidad antes de la entrada en vigor de un acuerdo internacional: el artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados impone a los firmantes la obligación de respetar el espíritu del acuerdo que suscriben hasta el momento en que decidan definitivamente ser parte en él o no. En el primer caso (y siempre que el acuerdo en cuestión entre en vigor) quedan obligados por el artículo 26 de la Convención de Viena a partir del momento de la entrada en vigor del acuerdo; en el segundo caso, ya no tienen que respetar el artículo 18 de la Convención y tampoco tendrán que respetar su artículo 26.

5.197 Hong Kong, China alega asimismo que, por otra parte, la obligación de aplicar y cumplir el acuerdo de buena fe se mantiene durante el período de tiempo en que un Estado es parte en un acuerdo internacional. El artículo 70 de la Convención de Viena deja este aspecto en claro. Desde el momento en que decide abandonar tal acuerdo, un Estado ya no está vinculado por el artículo 26 de la Convención (siempre que, desde luego, el acuerdo en cuestión no codifique normas del *jus cogens*). No obstante, sigue siendo responsable por toda infracción del acuerdo que hubiera cometido durante el período de tiempo en que era parte en él.

5.198 Hong Kong, China considera que la obligación de buena fe se ve gravemente menoscabada si una legislación de aplicación permite resquicios para que se cometan infracciones. El mero concepto de que un Estado, mediante su legislación de aplicación, autoriza una conducta incompatible con el derecho internacional infringe el principio de buena fe, que exige el cumplimiento del acuerdo en todo momento.

5.199 Hong Kong, China alega también que no se debe admitir que la compensación (en el sentido amplio del término) por el incumplimiento sea equivalente al cumplimiento, ya que no lo es. Esto se desprende claramente de un examen cuidadoso de las obligaciones primarias y secundarias de los Estados cuando contraen compromisos internacionales:

a) la obligación primaria consiste en cumplir el tratado (artículo 26 de la Convención de Viena);

b) las obligaciones secundarias, que entran en juego cuando se comete un acto ilícito internacional, incluyen la obligación de poner fin al acto ilícito (cesación del acto ilícito) y la obligación de reparar todo daño causado por la comisión del acto ilícito internacional.[575]

5.200 En opinión de Hong Kong, China, los Estados que cometen un acto ilícito tienen la inequívoca obligación de poner fin a dicho acto ilícito (incluso en los casos en que la parte afectada no hubiera formulado la solicitud pertinente, ya que esto se desprende claramente del proyecto de artículo 41 sobre responsabilidad de los Estados y la jurisprudencia constante de la Corte Internacional de Justicia a este respecto, por ejemplo en el asunto *Chorzow Factories*). Por definición, tienen que cumplir sus obligaciones de buena fe. Esto a su vez significa que no cabe entender que la reparación de un acto ilícito y el cumplimiento de las obligaciones internacionales son dos formas de conducta equivalentes, en el sentido de que un Estado puede recurrir a una u otra y se considere que ha cumplido sus obligaciones internacionales. En cambio, el análisis que hemos realizado anteriormente respalda la opinión de que lo que se exige en todo momento a los Estados cuando se adhieren a un régimen internacional es el cumplimiento de buena fe del tratado.

5.201 Hong Kong, China sostiene que un instrumento nacional que autoriza la no observancia socava gravemente esta obligación internacional básica, ya que la no observancia de la obligación de cumplir siempre las obligaciones internacionales contraídas se convierte en una opción que puede utilizar el Estado junto con la obligación de cumplir el tratado. Como se ha afirmado anteriormente, estas dos opciones no tienen un valor equivalente.

5.202 Por lo tanto, la conclusión general de Hong Kong, China es que, en el caso de que las partes en un acuerdo internacional tengan que aplicar sus obligaciones mediante un instrumento nacional a fin de cumplir prescripciones constitucionales internas, deben asegurarse de que su legislación de aplicación no permita el no cumplimiento. En cualquier otro caso, los Estados dejan de cumplir de buena fe sus obligaciones internacionales.

5.203 Hong Kong, China considera que la legislación estadounidense impugnada no garantiza el cumplimiento de buena fe y en todo momento de las obligaciones internacionales de los Estados Unidos.

3. Conclusión

5.204 Hong Kong, China expresa que concede una gran importancia a este procedimiento. En el futuro se producirán inevitablemente diferencias comerciales, tal como ha sucedido en el pasado. El ESD ha sido la piedra angular de la OMC y constituye un logro importante de la Ronda Uruguay. El sistema multilateral de solución de diferencias, que se opone al unilateralismo, debe ser preservado y fortalecido.

[575] Hong Kong, China observa que existen, empero, ciertas divergencias en la doctrina con respecto a la naturaleza de la cesación. Algunos autores aceptan que la cesación es una obligación primaria en el sentido de que va unida a la obligación de cumplir el tratado.

5.205 A juicio de Hong Kong, China, las disposiciones citadas de los artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974 de los Estados Unidos constituyen una infracción de las obligaciones impuestas por el artículo 23 del ESD, en el sentido de que todos los Miembros de la OMC deben recurrir a los órganos jurisdiccionales de la OMC para resolver las diferencias derivadas del funcionamiento de los Acuerdos de la OMC. Hong Kong, China solicita al Grupo Especial que recomiende que los Estados Unidos pongan su legislación, en este aspecto muy importante, en conformidad con sus obligaciones dimanantes de la OMC.

G. INDIA

1. Introducción

5.206 **La India recuerda** que, en su reunión del 2 de marzo de 1999, el Órgano de Solución de Diferencias estableció el Grupo Especial para examinar los artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974 de los Estados Unidos. La India ha expresado su interés sustancial como tercero en el asunto que tiene ante sí este Grupo Especial. A continuación se expone la comunicación escrita de la India, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 10 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias.

5.207 La India considera que la cuestión esencial que tiene ante sí el Grupo Especial se refiere a los artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974. Las Comunidades Europeas han sostenido que los artículos 301 a 310 ordenan expresamente a la Administración de los Estados Unidos que actúe unilateralmente sobre la base de determinaciones formuladas con independencia del OSD y sin su autorización, especialmente después de vencidos los plazos fijados. Por lo tanto, las Comunidades Europeas estiman que los artículos 301 a 310 se deben modificar para dejar en claro que la Administración de los Estados Unidos debe actuar de conformidad con las obligaciones estadounidenses dimanantes de los Acuerdos de la OMC en todas las circunstancias y en todo momento.

2. Las medidas en cuestión

5.208 La India explica que el artículo 301 (a) describe casos en los que se niegan los derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo comercial o en los que una ley, una política o una práctica de un país extranjero niega las ventajas que corresponden a los Estados Unidos y son injustificables y obstaculizan o limitan el comercio de los Estados Unidos. Si el USTR determina (y esa determinación es unilateral) la existencia de alguna de las situaciones mencionadas, el USTR "adoptará" medidas de retorsión. El artículo 301 (a) (2), en sus apartados (A) y (B), contiene efectivamente excepciones en las que no se requiere que el USTR adopte medidas, y estas excepciones corresponden a situaciones en las que el OSD haya adoptado un informe en el que se constate que no existe una infracción o una medida incompatible con los derechos que corresponden a los Estados Unidos o que no se niegan, anulan ni menoscaban ventajas que corresponden a los Estados Unidos, o que el país extranjero está adoptando medidas satisfactorias para proteger los derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo comercial, o que la seguridad nacional de los Estados Unidos puede verse afectada.

5.209 La India añade que el artículo 301 (b) se aplica a toda ley, política o práctica que, aunque no niegue derechos o beneficios correspondientes a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo comercial, "una ley, política o práctica de un país extranjero no es razonable o es discriminatoria y obstaculiza o limita el comercio de los Estados Unidos". La disposición brinda algunos ejemplos de actos no razonables, tales como la no protección de los derechos de propiedad intelectual, la tolerancia de prácticas anticompetitivas de empresas privadas o la denegación de los derechos de los trabajadores. Si el USTR determina que una ley, política o práctica puede dar lugar a la imposición de medidas de conformidad con este artículo y que la medida de los Estados Unidos es apropiada, el

USTR adoptará medidas de retorsión, respetando las instrucciones específicas, en su caso, del Presidente sobre esas medidas.

5.210 La India señala que el alcance de las medidas de retorsión se establece en el artículo 301 (c), que autoriza al USTR a suspender o retirar los beneficios de las concesiones derivadas de un acuerdo comercial y a imponer derechos u otras restricciones a la importación a las mercancías y servicios de un país extranjero durante el período de tiempo que el USTR considere adecuado.

5.211 La India señala que en los Estados Unidos ningún tribunal nacional podría declarar que el artículo 301 es incompatible con las normas de la OMC porque el artículo 102 (a) (1) dispone que "ninguna disposición de ninguno de los Acuerdos de la Ronda Uruguay ni la aplicación de esas disposiciones a ninguna persona o en circunstancia alguna que sea incompatible con alguna ley de los Estados Unidos tendrá efecto alguno". Además, en ese artículo se establece que ninguna disposición de la Ley de los Acuerdos de la Ronda Uruguay se interpretará en el sentido de que limita ninguna facultad otorgada en virtud de alguna ley de los Estados Unidos, con inclusión del artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior de 1974.

5.212 La India explica asimismo que los artículos 302 a 310 se refieren a cuestiones tales como quién puede iniciar las investigaciones con arreglo al artículo 301, los diversos plazos para la adopción de medidas, la vigilancia de las medidas adoptadas por un país extranjero, etc.

5.213 En opinión de la India, la característica central de la legislación estadounidense es, por tanto, que el USTR puede formular una determinación unilateral acerca de la ley, política o práctica de un país extranjero que afecte a los derechos y beneficios que corresponden a los Estados Unidos y a los efectos en el comercio estadounidense, y puede decidir la adopción de medidas comerciales de retorsión durante el período de tiempo que el USTR considere adecuado.

5.214 La India alega que los artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974 carecen de base jurídica y son moralmente inaceptables. Desde un punto de vista jurídico, resulta claro que, en la medida en que consagran el unilateralismo, los artículos 301 a 310 violan todas las normas del derecho internacional. Desde un punto de vista moral, resultan inaceptables porque suponen que el derecho se basa en la fuerza y que el fuerte puede prevalecer sobre el débil.

5.215 La India expresa que durante mucho tiempo se ha visto sometida a los artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior por supuestas prácticas comerciales desleales. Esos artículos ejercen presión sobre países como la India para que se ajusten a lo que los Estados Unidos consideran "prácticas comerciales leales". Como se demostrará a continuación, la determinación de las "prácticas comerciales desleales" o los "actos no razonables" es hecha únicamente por los Estados Unidos y, por lo tanto, es unilateral; además, no existen criterios objetivos para determinar esas prácticas desleales, por lo que todo el proceso resulta completamente arbitrario.

5.216 La India observa que, en resumen, los artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974 constituyen un instrumento de unilateralismo empleado por los Estados Unidos para obligar a sus interlocutores comerciales a ofrecer el acceso a los mercados a los bienes y servicios estadounidenses más allá del alcance de los compromisos contraídos en negociaciones comerciales multilaterales. En consecuencia, esos artículos socavan el sistema multilateral de comercio.

3. Argumentos de derecho

a) Antecedentes de la redacción del Acuerdo sobre la OMC

5.217 La India considera que todo examen de los antecedentes de redacción de los Acuerdos de la Ronda Uruguay en general y del ESD en particular pondrán de manifiesto que una cantidad de países, principalmente países en desarrollo, aceptaron el fortalecimiento del mecanismo de solución de

diferencias, con inclusión de la polémica disposición relativa a las contramedidas de retorsión, porque se les dio a entender que a cambio no sufrirían más la amenaza del unilateralismo. En realidad, muchos países en desarrollo, como la India, aceptaron el sistema de solución de diferencias con sus disposiciones relativas a la automaticidad y a las contramedidas de retorsión con la expectativa de que en el nuevo sistema no sería posible que sus interlocutores comerciales adoptaran medidas unilaterales.

5.218 La India alega que el hecho de que esto no haya sucedido y que leyes como las del artículo 301 aún continúen en las recopilaciones de leyes de los Estados Unidos causa un profundo pesar a quienes creen en un sistema multilateral de comercio basado en normas.

b) El párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC

5.219 La India sostiene que el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC establece que cada Miembro se asegurará de la conformidad de sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos con las obligaciones que le impongan los Acuerdos anexos.

5.220 La India explica que durante los debates del Grupo de Redacción Jurídica, durante la Ronda Uruguay, esta disposición fue objetada por los Estados Unidos por motivos fundados. Los negociadores estadounidenses consideraban, correctamente, que la aceptación de esta disposición plantearía un serio problema para el artículo 301. Por ello, los negociadores de los Estados Unidos trataron de atenuar el contenido de esta disposición, con escasos resultados. Por último, el texto se redactó en términos enérgicos a fin de que la obligación fuera vinculante para los Miembros.

5.221 La India observa también que la jurisprudencia del GATT tiene una larga historia de casos en los que se ha establecido que una ley que exige que el poder ejecutivo aplique una medida incompatible con una disposición del GATT puede ser impugnada en un procedimiento de solución de diferencias, haya sido o no aplicada al comercio de la parte reclamante. Así, el Grupo Especial de 1987 que examinó el asunto *Estados Unidos - Impuestos sobre el petróleo y ciertas sustancias importadas* expresó que la mera existencia de una legislación obligatoria que establecía un impuesto interno, aunque no se aplicara a un producto importado determinado, se debía considerar incluida en el alcance del artículo III. De modo análogo, el famoso Grupo Especial de 1992 que examinó el caso *Estados Unidos - Medidas que afectan a las bebidas alcohólicas y derivadas de la malta* examinó la legislación del estado de Illinois, que según los Estados Unidos no se estaba aplicando. También en este caso, el Grupo Especial resolvió que la legislación de Mississippi era incompatible con el artículo III, se aplicara o no. Más recientemente, en el asunto *India - Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura*, del que se ocupó un Grupo Especial de la OMC, los Estados Unidos alegaron que el "sistema de presentación anticipada" para la solicitud de patentes que la India había establecido mediante una medida administrativa no cumplía los requisitos del párrafo 8 del artículo 70 del Acuerdo sobre los ADPIC porque ciertas disposiciones obligatorias de la Ley de Patentes de la India prohibían la concesión de patentes a los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura. La India citó disposiciones de su Constitución sobre la distribución de facultades entre sus autoridades legislativas y ejecutivas, así como resoluciones judiciales sobre el carácter no vinculante de las leyes que exigen medidas administrativas dentro de un plazo determinado, alegando que se podía establecer un sistema de presentación anticipada mediante una medida administrativa sin perjuicio de las disposiciones obligatorias de la Ley de Patentes. En sus respuestas, los Estados Unidos sostuvieron que la jurisprudencia del GATT en materia de legislación obligatoria dejaba en claro que la India estaba obligada a eliminar lo que denominaron incertidumbre legal derivada del hecho de que sus prácticas administrativas eran incompatibles con disposiciones obligatorias de la Ley de Patentes. En efecto, los Estados Unidos adujeron que la legislación interna de un Miembro no sólo debía permitirle actuar de manera compatible con las obligaciones que le imponía la OMC, sino que además esa legislación interna no debía crear incertidumbre jurídica estableciendo medidas incompatibles con la OMC. El Grupo Especial aceptó este argumento de los Estados Unidos y resolvió que la práctica administrativa

vigente creaba un cierto grado de incertidumbre jurídica al exigir que los funcionarios de la India hicieran caso omiso de ciertas disposiciones obligatorias de la Ley de Patentes.

5.222 En opinión de la India, la decisión resulta clara: una ley que, según sus términos, ordena una conducta incompatible con una disposición de un Acuerdo de la OMC viola esa disposición, con independencia de si dicha ley se aplica o podría aplicarse y del modo en que se aplica o se aplicaría. Este principio deriva del hecho de que una ley que contiene tales términos crea una incertidumbre que afecta negativamente a las oportunidades de competencia de otros Miembros en materia de bienes o de servicios.

5.223 La India expresa que el párrafo 4 del artículo XVI convierte este principio en una obligación concreta y jurídicamente vinculante. A la luz de lo expuesto, es suficiente que el Grupo Especial examine si los artículos 301 a 310 ordenan al USTR la adopción de determinaciones y medidas que son incompatibles con las obligaciones que impone a los Estados Unidos el Acuerdo sobre la OMC.

c) El artículo 23 del ESD

5.224 La India alega que el artículo 23 establece claramente que todos los Miembros de la OMC recurrirán a las normas y procedimientos del ESD y se ajustarán a los mismos para tratar de reparar el incumplimiento de obligaciones u otro tipo de anulación o menoscabo de las ventajas resultantes de los acuerdos abarcados. Concretamente, ese artículo dispone que los Miembros no formularán una determinación unilateral de que se han anulado o menoscabado ventajas, excepto mediante el recurso al ESD. Y, sin embargo, los artículos 301 a 310 tratan de hacer precisamente esto. Los artículos 301 a 310 no aplican los procedimientos y las normas del ESD; en realidad, tratan de hacer exactamente lo opuesto, amenazando al país extranjero que presuntamente está causando anulación o menoscabo a los Estados Unidos. Como han demostrado ampliamente las Comunidades Europeas, se exige que el USTR proceda unilateralmente cuando los resultados del procedimiento de solución de diferencias de la OMC no se pueden utilizar dentro de los plazos fijados en los artículos 301 a 310. Por ejemplo, el artículo 304 (a) (2) (A) ordena al USTR que formule una determinación dentro de un plazo más breve que el plazo dentro del cual es razonable esperar que el OSD se pronuncie sobre ese asunto. En efecto, el artículo 304 ordena al USTR que formule una determinación 18 meses después de la fecha en que se haya solicitado la celebración de consultas sobre la denegación de derechos correspondientes a los Estados Unidos en virtud de un Acuerdo de la OMC, incluso si el OSD no ha adoptado un informe que incluya constataciones sobre este asunto dentro de dicho plazo.

5.225 La India concluye que, por esta razón, los artículos 301 a 310 de los Estados Unidos son incompatibles con los plazos fijados en el ESD y violan en particular el artículo 23 del ESD.

d) Los artículos I, II, III, VIII y XI del GATT de 1994

5.226 La India sostiene que el artículo 306 (b) (2) establece un límite de 30 días después del vencimiento del plazo prudencial, antes del cual el USTR tiene que determinar que el Miembro interesado no ha cumplido con las recomendaciones del OSD, sin esperar a la terminación del procedimiento pertinente establecido en el ESD. Los mejores ejemplos del funcionamiento del artículo 306 son las determinaciones y medidas adoptadas por el USTR en la diferencia relativa a los *Bananos*. Basándose en una determinación unilateral de que las Comunidades Europeas no habían aplicado las recomendaciones del OSD, el USTR anunció el 3 de marzo de 1999 que el Servicio de Aduanas de los Estados Unidos comenzaría a partir de esa fecha a retener la liquidación de derechos de aduana y a examinar la suficiencia de las fianzas correspondientes a las importaciones de determinados productos europeos, por una cuantía de 520 millones de dólares. La decisión de los árbitros sólo se emitió el 9 de abril de 1999, y la solicitud estadounidense de medidas de retorsión sólo se concedió el 19 de abril de 1999, por una cuantía de 191,4 millones de dólares. Resulta claro que el 3 de marzo de 1999 los Estados Unidos habían suspendido sus obligaciones dimanantes, entre otras disposiciones, de los artículos I, II, III, VIII y XI del GATT de 1994 con respecto a las Comunidades

Europeas, sin autorización previa del OSD. Observando los hechos retrospectivamente, resulta obvio que el USTR se vio obligado a adoptar medidas el 3 de marzo de 1999 porque así lo establecía el artículo 306, sin tener en cuenta que existiera o no una autorización del OSD con arreglo al artículo 22 del ESD.

4. Conclusión

5.227 La India expone la siguiente conclusión: en primer lugar, resulta claro que los artículos 301 a 310 constituyen un caso en que los Estados Unidos reniegan de los compromisos que contrajeron en la Ronda Uruguay. En segundo lugar, la jurisprudencia del GATT/OMC establece que una ley, se aplique o no en la práctica, que según sus propios términos ordena una conducta incompatible con una disposición de la OMC, infringe esa disposición. En tercer lugar, los artículos 301 a 310 infringen el artículo 23 del ESD; concretamente, contravienen también los plazos y otros procedimientos del ESD. En cuarto lugar, los artículos 301 a 310 violan los artículos I, II, III, VIII y XI del GATT de 1994, según se demostró en la diferencia relativa a los *Bananos*.

H. JAMAICA

1. Introducción

5.229 **Jamaica expresa en primer lugar** que su Gobierno ha adoptado la decisión de solicitar la condición de tercero en este asunto porque, en su carácter de pequeño país en desarrollo, concede una gran importancia al imperio del derecho internacional y al cumplimiento de las obligaciones derivadas de los tratados internacionales de conformidad con el principio "*pacta sunt servanda*".

2. Argumentos de derecho

5.230 Jamaica sostiene que, al mantener el recurso a medidas unilaterales con arreglo a los artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974, los Estados Unidos infringen sus obligaciones en virtud del Entendimiento sobre la Solución de Diferencias de la OMC, que inequívocamente dispone que los Miembros no deben recurrir a tales medidas.

5.231 Jamaica alega asimismo que esta afirmación se ve respaldada por el hecho de que el ESD de la OMC es plenamente compatible con las normas convenidas sobre el principio de solución pacífica de las diferencias entre Estados, consagrado en el párrafo 1 del artículo 1 de la Carta de las Naciones Unidas y en varias resoluciones y declaraciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

5.232 Jamaica aduce que el mecanismo de solución de diferencias de la OMC está vinculado al histórico esfuerzo encaminado a prevenir el recurso a medidas unilaterales, que socava la credibilidad del sistema multilateral de comercio. Como observó el Grupo Especial que examinó el asunto *Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón*, la adopción de medidas unilaterales por los Miembros puede amenazar la seguridad y la previsibilidad del sistema multilateral de comercio.

5.233 Jamaica señala que por lo general se reconoce que el sistema de solución de diferencias de la OMC es la columna vertebral del sistema multilateral de comercio y la contribución más específica de la OMC a la estabilidad de la economía mundial. Ahora bien, esta confianza se basa en la capacidad de la Organización para asegurar que los Miembros cumplirán las normas. La integridad de la OMC sufriría enormemente si los Miembros pudieran adoptar medidas unilaterales, infringiendo las obligaciones que les impone el Acuerdo sobre la OMC.

5.234 Jamaica observa asimismo que se reconoce que el principio fundamental del derecho de los tratados es "*pacta sunt servanda*", ya sea basado en el derecho consuetudinario o en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

5.235 A juicio de Jamaica, este concepto fundamental se ha llevado a la práctica en el párrafo 1 del artículo 3, el párrafo 5 del artículo 21, y los párrafos 1 y 2 del artículo 23 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la OMC, al exigir a los Miembros que se sometan a las normas allí convenidas.

5.236 Jamaica aduce asimismo que el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo por el que se establece la OMC exige claramente que las medidas adoptadas en el plano nacional incorporen en su totalidad las obligaciones dimanantes de la OMC:

> "Cada Miembro se asegurará de la conformidad de sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos con las obligaciones que le impongan los Acuerdos anexos." (se han añadido el subrayado)

5.237 Jamaica alega asimismo que el Entendimiento sobre Solución de Diferencias es parte integrante del Acuerdo sobre la OMC y que el párrafo 3 del artículo III de este último concede atribuciones a la OMC para administrar el ESD.

5.238 Jamaica señala que los Estados Unidos participaron activamente en la negociación de los Acuerdos de la OMC y aportaron una contribución sustancial a la redacción de las normas sobre solución de diferencias. Además, los Estados Unidos fueron parte en la Declaración de Marrakech de 15 de abril de 1994, mediante la cual los Ministros saludaron, entre otras cosas:

> "el marco jurídico más fuerte y más claro para el desarrollo del comercio internacional, y que incluye un mecanismo de solución de diferencias más eficaz y fiable".

5.239 Jamaica expresa que, como firmante de los Acuerdos de la Ronda Uruguay, los Estados Unidos y otros Miembros de la OMC se comprometieron, por ende, a resolver las diferencias de conformidad con las normas multilaterales acordadas que se consagraron en el ESD.

5.240 Jamaica considera también que, de conformidad con los artículos 102 (a) (1) y 102 (c) de su Ley de los Acuerdos de la Ronda Uruguay, los Estados Unidos han decretado que ninguna disposición del Acuerdo sobre la OMC debe prevalecer sobre ninguna ley de los Estados Unidos en caso de incompatibilidad entre ambas. No hay ningún elemento en la Ley de los Acuerdos de la Ronda Uruguay de los Estados Unidos que deba interpretarse en el sentido de que limita "ninguna facultad otorgada en virtud de alguna ley de los Estados Unidos, con inclusión del artículo 301".

5.241 Jamaica expresa que la consecuencia de estos artículos es que las disposiciones del Acuerdo sobre la OMC que sean contrarias a la legislación de los Estados Unidos se declaran nulas *ab initio*.

5.242 Jamaica sostiene que no cuestiona el derecho de un Miembro a procurar reparación por las infracciones de obligaciones contractuales en el marco del Acuerdo sobre la OMC. Sin embargo, aunque las medidas adoptadas de conformidad con el artículo 301 (a) están sujetas a la autoridad final del OSD, el artículo 301 (b) concede la facultad discrecional de adoptar medidas, que quedan al margen del examen a cargo de una autoridad judicial externa e imparcial. Por consiguiente, el resultado del artículo 301 (b) es proporcionar a los Estados Unidos un procedimiento alternativo mediante el cual pueden lograr un resultado favorable a sus propios intereses, cuando consideren que no es probable obtener tal resultado por conducto del OSD.

5.243 Jamaica alega que, si bien el mantenimiento de un sistema alternativo en materia de solución de diferencias puede no ser *per se* contrario al derecho internacional, la utilización posterior de este segundo sistema como sustituto de un mecanismo acordado multilateralmente para la solución de diferencias podría constituir una violación de las obligaciones dimanantes del tratado. En rigor, como expresó el Grupo Especial que examinó el asunto *Estados Unidos - Impuestos sobre el petróleo y*

sobre ciertas sustancias importadas[576], un Miembro violaría sus obligaciones dimanantes de la OMC si promulgara una ley que le ordenase adoptar determinadas medidas en el futuro, no justificadas en virtud del Acuerdo sobre la OMC, incluso aunque tales medidas no se aplicaran concretamente. La posibilidad de disponer de un mecanismo alternativo para tratar de obtener reparación de conformidad con los párrafos (a) y (b) del artículo 301 socava la integridad del mecanismo de solución de diferencias de la OMC.

5.244 Jamaica sostiene asimismo que los Estados Unidos han vulnerado el principio de buena fe con respecto a los demás Miembros que han puesto su legislación interna en conformidad con los compromisos contraídos en la OMC.

5.245 Jamaica señala que el enfoque del todo único, adoptado por los Miembros durante la Ronda Uruguay, significa que ya no es posible que los Miembros escojan y seleccionen los acuerdos a los que deseen adherirse. Como el ESD es parte integrante del Acuerdo sobre la OMC, los Estados Unidos están obligados a respetar todas sus disposiciones, incluido el artículo 23, que obliga a los Miembros a abstenerse de formular determinaciones unilaterales con respecto a si un Miembro ha infringido o no sus obligaciones dimanantes del Acuerdo sobre la OMC.

5.246 Según Jamaica, la integridad de la OMC depende del compromiso demostrado por sus Miembros con respecto a sus principios. Los Miembros establecen su propio sistema de frenos y contrapesos con respecto a las medidas de otros Miembros que no observan las normas y las obligaciones acordadas.

5.247 En opinión de Jamaica, dada la importancia del sistema de solución de diferencias de la OMC como elemento central para ofrecer seguridad y previsibilidad en las condiciones de acceso al mercado en el sistema multilateral de comercio, la OMC no puede, mediante una recomendación o una constatación de este Grupo Especial, condonar la adopción de medidas unilaterales por un Estado Miembro basada en su legislación interna. Si esto ocurriera, los propios Miembros participarían en el menoscabo de la autoridad del mecanismo de solución de diferencias. Si los Miembros son de este modo alentados a actuar unilateralmente en la solución de las diferencias comerciales, no habría ningún incentivo para seguir adhiriéndose a los procedimientos acordados del ESD.

5.248 Jamaica aduce que los Estados Unidos reiteraron en numerosas ocasiones su compromiso en favor de la creación y el mantenimiento de la confianza en la OMC. El USTR ante la OMC ratificó en una reciente declaración (marzo de 1999), que un sistema de comercio abierto, esencial para la prosperidad mundial, no se puede mantener si no se respetan las normas. Esto será difícil de lograr si los Miembros de la OMC deben hacer frente constantemente a la legislación nacional de un Miembro, que autoriza a imponer sanciones unilaterales violando las normas multilaterales acordadas.

5.249 Por lo tanto, Jamaica solicita que el Grupo Especial constate que las medidas unilaterales adoptadas por el USTR de conformidad con los artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974 son contrarias a las obligaciones contraídas por los Estados Unidos en virtud del Acuerdo sobre la OMC.

5.250 Jamaica solicita asimismo al Grupo Especial que recomiende que los Estados Unidos pongan su Ley de Comercio Exterior de 1974 en conformidad con las obligaciones que les impone el Acuerdo sobre la OMC.

5.251 Respondiendo a la pregunta del Grupo Especial, de si el párrafo 2 del artículo 23 del ESD prohíbe toda determinación sobre la compatibilidad con la OMC o toda determinación en el sentido de que se ha producido una infracción, Jamaica expresa que, a fin de responder a esta pregunta sobre la

[576] Informe del Grupo Especial que examinó el caso *Estados Unidos - Superfund*, *op. cit.*

manera en que se ha de interpretar el párrafo 2 a) del artículo 23, se debe examinar el contexto en el que se aplica esta disposición.

5.252 Jamaica señala que la norma fundamental para la interpretación de las disposiciones de los tratados, codificada en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, establece que,

> "un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin".

5.253 Jamaica sostiene que, por consiguiente, el párrafo 2 a) del artículo 23 debe leerse conjuntamente con el párrafo 1 del mismo artículo, que ofrece el contexto de todo el artículo. El título del artículo 23 es "Fortalecimiento del sistema multilateral" y el párrafo 1 establece la idea central del artículo al disponer que,

> "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". (se han añadido el subrayado)

5.254 Jamaica expresa a continuación que la obligación de los Miembros de utilizar las disposiciones del ESD se destaca en los apartados a), b) y c) del párrafo 2, en los que se establecen los pasos que deben adoptar los Miembros "en tales casos", es decir, en los casos en que traten de reparar el incumplimiento de obligaciones.

5.255 En opinión de Jamaica, el párrafo 2 a) del artículo 23 establece que los Miembros "no formularán una determinación [...] excepto mediante el recurso a la solución de diferencias de conformidad con las normas y procedimientos del presente Entendimiento [...]", y las determinaciones se refieren no sólo a la existencia de infracciones, sino también a las ventajas que se hayan anulado o menoscabado o a los impedimentos al logro de cualquiera de los objetivos de los acuerdos abarcados.

5.256 Jamaica considera que el artículo 23 no prohíbe que se formule una determinación *per se* de que se ha producido una infracción o de que se han anulado ventajas, etc., ya que es evidente que un Miembro que ha planteado una diferencia ante el OSD ha tenido que adoptar una "determinación" de algún tipo, en el sentido de que las prácticas/políticas de otro Miembro son incompatibles con la OMC, por lo que recaba la opinión del OSD acerca de esta "determinación" preliminar.

5.257 Jamaica sostiene que la prohibición que constituye la idea central del párrafo 2 a) del artículo 23 y en realidad de todo el artículo 23, se refiere a las determinaciones formuladas en el contexto del intento de reparar el incumplimiento de obligaciones. Tal "determinación" adoptada por un Miembro sería semejante a una constatación o recomendación del OSD, relativa a la compatibilidad de un asunto con las normas de la OMC, ya que esta "determinación" daría lugar necesariamente a una reparación a cargo de la parte afectada. Esto equivaldría a usurpar los derechos del OSD para formular decisiones. Sólo el OSD tiene derecho a formular determinaciones que afecten a los derechos y obligaciones de los Miembros.

5.258 Jamaica alega asimismo que el párrafo 2 a) del artículo 23 complementa esta prohibición de las determinaciones al margen del OSD al establecer que

> "[los Miembros] formularán tal determinación de forma coherente con las constataciones que figuren en el informe del grupo especial o del Órgano de Apelación, adoptado por el OSD [...]".

5.259 Respondiendo a la pregunta del Grupo Especial de si una declaración oficial de los Estados Unidos vinculante conforme al derecho internacional, en el sentido de que el Gobierno de los Estados Unidos no ejercitará sus facultades discrecionales de modo contrario a las normas de la OMC eliminaría la incompatibilidad de los artículos 301 a 310 con esas normas, suponiendo que el USTR y el Presidente tienen facultades discrecionales para evitar las determinaciones y las medidas contrarias a las normas de la OMC en todas las circunstancias, y que, no obstante, se constate que los artículos 301 a 310 son incompatibles con las normas de la OMC, Jamaica expresa que los Estados Unidos son signatarios del Acta Final que incorpora los resultados de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales multilaterales, que incluyen el Acuerdo de Marrakech y el Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias.

5.260 Jamaica señala a la atención del Grupo Especial el texto del párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo de Marrakech y el artículo 23 del ESD.

5.261 Jamaica manifiesta que, al haber suscrito este instrumento multilateral jurídicamente vinculante, los Estados Unidos se comprometieron solemnemente a acatar sus normas, con inclusión de las normas y procedimientos del ESD. Sin embargo, este compromiso jurídicamente vinculante no ha impedido que los Estados Unidos actuasen de forma contraria a sus obligaciones, lo que ha infringido los derechos de otros Miembros.

5.262 Jamaica considera que una declaración formulada por un gobierno que está en contradicción con su legislación no es una base sólida para el mantenimiento de relaciones en el marco de tratados internacionales. Por consiguiente, la declaración de los Estados Unidos no constituye una limitación eficaz respecto de sus facultades discrecionales que son contrarias a una obligación que debería consagrarse en la legislación.

5.263 Jamaica estima que la amplitud de las facultades discrecionales concedidas al Presidente de los Estados Unidos y al USTR en virtud de los artículos 301 y 302, se ejerciten o no, deja el camino expedito para el ejercicio de tales facultades.

5.264 Jamaica aduce que no puede encontrar ningún motivo justificado para que los Estados Unidos se consideren exentos del cumplimiento de las normas de la OMC. En realidad, si se permitiera a los Estados Unidos mantener su legislación incompatible con las normas de la OMC, esto abriría el camino para que la "excepción se convirtiera en la regla", ya que otros Miembros de la OMC podrían verse inclinados a mantener una legislación no conforme con las normas de la Organización al mismo tiempo que asumen a su conveniencia compromisos unilaterales de cumplimiento.

5.265 Jamaica recuerda la decisión adoptada por el Grupo Especial que examinó el asunto *Estados Unidos - Impuestos sobre el petróleo y sobre ciertas sustancias importadas*[577], en la que se sostuvo que un Miembro infringiría sus obligaciones dimanantes de la OMC si promulgara una ley que lo obligara a adoptar en el futuro determinadas medidas no justificadas en el marco del Acuerdo sobre la OMC, incluso si tales medidas no se aplicaran concretamente. Por lo tanto, cabe decir análogamente que el mero hecho de que la legislación de los Estados Unidos exige que el Presidente adopte determinadas medidas cuando se cumplen ciertos requisitos significa que esta ley infringe la letra y el espíritu del Acuerdo sobre la OMC.

5.266 Por ende, Jamaica solicita que el Grupo Especial insista en el pleno cumplimiento de las normas establecidas de la OMC y que, por tanto, resuelva que los artículos 301 a 310 se deben modificar en consecuencia, a fin de que los Estados Unidos cumplan el compromiso que contrajeron en 1994. Jamaica confía en que la totalidad de los Miembros no aceptarán menos que una completa revisión de la ley nacional de los Estados Unidos que constituye el objeto de la presente diferencia.

[577] Informe del Grupo Especial que examinó el asunto *Estados Unidos - Superfund*, *op. cit.*

I. JAPÓN

1. Introducción

5.267 **El Japón señala** que, como este caso presenta la cuestión, sumamente importante, de la determinación unilateral en el marco del mecanismo de solución de diferencias de la OMC, el Japón tiene un interés sistémico sustancial en el asunto. Las conclusiones del Grupo Especial tendrán extrema importancia y el Japón espera sinceramente que el Grupo Especial examine concienzudamente el asunto que tiene ante sí.

2. Argumentos de derecho

5.268 El Japón considera que la renuncia a adoptar medidas comerciales unilaterales que forma parte del sistema de solución de diferencias de la OMC constituye una de las normas más importantes de la Organización. Los Miembros de la OMC tienen prohibido suspender unilateralmente concesiones u otras obligaciones dimanantes del Acuerdo sobre la OMC. Además, el artículo 23 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias exige claramente que los Miembros de la OMC cumplan las normas y procedimientos establecidos en el ESD y estipula que los Miembros no formularán una determinación de que las medidas adoptadas por otro Miembro infringen las disposiciones del Acuerdo sobre la OMC, excepto mediante el recurso a la solución de diferencias de conformidad con las normas y procedimientos del ESD.

5.269 El Japón hace notar que, cuando entró en vigor el Acuerdo sobre la OMC, los Estados Unidos anunciaron que habían modificado su Ley de Comercio Exterior de 1974 a fin de respetar el procedimiento establecido en el sistema de solución de diferencias mejorado. Sin embargo, la modificación ha demostrado ser insuficiente. Los Estados Unidos alegan que la Ley de Comercio Exterior de 1974 se puede aplicar de conformidad con el Acuerdo sobre la OMC mediante el ejercicio de las facultades discrecionales otorgadas por la Ley al USTR, quien debe determinar si ha existido o no infracción del Acuerdo sobre la OMC por parte de otro Miembro y qué nuevas medidas se han de adoptar y en qué momento, teniendo en cuenta también las instrucciones específicas del Presidente. No obstante, resulta dudoso que la Ley de Comercio Exterior de 1974 sea verdaderamente facultativa. Por ejemplo, a pesar de que los Estados Unidos indican que el USTR tiene libertad para formular una determinación negativa y para iniciar después una segunda investigación a fin de formular una determinación positiva de infracción del Acuerdo sobre la OMC en el caso de que el OSD adoptara las constataciones de un grupo especial o del Órgano de Apelación, tales facultades discrecionales no parecen ser explícitas en las disposiciones de la Ley de Comercio Exterior de 1974. Por el contrario, se considera que esta Ley obliga a los Estados Unidos a determinar si otro Miembro niega los derechos o beneficios correspondientes a los Estados Unidos con arreglo al Acuerdo sobre la OMC, sin aplicar los procedimientos necesarios previstos en el mecanismo de solución de diferencias y, en tal caso, resulta incompatible con el artículo 23 del ESD.

5.270 El Japón sostiene que, incluso suponiendo que los Estados Unidos puedan aplicar la Ley de Comercio Exterior de 1974 de conformidad con el Acuerdo sobre la OMC ejercitando amplias facultades discrecionales, es muy improbable que tales facultades se ejerciten de forma compatible con el Acuerdo sobre la OMC.

5.271 El Japón considera que los hechos demuestran que, en realidad, los Estados Unidos han formulado reiteradamente determinaciones en el sentido de que las medidas, políticas o prácticas de otro Miembro de la OMC eran incompatibles con el Acuerdo sobre la OMC o no eran razonables, y han determinado la adopción de nuevas medidas, con inclusión de la suspensión de concesiones u otras obligaciones dimanantes del Acuerdo sobre la OMC, sin ajustarse al procedimiento de solución de diferencias.

5.272 En opinión del Japón, los casos siguientes demuestran que los Estados Unidos han utilizado en su favor las medidas unilaterales previstas en la Ley de Comercio Exterior de 1974, como un instrumento para resolver diferencias comerciales contra el Japón.

5.273 El Japón explica que, en octubre de 1994, los Estados Unidos iniciaron una investigación sobre el mercado japonés de piezas y accesorios de automóviles, con arreglo a la Ley de Comercio Exterior de 1974. En mayo de 1995, determinaron que las leyes, políticas y prácticas del Gobierno del Japón no eran razonables y obstaculizaban y limitaban el comercio de los Estados Unidos. En consecuencia, anunciaron la aplicación de sanciones en virtud de las cuales las importaciones de automóviles de lujo japoneses quedarían sujetas a derechos del 100 por ciento *ad valorem*. Tras este anuncio, el Servicio de Aduanas de los Estados Unidos suspendió la liquidación de derechos de aduana respecto de los vehículos que figuraban en la lista de sanciones, poniendo fin efectivamente a las exportaciones de estos vehículos procedentes del Japón. El Japón solicitó la celebración de consultas a tenor del artículo XXII del GATT con respecto a esta medida unilateral adoptada por los Estados Unidos. Este asunto fue finalmente resuelto por medios políticos que se pusieron en práctica con independencia del mecanismo de solución de diferencias. No obstante, este hecho constituyó un claro ejemplo de que los Estados Unidos actúan infringiendo las obligaciones que les impone el ESD, prefiriendo en cambio el procedimiento previsto en la Ley de Comercio Exterior de 1974.

5.274 El Japón hace hincapié en que no alega que la iniciación de una investigación con arreglo al artículo 302 constituye una infracción al Acuerdo sobre la OMC. En cambio, el Japón considera que el anuncio de una "determinación positiva" y de una lista de productos que podrían quedar sujetos a aranceles más elevados, lo que se hizo el 16 de mayo de 1995, es incompatible con las obligaciones que impone al Gobierno de los Estados Unidos el artículo 23 del ESD.

5.275 El Japón sostiene que, sobre la base de la experiencia anterior, y pese a la alegación de los Estados Unidos de que la Ley de Comercio Exterior de 1974 se puede aplicar de manera compatible con el Acuerdo sobre la OMC mediante las amplias facultades discrecionales concedidas al USTR y las instrucciones específicas del Presidente, la Ley de Comercio Exterior de 1974 plantea, con respecto al Acuerdo sobre la OMC, los problemas importantes que se exponen a continuación.

5.276 El Japón aduce asimismo que el texto del artículo 304 (a) (2) de la Ley de Comercio Exterior de 1974 exige obligatoriamente que el USTR determine si se están negando los derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud del Acuerdo sobre la OMC o si una ley, política o práctica de otro Estado Miembro infringe las normas de la OMC o es incompatible con ellas, o es injustificable, dentro de los 18 meses posteriores a la fecha en que se haya iniciado la investigación del asunto. De conformidad con el ESD, el mecanismo de solución de diferencias requiere normalmente un período de 18,5 meses y en la realidad ha habido varios casos en los que ha sido necesario un plazo más prolongado. Esto demuestra claramente que, al menos en los casos en que los procedimientos necesarios no se terminan dentro de los 18 meses fijados, el USTR está obligado a actuar con arreglo al artículo 304 (a) (2), de forma incompatible con lo dispuesto en el ESD. También se debe observar que las facultades discrecionales mencionadas no son suficientemente explícitas en lo que respecta a las disposiciones correspondientes de la Ley de Comercio Exterior de 1974. Por consiguiente, se puede considerar que el artículo 304 (a) (2) obliga al USTR a determinar, antes de que se adopte el informe del grupo especial o del Órgano de Apelación, si otro Miembro niega los derechos o beneficios dimanantes del Acuerdo sobre la OMC y, por tanto, es incompatible con el artículo 23 del ESD. Incluso suponiendo que los Estados Unidos puedan aplicar la Ley de Comercio Exterior de 1974 de forma compatible con el Acuerdo sobre la OMC, ejercitando amplias facultades discrecionales, no hay ninguna garantía de que tales facultades se ejercitarán de forma compatible con el Acuerdo sobre la OMC.

5.277 El Japón sostiene asimismo que el artículo 306 (b) (2) de la Ley de Comercio Exterior de 1974 exige que el USTR determine qué nuevas medidas adoptará a más tardar 30 días después del vencimiento del plazo prudencial, en el caso de que el USTR determine que no se ha aplicado una

recomendación del Órgano de Solución de Diferencias. De conformidad con el ESD, en caso de desacuerdo en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones o resoluciones o en cuanto a la compatibilidad de dichas medidas con un acuerdo abarcado, esta diferencia se resolverá conforme a los procedimientos de solución de diferencias, según lo dispone el párrafo 5 del artículo 21 del ESD. El Japón considera que, si se aceptara que los redactores del ESD dieron por supuesto que los procedimientos de solución de diferencias previstos en el párrafo 5 del artículo 21 se terminarían antes de la fecha de vencimiento del plazo prudencial, se explicaría bien la relación entre los artículos 21 y 22 del ESD. Esto también aseguraría la compatibilidad del artículo 306 (b) con las normas de la OMC. Sin embargo, no existe ningún consenso sobre tal interpretación del párrafo 5 del artículo 21 y en general se entiende que la diferencia relativa a la existencia o no de la aplicación de la recomendación se someterá al procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 después del vencimiento del plazo prudencial. El artículo 21 dispone que el grupo especial distribuirá su informe dentro de los 90 días siguientes a la fecha en que se le haya sometido el asunto. Por consiguiente, es normalmente difícil terminar los procedimientos necesarios previstos en el párrafo 5 del artículo 21. Con arreglo al artículo 306 (b) (2), lo más probable es que el USTR determine que una recomendación del OSD no ha sido aplicada, y que determine asimismo la adopción de nuevas medidas, con inclusión de la suspensión de concesiones u otras obligaciones, antes de que hayan terminado los procedimientos necesarios previstos en el párrafo 5 del artículo 21, y tal determinación es incompatible con el artículo 23 del ESD.

5.278 El Japón añade que cuando la diferencia sobre la existencia o la compatibilidad de una medida con un acuerdo abarcado se somete al procedimiento previsto en el párrafo 5 del artículo 21 después del vencimiento del plazo prudencial, el grupo especial distribuirá su informe dentro de los 90 días siguientes a la fecha en que se le haya sometido el asunto.

5.279 En opinión del Japón, a pesar de este período de 90 días fijado en el artículo citado, el artículo 306 (b) (2) exige que la determinación se efectúe sólo 30 días después del vencimiento del plazo prudencial. Cuando la determinación del grupo especial con arreglo al párrafo 5 del artículo 21 se efectúa en una fecha posterior al plazo fijado en el artículo 306 (b) (2), lo más probable es que el USTR formule una determinación de que la recomendación del OSD no se ha aplicado, así como una determinación relativa a nuevas medidas, con inclusión de la suspensión de concesiones con arreglo al artículo 306 (b) (2), antes de que haya terminado el procedimiento establecido en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD.

5.280 El Japón observa que en el asunto *CE - Bananos III*, sólo el 19 de abril de 1999, fecha en la que el OSD autorizó la suspensión de la concesión sobre la base de la decisión de los árbitros, se formuló la determinación multilateral con respecto a la compatibilidad o incompatibilidad de las medidas adoptadas por las Comunidades Europeas como respuesta a las recomendaciones y resoluciones del Grupo Especial y del Órgano de Apelación. Infringiendo las normas de la OMC relativas a la determinación del cumplimiento, los Estados Unidos adoptaron una decisión el 3 de marzo de 1999, que consistió en la suspensión de la liquidación de derechos de aduana y la imposición de una responsabilidad eventual de derechos con un tipo del 100 por ciento. En su comunicado de prensa, afirmaron que "debemos concluir que ya es tiempo de que las Comunidades Europeas soporten algunas de las consecuencias por haber desatendido completamente sus obligaciones en el marco del GATT y de la OMC". Se adjunta dicho comunicado.

5.281 El Japón alega asimismo que los artículos 306 (b) y 305 (a) de la Ley de Comercio Exterior de 1974 exigen que el USTR aplique nuevas medidas dentro de los 30 días después de la fecha de la determinación de adoptar tales nuevas medidas (es decir, dentro de los 60 días después del vencimiento de la fecha del plazo prudencial). Incluso si se supone que el procedimiento previsto en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD se pudiera terminar antes del vencimiento del plazo prudencial, si la suspensión de concesiones u otras obligaciones se somete a arbitraje con arreglo al párrafo 6 del artículo 22 del ESD y el arbitraje requiere el período máximo de 60 días, no sería posible cumplir el plazo estipulado con arreglo a los artículos pertinentes de la Ley de Comercio Exterior de 1974, a

menos que se solicite una reunión del OSD 10 días antes del laudo arbitral. Esto sería contrario a la práctica actual, que también ha sido aceptada por los Estados Unidos. Por consiguiente, es normalmente difícil terminar los procedimientos necesarios hasta obtener la autorización del OSD. Los artículos 306 (b) y 305 (a) exigen que el USTR aplique una suspensión de concesiones u otras obligaciones, así como nuevas medidas, antes de la autorización del OSD, y tal suspensión es incompatible con las disposiciones básicas del GATT (artículos I, II, III, VIII y XI) y del AGCS (artículos II, XVI, XVII y XVIII), según sean las medidas respectivas.

5.282 El Japón sostiene también que los artículos 304 (a) y 305 (a) exigen que el USTR determine si una ley, política o práctica de un país extranjero no es razonable aunque no niegue los derechos correspondientes a los Estados Unidos en virtud del Acuerdo sobre la OMC o no sea incompatible con este Acuerdo. También exigen que el USTR determine qué nuevas medidas se han de adoptar y luego que el USTR las aplique sin seguir el procedimiento de solución de diferencias previsto en el Acuerdo sobre la OMC. Incluso en los casos en que el USTR determine que la ley, política o práctica de un país extranjero no niega los derechos correspondientes a los Estados Unidos en virtud del Acuerdo sobre la OMC, pero que no es razonable, aplicando simplemente nuevas medidas que no son compatibles con el Acuerdo sobre la OMC, inclusive suspensiones de concesiones u otras obligaciones, esto es incompatible con las disposiciones básicas del GATT (artículos I, II, III, VIII y XI) y del AGCS (artículos II, XVI, XVII y XVIII), según sean las medidas respectivas.

5.283 El Japón concluye que, conforme a las consideraciones anteriores, se considera que la Ley de Comercio Exterior de 1974 obliga a los Estados Unidos a actuar de forma incompatible con las obligaciones que les impone el Acuerdo sobre la OMC. Incluso si se supone que los Estados Unidos pueden aplicar la Ley de Comercio Exterior de 1974 de forma compatible con el Acuerdo sobre la OMC ejerciendo amplias facultades discrecionales, es muy improbable que tales facultades se ejerciten de forma compatible con el Acuerdo sobre la OMC. Esto socava gravemente el mecanismo de solución de diferencias en el marco de la OMC. Por consiguiente, los Estados Unidos deben modificar su Ley de Comercio Exterior de 1974 para asegurar que ésta se ajuste a las obligaciones que les impone el ESD.

5.284 Basándose en los argumentos precedentes, el Japón expresa asimismo que, al aplicar los Estados Unidos unilateralmente sus propias normas y reglamentos por medio de la Ley de Comercio Exterior de 1974, tales medidas pueden socavar gravemente el mecanismo de solución de diferencias en el marco de la OMC. Aunque los Estados Unidos alegan que la Ley de Comercio Exterior de 1974 se puede aplicar dando cumplimiento al Acuerdo sobre la OMC mediante el ejercicio de sus facultades discrecionales, el grado de discrecionalidad contenido en las disposiciones de la Ley de Comercio Exterior de 1974 no es en absoluto explícito. Tal ambigüedad es también contraria al espíritu del artículo X del GATT. En conclusión, el Japón solicita encarecidamente al Grupo Especial que solicite a los Estados Unidos la modificación de su Ley de Comercio Exterior de 1974 a fin de asegurar el pleno cumplimiento de las obligaciones que les impone el ESD.

5.285 Por último, el Japón expresa su preocupación por el hecho de que los Estados Unidos hayan restablecido el superartículo 301 a partir de marzo del corriente año. En virtud de este artículo, los Estados Unidos determinan periódicamente las medidas, políticas y prácticas extranjeras que tienen el carácter de prácticas prioritarias de países extranjeros, lo que puede hacer que los Estados Unidos inicien una investigación con arreglo al artículo 301, poniendo así en marcha el mecanismo del artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior de 1974 y dando lugar a la aplicación de medidas unilaterales. Esto indica que los Estados Unidos no han variado su actitud hacia sus interlocutores comerciales, incluido el Japón, en el sentido de tratar las diferencias comerciales en su favor mediante la amenaza de utilizar medidas comerciales unilaterales. Al Japón le preocupa considerablemente el hecho de que esta política de los Estados Unidos socavará gravemente el régimen de la OMC.

5.286 Respondiendo a la pregunta del Grupo Especial de si el párrafo 2 del artículo 23 del ESD prohíbe toda determinación sobre la compatibilidad de las normas de la OMC o toda determinación en

el sentido de que se ha producido una infracción, el Japón sostiene que el párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD se debe interpretar de buena fe y de conformidad con el sentido corriente que se ha de dar a los términos, en el sentido de que prohíbe que los Miembros determinen que se ha producido una infracción.

5.287 Respondiendo a la pregunta del Grupo Especial de si una declaración oficial de los Estados Unidos que tuviera carácter vinculante conforme al derecho internacional, en el sentido de que el Gobierno de los Estados Unidos no ejercitará sus facultades discrecionales de modo contrario a las normas de la OMC eliminaría la incompatibilidad de los artículos 301 a 310 con esas normas, suponiendo que el USTR y el Presidente tienen facultades discrecionales para evitar las determinaciones y las medidas contrarias a las normas de la OMC en todas las circunstancias, y que, no obstante, se constate que los artículos 301 a 310 son incompatibles con las normas de la OMC, el Japón sostiene que la suposición contenida en esta pregunta entraña una contradicción. Ésta consiste en que, en términos generales, las leyes no son incompatibles con las normas de la OMC cuando las facultades discrecionales como las descritas precedentemente se conceden a los administradores en virtud de las leyes. Además, no resulta claro de qué modo una declaración oficial podría ser "vinculante conforme al derecho internacional". Una "declaración oficial" por sí sola no puede eliminar la incompatibilidad con las normas de la OMC de una ley que es incompatible con estas normas. A fin de eliminar la incompatibilidad de la ley, tal eliminación se debe promulgar mediante un instrumento jurídico que sea legalmente vinculante. Por otra parte, es sumamente improbable que un gobierno anuncie que no ejercitará las facultades discrecionales que le concede una ley incompatible con las normas de la OMC ajustándose a estas normas, lo que significaría que el gobierno siempre dejaría de observar la ley.

5.288 Respondiendo a la pregunta de los Estados Unidos respecto de la compatibilidad con el Acuerdo sobre la OMC de los sistemas jurídicos nacionales de los terceros en materia de solución de diferencias, el Japón explica que el párrafo 2 del artículo 98 de la Constitución del Japón establece que los tratados concertados por el Japón y el derecho de gentes reconocido se observarán fielmente. Al solicitar la celebración de consultas o el establecimiento de grupos especiales, el Gobierno del Japón expone su opinión de que la medida en cuestión adoptada por otro Miembro es incompatible con las obligaciones que le impone la OMC. Sin embargo, esta opinión no constituye una determinación en el sentido específico del artículo 23 del ESD, y el Gobierno del Japón sigue estrictamente el procedimiento de solución de diferencias previsto en el ESD y no formula determinaciones ni adopta medidas unilateralmente sin observar las normas del ESD.

J. COREA

1. Introducción

5.289 **Corea recuerda** que el 2 de marzo de 1999, de conformidad con la solicitud formulada por las Comunidades Europeas, el Órgano de Solución de Diferencias estableció un Grupo Especial para examinar si los artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974 de los Estados Unidos dan cumplimiento a las obligaciones estadounidenses dimanantes del GATT/OMC. De conformidad con el artículo 10 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias, la República de Corea se reservó sus derechos como tercero en la diferencia mediante una notificación al OSD.[578]

[578] Corea se refiere al documento *Estados Unidos - artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974*, Nota de la Secretaría, Constitución del grupo especial establecido a petición de las Comunidades Europeas, 6 de abril de 1999, WT/DS152/12, párrafo 5 (en el que se indican los países que se reservaron el derecho de participar como terceros).

5.290 Corea expresa que, por ser con frecuencia objeto de amenazas y medidas de los Estados Unidos en el marco de los artículos 301 a 310, tiene un interés sustancial en la impugnación planteada por las Comunidades Europeas a este aspecto de la ley comercial estadounidense. Aunque Corea sólo ocupó el noveno lugar entre los más importantes interlocutores comerciales de los Estados Unidos a mediados de 1998[579], ocupó el tercer lugar entre los países que han sido objeto de medidas en virtud del artículo 301, después de la Unión Europea y el Japón.[580] En total, hasta el 4 de junio de 1998 se habían iniciado por lo menos 10 casos contra Corea al amparo del artículo 301.[581]

5.291 A petición del Grupo Especial, Corea presentó el siguiente cuadro, en el que figuran los casos en que los Estados Unidos adoptaron medidas contra Corea al amparo del artículo 301.

CASOS DE MEDIDAS UNILATERALES ADOPTADAS POR LOS ESTADOS UNIDOS CONTRA COREA AL AMPARO DEL ARTÍCULO 301

A. Medidas adoptadas unilateralmente por los Estados Unidos en virtud del artículo 301, durante la vigencia del sistema del GATT (1980-)

#	NOMBRE DE LOS CASOS	MEDIDAS ADOPTADAS EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 301 Y NEGOCIACIONES BILATERALES	ACUERDO
1	**Seguros**	Según la solicitud presentada por la rama de producción de los Estados Unidos el 5 de noviembre de 1979, el USTR inició una investigación el 19 de diciembre de 1979. El 26 de noviembre de 1980, el USTR invitó a la presentación de comentarios públicos sobre, entre otras cosas, posibles propuestas de medidas de retorsión. A partir de junio de 1980, se llevaron a cabo varias rondas de consultas.	Corea se comprometió a promover una competencia más abierta en el mercado de seguros de Corea. La rama de producción retiró la solicitud el 19 de diciembre y el USTR dio por terminada la investigación el 29 de diciembre de 1980.
2	**Seguros**	El 16 de septiembre de 1985, el USTR inició de oficio una investigación sobre los servicios de seguros de Corea. Fue uno de los primeros casos en que el USTR inició de oficio la investigación. Se celebraron cinco consultas -en noviembre y diciembre de 1985 y febrero, marzo y julio de 1986- relativas a la apertura del mercado de seguros de Corea.	El 21 de julio de 1986, Corea convino en aumentar el acceso de las empresas estadounidenses al mercado de seguros coreano, autorizándolas a prestar servicios de seguros de vida y de otra índole. (Canje de notas sobre seguros.) De este modo, los Estados Unidos dieron por terminada la investigación el 14 de agosto.

[579] Central News Agency (Taiwan), *US Deficit with Tigers Grow in Leaps and Bounds*, 19 de junio de 1998.

[580] Thomas O. Bayard y Kimberly Ann Elliot, Reciprocity and Retaliation in U.S. Trade Policy 57-58 (1994), *citado en* Raj Bhala, International Trade Law: Cases and Materials 1096 (1996).

[581] United States Trade Representative, *Section 301 Table of Cases* (al 4 de junio de 1998) http://www.ustr.gov/reports/301report/act301.htm.

#	NOMBRE DE LOS CASOS	MEDIDAS ADOPTADAS EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 301 Y NEGOCIACIONES BILATERALES	ACUERDO
	Modificación		El Acuerdo de 1986 fue modificado el 10 de septiembre de 1987, estableciéndose requisitos más detallados sobre las transacciones de seguros mediante empresas conjuntas. (Canje de notas sobre seguros.) En enero de 1988, los Estados Unidos y la República de Corea aclararon la modificación del 10 de septiembre, indicando las condiciones con arreglo a las cuales algunas empresas coreanas podían participar en empresas conjuntas. (Canje de notas sobre empresas conjuntas de seguros de vida.)
3	**Restricciones a la importación de calzado distinto del de caucho**	La solicitud fue presentada por Footwear Industries of America, Inc. y otros el 25 de octubre de 1982, pidiendo la adopción de restricciones a la importación de calzado distinto del de caucho procedente de las CE y otros países, con inclusión de Corea.	Corea celebró consultas con los Estados Unidos el 5 de febrero de 1983. En agosto, Corea redujo los aranceles sobre los artículos de calzado y suprimió los artículos de cuero de la lista de vigilancia de las importaciones.
4	**Derechos de propiedad intelectual**	El 4 de noviembre de 1985,el USTR inició de oficio una investigación sobre el sistema coreano de protección de los derechos de propiedad intelectual. Corea celebró consultas bilaterales con los Estados Unidos en noviembre y diciembre de 1985 y entre febrero y julio de 1986. Los Estados Unidos solicitaron que Corea protegiera no sólo las patentes, el derecho de autor y las marcas de fábrica o de comercio, sino que considerase también la protección de las bases de datos compiladas.	El 21 de julio de 1986, Corea acordó mejorar la protección de los derechos de propiedad intelectual en Corea, y los acuerdos correspondientes se firmaron el 28 de agosto de 1986. (Acta de entendimiento sobre los derechos de propiedad intelectual, Canje de notas sobre las patentes de procedimientos y Carta explicativa sobre orientaciones administrativas.) - Corea acordó prorrogar la protección mediante patente y proteger los productos farmacéuticos estadounidenses en vías de comercialización, patentados en los Estados Unidos después de enero de 1980, durante 10 años (1987-1997). - Corea acordó aumentar el período de protección del derecho de autor, de 30 a 50 años. - Corea promulgó una ley de protección de los programas informáticos. Los Estados Unidos dieron por terminada la investigación el 14 de agosto de 1986. Corea acordó proteger retroactivamente el derecho de autor, aunque no era parte contratante en el Convenio de Viena.

#	NOMBRE DE LOS CASOS	MEDIDAS ADOPTADAS EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 301 Y NEGOCIACIONES BILATERALES	ACUERDO
5	**Cigarrillos**	A raíz de una solicitud formulada por la rama de producción estadounidense el 22 de enero de 1988, el USTR inició una investigación y solicitó la celebración de consultas con el Gobierno de Corea el 16 de febrero de 1988 con respecto al acceso al mercado para los cigarrillos extranjeros.	El 27 de mayo de 1988, Corea aceptó conceder el trato nacional "pleno" y un arancel del 0 por ciento. (Acta de entendimiento sobre el acceso al mercado para los cigarrillos.) La investigación se dio por terminada el 31 de mayo de 1988.
6	**Carne de bovino**	El 16 de febrero de 1988, la rama de producción correspondiente presentó una solicitud. En ella se alegó que Corea mantenía un sistema de licencias restrictivo para las importaciones de toda la carne de bovino, en violación del artículo XI del GATT. Corea y los Estados Unidos celebraron consultas en el GATT los días 19 y 20 de febrero y 21 de marzo. Mientras el procedimiento de solución de diferencias del GATT estaba en curso, el USTR inició una investigación el 28 de marzo. El 4 de mayo de 1988, el Consejo del GATT estableció un Grupo Especial con arreglo al párrafo 2 del artículo XXIII. La primera reunión del Grupo Especial se realizó el 28 de noviembre de 1988; la segunda reunión se llevó a cabo el 20 de enero de 1989. El Grupo Especial emitió un informe favorable a los Estados Unidos el 27 de mayo. Corea rechazó en dos ocasiones adoptar el informe del Grupo Especial en las reuniones del Consejo del GATT celebradas en junio y julio de 1989. El USTR anunció el 27 de septiembre que retrasaría la adopción de sus medidas de retorsión por un máximo de 180 días, pero que publicaría una lista de medidas de retorsión a mediados de noviembre si "en esa fecha no se había producido un avance sustancial hacia la solución del asunto en el GATT". Después de celebrar consultas bilaterales, en agosto y noviembre, Corea adoptó el informe del Grupo Especial del GATT el 7 de noviembre.	Tras celebrar varias rondas de negociaciones, Corea concluyó un acuerdo con los Estados Unidos el 21 de marzo, y se canjearon notas el 26 y 27 de abril de 1990. El 26 de abril de 1990, se dio por terminada la investigación relativa al artículo 302. No obstante, Corea sigue siendo objeto de vigilancia con respecto a la aplicación de los compromisos.

#	NOMBRE DE LOS CASOS	MEDIDAS ADOPTADAS EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 301 Y NEGOCIACIONES BILATERALES	ACUERDO
7	**Vino**	El 27 de abril de 1988, la rama de producción estadounidense presentó una solicitud en la que se reclamaba por las políticas y prácticas del Gobierno de Corea en el mercado de vinos coreano. El 11 de junio de 1988, el USTR inició una investigación y solicitó la celebración de consultas con el Gobierno de Corea. Las consultas se celebraron los días 11 y 12 de octubre en Washington, y el 25 de octubre en Seúl.	La celebración de nuevas consultas dio lugar finalmente a un acuerdo, concertado el 18 de enero de 1989, mediante el cual Corea aceptó dar a los fabricantes extranjeros de vinos y productos de vino un acceso no discriminatorio y equitativo al mercado coreano. (Canje de notas sobre el vino y los productos de vino importados.) Corea aceptó también reducir el arancel al 50 por ciento. La investigación se dio por terminada el 18 de enero de 1989.

B. Medidas unilaterales adoptadas por los Estados Unidos al amparo del artículo 301 especial

#	NOMBRE DE LOS CASOS	MEDIDAS ADOPTADAS EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 301 ESPECIAL Y NEGOCIACIONES BILATERALES	ACUERDO
1	**Derechos de propiedad intelectual y artículo 301 especial**	El 13 de junio de 1988, el USTR constituyó un Grupo Especializado interorganismos para examinar el sistema de patentes coreano. En mayo de 1989, el USTR incluyó a Corea en la lista de vigilancia prioritaria. Los Estados Unidos siguen vigilando la aplicación del acuerdo mediante consultas anuales y hasta la fecha Corea está sometida al "procedimiento del artículo 301 especial".	El acta de entendimiento prevé un mecanismo de consultas, que se utilizó para examinar la aplicación del acuerdo por parte de Corea. Bajo la amenaza del artículo 301 especial, Corea efectuó un canje de notas sobre la protección de los productos farmacéuticos en vías de comercialización en el que se determinaron los productos que gozarían de esta protección y los procedimientos aplicables. (Canje de notas sobre la protección de productos en curso de investigación y desarrollo.)
2	**Las telecomuni-caciones y la Ley del Comercio de Telecomuni-caciones de 1988**	En febrero de 1989, el USTR designó a Corea como país extranjero prioritario en virtud del artículo 1374 de la Ley de Comercio Exterior de 1988 y solicitó la liberalización del mercado coreano de telecomunicaciones. Se celebraron nueve consultas entre septiembre de 1989 y enero de 1992. De conformidad con el acta de entendimiento de 1992, los Estados Unidos solicitaron la celebración de consultas anuales entre 1993 y 1995 para examinar la aplicación del acuerdo, y para obtener nuevas concesiones mediante la amenaza de designar nuevamente a Corea como país extranjero prioritario.	El 24 de febrero de 1992, Corea aceptó conceder el trato nacional a las compañías y las empresas conjuntas estadounidenses, y liberalizar el mercado de telecomunicaciones. En marzo, el USTR retiró la designación de Corea como país extranjero prioritario. El 17 y 18 de junio de 1997, Corea y los Estados Unidos pusieron fin a los conflictos comerciales. Corea se negó a introducir modificaciones o a concluir un nuevo acuerdo, pero en cambio acordó incluir en la Gaceta Oficial "información y una declaración sobre la política de comunicaciones".

#	NOMBRE DE LOS CASOS	MEDIDAS ADOPTADAS EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 301 ESPECIAL Y NEGOCIACIONES BILATERALES	ACUERDO
		A principios de 1996, el USTR solicitó la modificación del acta de entendimiento de 1992 y anunció que designaría a Corea como país extranjero prioritario el 1º de julio si fracasaban las conversaciones sobre el acceso al mercado de telecomunicaciones. El USTR amenazó con adoptar medidas de retorsión en virtud del artículo 301 dentro del plazo de un mes si Corea no modificaba el acta de entendimiento de 1992 y disponía una mayor apertura de su mercado de telecomunicaciones. Se celebró una serie de consultas entre mayo y julio, que no dieron resultado, y el 26 de julio de 1996 el USTR designó nuevamente a Corea como país extranjero prioritario. Se celebraron reuniones en septiembre, octubre y diciembre de 1996 y en febrero, marzo y junio de 1997.	El 23 de julio de 1997, el USTR retiró la designación de Corea como país extranjero prioritario.

C. Medidas unilaterales adoptadas por los Estados Unidos al amparo del artículo 301, estando vigente el régimen de la OMC

#	NOMBRE DE LOS CASOS	MEDIDAS ADOPTADAS EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 301 Y NEGOCIACIONES BILATERALES	ACUERDO
1	**Restricciones de acceso al mercado de productos agropecuarios**	El 18 de noviembre de 1994, la rama de producción estadounidense presentó una solicitud con respecto a las prácticas coreanas relativas a la importación de determinados productos agropecuarios estadounidenses. El 22 de noviembre de 1994, el USTR inició una investigación e invitó a la presentación de comentarios públicos. Corea ofreció concesiones en la reunión del subgrupo comercial celebrada en abril, en el sentido de que introduciría un sistema sobre el tiempo de conservación, de base voluntaria, a partir de 1998. Sin embargo, los Estados Unidos solicitaron que la aplicación comenzara antes. El 3 de mayo de 1995, los Estados Unidos solicitaron la celebración de consultas con Corea en el marco del procedimiento de solución de diferencias de la OMC. La primera consulta se celebró los días 5 y 6 de junio de 1995.	El 20 de julio de 1995, Corea y los Estados Unidos alcanzaron una solución, que se notificó el día siguiente a la OMC. A raíz del acuerdo, el USTR dio por terminada la investigación. El USTR sigue vigilando la aplicación del acuerdo por parte de Corea, de conformidad con el artículo 306 de la Ley de Comercio Exterior.

#	NOMBRE DE LOS CASOS	MEDIDAS ADOPTADAS EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 301 Y NEGOCIACIONES BILATERALES	ACUERDO
2	**Obstáculos a las importaciones de automóviles**	El 1º de octubre de 1997, el USTR decidió incluir a Corea en la lista de prácticas prioritarias de países extranjeros, con arreglo a la medida prevista en el superartículo 301, y el 20 de octubre de 1997 inició una investigación sobre el mercado coreano de automóviles. El 28 de octubre de 1997, el USTR invitó a la presentación de comentarios públicos. Se celebró una serie de consultas. El 7 de septiembre de 1998, los Estados Unidos enviaron una carta al Presidente de Corea, recordándole la fecha límite del 19 de octubre para la investigación en virtud del superartículo 301 y solicitando "concesiones reales de apertura del mercado para resolver la investigación en virtud del superartículo 301".	El 20 de octubre de 1998, Corea concertó un acta de entendimiento para mejorar el acceso al mercado coreano de los automóviles estadounidenses y de otros países extranjeros, y en consecuencia el USTR dio por terminada la investigación. En el acta de entendimiento se establecieron las condiciones para el funcionamiento del mercado en el sector de automóviles coreanos, que afectaban al régimen fiscal, la estimación pública, el sistema prendario y el procedimiento de homologación de Corea.

2. Planteamiento general

a) La importancia del ESD

5.292 Corea sostiene que, con arreglo al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1947 ("GATT de 1947"), era casi imposible lograr una solución de diferencias vinculante. En primer lugar, el procedimiento de solución de diferencias era bastante prolongado y se podía demorar fácilmente. Por otra parte, era aún más problemático el hecho de que en el procedimiento de solución de diferencias del GATT de 1947 el artículo XXIII requería el consenso, de modo tal que una Parte Contratante "demandada" podía bloquear efectivamente la suspensión de obligaciones o concesiones del GATT que, como medida de retorsión, deseaba adoptar la Parte Contratante "reclamante".

5.293 Corea expresa asimismo que las deficiencias del sistema de solución de diferencias del GATT de 1947 dieron lugar en algunos casos a la adopción de medidas de retorsión unilaterales y de contramedidas de retorsión, ya que los Estados ejercían sus derechos, con arreglo a su propia determinación, de suspender las concesiones otorgadas en el marco del GATT como respuesta a lo que consideraban infracciones de otros Estados en el marco del GATT, y ello con arreglo al derecho internacional consuetudinario. Estos costosos ciclos de suspensiones no reglamentadas de las concesiones comerciales desestabilizaban el sistema económico internacional, particularmente porque a menudo se convertían en guerras comerciales cada vez más intensas. Por ejemplo, la denominada "guerra de los pollos", que tuvo lugar al comienzo del decenio de 1960 entre los Estados Unidos y la Comunidad Económica Europea (CEE), se originó en una diferencia relativa a la aplicación de la Política Agrícola Común de la CEE a los pollos para asar y se convirtió en una guerra comercial que incluyó amenazas de los Estados Unidos de adoptar medidas de retorsión contra productos que abarcaban desde los vinos y el queso Roquefort hasta las tijeras y las afeitadoras eléctricas.[582] El sistema del GATT de 1947 demostró ser bastante inadecuado para contrarrestar o prevenir tales guerras comerciales y de hecho el fracaso del sistema fue utilizado por algunos Estados como justificación para la adopción de medidas unilaterales. Los Estados Unidos, en particular, recurrieron a menudo a la adopción de medidas comerciales unilaterales incompatibles con el GATT de 1947

[582] Corea cita, para un análisis más amplio de la "guerra de los pollos", Abram Chayes y otros, "International Legal Process: Materials for an Introductory Course" (1968), páginas 249 a 306.

cuando la solución de diferencias conforme a los procedimientos existentes resultaba ineficaz, explicando que: "Si esta medida se considera unilateral, hay que reconocer, no obstante, que es una respuesta perfectamente justificable, exigida por la ineficacia de los esfuerzos bilaterales o multilaterales para resolver el problema. La mejor forma de reducir al mínimo o evitar el unilateralismo es crear un sistema multilateral fiable, reforzando el sistema existente."[583]

5.294 En opinión de Corea, el ESD fue concebido para ser precisamente ese "sistema multilateral fiable". El ESD corrigió las principales debilidades del sistema de solución de diferencias del GATT de 1947 estableciendo un calendario previsible para resolver las diferencias comerciales y, en su caso, imponer sanciones comerciales, y también eliminando el requisito de que el país objeto de esas sanciones las aceptara, lo que paralizaba el sistema.

5.295 Corea alega asimismo que la inequívoca prohibición del ESD respecto de los actos de unilateralismo fue un elemento decisivo de las negociaciones multilaterales que dieron como resultado los Acuerdos de la Ronda Uruguay. Estos acuerdos ampliaron enormemente las obligaciones mutuas de los Miembros de la OMC de reducir o eliminar los obstáculos comerciales. La Ronda Uruguay no sólo dio lugar a nuevas reducciones de los obstáculos al comercio de mercancías, sino también a nuevas disciplinas en esferas tales como el comercio de servicios y la protección de los derechos de propiedad intelectual. Esta ampliación del ámbito sustantivo del sistema del GATT/OMC -que fue uno de los objetivos principales de los Estados Unidos en las negociaciones de la Ronda Uruguay- se consiguió en parte a cambio de un nuevo compromiso de incluir en el ESD la solución efectiva multilateral, y no unilateral, de las diferencias planteadas en el marco del GATT y los acuerdos anexos. Las partes en los instrumentos de la Ronda Uruguay nunca hubieran aceptado esta ampliación de sus compromisos relacionados con el comercio si hubieran creído que seguirían siendo objeto de suspensiones unilaterales de compromisos decididas por otras partes.

5.296 Según Corea, la reducción del unilateralismo constituyó una preocupación especial para los países pequeños como Corea. Los países pequeños son mucho más susceptibles a la negación unilateral de los beneficios comerciales que los países más grandes porque los efectos de una medida unilateral en un país pequeño y las consecuencias de cualquier posible medida de retorsión contra el país más grande no guardan proporción.[584] Por ejemplo, en 1997 el producto interno bruto ("PIB") de Corea fue de aproximadamente 631.200 millones de dólares[585]; el PIB de los Estados Unidos, de 8.110,9 billones[586], fue casi 13 veces más grande. En consecuencia, las sanciones comerciales equivalentes tienen en la economía de Corea un efecto tres veces mayor que su efecto en la economía de los Estados Unidos.[587]

---

[583] Documento C/163 del GATT, 16 de marzo de 1989, página 5.

[584] Corea cita a O. Thomas Johnson, Jr., *Alternative Dispute Resolution in the International Context: The North American Free Trade Agreement*, 46 SMU L. Rev. 2175 y 2176 a 2178 (1993) (que analiza el fenómeno entre las partes en el TLCAN).

[585] Matt Rosenberg, *South Corea* (última visita el 8 de junio de 1999) <http://geography.about.com/library/cia/blcsouthkorea.htm?COB=home&terms=south+korea+gdp>.

[586] Economic Report of the President Transmitted to the Congress February 1999, Table B-1, Gross Domestic Product, página 326.

[587] En opinión de Corea, por ejemplo, una medida adoptada con arreglo al artículo 301 que afectara al comercio por una cuantía de 10.000 millones de dólares representaría una amenaza de sanciones comerciales sobre productos coreanos equivalentes casi al 2 por ciento del PNB de Corea. Las medidas de retorsión equivalentes que adoptara Corea afectarían a productos estadounidenses que representarían poco más de un décimo del uno por ciento del PIB de los Estados Unidos.

5.297 Corea observa que, por supuesto, el ESD no suprime el derecho de los países a suspender concesiones en el marco del GATT o de adoptar otras medidas comerciales de retorsión. Sin embargo, al regular cuándo y de qué modo se pueden utilizar esas medidas, el ESD beneficia a los países pequeños como Corea, garantizando que no se impongan sanciones comerciales súbita o arbitrariamente, sino únicamente cuando se considere que están justificadas de conformidad con un procedimiento multilateral regulado y después de que el país afectado haya tenido una oportunidad razonable de poner sus prácticas en conformidad con sus compromisos en el marco del GATT.

5.298 Corea sostiene que es lamentable que los Estados Unidos sigan manteniendo la ley que autoriza al USTR a ejercitar el derecho, determinado por él mismo, de adoptar medidas de retorsión como respuesta a supuestas infracciones de otros Estados. Los antecedentes y las consecuencias de los artículos 301 a 310 han sido expuestas clara y ampliamente en la comunicación de las Comunidades Europeas. Por consiguiente, Corea no las repetirá en esta ocasión. Sólo desea mencionar un aspecto importante de los artículos 301 a 310 que fue pasado por alto por las Comunidades Europeas: la publicación por el USTR de una lista de medidas de retorsión.

5.299 Corea sostiene que el artículo 304 (c) exige al USTR que publique en el Federal Register "las determinaciones a que hace referencia el párrafo (a) (1) del presente artículo", que incluye la determinación obligatoria de qué medidas de retorsión se propone adoptar el USTR contra la negativa de los derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo comercial. La publicación de esta "determinación" da a los Estados Unidos un gran poder de negociación gracias a las repercusiones que tiene en las corrientes comerciales del mundo real la publicación de una lista de medidas de retorsión. En la amplia mayoría de los casos relativos al artículo 301, la amenaza de sanciones lleva por sí sola a una solución bilateral negociada. La amenaza que plantean las sanciones del artículo 301 se puede describir correctamente como una herramienta eficaz para "obtener concesiones unilaterales de interlocutores comerciales más débiles".

5.300 A juicio de Corea, este efecto se intensifica cuando el Gobierno de los Estados Unidos decide "suspender la liquidación de derechos de aduana" de las mercancías que figuran en la lista de medidas de retorsión. La "liquidación" es el cómputo definitivo de los derechos resultantes del despacho de aduanas. Cuando la liquidación se "suspende", la responsabilidad legal del importador por el pago de los derechos y otras tasas relacionadas con el despacho sigue pendiente. Esto significa que el importador podrá verse obligado a pagar derechos de aduana adicionales si la lista de medidas de retorsión se pone en práctica en una fecha posterior. Esta responsabilidad abierta añade un grado de incertidumbre que puede afectar extraordinariamente a las corrientes comerciales.

b) Las medidas en cuestión

5.301 Corea alega que los antecedentes y los efectos de los artículos 301 a 310 han sido expuestos clara y ampliamente por las Comunidades Europeas y no se repetirán aquí, excepto para insistir en que:

a) en virtud del artículo 304 (a) (2), en el caso de una determinación de que se ha infringido un acuerdo comercial, el USTR "determinará" qué medida, en su caso, debe adoptar como retorsión por dicha infracción "30 días después de la fecha en que haya concluido el procedimiento de solución de diferencias [de la OMC], o ii) 18 meses después de la fecha en que se haya iniciado la investigación [con arreglo al artículo 301], si este plazo es inferior al anterior"[588], y

b) en virtud del artículo 306 (b) (2), el USTR debe determinar si un Miembro de la OMC no ha aplicado una recomendación de un grupo especial de solución de diferencias o

[588] 19 U.S.C. § 2414 (a) (2).

> del Órgano de Apelación a más tardar 30 días después del vencimiento del plazo prudencial previsto para tal aplicación en el párrafo 3 del artículo 21 del ESD. El USTR también debe determinar dentro de este plazo de 30 días qué nuevas medidas adoptará contra el Miembro de la OMC que supuestamente no ha cumplido la recomendación, sin tener en cuenta tampoco en este caso el estado del procedimiento de solución de diferencias en el marco de la OMC.[589]

5.302 Corea aduce que es digno de mención un aspecto de los artículos 301 a 310 que ha sido pasado por alto por las Comunidades Europeas: la publicación por el USTR de una lista de medidas de retorsión. El artículo 304 (c) exige que el USTR publique en el Federal Register "las determinaciones que pueda formular de conformidad con el párrafo (a) (1) del presente artículo", que incluyen la determinación obligatoria de qué medidas de retorsión se propone adoptar contra una negación de los derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo comercial. La publicación de esta "determinación" da a los Estados Unidos un gran poder de negociación gracias a las repercusiones que tiene en las corrientes comerciales del mundo real la publicación de una lista de medidas de retorsión. Entre 1974 y 1994 los Estados Unidos iniciaron casi 100 investigaciones en virtud del artículo 301.[590] Se aplicaron efectivamente medidas unilaterales de retorsión sólo en ocho de esos casos, aunque fueron anunciadas en muchos otros. En la amplia mayoría de un total de 301 casos, la amenaza de sanciones condujo por sí sola a una solución bilateral negociada. Por lo tanto, la amenaza planteada por las sanciones del artículo 301 se puede describir correctamente como una herramienta eficaz para "obtener concesiones unilaterales de interlocutores comerciales más débiles".[591]

5.303 En opinión de Corea, como se ha indicado anteriormente, la mera publicación de una lista de medidas de retorsión en el Federal Register puede afectar considerablemente al comercio. Estas repercusiones se ven ampliadas cuando el Gobierno de los Estados Unidos decide "suspender la liquidación de derechos de aduana" de las mercancías que figuran en la lista de medidas de retorsión.[592] La "liquidación" es el cómputo definitivo de los derechos resultantes del despacho de aduanas.[593] Cuando la liquidación se "suspende", la responsabilidad legal del importador por el pago de los derechos y otras tasas relacionadas con el despacho sigue pendiente. Esto significa que se podrá exigir al importador que pague derechos de aduana adicionales en el caso de que la lista de medidas de retorsión se ponga en práctica en una fecha posterior. Esta responsabilidad abierta añade un grado de incertidumbre que puede afectar extraordinariamente a las corrientes comerciales.

3. Argumentos de derecho

5.304 Corea expresa que coincide en general con los argumentos expuestos por las Comunidades Europeas. No obstante, y sin perjuicio de cualquier otro argumento que se pueda esgrimir en el sentido de que los artículos 301 a 310 son incompatibles con el GATT de 1994, el ESD y/u otros

---

[589] Véase ídem § 2416 (b) (2).

[590] United States Trade Representative, 1995 Trade Policy Agenda and 1994 Annual Report 96 (1994), *citado en* Bhala, *op. cit.*, nota 2, 1096 y nota 1 de pie de página.

[591] Jagdish Bhagwati, The World Trading System at Risk, 53 (1991).

[592] Véase, por ejemplo, *Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*: Notice of United States Suspension of Tariff Concessions, 64 Fed. Reg. 19.209 (1999) (se suspendió la liquidación de derechos de aduana con respecto a determinados productos europeos a partir del 2 de marzo de 1999, aunque la decisión definitiva de los árbitros con respecto a los daños no fue adoptada por el OSD hasta el 19 de abril de 1999).

[593] Véase 19 Code of Federal Regulations § 159.1 (1999).

instrumentos de la Ronda Uruguay, en esta comunicación independiente Corea sólo hace hincapié en dos aspectos particularmente preocupantes de los artículos 301 a 310.

5.305 Corea insiste en primer lugar en que las amenazas de medidas de retorsión derivadas de la publicación de una lista de medidas de retorsión y la suspensión de la liquidación de derechos de aduana con arreglo a los artículos 301 a 310 infringen por sí solas los artículos I y XIII del GATT de 1994. La publicación de una lista de medidas de retorsión por el USTR -ya sea que la lista se refiera a un aumento de aranceles o a restricciones cuantitativas- afecta claramente a la relación de competencia entre los productos que figuran en la lista y los productos similares procedentes de todos los demás países.

5.306 Corea aduce que desde hace mucho tiempo se ha reconocido que las disciplinas del GATT/OMC sirven para proteger las expectativas de las partes sobre la relación de competencia entre sus productos y los de otras partes; "[l]a protección de las expectativas legítimas de los Miembros en cuanto a las condiciones de competencia es un principio del GATT bien establecido".[594] En consecuencia, varias disposiciones del GATT de 1994 sirven de protección ante las medidas que pueda adoptar un Miembro de la OMC y que tengan un efecto perjudicial en la competitividad de los productos importados.

5.307 Corea señala que entre las disposiciones que guardan relación con esta diferencia figura el artículo I del GATT de 1994, que establece lo siguiente:

> "Con respecto a los derechos de aduana y cargas de cualquier clase impuestos a las importaciones o a las exportaciones, o en relación con ellas, o que graven las transferencias internacionales de fondos efectuadas en concepto de pago de importaciones o exportaciones, [...] cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedido por una parte contratante a un producto originario de otro país o destinado a él, será concedido inmediata e incondicionalmente a todo producto similar originario de los territorios de todas las demás partes contratantes o a ellos destinado."

Esta prescripción sobre la nación más favorecida se ha interpretado en el sentido de que invalida las medidas que alteran las expectativas de los Miembros de la OMC respecto de la competitividad de sus productos en comparación con los productos de otros Miembros. Por esta razón, el Grupo Especial que examinó las medidas adoptadas por Ontario (Canadá) que afectaban a la venta de monedas de oro determinó que esas medidas negaban a las monedas importadas de Sudáfrica tanto el trato nacional (artículo III) como el trato de la nación más favorecida.[595]

5.308 Corea señala asimismo que, en el mismo orden de ideas, el artículo XIII del GATT de 1994 dispone, con respecto a las restricciones cuantitativas que: "Ninguna parte contratante impondrá prohibición ni restricción alguna a la importación de un producto originario del territorio de otra parte contratante [...], a menos que se imponga una prohibición o restricción semejante a la importación del producto similar originario de cualquier tercer país [...]." De igual modo que la prescripción relativa al trato de la nación más favorecida, esta disposición trata de prevenir las medidas que ponen en

[594] Informe del Grupo Especial que examinó el asunto *India - Patentes (Estados Unidos)*, *op. cit.*, párrafo 7.20. Véase también Ernst-Ulrich Petersman, *The Dispute Settlement System of the World Trade Organization and the Evolution of the GATT Dispute Settlement System since 1948*, 31 Common Market L. Rev. ___, 1178 y 1179 (1994). *Véase* el Informe del Grupo Especial que examinó el asunto *Estados Unidos - Superfund*, *op. cit.*, párrafo 5.2.2 (que aplica el principio en relación con la obligación de trato nacional del artículo III).

[595] Informe del Grupo Especial que examinó el asunto *Canadá - Medidas que afectan a la venta de monedas de oro*, L/5863, 17 de septiembre de 1985, párrafo 70.

desventaja competitiva a los productos de un Miembro de la OMC en comparación con otros Miembros en lo tocante a las restricciones cuantitativas.[596]

5.309 Corea alega que la publicación de una lista de medidas de retorsión por el USTR -sea que la lista incluya un aumento de aranceles o restricciones cuantitativas- afecta claramente a la relación de competencia entre los productos incluidos en la lista y los productos similares de todos los demás países. La inclusión de determinados productos importados en la lista de retorsión puede tener varios efectos comerciales en esos productos. Ante el riesgo de tener que pagar derechos más elevados o de ver limitados los suministros, los importadores a menudo preferirán inmediatamente dirigir sus pedidos a los productores de otros países, eliminando así la posibilidad de tener que pagar un derecho exorbitante cuando lleguen efectivamente las mercancías pedidas. Por otra parte, en los casos en que los productos pedidos se pueden importar rápidamente, los importadores pueden en realidad aumentar sus compras de los productos incluidos en las listas con la intención de aumentar las existencias antes de que la amenaza de medidas de retorsión se ponga en práctica, perjudicando así a las importaciones de los países cuyos productos no están incluidos en la lista (por este motivo, los productos respecto de los cuales hay poca diferencia de tiempo entre el pedido y la importación no son probablemente adecuados para su inclusión en las listas de medidas de retorsión del USTR). Una tercera posibilidad es que los importadores aumenten inmediatamente los precios anticipándose a futuros incrementos de los costos o a la escasez del producto ocasionados por la aplicación de la lista de medidas de retorsión. En cualquiera de estos casos, la mera publicación de una lista de medidas de retorsión modifica la relación de competencia entre los productos incluidos en la lista originarios del país afectado y todos los demás productos competidores. En consecuencia, la publicación de una lista de retorsión infringe el artículo I del GATT de 1994 y, cuando las medidas de retorsión propuestas incluyen restricciones cuantitativas, el artículo XIII del GATT de 1994. Además, como se explica más abajo, se exige al USTR que publique una lista de medidas de retorsión 30 días después de la fecha en que se adopte el informe del grupo especial o del Órgano de Apelación o 18 meses después de la fecha en que se haya iniciado la investigación del USTR, si este plazo es inferior al anterior. También se exige al USTR que publique las listas de medidas de retorsión 30 días después del vencimiento del plazo prudencial previsto en el ESD.

5.310 Cualquiera sea el momento del procedimiento en que se adopten, los efectos de estas medidas en países pequeños como Corea se ven ampliados por el inmenso tamaño de la economía de los Estados Unidos y por la relativa insignificancia para los Estados Unidos del comercio con cualquier país pequeño. El sistema de solución de diferencias del GATT/OMC fue concebido para mejorar esta desigualdad general del poder de negociación. Sin embargo, además de alterar el equilibrio del comercio mundial para todos los Miembros de la OMC, las amenazas de medidas de retorsión al margen del marco del GATT/OMC amplían aún más esta desproporción, perjudicando especialmente a los países pequeños.

5.311 Corea subraya en segundo lugar que los artículos 301 a 310 ordenan la adopción de medidas que infringen los artículos 21 y 23 del ESD. Cabe observar que, como lo demostraron convincentemente las Comunidades Europeas en su primera comunicación, la legislación que exige la adopción de medidas gubernamentales incompatibles con las obligaciones de los Miembros de la OMC en virtud de los instrumentos de la Ronda Uruguay constituye una medida que se puede someter a un órgano de solución de diferencias de la OMC aunque las facultades concedidas con arreglo a esa legislación aún no se hayan ejercitado de manera incompatible con el GATT de 1994 u otro acuerdo

[596] Corea se refiere al Informe del Grupo Especial que examinó el asunto *India - Patentes (Estados Unidos.)*, *op. cit.*, párrafo 7.20; Informe del Grupo Especial que examinó el asunto *Estados Unidos - Superfund*, *op. cit.*, párrafo 5.2.2; Informe del Grupo Especial del asunto *Estados Unidos - artículo 337*, *op. cit.*, párrafo 5.13.

conexo.[597] Los artículos 301 a 310 ordenan al USTR la adopción de medidas que no pueden conciliarse con las obligaciones que tienen los Estados Unidos en virtud de los artículos 21 y 23 del ESD; por lo tanto, los artículos 301 a 310 infringen en sí mismos el ESD. No puede servir como defensa en la presente impugnación a la ley estadounidense la de que el USTR podría cumplir los procedimientos previstos en el ESD dejando de lado los requisitos de los artículos 301 a 310.[598]

5.312 Corea aduce que los artículos 301 a 310 no sólo autorizan la medida, incompatible con el GATT, de publicar una lista de medidas de retorsión, sino que la ley ordena que el USTR adopte estas medidas unilateralmente a más tardar 30 días después de la adopción del informe de un grupo especial o del Órgano de Apelación. Concretamente, el artículo 304 (a) (2) (A) (i) exige que el USTR no sólo determine unilateralmente si otro país infringe los derechos correspondientes a los Estados Unidos en el marco de la OMC[599] sino también que, en el caso de que se constate tal infracción, determine qué medida se propone adoptar sobre el particular "30 días después de la fecha en que haya concluido el procedimiento de solución de diferencias". Según el artículo 304 (c), esta determinación debe publicarse en el Federal Register. E incluso antes de formular las determinaciones, el USTR debe en general "ofrecer a las personas interesadas la posibilidad (respetando un plazo no inferior a 30 días contados a partir del anuncio de la misma) de que presenten sus opiniones, con inclusión de una audiencia pública si así lo solicita una persona interesada".[600] Por lo tanto, el USTR debe formular y publicar una amenaza de medidas de retorsión a más tardar 30 días después de la fecha de adopción del informe de un grupo especial o del Órgano de Apelación. Al formular su amenaza, el USTR puede elegir entre diversas medidas de retorsión, con inclusión de las siguientes:

> "(A) suspender o retirar los beneficios que supongan las concesiones hechas para dar cumplimiento a un acuerdo comercial [...]; [o] (B) imponer derechos u otras restricciones a la importación a las mercancías de ese país extranjero y, sin perjuicio de las demás disposiciones legales, tasas o restricciones a los servicios del mismo durante el período de tiempo que considere adecuado."[601]

5.313 Corea sostiene que, con arreglo al calendario previsto en el artículo 304 (a) (2), este anuncio obligatorio de medidas de retorsión debe producirse, a más tardar, el último día en que un Miembro respecto del cual un grupo especial o el Órgano de Apelación ha considerado que no ha cumplido con sus obligaciones dimanantes del GATT/OMC debe informar "al OSD de su propósito en cuanto a la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD".[602] Si el USTR está de acuerdo con el

---

[597] Corea se refiere al Informe del Grupo Especial que examinó el asunto *Estados Unidos - Superfund*, *op. cit.*, párrafo 5.2.2; Informe del Grupo Especial en el asunto *Estados Unidos - Bebidas derivadas de la malta*, *op. cit.*, páginas 342 y 343; e Informe del Grupo Especial que examinó el asunto *India - Patentes (Estados Unidos)*, párrafo 7.35.

[598] Corea menciona el Informe del Grupo Especial que examinó el asunto *Estados Unidos - Bebidas derivadas de la malta*, *op. cit.*, en el que se reconoce (páginas 342 y 343) que "[a]un en el caso de que Massachusetts no utilice en la actualidad sus facultades policiales para hacer respetar esta legislación obligatoria, la medida sigue siendo legislación obligatoria que puede influir en las decisiones de los agentes económicos". Corea menciona asimismo el Informe del Grupo Especial que examinó el asunto *India - Patentes (Estados Unidos)*, párrafo 7.35.

[599] Corea menciona el argumento de las CE de que las disposiciones del artículo 23 del ESD "obligan a los Estados Unidos a abstenerse de determinar unilateralmente si otro Miembro ha negado derechos o beneficios que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un Acuerdo de la OMC".

[600] Artículo 304 (b) (1) (A), *codificado en* 19 U.S.C. § 2414 (b) (1) (A).

[601] Artículo 301 (c), *codificado en* 19 U.S.C. § 2411 (c).

[602] ESD, párrafo 3 del artículo 21.

"propósito en cuanto a la aplicación" expresado por el otro Miembro, no necesitará obviamente anunciar ninguna medida de retorsión, pero si no está de acuerdo, debe anunciar tales medidas en virtud del artículo 304 (a) (2) (A) (i). Este requisito obliga al USTR a actuar de forma incompatible con el párrafo 5 del artículo 21, que exige recurrir al procedimiento de solución de diferencias del ESD en caso de desacuerdo en cuanto a "la compatibilidad [...] con un acuerdo abarcado" de las "medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones" de un grupo especial o del Órgano de Apelación. Dado que el párrafo 5 del artículo 21 prevé 90 días (o quizá más) para tal procedimiento, el USTR se encuentra obligado por una disposición de la ley de los Estados Unidos a adoptar *efectivamente* medidas de retorsión contra el Miembro que no ha cumplido las recomendaciones o resoluciones tres meses (o más) antes de que un grupo especial del ESD haya tenido oportunidad de decidir si las medidas de corrección propuestas por este último Miembro son o no satisfactorias. Está claro que la aplicación de las medidas con cuya adopción se ha amenazado se puede dejar en suspenso por un plazo de hasta 180 días[603], pero la amenaza ya ha sido formulada y, según se ha explicado anteriormente, gran parte del daño ya se ha causado.

5.314 Corea aduce que el procedimiento previsto en el párrafo 5 del artículo 21 también se puede llevar a cabo después de la conclusión del plazo prudencial acordado para la aplicación de las recomendaciones contenidas en el informe de un grupo especial o del Órgano de Apelación por parte del Miembro en cuestión. El USTR puede haber quedado satisfecho con la aplicación propuesta en el período inmediatamente posterior a la adopción del informe del grupo especial o del Órgano de Apelación, pero puede resultar claro al término del período de aplicación que el Miembro a cuyo cargo estaba la aplicación no ha cumplido sus promesas. En tal caso, y con arreglo al ESD, el paso siguiente es el arbitraje previsto en el párrafo 5 del artículo 21. Sin embargo, los artículos 301 a 310 no autorizan al USTR a esperar la conclusión del procedimiento previsto en el párrafo 5 del artículo 21 antes de formular una determinación y anunciar las medidas de retorsión. El artículo 306 (b) (2) exige que:

> "Si la medida o el acuerdo a que se hace referencia en el párrafo (a) del presente artículo está relacionado con la aplicación de una recomendación formulada en un procedimiento de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio y el Representante para las Cuestiones Comerciales considera que el país extranjero no la ha aplicado, formulará la determinación a que hace referencia el párrafo 1) a más tardar 30 días después del vencimiento del plazo prudencial previsto para tal aplicación en el artículo 21 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias [...]."[604]

Como sucede con la determinación de una infracción, que se rige por los plazos previstos en el artículo 304 (a) (2), la determinación de que el cumplimiento no ha sido satisfactorio prevista en el artículo 306 (b) (2) debe publicarse en el Federal Register[605], y el USTR debe dar aviso público y debe ofrecer la posibilidad de que las personas interesadas presenten sus opiniones.[606] Estas disposiciones aseguran que el alcance y el contenido de toda lista de medidas de retorsión será bien conocido mucho antes de la aplicación formal de dicha lista.

---

[603] Artículo 305 (a) (2) (A), *codificado en* 19 U.S.C. § 2415 (a) (2) (A).

[604] 19 U.S.C. § 2416 (b) (2). Corea observa que el artículo 305 (a) exige que las medidas descritas en esta determinación se apliquen dentro de los 30 días salvo que "el Representante para las Cuestiones Comerciales determin[e] que se están logrando avances sustanciales, o que es necesario o aconsejable un aplazamiento, para obtener el respeto de los derechos de los Estados Unidos o una solución satisfactoria en lo que respecta a las leyes, políticas o prácticas que son objeto de la medida". 19 U.S.C. § 2415 (a).

[605] Artículo 304 (c), *codificado en* 19 U.S.C. § 2414 (c).

[606] Artículo 304 (b), *codificado en* 19 U.S.C. § 2414 (b).

5.315 Corea alega que, por consiguiente, los plazos exigidos en los artículos 304 y 306 contradicen claramente lo dispuesto en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, que establece un procedimiento detallado para tratar las diferencias en materia de aplicación. Los artículos 304 y 306 exigen la adopción de amenazas unilaterales de medidas de retorsión mientras que el párrafo 5 del artículo 21 prevé un procedimiento multilateral de arbitraje:

> "En caso de desacuerdo en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones o a la compatibilidad de dichas medidas con un acuerdo abarcado, esta diferencia se resolverá 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. El grupo especial distribuirá su informe dentro de los 90 días siguientes a la fecha en que se le haya sometido el asunto. Si el grupo especial considera que no le es posible presentar su informe en ese plazo, comunicará por escrito al OSD los motivos del retraso, indicando el plazo en que estima podrá presentarlo."

Por lo tanto, si los Estados Unidos impugnan la manera en que otro Miembro de la OMC propone aplicar las recomendaciones contenidas en el informe de un grupo especial o del Órgano de Apelación, el ESD exige que los Estados Unidos recurran a 90 días (o más) de arbitraje antes de adoptar otra nueva medida, incluidas las amenazas concretas de medidas de retorsión.

5.316 Corea sostiene que los Estados Unidos inexplicablemente objetan esta obvia interpretación del párrafo 5 del artículo 21, negando "que los Miembros de la OMC están obligados a solicitar la intervención de un grupo especial de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 siempre que esté en cuestión el cumplimiento". En rigor, los Estados Unidos sostienen que el OSD "rechazó implícitamente esta argumentación" al autorizar las medidas de retorsión de los Estados Unidos en la diferencia relativa a los *Bananos* basándose únicamente en la decisión de los árbitros conforme al párrafo 6 del artículo 22.

5.317 En opinión de Corea, este argumento contiene varios errores graves. En primer lugar, es incompatible con la propia interpretación del párrafo 5 del artículo 21 formulada anteriormente por los Estados Unidos, en el sentido de que es el instrumento para resolver las diferencias en materia de aplicación. En la Declaración de Acción Administrativa adjunta a la comunicación de los Acuerdos de la Ronda Uruguay al Congreso de los Estados Unidos para su aprobación, el Presidente Clinton señaló que:

> "Los actuales procedimientos del GATT no prevén un método para resolver los desacuerdos sobre la aplicación de las recomendaciones del informe. El párrafo 5 del artículo 21 aborda este problema estableciendo que tales diferencias serán resueltas con arreglo a los procedimientos previstos en el ESD. Siempre que sea posible, el grupo especial que haya entendido inicialmente en el asunto será convocado para examinar el desacuerdo. Los grupos especiales normalmente emiten sus decisiones en tales casos dentro de los 90 días de la fecha en que se les somete el asunto."[607]

5.318 Corea expresa asimismo que el documento citado por los Estados Unidos, una recopilación de las observaciones sobre el ESD realizadas por Miembros de la OMC[608], no muestra ninguna

[607] Message from The President of the United States transmitting The Uruguay Round Trade Agreements, Texts of Agreements Implementing Bill, Statement of Administrative Action and Required Supporting Statements, 27 de septiembre de 1994, página 1016.

[608] Examen del ESD, Nota de la Secretaría, Compilación de las observaciones formuladas por los Miembros - Rev.3, de 12 de diciembre de 1998, citado por los Estados Unidos.

divergencia con esta interpretación básica del párrafo 5 del artículo 21; si bien algunos Miembros formularon sugerencias acerca de la manera de fortalecer o mejorar el párrafo 5 del artículo 21, parece no haber ninguna controversia respecto del hecho de que el párrafo 5 del artículo 21 establece el proceso para la tramitación de diferencias en materia de aplicación.

5.319 Corea señala también que el argumento de los Estados Unidos es contrario a la declaración formulada por el Presidente del OSD en la reunión del 29 de enero de 1999. El Presidente del OSD declaró que "[l]a solución del problema de los bananos se adoptará totalmente sin perjuicio de casos futuros y del asunto de cómo resolver la cuestión sistémica de la relación entre el párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22 del ESD".[609] De modo análogo, el Grupo Especial que examinó el asunto de los *Bananos* no resolvió que el recurso al procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 tenía un carácter optativo cuando un Miembro considerase que las medidas propuestas por una parte que no ha observado el cumplimiento eran incompatibles con el acuerdo abarcado. La decisión adoptada en el asunto de los *Bananos* con respecto al párrafo 5 del artículo 21 se limitó muy claramente a la situación particular que se presentaba en ese caso.

> *"En las circunstancias especiales del presente caso* [...] es necesario encontrar una forma lógica de proceder que permita formular una decisión multilateral, sujeta a revisión por el OSD, sobre el nivel de la suspensión de concesiones."[610]

Las circunstancias especiales del asunto *CE - Bananos III* consistían en que los Estados Unidos no objetaron las medidas de cumplimiento de las CE hasta que el "plazo prudencial" hubo vencido, haciendo así imposible que los Estados Unidos cumplieran con lo dispuesto en el párrafo 5 del artículo 21 y terminaran al mismo tiempo el procedimiento establecido en el artículo 22 relativo a la suspensión de concesiones dentro del plazo fijado en el párrafo 6 del artículo 22. Estas circunstancias no se darán en todos los casos y no pueden estar presentes en los casos en que, como los descritos *supra*, las medidas de retorsión efectivas deben producirse mucho antes del vencimiento del "plazo prudencial".

5.320 Corea subraya también que por último, y esto es lo más importante, la interpretación que ahora preconizan los Estados Unidos tendría la consecuencia no admisible de interpretar el párrafo 5 del artículo 21 completamente al margen del ESD. Si este artículo no rige "[e]n caso de desacuerdo en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones [del informe de un grupo especial o del Órgano de Apelación] o a la compatibilidad de dichas medidas con un acuerdo abarcado", ¿qué efecto posible podría tener? Si, como sostienen los Estados Unidos, el Grupo Especial que examinó la diferencia relativa a los *Bananos* declaró que el párrafo 5 del artículo 21 no cumple esta función, el Grupo Especial simplemente se equivocó y no es necesario que este Grupo Especial siga su criterio.[611] Tal interpretación del ESD no puede conciliarse con los principios más fundamentales de interpretación de los tratados, codificados en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. El artículo 31 de esta Convención establece que "[u]n tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin". El sentido corriente del párrafo 5 del artículo 21 es que dispone que se realicen 90 días de arbitraje en el caso de una diferencia relativa a la aplicación. Una interpretación que niegue este sentido corriente -con lo que toda la disposición

---

[609] Acta de la reunión del ESD celebrada los días 25, 28 y 29 de enero y 1º de febrero de 1999, WT/DSB/M/54, página 35.

[610] Arbitraje de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD en el asunto *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos*, de 19 de abril de 1999 (WT/DS27/ARB), párrafo 4.15. (se han añadido las cursivas)

[611] Informe del Grupo Especial que examinó el asunto *India - Patentes (Estados Unidos)*, *op. cit.*, párrafo 7.30 ("las decisiones anteriores de grupos especiales o del Órgano de Apelación no vinculan a los grupos especiales, aunque esas decisiones se refieran a la misma cuestión").

resultaría superflua y carente de significado-, como sucede con la tesis preconizada por los Estados Unidos, no puede denominarse una interpretación "de buena fe".

5.321 A juicio de Corea, en el ESD los Miembros de la OMC acordaron un mecanismo destinado a resolver las diferencias sobre la aplicación de las recomendaciones de un grupo especial o del Órgano de Apelación. Ese mecanismo es el párrafo 5 del artículo 21. Los artículos 301 a 310, y en particular los artículos 304 y 306, establecen plazos que ordenan al USTR el anuncio de medidas de retorsión en los casos de diferencias en materia de aplicación antes de que puedan razonablemente terminarse los procedimientos previstos en el párrafo 5 del artículo 21. Por ende, los artículos 301 a 310 niegan a los interlocutores comerciales de los Estados Unidos, con inclusión de Corea y las Comunidades Europeas, las ventajas del párrafo 5 del artículo 21 del ESD.

5.322 Corea señala que el párrafo 1 del artículo 23 del Entendimiento sobre la Solución de Diferencias obliga a los Estados Unidos a recurrir "a las normas y procedimientos del presente Entendimiento, que deberán acatar" 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". Como se ha precisado anteriormente, los artículos 301 a 310 exigen que el USTR actúe de forma incompatible con los procedimientos del ESD. Al exigir al USTR que decida sobre la adopción de medidas de retorsión unilaterales y dé publicidad a las mismas antes de que haya habido tiempo para concluir el procedimiento de arbitraje previsto en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, el agresivo calendario fijado en los artículos 301 a 310, y en particular los artículos 304 y 306, impiden que el USTR cumpla la promesa formulada por los Estados Unidos. Este aspecto de los artículos 301 a 310 es claramente incompatible con el párrafo 1 del artículo 23 del ESD, y se debe exigir a los Estados Unidos que modifiquen su ley en consecuencia.

4. Conclusión

5.323 Corea concluye que, por las razones antes expuestas, solicita respetuosamente a este Grupo Especial que determine que las amenazas unilaterales de retorsión con arreglo a los artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974 de los Estados Unidos niegan a Corea y a otros Miembros de la OMC las ventajas de los artículos I y XIII del GATT de 1994 y del artículo 21 del ESD, e infringen el artículo 23 del ESD.

K. TAILANDIA

1. Introducción

5.324 **Tailandia sostiene** que, como Miembro de la Organización Mundial del Comercio e interlocutor comercial de los Estados Unidos, tiene un interés sistémico sustancial en el caso presente.

5.325 En opinión de Tailandia, la piedra angular de la cuestión sistémica planteada es el multilateralismo como base del comercio internacional, un principio al que se adhieren todos los Miembros de esta Organización. Este principio está consagrado en el preámbulo del Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (Acuerdo sobre la OMC), en el que se define su objeto y fin, que es el de "desarrollar un sistema multilateral de comercio integrado, más viable y duradero".[612]

5.326 Tailandia expresa a continuación que, además de esta seria preocupación sistémica, ha estado en el pasado sometida a decisiones y determinaciones formuladas en virtud de los artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974. En 1989, el Gobierno de los Estados Unidos colocó a

[612] Preámbulo del Acuerdo sobre la OMC, párrafo 5.

Tailandia en la "lista de vigilancia prioritaria" y en 1991 en una "lista de países extranjeros prioritarios" con arreglo al procedimiento del "artículo 301 especial". En 1994, tras algunas intensas negociaciones y modificaciones de las leyes y reglamentos nacionales tailandeses, Tailandia fue colocada nuevamente en la lista de vigilancia prioritaria. En 1990 Tailandia mantuvo una diferencia en el GATT[613] a raíz de una solicitud presentada en el marco del procedimiento del artículo 301. Además, en diciembre de 1991 y en marzo de 1992, el USTR determinó, con arreglo a los artículos 301 a 310, que las leyes, políticas y prácticas de Tailandia relativos al derecho de autor y la protección de patentes no eran "razonables" y "obstaculizaban el comercio de los Estados Unidos". El procedimiento fue dejado sin efecto por los Estados Unidos sólo después de que Tailandia conviniera en introducir modificaciones en la legislación tailandesa pertinente.

5.327 Respondiendo a la pregunta del Grupo Especial, Tailandia dice que su experiencia sirve para ilustrar el interés de Tailandia en el caso presente. El hecho de que esos hechos ocurrieran en el marco del GATT no afecta a los argumentos jurídicos de Tailandia en este caso, que son válidos tanto en el contexto del GATT como en el de la OMC.

5.328 Tailandia destaca que los Estados Unidos formularon determinaciones y/o adoptaron medidas con arreglo a la Ley de Comercio Exterior de 1974 al margen del procedimiento de solución de diferencias del GATT. Esta pauta de medidas unilaterales estadounidenses aún puede ocurrir en el marco del sistema de la OMC, ya que las disposiciones de la Ley de Comercio Exterior de 1974 que ordenan al Gobierno de los Estados Unidos actuar en ese sentido siguen en vigor después de que los Estados Unidos pasaron a ser parte en el Acuerdo sobre la OMC.

5.329 Tailandia sostiene que, además, el Gobierno de los Estados Unidos ha indicado, al convertirse en Miembro de la OMC, su propósito de utilizar sus facultades en el marco de la Ley de Comercio Exterior de 1974 para hacer cumplir los derechos correspondientes a los Estados Unidos, respecto de los demás Miembros de la OMC, al margen de la OMC cuando considerase unilateralmente que el asunto en cuestión no "guarda relación con un Acuerdo de la Ronda Uruguay".[614] Esto ha sido confirmado en 1999 por la Orden Ejecutiva del Presidente de los Estados Unidos por la que se restablecen las "facultades del artículo 301" y las "facultades del título VII".[615]

5.330 Tailandia reitera que estos casos de medidas unilaterales estadounidenses establecen una pauta de violación de las obligaciones contraídas por los Estados Unidos en virtud del Acuerdo sobre la OMC y deben ser tenidas en cuenta por el Grupo Especial en sus deliberaciones.

5.331 Tailandia cree firmemente que, en un sistema de comercio auténticamente multilateral, ningún Miembro de la OMC puede ser al mismo tiempo juez y parte en una diferencia. El Órgano de Solución de Diferencias (OSD) debe ser el foro exclusivo para la solución de las diferencias entre Miembros de la OMC respecto de sus derechos y obligaciones en el marco de la OMC, y el ESD debe brindar las normas y procedimientos exclusivos para tal solución.

2. Argumentos de derecho

5.332 Tailandia sostiene que, basándose en lo expuesto anteriormente, los Estados Unidos han actuado de forma incompatible con el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC, al no

[613] Informe del Grupo Especial que examinó el asunto *Tailandia - Cigarrillos*, *op. cit.*

[614] Statement of Administrative Action, *op. cit.*, 2 (b). Enforcement of US Rights, páginas 364 a 367. Tailandia hace notar que este documento representa las opiniones de la Administración de los Estados Unidos con respecto a la interpretación y aplicación del Acuerdo sobre la OMC, tanto a los fines del derecho internacional como de las leyes nacionales estadounidenses.

[615] Comunicado de prensa del USTR de 26 de enero de 1999 (prueba documental 2 de Tailandia).

poner su Ley de Comercio Exterior de 1974 en conformidad con sus obligaciones, según lo previsto en los artículos 1, 3, 22 y 23 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD); y que, en consecuencia, el Grupo Especial debe recomendar que el OSD solicite a los Estados Unidos que pongan su Ley de Comercio Exterior de 1974 en conformidad con sus obligaciones dimanantes del Acuerdo sobre la OMC.

5.333 Tailandia se reserva sus derechos con respecto a cualquier otra cuestión en litigio que no se examine en la presente comunicación.

5.334 Tailandia alega que, de conformidad con el artículo 304 (a) (2) (A), cuando se trate de una investigación en la que intervenga un acuerdo comercial, el USTR debe determinar si los derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud del acuerdo comercial se están negando, i) 30 días después de la fecha en que haya concluido el procedimiento de solución de diferencias, o ii) 18 meses después de la fecha en que se haya iniciado la investigación, *si este plazo es inferior al anterior*. Con arreglo al artículo 303 (a) (1), el USTR debe solicitar la celebración de consultas con el país extranjero en cuestión, en la fecha en que se inicie una investigación de conformidad con el artículo 302. El efecto combinado de estas dos disposiciones es que el USTR debe formular la determinación a más tardar 18 meses después de la solicitud de consultas presentada por los Estados Unidos.

5.335 En opinión de Tailandia, el procedimiento de solución de diferencias de la OMC previsto en el ESD puede requerir, en circunstancias normales, hasta 19 meses (9 meses y 300 días) a partir del comienzo del procedimiento de consultas. El detalle es el siguiente:

Consultas	60 días	(párrafo 7 del artículo 4 del ESD)
Establecimiento del grupo especial (desde la fecha de la solicitud hasta la fecha del establecimiento)	30 días	(párrafo 1 del artículo 6 del ESD)
Determinación de la composición del grupo especial	30 días	(párrafo 7 del artículo 8 del ESD)
Procedimiento del grupo especial (desde el establecimiento hasta la distribución del informe)	9 meses	(párrafo 9 del artículo 12 del ESD)
Adopción del informe del grupo especial/Notificación de la apelación	60 días	(artículo 16 del ESD)
Examen en apelación (desde la notificación de la apelación hasta la distribución del informe del Órgano de Apelación)	90 días	(párrafo 5 del artículo 17 del ESD)
Adopción del informe del Órgano de Apelación por el OSD	30 días	(párrafo 14 del artículo 17 del ESD)

Nota: En este caso hipotético, el período transcurrido entre la fecha de establecimiento del grupo especial y la fecha de adopción del informe del Órgano de Apelación es de 9 meses y 210 días, y no supera el marco temporal máximo previsto en el artículo 20 del ESD.

5.336 Tailandia sostiene que tanto el artículo 304 (a) (2) como el artículo 303 (a) (1) utilizan la forma imperativa ("shall" en inglés). Estas disposiciones ordenan al USTR que determine si los derechos que corresponden a los Estados Unidos están siendo negados antes de la conclusión del procedimiento normal de solución de diferencias de la OMC. Por lo tanto, se exige al USTR que actúe de forma incompatible con lo dispuesto en el párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD.

5.337 Tailandia impugna la alegación de los Estados Unidos, de que el USTR puede solicitar la celebración de consultas en el marco de la OMC antes de iniciar una investigación con arreglo al artículo 302, "abriendo así la posibilidad de que el OSD adopte las constataciones del grupo especial y del Órgano de Apelación dentro del plazo de 18 meses que establece el artículo 304 (a) (2) (A)". Sin embargo, este argumento se debe rechazar. La redacción utilizada en el artículo 303 (a) (1) no permite ningún otro entendimiento o interpretación: el USTR debe ("shall" en inglés) solicitar la celebración de consultas en el marco de la OMC en la misma fecha en que se inicie la investigación pertinente de conformidad con el artículo 302.[616] El USTR simplemente no puede infringir esta disposición de la legislación nacional de los Estados Unidos.[617]

5.338 Tailandia también refuta otra alegación de los Estados Unidos, en el sentido de que el USTR tiene amplias facultades discrecionales para dictar diversas determinaciones que no entrarían ni remotamente en conflicto con el párrafo 2 a) del artículo 23. Tailandia sostiene que, por el contrario, el contenido de la determinación es secundario. Lo que importa es la posibilidad, en el plano jurídico interno, de que el USTR determine la incompatibilidad de las medidas adoptadas por otro Miembro con las normas de la OMC. Esta posibilidad constituye en sí misma una infracción del párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD. Además, tal determinación es obligatoria para el USTR. En consecuencia, los artículos 304 (a) (2) (A) y 303 (a) (1) son incompatibles con el párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD.

5.339 Tailandia alega asimismo que cuando en un laudo arbitral dictado de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD se determine que no existe anulación ni menoscabo de las ventajas resultantes para los Estados Unidos en virtud del Acuerdo sobre la OMC o que la medida de retorsión propuesta por los Estados Unidos excede del nivel real de anulación o menoscabo, los artículos 306 (b) y 305 (a) obligan de todos modos al USTR a adoptar medidas incompatibles con el párrafo 7 del artículo 22 y el párrafo 2 c) del artículo 23 del ESD.

5.340 Tailandia sostiene que el artículo 306 (b) (2) ordena al USTR que determine, a más tardar 30 días después del vencimiento del plazo prudencial previsto en el ESD, qué medidas de retorsión "adoptará de conformidad con el artículo 301 (a)" contra un Miembro que esté aplicando una recomendación formulada de conformidad con el ESD. El artículo 305 (a) (1) exige al USTR que aplique esa medida a más tardar 30 días después de la fecha en que se haya formulado la determinación.

5.341 Tailandia aduce asimismo que los artículos 306 (b) (2) y 305 (a) (1) siguen siendo obligatorios[618] para el USTR incluso en el caso de que se hayan designado árbitros de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD para examinar el nivel propuesto de suspensión de concesiones u otras obligaciones, y que los árbitros hayan determinado que no existe anulación o menoscabo de las ventajas resultantes para los Estados Unidos en virtud del Acuerdo sobre la OMC, o que las medidas de retorsión propuestas exceden del nivel real de anulación o menoscabo. En este caso, el artículo 305 (a) (1) exige que el USTR aplique la medida ya determinada con arreglo al artículo 306 (b) (2), sin perjuicio del contenido del laudo arbitral.[619]

---

[616] Tailandia observa que el período de 60 días de consultas previsto en el párrafo 7 del artículo 4 del ESD comienza en la fecha en que se recibe la solicitud. En la práctica, esto significa que cabe añadir otra demora al plazo normal de 19 meses que supone el procedimiento.

[617] Tailandia observa que los Estados Unidos han señalado que el USTR "ha actuado así de hecho" en numerosos casos.

[618] Tailandia observa que ambas disposiciones utilizan la forma imperativa ("shall" en inglés).

[619] Tailandia señala que, sin embargo, en el asunto *CE - Bananos III* el USTR redujo el nivel de las medidas de retorsión a fin de ajustarse al laudo arbitral. Véase WT/DS27/49, de 9 de abril de 1999.

5.342 Tailandia añade que ha presentado al Grupo Especial el fundamento en que se basa su razonamiento jurídico. No obstante, Tailandia no está en condiciones de ofrecer al Grupo Especial, ni está autorizado para hacerlo, el fundamento o los motivos de la reducción, por parte del USTR, del nivel de las medidas de retorsión, ajustándose a la decisión arbitral en el asunto *Bananos III*.

5.343 Tailandia expresa que la legalidad del acto del USTR, con respecto a la Ley de Comercio Exterior de 1974 de los Estados Unidos, depende del significado de las disposiciones de la legislación, que, con arreglo al sistema constitucional estadounidense, sólo puede determinarse mediante una interpretación judicialmente autorizada de dichas disposiciones.

5.344 En opinión de Tailandia, si, a tenor de una interpretación autorizada de conformidad con el sistema jurídico estadounidense, el acto del USTR antes mencionado se considera incompatible con la Ley de Comercio Exterior de 1974, entonces la propia Ley infringe el Acuerdo sobre la OMC.

5.345 Según Tailandia, como son los Estados Unidos los que invocan las excepciones previstas en el artículo 301 (a) (2) para justificar su alegación, la carga de la prueba incumbe a los Estados Unidos.

5.346 Tailandia aduce asimismo que, por tanto, los artículos 306 (b) (2) y 305 (a) (1) infringen el párrafo 7 del artículo 22 del ESD, que establece que la suspensión de concesiones u otras obligaciones debe ser "acorde con la decisión del árbitro". También infringen el párrafo 2 c) del artículo 23 del ESD, que exige que la parte que adopta medidas siga "los procedimientos establecidos en el artículo 22 para determinar el nivel de suspensión de concesiones u otras obligaciones".

5.347 Tailandia recuerda la alegación de los Estados Unidos de que las excepciones establecidas en el artículo 301 (a) (2) permiten que el USTR actúe de forma compatible con la decisión arbitral prevista en el párrafo 6 del artículo 22. El artículo 301 (a) (2) (A) dispone que el USTR no estará obligado a adoptar medidas en aquellos casos en los que "el Órgano de Solución de Diferencias [...] haya adoptado un informe [...]" (se han añadido el subrayado) en el que se constate que no se están negando los derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo comercial o no se niegan, anulan o menoscaban ventajas que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo comercial.

5.348 En opinión de Tailandia, empero, el artículo 301 (a) (2) (A) no es aplicable al caso planteado. La decisión de un árbitro designado con arreglo al párrafo 6 del artículo 22 del ESD no es un "informe" en el sentido del artículo 301 (a) (2) (A) ni puede ser considerado como tal; por otra parte, el ESD no exige que esa decisión arbitral sea "adoptada" por el Órgano de Solución de Diferencias. Esto se ha visto confirmado por la reciente práctica de la OMC en el asunto *CE - Bananos III*, en el que el OSD acordó conceder autorización, a solicitud de los Estados Unidos, para suspender concesiones y obligaciones conexas en el marco del GATT de 1994, de forma compatible con la decisión arbitral, sin adoptar dicha decisión.[620]

5.349 Tailandia recuerda que los Estados Unidos también invocan otras excepciones en el marco del artículo 301 (a) (2) para justificar su alegación de que el USTR puede actuar de manera compatible con una decisión arbitral adoptada de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 que reduzca el nivel de las medidas de retorsión propuestas por los Estados Unidos o nieguen a los Estados Unidos el derecho de adoptar este tipo de medidas. Estas excepciones se refieren a los casos en que el USTR constate que la medida tendría repercusiones negativas en la economía estadounidense o podría causar un daño grave a la seguridad nacional.[621] Sin embargo, los Estados Unidos no demuestran que, de conformidad con la interpretación autorizada (judicial) de estas disposiciones en virtud del sistema

[620] Órgano de Solución de Diferencias, Acta de la reunión celebrada el 19 de abril de 1999, WT/DSB/M/59, 3 de junio de 1999, página 11 de la versión inglesa.

[621] Tailandia señala que estas excepciones están previstas en el artículo 301 (a) (2) (B) (iv) y (v).

jurídico estadounidense, tales excepciones sean aplicables al caso (de una decisión de un árbitro, conforme al párrafo 6 del artículo 22, que reduce el nivel de las medidas de retorsión propuestas por los Estados Unidos o niegan a los Estados Unidos el derecho de adoptar este tipo de medidas). La alegación de los Estados Unidos se basa meramente en una interpretación del artículo 301 hecha por el Gobierno de los Estados Unidos. En el sistema jurídico nacional de los Estados Unidos, como en todo sistema jurídico conocido, el poder judicial no está de ningún modo vinculado por las interpretaciones de las disposiciones legales hechas por el poder ejecutivo. La aplicabilidad de estas disposiciones es aún más dudosa en este caso debido a la imprecisión de sus términos. El artículo 301 (a) (2) (B) (iv), en particular, se limita sólo a "casos extraordinarios".

5.350 Tailandia añade que la determinación del significado de las disposiciones de la Ley de Comercio Exterior de 1974, de conformidad con la interpretación autorizada en el marco del sistema jurídico estadounidense[622], no sólo está incluida en el mandato del Grupo Especial, sino que es fundamental para que éste pueda llevar a cabo su mandato, que consiste en determinar la conformidad o no conformidad de esta legislación con las obligaciones de los Estados Unidos dimanantes del Acuerdo sobre la OMC.

5.351 Tailandia aduce también que la Ley de Comercio Exterior de 1974 es una legislación que da facultades al Gobierno de los Estados Unidos y le ordena actuar de una determinada manera, dentro de los límites y el ámbito establecidos en la misma. Como sus términos son vagos en cuanto al alcance de las facultades concedidas al poder ejecutivo de los Estados Unidos, se debe ser sumamente prudente con respecto a su interpretación. En particular, el Grupo Especial no debe basar sus deliberaciones en la interpretación hecha por el propio poder ejecutivo de los Estados Unidos sobre su legislación, al menos en lo que se refiere a la evaluación de la legalidad de los actos del Gobierno de los Estados Unidos con respecto a su propia legislación. En todo Estado de derecho, las facultades otorgadas a los funcionarios no carecen de límite ni de propósito. Es imposible prevenir el *abus de pouvoir* o el *excès de pouvoir* si alguien es juez de sus propios actos. *Nemo jus sibi dicere potest.* (Nadie puede declarar el derecho en causa propia.)

5.352 En opinión de Tailandia, al no existir una interpretación autorizada, es decir, si los Estados Unidos no demuestran sus alegaciones, resulta dudoso que la Ley de Comercio Exterior de 1974 sea compatible con el Acuerdo sobre la OMC. Dada la vaguedad de los términos de su legislación, esas dudas privan a los demás Miembros de previsibilidad y seguridad, que constituyen el objetivo propio del ESD[623], y no pueden ser permitidas en el marco del sistema de la OMC.

5.353 Tailandia expresa asimismo que el mismo argumento es válido para rechazar la alegación de los Estados Unidos sobre las facultades discrecionales concedidas al Presidente de los Estados Unidos por el artículo 301 (a) (1) para dar "instrucciones" al USTR. También en este caso los Estados Unidos omiten demostrar que, según una interpretación autorizada de esta disposición a tenor de la legislación estadounidense, las facultades discrecionales otorgadas al Presidente de los Estados Unidos permiten que éste o el USTR actúen de forma incompatible con los artículos 306 (b) (2) y 305 (a) (1).

5.354 Tailandia sostiene también que sería insuficiente que los Estados Unidos invocaran a este respecto el artículo 305 (a) (2) en lo que respecta a la posibilidad de que el USTR retrase en ciertos casos la aplicación de medidas por un plazo de hasta 180 días. Lo que infringe las obligaciones de los Estados Unidos no es el plazo previsto para esa aplicación, sino la propia medida que ha de ser aplicada.

---

[622] Tailandia señala, como otra posibilidad, que la redacción estadounidense dice: "interpretada de conformidad con el derecho interno del Miembro".

[623] Párrafo 2 del artículo 3 del ESD.

5.355 Tailandia alega asimismo que la Ley de Comercio Exterior de 1974 prevé que se formulen determinaciones y se adopten medidas contra un Miembro de la OMC sin que los Estados Unidos recurran a las normas y procedimientos del ESD. Esto sucede cuando el Gobierno de los Estados Unidos considera unilateralmente que un asunto queda al margen del alcance o de las disciplinas del Acuerdo sobre la OMC.[624]

5.356 A juicio de Tailandia, el sistema de solución de diferencias es un "elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio", y "sirve para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros" en el marco del Acuerdo sobre la OMC.[625] Las normas y procedimientos del ESD serán "aplicables a las consultas y solución de diferencias entre los Miembros relativas a sus derechos y obligaciones" dimanantes del Acuerdo sobre la OMC.[626] Los Miembros que traten "de reparar el incumplimiento de obligaciones u otro tipo de anulación o menoscabo de las ventajas" resultantes del Acuerdo sobre la OMC "recurrirán a las normas y procedimientos [del ESD], que deberán acatar".[627] El sentido corriente de estas disposiciones en su contexto resulta claro: el ESD establece las normas y procedimientos *exclusivos* para resolver todas las diferencias relativas a los derechos y obligaciones de los Miembros de la OMC.

5.357 Tailandia observa que, de conformidad con las disposiciones antes mencionadas, toda diferencia entre los Miembros de la OMC relativas a la determinación de si un asunto concierne a los derechos y obligaciones de un Miembro de la OMC queda incluido en el alcance del ESD y debe ser resuelto de conformidad con sus normas y procedimientos. Sin embargo, los artículos 301, 304 y 305 ordenan[628] que el USTR determine unilateralmente que un asunto no guarda relación con los derechos y obligaciones de la OMC y ordena las medidas que debe adoptar el USTR sobre esta base, con independencia de las normas y procedimientos del ESD.

5.358 Tailandia sostiene que, en consecuencia, los artículos 301, 304 y 305 privan a los Miembros de la OMC de toda seguridad o previsibilidad que podrían legítimamente esperar de un sistema multilateral de comercio basado en normas. Esto da lugar a una situación paradójica: en un caso de no violación de las disposiciones de la OMC alegado unilateralmente, un Miembro puede ver violados sus derechos dimanantes de la OMC por el Miembro más poderoso de la OMC, basándose en una legislación interna de este último, sin tener la protección de las normas y procedimientos del ESD. Esta protección se hubiera podido obtener si el Miembro en cuestión hubiera violado sus obligaciones dimanantes de la OMC. En este caso, el Miembro no tendrá otra opción que la de impugnar ante el OSD la sanción adoptada por los Estados Unidos. Sin embargo, este procedimiento lleva tiempo y en todo caso gran parte del daño ya estará hecho.

5.359 Tailandia concluye que, por tanto, la Ley de Comercio Exterior de 1974 no sólo es incompatible con el párrafo 1 del artículo 1, el párrafo 2 del artículo 3 y el párrafo 1 del artículo 23 del ESD, sino que contradice el propio objeto y fin del Acuerdo sobre la OMC.

5.360 Tailandia subraya que los tipos de medidas previstas en el artículo 301 (c) constituyen infracciones de los derechos que tiene el país objeto de la medida en el marco de la OMC. En el caso de diferencias relativas al comercio de mercancías, en particular, los artículos 301, 304 y 305 exigen al

---

[624] Tailandia menciona la Declaración de Acción Administrativa (Statement of Administrative Action, Uruguay Round Agreements Act: Enforcement of US Rights).

[625] Párrafo 2 del artículo 3 del ESD.

[626] Párrafo 1 del artículo 1 del ESD.

[627] Párrafo 1 del artículo 23 del ESD.

[628] Tailandia señala que los artículos 304 (a) (1), 305 (a) (1) y 301 (a) (1) utilizan la forma imperativa ("shall" en inglés).

USTR que imponga derechos, tasas o restricciones que violan las disposiciones del GATT de 1994, incluidos sus artículos I, II, III, VIII y XI. Como se ha demostrado anteriormente, si los Estados Unidos determinan unilateralmente que el asunto es ajeno al alcance o las disciplinas del Acuerdo sobre la OMC, los artículos 301, 304 y 305 ordenan al USTR que aplique estas medidas incompatibles con las normas de la OMC con independencia de los procedimientos del ESD, y sin contar con una autorización del OSD. Por consiguiente, los artículos 301, 304 y 305 son incompatibles con los párrafos 6 y 7 del artículo 22 y el párrafo 2 c) del artículo 23 del ESD.

5.361 Respondiendo a la pregunta del Grupo Especial de si una declaración oficial de los Estados Unidos vinculante conforme al derecho internacional, en el sentido de que el Gobierno de los Estados Unidos no ejercitará sus facultades discrecionales de modo contrario a las normas de la OMC eliminaría la incompatibilidad de los artículos 301 a 310 con esas normas, suponiendo que el USTR y el Presidente tienen facultades discrecionales para evitar las determinaciones y las medidas contrarias a las normas de la OMC en todas las circunstancias, y que, no obstante, se constate que los artículos 301 a 310 son incompatibles con las normas de la OMC, Tailandia expresa que en esta hipótesis, se debe constatar que los artículos 301 a 310 son incompatibles con las normas de la OMC. Como estas disposiciones tienen un carácter legislativo, una declaración oficial del Gobierno de los Estados Unidos no suprimiría la incompatibilidad. Como Miembro de la OMC, los Estados Unidos deben, de conformidad con el derecho internacional, poner los artículos 301 a 310 en conformidad con el Acuerdo sobre la OMC, sea modificándolos o derogándolos.

VI. REEXAMEN INTERMEDIO

6.1 Nuestro informe provisional fue enviado a las partes el 12 de octubre de 1999. El 26 de octubre de 1999 las Comunidades Europeas ("CE") y los Estados Unidos nos solicitaron que reexaminámaramos, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 15 del ESD, algunos aspectos concretos del informe provisional. Ni las CE ni los Estados Unidos solicitaron la celebración de una nueva reunión.

6.2 Se expone a continuación el examen de los argumentos esgrimidos en la etapa intermedia de reexamen, según lo preceptuado en el párrafo 3 del artículo 15 del ESD.

6.3 Las CE formularon dos observaciones. En primer lugar, sostuvieron que la sección de constataciones contenida en el informe provisional no incluía una descripción clara de los argumentos y reclamaciones de derecho de las CE que se habían planteado ante el Grupo Especial. Las CE mencionaron un resumen de los principales argumentos jurídicos en que basaban sus reclamaciones y que se había incorporado a su comunicación de réplica. Las CE consideraban necesario, por razones de claridad y para una mejor comprensión del Informe del Grupo Especial, que estos principales argumentos de derecho se incluyeran en un lugar apropiado de la sección de constataciones de nuestro Informe. Así lo hicimos, añadiendo los párrafos que llevan actualmente los números 7.4 a 7.6 de nuestro Informe.

6.4 En segundo lugar, con respecto a la nota que lleva actualmente el número 708 de nuestro Informe, las CE señalaron que, si bien es correcto decir que las CE no solicitaron al Grupo Especial que adoptaran una decisión sobre la relación entre el párrafo 5 del artículo 21 y el párrafo 22 del ESD, las CE han aclarado en el segundo párrafo de su respuesta a la pregunta 23 del Grupo Especial que

> "la compatibilidad con la OMC de los artículos 301 a 310 ha de ser evaluada teniendo en cuenta todas las disposiciones citadas en el mandato del Grupo Especial, entre las que figura independientemente el párrafo 5 del artículo 21 del ESD".

Las CE sostuvieron que el mandato del Grupo Especial incluía también, entre otras cosas, junto con el artículo 23 el artículo 21 del ESD, y que la reclamación de las CE de que el artículo 306 infringía el párrafo 5 del artículo 21 está vinculada de modo inextricable a la cuestión de la conformidad con el

párrafo 2 c) del artículo 23, que, como el propio Grupo Especial ha reconocido en el actual párrafo 7.44 del Informe, está "explícitamente vinculado al párrafo 1 del artículo 23 y tiene que interpretarse junto con él y supeditándolo a él". Las CE se refirieron también al hecho de que, en su respuesta a la pregunta 23 del Grupo Especial, habían declarado que

> "[l]ógica y jurídicamente, la interpretación del artículo 22 del ESD es una cuestión distinta que debe ser abordada por el Grupo Especial de forma independiente, en caso de que sea necesario hacerlo".

6.5 Basándose en lo expuesto, las CE señalaron que la versión anterior de lo que es ahora la nota de pie de página 708 de nuestro Informe no refleja plenamente la posición de las CE ante el Grupo Especial y que, en realidad, las CE han solicitado claramente al Grupo Especial que se pronuncie sobre la compatibilidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD de los plazos máximos contenidos en el artículo 306.

6.6 Hemos añadido los elementos mencionados por las CE en la nota de pie de página 708 y también nos hemos referido a ellos en ese lugar. Hemos corregido ligeramente la redacción del párrafo 7.169 de nuestro Informe. Con respecto a los plazos límite del artículo 306 y del párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22, recordamos que nos hemos referido a ellos en los párrafos 7.145 y 7.180 y en la nota de pie de página 720 de nuestro Informe. Están incluidos en nuestro mandato como elementos pertinentes para evaluar las reclamaciones de las CE en virtud del artículo 23.

6.7 Los Estados Unidos expresaron la opinión de que la constatación definitiva del Grupo Especial con respecto a la compatibilidad de los artículos 301 a 310 con la OMC es correcta y también estuvieron en general de acuerdo con las constataciones fácticas y el razonamiento del Grupo Especial.

6.8 No obstante, a los Estados Unidos le preocupaban algunos aspectos del razonamiento jurídico del Grupo Especial, en particular con respecto al trato que daba el Grupo Especial a la distinción obligatoria/facultativa en la jurisprudencia del GATT/OMC. Los Estados Unidos solicitaron que el Grupo Especial volviera a considerar y modificara su razonamiento jurídico sobre la cuestión fundamental de si puede infringir el artículo 23 una medida que no prohíbe la adopción de medidas incompatibles con la OMC, pero que no ordena efectivamente una infracción de las normas de la OMC. Los Estados Unidos reiteraron su opinión de que no existe ningún modo creíble y coherente de establecer distinciones jurídicas entre las medidas que no prohíben una infracción de las normas de la OMC, y que se podría crear una considerable imprevisibilidad en la interpretación de las obligaciones de los Miembros de la OMC si se borrara la firme línea trazada hasta ahora por la jurisprudencia, que establece que sólo la legislación que ordena la infracción de una obligación dimanante de la OMC infringe efectivamente esa obligación. Basándose en lo expuesto, los Estados Unidos pidieron al Grupo Especial que constatara que los términos de los artículos 304 y 306, considerados aisladamente, no establecen una infracción *prima facie* del párrafo 2 a) del artículo 23 porque dichos términos no impiden una determinación de incompatibilidad.

6.9 Como resultado de esta observación de los Estados Unidos, añadimos las últimas cuatro frases de lo que es actualmente el párrafo 7.54 de nuestro Informe y modificamos ligeramente la redacción del párrafo 7.93. También añadimos dos nuevas notas de pie de página: la 658 y la 675. Subrayamos una vez más que nuestro Informe no altera el criterio clásico de la jurisprudencia anterior, de que sólo la legislación que ordena una incompatibilidad con las normas de la OMC o que impide la compatibilidad con las mismas puede, como tal, infringir las disposiciones de la OMC. Por el contrario, hemos seguido esta distinción tradicional y hemos constatado que los términos del artículo 304 impiden la compatibilidad con el párrafo 2 a) del artículo 23 según nuestra interpretación. La infracción *prima facie* resultante de una legislación que "meramente" reserva el derecho de adoptar medidas incompatibles con la OMC en una diferencia dada se refiere específicamente, en primer lugar, a las obligaciones de los Miembros dimanantes del artículo 23 -con su función capital en

el ESD como elemento que fortalece el sistema multilateral de comercio en sentido más amplio- y, en segundo lugar, a las numerosas circunstancias relativas a casos específicos que hemos mencionado en nuestro Informe, y que se refieren en particular al artículo 304 y más generalmente a los Estados Unidos.

6.10 Los Estados Unidos también nos solicitaron que reconsiderásemos nuestra constatación, que figura actualmente en el párrafo 1.1, de que las "consideraciones" del artículo 306 son "determinaciones" a los fines del párrafo 2 a) del artículo 23. Los Estados Unidos se basaron para ello en que el artículo 22 del ESD exige positivamente que los Miembros soliciten la suspensión de concesiones dentro de los 30 días del vencimiento del plazo prudencial, y que, por tanto, el USTR debe discernir -debe "considerar"- si ha habido aplicación, como requisito previo para ejercitar sus derechos a tenor del artículo 22. Los Estados Unidos sostienen que la "consideración" prevista en el artículo 306 sólo representa una opinión, necesaria para aplicar el procedimiento de solución de diferencias. Por estas razones, los Estados Unidos solicitaron al Grupo Especial que constatase que el artículo 306 no infringe el párrafo 2 a) del artículo 23 porque no prevé que se realice una "determinación" en el sentido del párrafo 2 a) del artículo 23.

6.11 En respuesta a esta observación de los Estados Unidos, hemos revisado la parte de la nota 657 relativa al requisito de que exista una "determinación" de incompatibilidad con las normas de la OMC. También hemos ampliado el razonamiento contenido en el párrafo 7.146.

6.12 Por último, en respuesta a una observación de los Estados Unidos en el sentido de que el acuerdo alcanzado entre los Estados Unidos y Australia en el asunto *Australia - Cuero* se había hecho con referencia a la nota 6 del artículo 4 del Acuerdo SMC, hemos añadido esta referencia en la nota de pie de página 709.

VII. CONSTATACIONES

A. ALEGACIONES DE LAS PARTES

7.1 Las alegaciones de las partes pueden resumirse como sigue.

7.2 Las CE alegan que los Estados Unidos, al adoptar, mantener en sus compilaciones de leyes y aplicar los artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de 1974 después de la entrada en vigor de los Acuerdos de la Ronda Uruguay, han roto el pacto histórico que se selló en Marrakech entre los Estados Unidos y los demás participantes en la Ronda Uruguay. Según las CE, ese pacto consiste en un equilibrio entre, por una parte, la certeza práctica de que el Órgano de Solución de Diferencias ("OSD") adoptará los informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación y autorizará a los Miembros a que suspendan concesiones -a juicio de las CE, una petición expresa de los Estados Unidos- y, por otra parte, el abandono completo y definitivo por los Estados Unidos de su política de larga data de adoptar medidas unilaterales. Las CE afirman que la segunda parte de ese pacto, que a su juicio constituye el eje del procedimiento de este Grupo Especial, está consagrada en las siguientes disposiciones de la OMC: artículos 3, 21, 22 y, el más importante, 23 del ESD y párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC.

7.3 Las CE alegan, más en particular, que:

a) de manera incompatible con el párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD:

- el artículo 304 (a) (2) (A) obliga al Representante de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales ("USTR") a determinar si otro Miembro de la OMC niega derechos o beneficios dimanantes de un acuerdo de la OMC, con independencia de que el OSD haya aprobado o no una constatación de un grupo especial o del Órgano de Apelación sobre el asunto, y

- el artículo 306 (b) obliga al USTR a determinar si se ha dado cumplimiento a una recomendación del OSD con independencia de que se haya completado el procedimiento previsto en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD para examinar este asunto;

b) de manera incompatible con el párrafo 2 c) del artículo 23 del ESD:

- el artículo 306 (b) obliga al USTR a determinar qué nuevas medidas se adoptarán de conformidad con el artículo 301 en el caso de que no se hayan aplicado las recomendaciones del OSD, y

- el artículo 305 (a) obliga al USTR a aplicar esas medidas,

y esto en ambos casos, con independencia de que se hayan completado los procedimientos previstos en el párrafo 5 del artículo 21 y en el artículo 22 del ESD, y

c) el artículo 306 (b) es incompatible con los artículos I, II, III, VIII y XI del GATT de 1994 porque, cuando se trate de diferencias relacionadas con el comercio de mercancías, obliga al USTR a imponer derechos, gravámenes o restricciones que infringen una o varias de estas disposiciones.

7.4 Las CE afirman que los artículos 301 a 310, en su sentido inmediato, obligan a las autoridades estadounidenses a tomar medidas unilaterales infringiendo el artículo 23 del ESD y, por consiguiente, los artículos I, II, III, VIII y XI del GATT de 1994. Según las CE, esto es así tanto si se aplican los antiguos criterios del GATT de 1947 relativos a la legislación imperativa por oposición a la legislación facultativa como si se aplican los actuales criterios del GATT de 1994 y del Acuerdo sobre la OMC, que las CE consideran que son las fuentes del derecho pertinentes aplicables después de la entrada en vigor de los Acuerdos de la OMC. Los argumentos de las CE sobre los criterios aplicables para determinar si la legislación es verdaderamente facultativa figuran en la parte descriptiva de este informe.[629]

7.5 Además, las CE argumentan que los artículos 301 a 310 -incluso si pudieran interpretarse en el sentido de que autorizan al USTR a evitar la formulación de las terminaciones y la adopción de medidas incompatibles con las normas de la OMC- no pueden considerarse como una sólida base jurídica para el cumplimiento de las obligaciones que incumben a los Estados Unidos en la OMC. Para las CE, la falta de esa "sólida base jurídica" crea una situación de amenaza y de incertidumbre jurídica contra los demás Miembros de la OMC y contra sus empresarios económicos, situación que socava fundamentalmente la "seguridad y previsibilidad" del sistema multilateral de comercio.

7.6 Las CE afirman, además, que los artículos 301 a 310 no están en conformidad con las obligaciones que incumben a los Estados Unidos en la OMC, puesto que son expresión de una política deliberada que crea un conjunto de medidas del poder ejecutivo que están orientadas en contra de la conformidad con las normas de la OMC. Según las CE, los artículos 301 a 310, incluso si pudieran interpretarse en el sentido de que dan al USTR una base jurídica para cumplir las obligaciones que incumben a los Estados Unidos en la OMC, no podrían considerarse conformes a las normas de la OMC en el sentido del párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC.

7.7 Por estas razones, las CE nos piden que resolvamos que los Estados Unidos, al no poner la Ley de Comercio Exterior de 1974 en conformidad con las prescripciones del artículo 23 del ESD y de los artículos I, II, III, VIII y XI del GATT de 1994, han actuado de forma incompatible con las obligaciones dimanantes de esas disposiciones y del párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la

[629] Véanse los párrafos 4.196 a 4.214, 4.233 a 4.244, 4.250 a 4.263 y 4.295 a 4.299 de este Informe.

OMC y, de ese modo, anulan o menoscaban ventajas dimanantes para las CE del ESD, del GATT de 1994 y del Acuerdo sobre la OMC.

7.8 Las CE, finalmente, nos piden que recomendemos que el OSD pida a los Estados Unidos que pongan su Ley de Comercio Exterior de 1974 en conformidad con las obligaciones dimanantes del ESD, del GATT de 1994 y del Acuerdo sobre la OMC.

7.9 Los Estados Unidos responden que las CE han planteado un asunto político en relación con el cual tratan de aducir argumentos jurídicos. Los Estados Unidos afirman que las CE no tiene derecho a prevalecer en esta diferencia sobre la base de una serie de hipótesis adversas para los Estados Unidos, hipótesis relativas tanto a las decisiones que el USTR puede adoptar conforme a los artículos 301 a 310 como a los plazos para las reuniones de los grupos especiales, del Órgano de Apelación y del OSD. Según los Estados Unidos, los artículos 301 a 310 permiten a los Estados Unidos cumplir las normas y los procedimientos del ESD en todos los casos: el artículo 304 permite en todos los casos que el USTR se base, para formular sus determinaciones, en las constataciones adoptadas de los grupos especiales y del Órgano de Apelación, y los artículos 305 y 306 permiten en todos los casos que el USTR solicite y reciba autorización del OSD para suspender concesiones de conformidad con el artículo 22 del ESD. Los Estados Unidos concluyen que cumplen plenamente las obligaciones que les imponen las normas de la OMC a este respecto.

B. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

1. Disposiciones pertinentes de la OMC y de los artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de los Estados Unidos

7.10 En el anexo I del presente informe reproducimos, para mayor facilidad de consulta por el lector, las disposiciones de los artículos 301 a 310 que nos fueron presentadas en la prueba documental 1 que acompañaba a las comunicaciones de los Estados Unidos, así como las disposiciones de la OMC a las que se hace frecuente referencia en este informe.

2. Mandato del Grupo Especial

7.11 El delicado carácter político de este asunto es evidente. Los propios Estados Unidos reconocieron en sus comunicaciones que los artículos 301 a 310 son unas normas legislativas impopulares. Además de las CE, 12 de los 16 terceros expresaron opiniones sumamente críticas sobre esas disposiciones.[630]

7.12 Nuestra función en este asunto es judicial. Conforme al artículo 11 del ESD, tenemos la obligación de "hacer una evaluación objetiva del asunto que se [nos ha] 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".[631]

7.13 El mandato que se nos ha conferido en esta diferencia se limita a las alegaciones específicas de las CE expuestas en la sección VII. A *supra*. No se nos ha pedido que emitamos un juicio general sobre la compatibilidad de los artículos 301 a 310 con los acuerdos de la OMC. No es nuestra función examinar ningún aspecto de los artículos 301 a 310 que no guarde relación con las alegaciones de las CE. En particular, no tenemos que examinar si son compatibles con las normas de la OMC las

[630] Véase la sección V del presente informe. Cuatro terceros no expresaron ninguna opinión con respecto a esta diferencia.

[631] En el presente informe entenderemos en adelante por "acuerdos abarcados" los acuerdos de la OMC a los que se refiere esta diferencia.

medidas tomadas por los Estados Unidos en los diferentes asuntos en que se han aplicado los artículos 301 a 310. Análogamente, no se nos ha pedido que estudiemos si son compatibles con las normas de la OMC las disposiciones de los artículos 301 a 310 relativas a las determinaciones formuladas y las medidas adoptadas por el USTR que no están destinadas a hacer efectivos los derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud del Acuerdo sobre la OMC, incluyendo las disposiciones por las que se autoriza al USTR a formular una determinación sobre si una cuestión está o no comprendida en el ámbito de aplicación de los acuerdos de la OMC.[632]

3. Determinación de los hechos: Normas aplicables a la carga de la prueba y a la interpretación de la legislación nacional

a) Carga de la prueba - Consideraciones generales

7.14 Parte de nuestra función, conforme al artículo 11 del ESD, consiste en determinar hechos. En esta materia, al igual que en otras, nos guiamos por la jurisprudencia del Órgano de Apelación. De conformidad con esa jurisprudencia, ambas partes convinieron en que incumbe a las CE, como parte reclamante, aducir argumentos y presentar pruebas suficientes para fundamentar una presunción con respecto a los diversos elementos de sus alegaciones referentes a la incompatibilidad de los artículos 301 a 310 con las obligaciones dimanantes para los Estados Unidos de las normas de la OMC. Una vez que las CE lo hayan hecho, corresponde a los Estados Unidos refutar esa presunción. Como, en este asunto, ambas partes han aducido numerosos hechos y extensos argumentos con respecto a las alegaciones de las CE, nuestra tarea consistirá esencialmente en ponderar todas las pruebas presentadas y en decidir si las CE, como parte a la que incumbe la carga de la prueba inicial, nos ha convencido de la validez de sus alegaciones. En caso de incertidumbre, es decir, si todas las pruebas presentadas y los argumentos aducidos por una y otra parte tienen un peso equivalente, tendremos que dar el beneficio de la duda a los Estados Unidos, como parte demandada.

7.15 Señalamos, además, que la parte que alegue un hecho concreto -sean las CE o los Estados Unidos- tiene la carga de probarlo. En otras palabras, tiene que aportar elementos suficientes para fundamentar una presunción de que ese hecho existe. Siguiendo los principios enunciados en el párrafo anterior, esa presunción prevalecerá a menos que la otra parte la refute de forma suficiente.

7.16 Las constataciones de hechos a las que se llega en este informe se hicieron aplicando estos principios. Evidentemente, cuando se trate de decidir cuál es la interpretación correcta de los acuerdos abarcados, todo grupo especial se guiará por los argumentos de las partes pero no estará vinculado por ellos; sus decisiones sobre tales cuestiones han de adoptarse con arreglo a las reglas que sobre la interpretación de los tratados son aplicables a la OMC.

b) Examen de la legislación nacional

7.17 En relación con el examen de la legislación nacional por los grupos especiales de la OMC, ambas partes se ha remitido al asunto *India - Patentes (EE.UU.)*. En ese asunto, el Órgano de Apelación declaró que "Es claro que para determinar si la India ha cumplido las obligaciones que le impone [el párrafo 8 a) del artículo 70 del Acuerdo sobre los ADPIC] […] es esencial un examen de los aspectos pertinentes de la legislación interna de la India […]. Sencillamente, el Grupo Especial no tenía modo alguno de determinarlo sin hacer un examen de la legislación de la India".[633]

---

[632] Las CE, contestando a la pregunta 43 del Grupo Especial, confirmaron explícitamente estas limitaciones de las alegaciones que se nos han sometido. Véase el párrafo 4.635 del presente informe.

[633] Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *India - Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura ("India - Patentes (EE.UU.)")*, WT/DS50/AB/R (reclamación de los Estados Unidos), adoptado el 16 de enero de 1998, párrafo 66.

7.18 En este asunto también tenemos que examinar ciertos aspectos de la legislación interna, a saber, los artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de los Estados Unidos de 1974. Nuestro mandato es examinar los artículos 301 a 310 con la finalidad exclusiva de determinar si los Estados Unidos cumplen las obligaciones que les incumben en la OMC. Como señaló el Órgano de Apelación en el asunto *India - Patentes (EE.UU.)*[634], no interpretamos la legislación de los Estados Unidos "en cuanto tal" de la forma en que interpretaríamos, por ejemplo, las disposiciones de los acuerdos abarcados. En vez de ello, tenemos que determinar el significado de los artículos 301 a 310 como elementos fácticos y comprobar si esos elementos fácticos constituyen un comportamiento de los Estados Unidos contrario a las obligaciones que les incumben en la OMC. También a este respecto se aplican las normas sobre la carga de la prueba para la determinación de los hechos a las que se ha hecho referencia más arriba.[635]

7.19 De esto se desprende que, al hacer constataciones fácticas sobre el significado de los artículos 301 a 310 no estamos obligados a aceptar la interpretación dada por los Estados Unidos. Dicho esto, todo Miembro puede razonablemente esperar que tengamos muy en cuenta su opinión sobre el significado de su propia legislación.

7.20 Señalamos, finalmente, que algunos términos utilizados tanto en los artículos 301 a 310 como en las disposiciones de la OMC no tienen necesariamente el mismo significado. Por ejemplo, el término "determinación" no tiene por qué tener siempre el mismo significado en los artículos 304 y 306 y en el párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD. Así, el hecho de que cierto comportamiento no cumpla, por ejemplo, los requisitos establecidos para ser considerado como una "determinación" con arreglo a los artículos 304 y 306 no impide, por sí solo, que ese comportamiento pueda ser considerado como una "determinación" con arreglo al párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD. Por el contrario, el hecho de que cierto acto se califique de "determinación" en la legislación interna no significa necesariamente que haya de interpretarse como una determinación de conformidad con los acuerdos abarcados.[636]

4. Normas de interpretación de los tratados

7.21 Para juzgar si los artículos 301 a 310 son conformes a las obligaciones impuestas a los Estados Unidos en la OMC hay que interpretar varias disposiciones de los acuerdos abarcados. El párrafo 2 del artículo 3 del ESD dispone que los grupos especiales han de aclarar las disposiciones de la OMC "de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público". Los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados ("Convención de Viena") han alcanzado el rango de normas de derecho internacional consuetudinario. En los últimos años, la jurisprudencia del Órgano de Apelación y de los grupos especiales de la OMC se ha convertido en una de las fuentes más ricas de orientación sobre su aplicación. La principal disposición a este respecto de la Convención de Viena estatuye lo siguiente:

---

[634] *Ibid.*

[635] A este respecto, la Corte Internacional de Justicia ("CIJ"), refiriéndose a un fallo anterior de la Corte Permanente de Justicia Internacional, señaló lo siguiente: "Cuando la determinación de una cuestión de derecho interno es esencial para que la Corte adopte una decisión en un asunto, la Corte tendrá que ponderar la jurisprudencia de los tribunales nacionales, y 'Si ésta es incierta o está dividida, incumbirá a la Corte elegir la interpretación que considere que está más en conformidad con la legislación' (*Brazilian Loans*, Corte Permanente de Justicia Internacional, serie A, N°s 20/21, página 124)" (*Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*, Judgment, ICJ Reports 1989, página 47, párrafo 62.)

[636] Véanse la nota de pie de página 657 y el párrafo 7.146 *infra*.

> "Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin."[637]

7.22 El texto, el contexto y el objeto y el fin son elementos que corresponden a las metodologías textual, sistémica y teleológica de interpretación de los tratados, metodologías que están bien establecidas y todas las cuales se siguen normalmente al interpretar disposiciones complejas de tratados multilaterales. Por razones pragmáticas, el uso normal para la interpretación, que es el que seguiremos, consiste en partir del sentido corriente del texto "bruto" de las disposiciones pertinentes del tratado y en tratar después de interpretarlo en su contexto y a la vista del objeto y del fin del tratado. Sin embargo, los elementos a los que se hace referencia en el artículo 31 -el texto, el contexto y el objeto y el fin, así como la buena fe- han de considerarse como una sola norma holística de interpretación, en vez de cómo una sucesión de criterios distintos que han de aplicarse siguiendo un orden jerárquico. Muchas veces puede parecer que el contexto y el objeto y el fin simplemente

---

[637] Los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena dicen lo siguiente:

"Artículo 31
Regla general de interpretación

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

   a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;

   b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

   a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;

   b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;

   c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

Artículo 32
Medios de interpretación complementarios

Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

   a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o
   b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable."

confirman una interpretación que parece desprenderse del texto "bruto". En realidad, siempre es algún contexto, incluso si no está explícito, el elemento que determina qué sentido ha de considerarse como "corriente", y frecuentemente es imposible determinar el sentido, incluso el "sentido corriente", sin considerar también el objeto y el fin.[638] Como señaló el Órgano de Apelación, "El artículo 31 de la Convención de Viena dispone que el texto del tratado constituye la base del proceso interpretativo: 'la interpretación se basará fundamentalmente en el texto del tratado'". El Órgano de Apelación añade, sin embargo, que "Hay que atribuir a los términos de un tratado su sentido corriente, en el contexto de éstos. El objeto y el fin del tratado deben también tenerse en cuenta para determinar el significado de sus términos".[639]

5. Descripción general del funcionamiento de los artículos 301 a 310

7.23 Es difícil comprender las alegaciones y contraalegaciones de las partes sin entender en general cómo funcionan los artículos 301 a 310. Por ello, en el anexo II hacemos una breve descripción general de ese funcionamiento para ayudar a los lectores de este informe. Esa descripción no es vinculante ni tiene el carácter de constatación de hechos por este Grupo Especial. La descripción se preparó, después de consultar a las partes, como parte integrante de la parte descriptiva de este informe.

6. La medida en cuestión y la metodología general del Grupo Especial

7.24 Nuestro mandato en este asunto consiste en evaluar la conformidad de los artículos 301 a 310 con las disposiciones pertinentes de la OMC, indicadas en el mandato. Al evaluar la conformidad de la legislación nacional con las obligaciones dimanantes de las normas de la OMC, de conformidad con el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC[640], hay que tener en cuenta la gran

---

[638] Como señala la Comisión de Derecho Internacional (CDI), que fue el órgano redactor original del artículo 31 de la Convención de Viena, en su comentario a esa disposición:

> "La Comisión, al titular el artículo 'Regla general de interpretación', en singular, y al subrayar la conexión existente entre los párrafos 1 y 2, así como entre el párrafo 3 y los dos anteriores, se propuso indicar que la aplicación de los medios de interpretación que figuran en el artículo constituirá una sola operación combinada. Todos los diferentes elementos, en la medida en que estén presentes en un caso dado, se mezclarán en el crisol, y su acción recíproca dará entonces la interpretación jurídica pertinente. Así, el artículo [31] lleva el título de '*Regla* general de interpretación', en singular, y no de '*Reglas* generales', en plural, porque la Comisión deseaba subrayar que el proceso de interpretación constituye una unidad y que las disposiciones del artículo forman una regla única con partes íntimamente ligadas entre sí." (Anuario de la CDI, 1966, volumen II, página 241).

Véase también Sinclair, I., *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2ª edición, Manchester University Press, 1984, página 116:

> "Todo texto, por claro que sea a primera vista, tiene que ser analizado en su contexto y en función de su objeto y de su fin. La conclusión a que se puede llegar después de tal análisis es, en la mayoría de los casos, que el sentido claro que inicialmente parecía tener el texto es el sentido correcto, pero esto no debe utilizarse para ocultar que se ha realizado un proceso de interpretación".

[639] Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Japón - Impuestos sobre las bebidas alcohólicas ("Japón - Bebidas alcohólicas")*, WT/DS8/AB/R, adoptado el 1º de noviembre de 1996, páginas 14 y 15.

[640] El párrafo 4 del artículo XVI dispone lo siguiente: "Cada Miembro se asegurará de la conformidad de sus leyes, reglamentos y procedimientos administrativos con las obligaciones que le impongan los Acuerdos anexos."

diversidad de los ordenamientos jurídicos de los Miembros. La conformidad se puede lograr de diferentes maneras en los distintos ordenamientos jurídicos. Lo que cuenta es el resultado final, no la forma en que se consiga ese resultado. Sólo comprendiendo y respetando las especificidades del ordenamiento jurídico de cada Miembro se puede hacer una evaluación correcta de la conformidad.

7.25 Los artículos 301 a 310 presentan algunas características, corrientes en varias jurisdicciones, que son típicas de muchas disposiciones legislativas modernas y complejas que regulan materias económicas. Muchas veces, el legislador no trata de regular por sí mismo, por ley, todos los comportamientos en cuestión. En vez de ello, el legislador delega en organismos administrativos u otras autoridades públicas, bien preexistentes, bien especialmente creados, funciones de reglamentación y supervisión que han de desempeñarse con arreglo a ciertos criterios y dentro de los límites de las facultades discrecionales establecidos por el legislador. Esos poderes discrecionales pueden ser amplios o limitados, según la voluntad del legislador. Los artículos 301 a 310 forman parte de tal sistema legislativo.

7.26 Por consiguiente, al evaluar la conformidad de los artículos 301 a 310 con las disposiciones pertinentes de la OMC tenemos que tener presentes esos diversos niveles de la legislación nacional que se considera, que incluye tanto textos legales como otros elementos institucionales y administrativos.[641] Para mayor comodidad, en adelante nos referiremos en este informe a los artículos 301 a 310, incluyendo todos esos elementos, como "la Medida en cuestión".

7.27 Muchas veces, como ocurre aquí, los elementos de ese tipo de disposiciones legislativas nacionales son inseparables y no deben interpretarse independientemente al evaluar la conformidad global de la ley con las obligaciones dimanantes de la OMC. Por ejemplo, aunque el texto legal por el que se concedan facultades específicas a un organismo público pueda a primera vista ser compatible con las normas de la OMC, ese organismo puede, dentro de las facultades discrecionales que se le hayan conferido, adoptar procedimientos administrativos o criterios internos que sean incompatibles con las obligaciones dimanantes de la OMC, lo que haría que la disposición legislativa en su conjunto infringiese las normas de la OMC.[642] Lo contrario puede también ser cierto: aunque el texto legal, en sí, pueda a primera vista ser incompatible, tal incompatibilidad puede desaparecer legalmente cuando se examinan otros elementos administrativos o institucionales de la misma ley.

---

[641] El significado del término "leyes" en el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC ha de abarcar la amplísima diversidad de ordenamientos jurídicos de los Miembros de la OMC. Para los efectos que nos ocupan, estimamos que el término "leyes" es suficientemente amplio para dar cabida como una sola medida a los artículos 301 a 310, que tienen varios niveles. De lo contrario, es decir, si se entiende que el término "leyes" abarca solamente disposiciones legislativas, consideraríamos que los elementos de los artículos 301 a 310 que no tienen carácter legislativo sino que son de naturaleza institucional o administrativa están comprendidos en la expresión "reglamentos y procedimientos administrativos", que también se utiliza en el párrafo 4 del artículo XVI. También si siguiéramos este otro enfoque, juzgaríamos necesario, dada la naturaleza especial de la ley nacional en cuestión, examinar todos los elementos de los artículos 301 a 310 como una sola medida, a fin de evaluar correctamente su conformidad global con las normas de la OMC.

[642] Análogamente, el Órgano de Apelación, en su informe sobre el asunto *Estados Unidos - Prohibición de las importaciones de determinados camarones y productos del camarón ("Estados Unidos - Camarones")*, WT/DS58/AB/R, adoptado el 6 de noviembre de 1998, párrafos 160 y 186), examinó primero la propia medida tomada por los Estados Unidos y constató que estaba justificada provisionalmente con arreglo al apartado g) del artículo XX del GATT de 1994. Sin embargo, después constató que la *aplicación* de esa misma medida, con arreglo a las directrices y la práctica administrativas, constituía un abuso o un uso indebido de la justificación provisional representada por el apartado g) del artículo XX, habida cuenta del párrafo inicial de ese artículo. Por estas razones, llegó a la conclusión de que la medida tomada por los Estados Unidos, así interpretada, infringía el GATT de 1994.

7.28 En consecuencia, al examinar las disposiciones pertinentes de los artículos 301 a 310, primero consideraremos el propio texto legal, separado de todos los demás elementos de la ley. Después estudiaremos los demás elementos de los artículos 301 a 310 que, a nuestro juicio, forman parte integrante de la Medida en cuestión y haremos nuestra evaluación final basándonos en todos los elementos considerados conjuntamente.

C. LA ALEGACIÓN DE LAS CE DE QUE EL ARTÍCULO 304 ES INCOMPATIBLE CON EL PÁRRAFO 2 A) DEL ARTÍCULO 23 DEL ESD

1. Alegaciones y argumentos de las Partes

7.29 Las CE alegan que el artículo 304 obliga al USTR a formular una declaración "unilateral" sobre si otro Miembro de la OMC ha infringido los derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de las normas de las OMC. Las CE afirman que esa determinación del USTR tiene que hacerse dentro de los 18 meses siguientes a la iniciación de una investigación con arreglo al artículo 302, fecha que normalmente coincide con la solicitud de celebración de consultas de conformidad con el ESD. No obstante, según las CE, cabe suponer que los procedimientos del ESD llevan 19 meses y medio. Las CE afirman que, como resultado del plazo de 18 meses, la determinación prevista en el artículo 304 ha de formularse incluso aunque el OSD no haya adoptado todavía un informe con constataciones sobre la cuestión, en contra de lo dispuesto en el párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD.

7.30 Los Estados Unidos responden que nada ante lo dispuesto en el artículo 304 obliga al USTR, cuando el OSD no ha adoptado las constataciones de un grupo especial o del Órgano de Apelación, a formular una determinación específica en el sentido de que se han negado derechos que corresponden a los Estados Unidos. En su segunda comunicación, los Estados Unidos van aún más lejos y afirman que, como conforme al artículo 304 (a) (1) las determinaciones previstas en el artículo 304 han de hacerse sobre la base de los procedimientos de solución de diferencias de la OMC, queda *excluida* toda posibilidad de que antes de que el OSD adopte constataciones se determine que se han negado derechos que corresponden a los Estados Unidos. Según los Estados Unidos, el artículo 304 solamente exige que el USTR determine "*si*" -no determine *que*- se han negado derechos que corresponden a los Estados Unidos. A juicio de los Estados Unidos, el USTR tiene libertad para determinar que no se ha producido ninguna infracción, que el OSD ha confirmado que no ha habido ninguna infracción, que en la fecha en que el OSD adopte las constataciones de un grupo especial o del Órgano de Apelación se confirmará la existencia de una infracción o que ha de ponerse fin a la investigación en curso. Los Estados Unidos también argumentan que el plazo pertinente para concluir los procedimientos establecidos en el ESD -desde la solicitud de la celebración de consultas hasta la adopción de los informes por el OSD- no es de 19 meses y medio, como afirman las CE, sino de 16 meses y 20 días.

2. Constataciones preliminares del Grupo Especial sobre los términos del artículo 304

7.31 En lo que se refiere a los términos del artículo 304, consideramos suficiente hacer las siguientes constataciones, basadas en el examen del propio texto y en las pruebas que se nos han presentado y los argumentos que se nos han aducido a este respecto, así como en la interpretación, cuando procede, de las disposiciones pertinentes de la OMC.

a) Primero, constatamos, como cuestión de hecho, que, conforme a los términos del artículo 304 (a) (2), el USTR está obligado en derecho a formular, dentro de los 18 meses siguientes a la solicitud de celebración de consultas, una determinación

sobre si se están negando derechos que corresponden a los Estados Unidos.[643] Esta es una norma imperativa del artículo 304 con respecto a la cual el poder legislativo no dejó ninguna facultad discrecional al poder ejecutivo.[644]

b) Segundo, como cuestión de derecho, dado que la mayoría de los plazos establecidos en el ESD son, bien plazos mínimos sin límite máximo[645], bien plazos máximos que, no obstante, son meramente indicativos[646], las actuaciones del ESD -desde la solicitud de celebración de consultas hasta la adopción de las constataciones por el OSD-[647] pueden llevar más de 18 meses, y en la práctica han hecho frecuentemente que se excedan los 18 meses.[648] En consecuencia, en ciertos asuntos planteados por los

[643] A los efectos de esta diferencia, suponemos que el plazo de 18 meses es el anterior de los dos plazos indicados en el artículo 304, es decir, el plazo que expira "30 días después de la fecha en que haya concluido el procedimiento de solución de diferencias".

[644] Los Estados Unidos están de acuerdo en que no pueden aplazar la formulación de esa determinación. Por ejemplo, con respecto a los asuntos *Japón - Medidas que afectan a los productos agrícolas ("Japón - Pruebas por variedad")*, informe adoptado el 19 de marzo de 1999, WT/DS76/AB/R, e *India - Patentes (EE.UU.)*, los Estados Unidos, contestando a la pregunta 24 a) del Grupo Especial (reflejada en el párrafo 4.587 de este informe) declararon que "los Estados Unidos no hicieron determinaciones formales con arreglo al artículo 304 al expirar el plazo de 18 meses, *pero deberían haberlas formulado*" (se han añadido las cursivas).

[645] Por ejemplo, en el párrafo 7 del artículo 4 del ESD se establece un plazo mínimo de 60 días para las consultas, a menos que haya acuerdo en contrario o que haya urgencia de conformidad con el párrafo 8 del artículo 4.

[646] En el párrafo 8 del artículo 12 se hace referencia a un plazo de seis meses, "por regla general", para el lapso que ha de mediar entre la composición del grupo especial y el traslado del informe definitivo a las partes. El párrafo 9 del artículo 12 dispone que "En ningún caso el período que transcurra entre el establecimiento del grupo especial y la distribución del informe a los miembros *deberá* exceder de nueve meses" (se han añadido las cursivas). El párrafo 5 del artículo 17 dispone que "Por regla general, la duración del procedimiento [del Órgano de Apelación] no excederá de 60 días". No obstante, en ese párrafo se añade que "En ningún caso la duración del procedimiento excederá de 90 días". Sin embargo, incluso ese plazo aparentemente imperativo ha sido rebasado en tres asuntos hasta la fecha (*Estados Unidos - Restricciones aplicadas a las importaciones de ropa interior de algodón y fibras sintéticas o artificiales*, WT/DS24/AB/R, 91 días; *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, ("*CE -Hormonas*") WT/DS26/AB/R y DS48/AB/R, 114 días, y *Estados Unidos - Camarones*, *op. cit.*, 91 días). Finalmente, el artículo 20 dispone que el período comprendido entre la fecha de establecimiento del grupo especial y la fecha de adopción del informe o de los informes por el OSD será, "por regla general", de nueve meses (12 meses en el caso de las apelaciones).

[647] Cuando en adelante, en este informe, hacemos referencia a la conclusión de las actuaciones del OSD, entendemos por ello la fecha de adopción, por el OSD, de los informes de los grupos especiales y, en su caso, del Órgano de Apelación al respecto.

[648] En 17 de los 26 casos en que, hasta la fecha, el OSD ha formulado recomendaciones, transcurrieron más de 18 meses entre la solicitud de celebración de consultas y la adopción de los informes. En 11 de esos 17 asuntos, los Estados Unidos eran la única parte reclamante o una de las partes reclamantes: *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos ("CE - Bananos III"*, WT/DS27), *Comunidades Europeas - Hormonas* (*op. cit.*), *Japón - Medidas que afectan a las películas y el papel fotográficos de consumo* (WT/DS44), *India - Patentes (EE. UU.*) (*op. cit.*), *Comunidades Europeas/Reino Unido/Irlanda - Clasificación aduanera de determinado equipo informático* (WT/DS62, 67 y 68), *Indonesia - Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil* (WT/DS54, 55, 59 y 64), *Japón - Productos agrícolas* (*op. cit.*), *Corea - Impuestos a las bebidas alcohólicas* (WT/DS75 y 84), *Australia - Subvenciones concedidas a los productores y exportadores de cuero para automóviles* (WT/DS106), *India - Restricciones cuantitativas a la importación de productos agrícolas, textiles e industriales* (WT/DS90) y *Canadá - Medidas que afectan a la importación de leche y a las exportaciones de productos lácteos* (WT/DS103, reclamación de

Estados Unidos, el USTR podría verse obligado a determinar unilateralmente, antes de que concluyan las actuaciones multilaterales del ESD, si se han negado derechos que corresponden a los Estados Unidos, y de hecho se ha visto obligado a hacerlo en determinados casos.

c) Tercero, como cuestión de hecho, constatamos que, aun cuando el USTR está obligado a formular una determinación dentro de un plazo de 18 meses, dadas las amplias facultades discrecionales que le concede el artículo 304 no hay ninguna circunstancia en la que esté obligado, antes de que concluyan las actuaciones del ESD, a determinar que se han negado derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud del Acuerdo sobre la OMC -determinación a la que en adelante se denominará, en este informe, "determinación de incompatibilidad".

El artículo 304 (a) exige que el USTR determine, dentro de un plazo de 18 meses, *si* se están negando derechos que corresponden a los Estados Unidos. No exige que el USTR determine dentro del plazo de 18 meses *que* se están negando derechos que corresponden a los Estados Unidos. Los criterios en que, según el artículo 304 (a), ha de basarse el USTR para formular su determinación -"las investigaciones que se inicien de conformidad con el artículo 302 y […] las consultas (y […] las actuaciones, en su caso) que se entablen de conformidad con el artículo 303"- dejan al USTR, en todos los casos, amplias facultades discrecionales para decidir el contenido efectivo de la determinación que vaya a hacer.

Ahora bien, como se verá más abajo, esas facultades discrecionales no absuelven necesariamente al artículo 304 de toda infracción del ESD.

d) Cuarto, como cuestión de hecho, constatamos que, aunque el USTR no está *obligado* en ninguna circunstancia a formular conforme al artículo 304 una determinación de incompatibilidad antes de que concluyan los procedimientos establecidos en el ESD, los términos del propio artículo 304 no le *impiden* hacer tal determinación.[649] Constatamos que las amplias facultades discrecionales conferidas al USTR le permiten hacer exactamente lo que dan a entender los términos del artículo: determinar *si* se han negado derechos que corresponden a los Estados Unidos, es decir, determinar que *no* se han negado tales derechos, pero también determinar que se *han* negado.[650]

---

los Estados Unidos, y WT/DS113, reclamación de Nueva Zelandia). Los otros seis asuntos eran: *Estados Unidos - Camarones* (*op. cit.*), *Australia - Medidas que afectan a la importación de salmón* (WT/DS18), *Guatemala - Investigación antidumping sobre el cemento Portland procedente de México* (WT/DS60), *Estados Unidos - Imposición de derechos antidumping a los semiconductores para memorias dinámicas de acceso aleatorio (DRAM) de un megabit como mínimo procedentes de Corea* (WT/DS99), *Brasil - Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves* (WT/DS46) y *Canadá - Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles* ("*Canadá - Aeronaves*", WT/DS70).

[649] Los Estados Unidos argumentaron en su segunda comunicación que el USTR no puede formular tal determinación de incompatibilidad. En la medida en que ese argumento de los Estados Unidos se basa solamente en los términos del artículo 304, lo rechazamos por las razones expuestas en este informe.

[650] El artículo 304 (a) hace referencia a "las actuaciones, en su caso", de la OMC como base de la determinación que ha de formularse. Esos términos no son suficientemente precisos como para interpretarlos en el sentido de que limitan la capacidad del USTR para formular una determinación de incompatibilidad antes de que el OSD adopte las constataciones. La referencia a las "actuaciones" como base para la determinación permite tener en cuenta las actuaciones de la OMC, pero, a nuestro juicio, no impide que se formule una determinación de incompatibilidad antes del resultado final de las actuaciones de la OMC, es decir, antes de que

7.32 En conclusión, los términos del artículo 304 *obligan* al USTR, en ciertos casos, a formular una determinación unilateral sobre si se han negado derechos que corresponden a los Estados Unidos incluso *antes* de que el OSD adopte sus constataciones al respecto. Sin embargo, los términos del artículo 304 ni *obligan* al USTR a formular una determinación de incompatibilidad ni le *impiden* formular tal determinación.

7.33 Es de capital importancia que los términos del artículo 304 reserven al USTR, cuando éste cumpla su obligación legal después de 18 meses, el derecho a formular una determinación unilateral de incompatibilidad incluso antes de que concluyan los procedimientos realizados con arreglo al ESD.

3. Los términos del artículo 304 y las obligaciones que impone a los Miembros el artículo 23 del ESD

7.34 Los términos del artículo 304 reservan, pues, al USTR, cuando éste cumple la obligación inherente a su mandato después de 18 meses, el derecho a formular una determinación unilateral de incompatibilidad incluso antes de que concluyan los procedimientos establecidos en el ESD. Como se ha señalado, los términos del artículo no imponen al USTR la obligación de hacer tal determinación. Por consiguiente, la cuestión es si -teniendo en cuenta, por una parte, la obligación de formular una determinación unilateral en algunos casos antes de que concluyan los procedimientos multilaterales y, por otra, las plenas facultades conferidas en cuanto al contenido de esa determinación- el artículo 304, en sí y no en relación con ningún caso particular en que se aplique, incumpla las obligaciones asumidas por los Miembros en virtud del párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD. Así pues, hemos de pasar a la interpretación del artículo 23 del ESD.

a) Doble naturaleza de las obligaciones impuestas por el artículo 23 del ESD

7.35 El artículo 23 del ESD trata, como lo indica su título, del "Fortalecimiento del sistema multilateral". Su finalidad general es impedir que los Miembros de la OMC resuelvan unilateralmente sus diferencias con respecto a los derechos y obligaciones dimanantes de las normas de la OMC. Para ello, obliga a los Miembros a seguir las normas y procedimientos multilaterales del ESD.

7.36 El párrafo 1 del artículo 23 dispone lo siguiente:

> *"Fortalecimiento del sistema multilateral*
>
> 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* (se han añadido las cursivas).

7.37 En el párrafo 2 del artículo 23 se indican tres elementos que han de respetarse en el proceso multilateral de solución de diferencias del ESD. El párrafo 2 dispone lo siguiente:

---

el OSD adopte las recomendaciones. Señalamos que, así como el primer plazo establecido en el artículo 304 (a) (2) se refiere expresamente a la conclusión de los procedimientos de solución de diferencias ("30 días después de la fecha en que haya concluido el procedimiento de solución de diferencias"), el segundo plazo no se refiere a ninguna actuación, y mucho menos a la conclusión de las actuaciones de la OMC ("18 meses después de la fecha en que se haya iniciado la investigación"). El artículo 304 (a) (2) dispone que la determinación se formule dentro de aquel de esos dos plazos que sea "inferior". Finalmente, señalamos que los propios Estados Unidos habían argumentado primero que el artículo 304 no "obliga" a formular una determinación de incompatibilidad, lo que parece implicar que el USTR, aunque no está obligado a hacer tal determinación, puede formularla. Sólo en su segunda comunicación argumentaron los Estados Unidos que el USTR está efectivamente en la imposibilidad de hacer tal determinación.

"En tales casos [los casos a que se hace referencia en el párrafo 1 del artículo 23, es decir, cuando los Miembros traten de obtener la reparación de incompatibilidades con las normas de la OMC], los Miembros:

a) no formularán una determinación de que se ha producido una infracción, se han anulado o menoscabado ventajas o se ha comprometido el cumplimiento de uno de los objetivos de los acuerdos abarcados, excepto mediante el recurso a la solución de diferencias de conformidad con las normas y procedimientos del presente Entendimiento, y formularán tal determinación de forma coherente con las constataciones que figuren en el informe del grupo especial o del Órgano de Apelación, adoptado por el OSD, o en el laudo arbitral dictado con arreglo al presente Entendimiento;

b) seguirán los procedimientos establecidos en el artículo 21 para determinar el plazo prudencial para que el Miembro afectado aplique las recomendaciones y resoluciones; y

c) seguirán los procedimientos establecidos en el artículo 22 para determinar el nivel de suspensión de las concesiones u otras obligaciones y para obtener autorización del OSD, de conformidad con esos procedimientos, antes de suspender concesiones u otras obligaciones resultantes de los acuerdos abarcados en el caso de que el Miembro afectado no haya aplicado las recomendaciones y resoluciones dentro de ese plazo prudencial."

7.38 Sobre esta base, llegamos a las siguientes conclusiones:

a) Incumbe 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).

b) Incumbe a la OMC o a las dos partes en la diferencia, -no a ninguno de los Miembros de la OMC- determinar mediante el procedimiento establecido en el artículo 21, cuál es el plazo prudencial para que el Miembro de que se trate aplique las recomendaciones y resoluciones del OSD (párrafo 2 b) del artículo 23).

c) Incumbe a la OMC, -no a ninguno de los Miembros de la OMC- determinar en caso de desacuerdo, mediante el procedimiento establecido en el artículo 22, el nivel de suspensión de las concesiones u otras obligaciones que pueda imponerse como resultado de una incompatibilidad con las normas de la OMC, así como autorizar la aplicación efectiva de esas suspensiones.

7.39 Por consiguiente, el párrafo 2 del artículo 23 prohíbe claramente 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. Este es, a nuestro juicio, el primer tipo de obligaciones comprendidas en el artículo 23.

7.40 Ahora bien, en estas actuaciones nuestra función no consiste en juzgar si unas determinaciones concretas formuladas con arreglo al artículo 304 en una diferencia dada son conformes a las normas de la OMC, sino, en vez de ello, en determinar si el artículo 304, en cuanto tal, infringe el artículo 23 del ESD. Esto nos lleva al segundo tipo de obligaciones comprendidas en el artículo 23.

7.41 De manera general, cabe afirmar que el acervo del GATT, confirmado por el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC y por recientes informes de grupos especiales de la OMC,

deja claramente sentado que las disposiciones legislativas en cuanto tales, independientemente de su aplicación en casos concretos, pueden infringir las normas del GATT y de la OMC:

a) En la jurisprudencia del GATT, para dar un ejemplo, se constató que ciertas disposiciones legislativas por las que se establecía una discriminación fiscal contra productos importados eran incompatibles con las normas del GATT incluso antes de que esas disposiciones se hubieran aplicado efectivamente a productos concretos y, por consiguiente, antes de que se hubiera discriminado efectivamente contra ningún producto dado.[651]

b) El párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC confirma explícitamente que las disposiciones legislativas, en cuanto tales, pueden infringir las normas de la OMC. Ese párrafo dispone lo siguiente:

> "Cada Miembro se asegurará de la conformidad de sus *leyes, reglamentos y procedimientos administrativos* con las obligaciones que les impongan los Acuerdos anexos." (se han añadido las cursivas)

Los tres tipos de medidas expresamente sometidas a las obligaciones impuestas por los Acuerdos de la OMC -"leyes, reglamentos y procedimientos administrativos"- son medidas aplicables en general, no medidas tomadas necesariamente en un asunto o una diferencia concretos. El párrafo 4 del artículo XVI, aunque no amplía las obligaciones materiales impuestas por los acuerdos de la OMC, amplía el tipo de medidas sometidas a esas obligaciones.[652]

c) Los informes recientes de grupos especiales de la OMC confirman también que las disposiciones legislativas en cuanto tales, independientemente de su aplicación en un asunto concreto, pueden ser incompatibles con las normas de la OMC.[653]

---

[651] Véanse, por ejemplo, los informes de los Grupos Especiales que estudiaron los asuntos *Estados Unidos - Impuestos sobre el petróleo y sobre determinadas sustancias importadas ("Estados Unidos - Superfund")*, adoptado el 17 de junio de 1987, IBDD 34S/157, párrafo 5.2.2 (asunto en que las autoridades fiscales no tenían que aplicar las disposiciones legislativas por las que se imponía la discriminación fiscal hasta fines del año siguiente al año en que el Grupo Especial examinó la cuestión) y *Estados Unidos - Medidas que afectan a las bebidas alcohólicas y derivadas de la malta ("Estados Unidos - Bebidas derivadas de la malta")*, adoptado el 19 de junio de 1992, IBDD 39S/242, párrafos 5.39, 5.57, 5.60 y 5.66 (asunto en el que las disposiciones legislativas por las que se imponía la discriminación no estaban, por ejemplo, siendo aplicadas por las autoridades). Véanse asimismo los informes de los Grupos Especiales que examinaron los asuntos *Comunidad Económica Europea - Reglamento relativo a la importación de piezas y componentes ("CEE - Piezas y componentes")*, adoptado el 16 de mayo de 1990, IBDD 37S/147, párrafos 5.25 y 5.26, *Tailandia - Restricciones aplicadas a la importación de cigarrillos e impuestos internos sobre los cigarrillos ("Tailandia - Cigarrillos")*, adoptado el 7 de noviembre de 1990, IBDD 37S/222, párrafo 84, y *Estados Unidos - Medidas que afectan a la importación y a la venta y utilización en el mercado interno de tabaco ("Estados Unidos - Tabaco")*, adoptado el 4 de octubre de 1994, IBDD 41S/139, párrafo 118.

[652] El párrafo 4 del artículo XVI va más lejos que el artículo 27 de la Convención de Viena. El artículo 27 de la Convención de Viena dispone que "una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado". En cambio, el párrafo 4 del artículo XVI no sólo impide que se aleguen las disposiciones del derecho interno para justificar incompatibilidades con las normas de la OMC, sino que exige que los Miembros de la OMC pongan efectivamente su derecho interno en conformidad con las obligaciones que les imponen las normas de la OMC.

[653] Informes de los Grupos Especiales que estudiaron los asuntos *Argentina - Medidas que afectan a las importaciones de calzado, textiles, prendas de vestir y otros artículos* ("*Argentina - Textiles y prendas de vestir*

7.42 En consecuencia, las disposiciones legislativas pueden incumplir las obligaciones impuestas por las normas de la OMC. Lo mismo cabe decir, también, con respecto al artículo 23 del ESD. A nuestro juicio, esto es así no sólo por la jurisprudencia arriba mencionada y por lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo XVI, sino también por la naturaleza misma de las obligaciones dimanantes del artículo 23.

7.43 El párrafo 1 del artículo 23 no sólo trata de casos concretos de infracción, sino que establece una obligación general de carácter doble. Primero, dispone que todos los Miembros "recurrirán" al procedimiento multilateral establecido en el ESD cuando traten de que se repare una incompatibilidad con las normas de la OMC. En esas circunstancias, los Miembros tienen que recurrir al sistema de solución de diferencias establecido en el ESD, con exclusión de cualquier otro sistema, en particular un sistema de imposición coercitiva unilateral de los derechos y obligaciones dimanantes de las normas de la OMC. Esta prescripción, a la que se podría denominar "cláusula exclusiva para la solución de diferencias", es un importante elemento nuevo de los derechos y obligaciones que incumben a los Miembros con arreglo al ESD. Segundo, el párrafo 1 del artículo 23 también dispone que los Miembros, cuando recurran al sistema de solución de diferencias del ESD, "deberán acatar" las normas y procedimientos del ESD. Esta segunda obligación impuesta por el párrafo 1 del artículo 23 es de naturaleza confirmatoria: los Miembros, cuando recurran al ESD, han de acatar todas las normas y procedimientos del ESD.

7.44 Pasando al párrafo 2 del artículo 23, que a primera vista se refiere a la actuación en diferencias concretas, hay que señalar que ese párrafo empieza con las palabras "En tales casos". Por consiguiente, está explícitamente vinculado al párrafo 1 del artículo 23 y tiene que interpretarse junto con él y supeditándolo a él.

7.45 De hecho, dos de las tres prohibiciones mencionadas en el párrafo 2 del artículo 23 -las indicadas en sus apartados b) y c)- son destacados ejemplos de actuaciones que están en contradicción con las normas y procedimientos del ESD, normas y procedimientos que los Miembros "deberán acatar" conforme al párrafo 1 del artículo 23.[654] Evidentemente, esas normas y procedimientos abarcan mucho más que las normas y procedimientos mencionados expresamente en el párrafo 2 del artículo 23.[655] Hay muchos más comportamientos estatales que pueden incumplir la obligación general impuesta por el párrafo 1 del artículo 23 de recurrir a las normas y procedimientos del ESD y de acatar esas normas y procedimientos que los casos a los que se hace especial referencia en el párrafo 2 del artículo 23.[656]

(*EE.UU.*)"), WT/DS56/R (reclamación de los Estados Unidos), adoptado el 22 de abril de 1998, párrafos 6.45 a 6.47 (véase también el informe del Órgano de Apelación, WT/DS56/AB/R, párrafos 48 a 55), *Canadá - Aeronaves*, *op. cit.*, párrafos 9.124 y 9.208, y *Turquía - Restricciones a las importaciones de productos textiles y de vestido*, WT/DS34/R, distribuido a los Miembros el 31 de mayo de 1999 (contra el que se ha apelado por otras razones), párrafo 9.37.

[654] En cambio, en otras partes del ESD no se hace referencia al párrafo 2 a) del artículo 23, en el que se prohíbe a los Miembros formular ciertas determinaciones.

[655] Se podría hacer referencia, por ejemplo, a la prescripción de que se solicite la celebración de consultas conforme al artículo 4 del ESD antes de pedir que se constituya un grupo especial con arreglo al artículo 6.

[656] Algunos otros ejemplos de comportamientos que serían contrarios a las normas y procedimientos del ESD pero que no se mencionan expresamente en el párrafo 2 del artículo 23 son el no notificar al OSD las soluciones mutuamente convenidas, como se dispone en el párrafo 6 del artículo 3 del ESD, o el no cumplir las normas de que se solicite la celebración de consultas o el establecimiento de un grupo especial, como se dispone en los artículos 4 y 6.

7.46 Por consiguiente, el artículo 23 no se limita a prohibir la adopción de ciertas medidas en diferencias concretas, sino que también establece una disciplina en relación con el procedimiento general que los Miembros de la OMC han de seguir para tratar de que se corrijan incompatibilidades con las normas de la OMC. Así pues, las infracciones de las disposiciones expresas del artículo 23 pueden ser de dos tipos diferentes. Pueden tener por causa:

a) una medida concreta adoptada en una diferencia dada, o

b) medidas susceptibles de aplicación general, por ejemplo disposiciones legislativas o reglamentarias, en las que se establezca cierto procedimiento que ha de seguirse y que, por ejemplo, no obligue a recurrir al sistema de solución de diferencias del ESD o a acatar las normas y procedimientos del ESD.

b) Disposiciones legislativas que infringen el artículo 23 del ESD

7.47 ¿Qué tipo de disposiciones legislativas constituirían una infracción del artículo 23?

7.48 Indudablemente, para dar un ejemplo extremo, una disposición legislativa por la que se exigiera que se formulase una determinación de incompatibilidad tan pronto como un grupo especial de la OMC hubiera emitido su informe -sin esperar el resultado de una posible apelación ni la adopción de recomendaciones por el OSD- infringiría el párrafo 2 a) del artículo 23.

7.49 ¿Cómo, entonces, debemos evaluar el artículo 304, cuyos términos exigen que en algunos casos se formule una determinación antes de que concluyan los procedimientos del ESD y reservan al USTR, cuando cumple esa obligación legal, el derecho a formular una determinación unilateral de incompatibilidad?

7.50 Primero constatamos que, si el USTR ejerciera, *en una diferencia concreta*, el derecho que así le confieren los términos del artículo 304 y formulase una determinación de incompatibilidad, ese comportamiento de los Estados Unidos reuniría los diferentes elementos que se requieren para considerar que se ha infringido el párrafo 2 a) del artículo 23.[657] Sin embargo, el artículo 304 no

[657] Consideramos que, si el USTR ejerciera, en una diferencia concreta, el derecho que le confieren los términos del artículo 304 a formular una determinación de incompatibilidad antes de que concluyan los procedimientos del ESD, ese comportamiento de los Estados Unidos reuniría los diferentes elementos requeridos para considerar que se ha infringido el párrafo 2 a) del artículo 23 en un caso concreto. Esta conclusión es de capital importancia, porque muestra que los términos del artículo 304 reservan al USTR el derecho a incumplir, en un caso concreto, al menos el primer tipo de obligaciones establecidas en el párrafo 2 a) del artículo 23. Han de darse cuatro elementos para que una medida específica contravenga el párrafo 2 a) del artículo 23 en una diferencia concreta:

a) que la medida se tome "en tales casos" (frase inicial del párrafo 2 del artículo 23), es decir, en una situación en que un Miembro "[trate] 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", según se dispone en el párrafo 1 del artículo 23;

b) que la medida constituya una "determinación";

c) que la "determinación" sea en el sentido "de que se ha producido una infracción, se han anulado o menoscabado ventajas o se ha comprometido el cumplimiento de uno de los objetivos de los acuerdos abarcados";

d) que la "determinación" *no* se haga "mediante el recurso a la solución de diferencias de conformidad con las normas y procedimientos del [ESD]" o *no* se haga "de forma coherente con las constataciones que figuren en el informe del grupo especial o del Órgano de

> Apelación, adoptado por el OSD, o en el laudo arbitral dictado con arreglo al [ESD]". Los dos elementos de esta prescripción son de carácter acumulativo. Sólo se autorizan las determinaciones que se hayan formulado recurriendo al ESD *y* que sean coherentes con las constataciones que haya adoptado el OSD o que figuren en un laudo arbitral dictado conforme al ESD.

Aplicando estos cuatro elementos a la determinación específica autorizada por los términos del artículo 304, a saber, a una determinación de incompatibilidad formulada antes de que concluyan los procedimientos del ESD, señalamos, primero, que las partes están de acuerdo en que todas las determinaciones que se hagan conforme al artículo 304 se formularán en asuntos en que los Estados Unidos estén tratando de que se reparen incompatibilidades con las normas de la OMC, en el sentido del primer elemento descrito más arriba. Estamos de acuerdo en ello. Evidentemente, los Estados Unidos, cuando mediante las investigaciones previstas en el artículo 302 y mediante las consultas y los procedimientos de la OMC se ocupan de derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de las normas de la OMC y adoptan conforme al artículo 304 una decisión sobre si se están negando derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de las normas de la OMC, están tratando de que se repare lo que consideran que son incompatibilidades con las normas de la OMC.

Ambas partes están asimismo de acuerdo en que las determinaciones formuladas con arreglo al artículo 304 reúnen el segundo de los cuatro elementos arriba indicados, es decir, que se trate de una determinación en el sentido del párrafo 2 a) del artículo 23. Estamos de acuerdo. Algunas de las definiciones pertinentes que dan los diccionarios del término "determinación", en el contexto del párrafo 2 a) del artículo 23, son las siguientes: "La solución de un litigio o de una controversia por decisión autorizada de un juez o de un árbitro; el arreglo o la decisión a que así se ha llegado; una opinión autorizada [...]; el acto de llegar a una decisión; el resultado de esto; una intención decidida." *(The New Shorter Oxford English Dictionary*, Ed. Brown, L., Clarendon Press, Oxford, volumen 1, página 651.) Sin que sea necesario definir exactamente lo que es una "determinación" en el sentido del párrafo 2 a) del artículo 23, consideramos que una "determinación", dado su sentido corriente, implica un elevado grado de firmeza o de inmutabilidad, es decir, que se trata de una decisión más o menos definitiva adoptada por un Miembro con respecto a la compatibilidad de una medida tomada por otro Miembro con las normas de la OMC.

Dado que el párrafo 2 a) del artículo 23 trata solamente de las "determinaciones" en el caso de que un Miembro esté tratando de que se reparen incompatibilidades con las normas de la OMC, estimamos que la "determinación" sólo puede tener lugar *después* de que un Miembro haya llegado a la conclusión preliminar de que puede haber una incompatibilidad con las normas de la OMC, es decir, solamente cuando el Miembro haya decidido tratar de que se repare tal incompatibilidad. El párrafo 2 a) del artículo 23 no está destinado a abarcar las meras opiniones o pareceres expresados antes de que se llegue a esa fase. En cambio, una vez que un Miembro plantea un asunto con arreglo al ESD, en particular una vez que solicita el establecimiento de un grupo especial, cabe suponer que se ha superado esa fase preliminar y que se ha franqueado el umbral de la "determinación". Confirma tal interpretación del término "determinación" la excepción establecida para la "determinaciones" formuladas "mediante el recurso a la solución de diferencias de conformidad con" el ESD, excepción que autoriza explícitamente la "determinación" implícita al plantear un asunto ante un grupo especial. En todo caso, lo que es decisivo con arreglo al párrafo 2 a) del artículo 23 no es tanto si un acto constituye una "determinación" -a nuestro juicio, un requisito más o menos formal que tiene que ser interpretado en sentido amplio- sino si es compatible con las normas y procedimientos del ESD, cuarto elemento que se analiza más abajo.

Partiendo de esa base, constatamos que las determinaciones formuladas por el USTR conforme al artículo 304 -después de las investigaciones internas, de las consultas y actuaciones en el marco de la OMC, si procede, y, en el caso de las determinaciones de incompatibilidad, automáticamente y como condición *sine qua non* para decidir la adopción de medidas con arreglo al artículo 301- cumplen los requisitos de firmeza e inmutabilidad exigidos de toda "determinación" por el párrafo 2 a) del artículo 23.

En el caso de la determinación concreta que se examina, también se da el tercer elemento indicado en el párrafo 2 a) del artículo 23. Recordamos que esa determinación sería una determinación en el sentido de que se han negado derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de las normas de la OMC, es decir, una determinación "de que se ha producido una infracción, se han anulado o menoscabado ventajas o se ha

obliga al USTR a formular una determinación de incompatibilidad, infringiendo el artículo 23, en todas y cada una de las diferencias concretas que pueden surgir; sus términos simplemente disponen que el USTR tiene la facultad y el derecho de así hacerlo. La cuestión que se plantea aquí es si esto constituye un incumplimiento del segundo tipo de obligaciones impuestas por el artículo 23, a saber, un incumplimiento constituido por la adopción de medidas susceptibles de aplicación general, por ejemplo una ley general.

7.51 Las partes centraron muchos de sus argumentos en el tipo de disposiciones legislativas que se podría constatar que eran incompatibles con las obligaciones dimanantes de las normas de la OMC. Los Estados Unidos afirmaron enérgicamente que sólo una disposición legislativa que *impusiese* una incompatibilidad con las normas de la OMC o que *impidiese* la compatibilidad con las normas de la OMC podía, en cuanto tal, infringir las disposiciones de la OMC. Este argumento constituía el eje mismo de la defensa de los Estados Unidos. De esa interpretación hecha por los Estados Unidos se desprendía que, como el artículo 304 nunca exige que se formule una determinación concreta de incompatibilidad antes de que concluyan los procedimientos del ESD ni, a juicio de los Estados Unidos, impide que los Estados Unidos actúen en todas las circunstancias de forma compatible con las obligaciones que les imponen las normas de la OMC, esa disposición legislativa, en sí misma, no podía infringir el párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD.

7.52 Las CE afirmaron con igual vigor que también ciertos tipos de disposiciones legislativas con arreglo a las cuales no se *exigía* pero se *permitía* un comportamiento incompatible con las normas de la OMC podían incumplir las obligaciones dimanantes de esas normas. Las CE consideraban que el artículo 304 era de tal naturaleza.

7.53 Aunque las comunicaciones de ambas partes se centraron en esta cuestión, creemos que la solución de la diferencia sobre el tipo de disposiciones legislativas que, *en abstracto*, pueden incumplir las obligaciones dimanantes de las normas de la OMC no lleva a la solución del tipo de reclamaciones que se nos ha sometido. A nuestro juicio, el método apropiado en asuntos tales como éste consiste en estudiar cuidadosamente la naturaleza de la obligación dimanante de las normas de la OMC de la que se trata y en evaluar la medida en cuestión teniendo en cuenta ese estudio. Por consiguiente, la cuestión es si, interpretando correctamente la obligación específica dimanante de las normas de la OMC de que se trata, sólo están prohibidas las leyes nacionales imperativas o también las leyes nacionales facultativas. No aceptamos la lógica jurídica según la cual tiene que haber una norma absoluta que abarque toda la legislación nacional. Después de todo, ¿es tan imposible que los juiciosos autores del Acuerdo sobre la OMC creasen algunas obligaciones que hagan ilegal incluso la

---

comprometido el cumplimiento de uno de los objetivos de los acuerdos abarcados", con lo que se cumple el tercer elemento del párrafo 2 a) del artículo 23.

Asimismo se cumple el cuarto elemento del párrafo 2 a) del artículo 23. Recordamos que la determinación concreta que se examina aquí sería una determinación formulada *antes* de la adopción de constataciones por el OSD sobre la cuestión. Por consiguiente, no sería una determinación hecha "mediante el recurso a la solución de diferencias de conformidad con las normas y procedimientos del [ESD]", ni hecha "de forma coherente con las constataciones que figuren en el informe del grupo especial o del Órgano de Apelación, adoptado por el OSD". De hecho, tal determinación formulada *antes* de que concluyeran los procedimientos del ESD no sería necesaria para ninguna de las medidas o procedimientos previstos en el ESD, ni habría de tenerse en cuenta para ninguna de esas medidas o procedimientos, y no se haría referencia a ella en ninguna de esas medidas o procedimientos. Por el contrario, sería una determinación que a primera vista menoscabaría el resultado de los procedimientos del ESD y podría incluso estar en contradicción con ese resultado. Además, ninguna determinación de esa índole podría ser coherente con las constataciones del OSD, puesto que aún no se habría adoptado ninguna de tales constataciones.

En conclusión, si el USTR ejerciera en una diferencia concreta el derecho que le confiere el artículo 304 a formular una determinación de incompatibilidad antes de que concluyan los procedimientos del ESD, ese comportamiento de los Estados Unidos reuniría los cuatro elementos necesarios para que se infringiese el párrafo 2 a) del artículo 23.

legislación facultativa y otras obligaciones que prohíban sólo la legislación imperativa?[658] Por consiguiente, el que el artículo 304 infrinja o no el artículo 23 depende, ante todo y sobre todo, de las obligaciones exactas impuestas por el artículo 23.

7.54 Podemos expresar esta opinión de una forma diferente:

a) incluso si partiésemos de la hipótesis jurídica de que, como argumentan los Estados Unidos, sólo la legislación que *exija* una incompatibilidad con las normas de la OMC o que *impida* la compatibilidad con las normas de la OMC puede infringir las disposiciones de la OMC, y

b) confirmásemos la constatación fáctica que hicimos más arriba, en el párrafo 7.37 c), en el sentido de que el USTR tiene plenas facultades discrecionales para decidir el contenido de la determinación,

seguiríamos sin estar de acuerdo con los Estados Unidos en que la combinación de a) y b) hace *necesariamente* que el artículo 304 sea compatible con el artículo 23, puesto que el artículo 23 puede prohibir disposiciones legislativas que contengan ciertos elementos facultativos y, por consiguiente, el hecho mismo de que en las disposiciones legislativas haya tales facultades discrecionales puede, en efecto, impedir la compatibilidad con las normas de la OMC. En otras palabras, el rechazar, como hemos hecho, la presunción implícita en el argumento de los Estados Unidos de que ninguna disposición de la OMC prohíbe jamás la legislación facultativa no implica que se haya invertido el criterio clásico de la jurisprudencia preexistente de que sólo la legislación que exige una incompatibilidad con las normas de la OMC o que impide la compatibilidad con las normas de la OMC puede, en cuanto tal, infringir las disposiciones de la OMC.[659] De hecho, este es precisamente el criterio que aplicaremos en nuestro análisis. De ese criterio sencillamente no se desprende que, como se ha argumentado a veces, la legislación que conceda facultades discrecionales no pueda nunca infringir las normas de la OMC. Si, por ejemplo, se constata que las obligaciones específicas dimanantes del artículo 23 prohíben cierto tipo de facultades discrecionales legislativas, se debería presumir que la existencia de tales facultades discrecionales en el texto del artículo 304 impediría la compatibilidad con las normas de la OMC.

7.55 ¿Qué resultados da, pues, tal estudio del artículo 23?

7.56 Ya hemos constatado, en relación con las disposiciones del artículo 304, que, cada vez que el USTR cumple su obligación legal de formular una determinación, los términos del artículo le confieren la facultad discrecional y el derecho de formular una determinación de incompatibilidad incluso en los casos en que no ha concluido el procedimiento del ESD.

7.57 A nuestro juicio, el sentido corriente de las disposiciones del artículo 23, incluso interpretadas en abstracto, apoya la posición de que ese aspecto del artículo 304 constituye una infracción *prima facie* de las normas y procedimientos del ESD. Esta interpretación del artículo 23 queda ampliamente confirmada cuando consideramos, como estamos obligados a hacer de conformidad con la

[658] Cabe imaginar, por ejemplo, una disposición legislativa que establezca que todas las importaciones, incluyendo las procedentes de Miembros de la OMC, van a estar sometidas a inspección de aduanas y que la Administración va a tener derecho a aplicar discrecionalmente a todas esas mercancías unos aranceles superiores a los autorizados por la lista de condiciones arancelarias del Miembro de que se trate. El hecho de que, conforme a esa disposición legislativa, la Administración nacional no estuviese obligada a imponer unos aranceles superiores a los que puede imponer con arreglo a las normas de la OMC, ¿exoneraría, en sí y por sí, a la disposición legislativa en cuestión? ¿No dependería tal conclusión de un cuidadoso examen de las obligaciones dimanantes de disposiciones concretas de la OMC, por ejemplo el artículo II del GATT y una lista específica de concesiones?

[659] Véanse los párrafos 4.173 y 7.51 de este Informe.

Convención de Viena, la disposición que sobre la buena fe figura en la regla general de interpretación del artículo 31 de esa Convención y cuando evaluamos los términos del artículo 23, no en abstracto, sino en su contexto y teniendo en cuenta el objeto y el fin del ESD y de la OMC.

4. El párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD interpretado de conformidad con las reglas que sobre la interpretación de los tratados figuran en la Convención de Viena

a) "Un tratado deberá interpretarse […] conforme al sentido ordinario que hayan de atribuirse a los términos del tratado […]"

7.58 Así pues, consideraremos primero el texto bruto del artículo 23.

7.59 El texto del párrafo 1 del artículo 23 es bastante sencillo: los Miembros están obligados generalmente a: a) recurrir a las normas y procedimientos del ESD y b) acatar esas normas y procedimientos. Esas normas y procedimientos incluyen más específicamente, en el párrafo 2 a) del artículo 23, la prohibición de formular una determinación unilateral de incompatibilidad antes de que concluyan los procedimientos del ESD. Por consiguiente, desde el punto de vista del texto, ¿no cabría afirmar que los términos de una disposición legislativa de un Miembro por los que se autorice expresamente a formular una determinación de incompatibilidad antes de que concluyan los procedimientos del ESD están en contradicción con el sentido corriente de las obligaciones que impone a los Miembros el artículo 23?

7.60 En otras palabras, ¿no se puede interpretar el texto bruto de los párrafos 2 a) y 1 del artículo 23 en el sentido de que constituye una promesa mutua de los Miembros de la OMC por la que éstos se dan recíprocamente una garantía, consagrada en una obligación jurídica internacional, de que se abstendrán de cierto comportamiento concreto? ¿No lleva el texto del párrafo 1 del artículo 23, en particular, a pensar que se incumple esa promesa y se compromete esa garantía cuando un Miembro promulga disposiciones legislativas que autorizan explícitamente a hacer lo que prometió no hacer?

7.61 Aceptando esta interpretación, las facultades discrecionales mismas conferidas por el artículo 304, facultades con las que según el argumento de los Estados Unidos se exculpa a esa disposición legislativa, son lo que, a nuestro juicio, crea la presunción de infracción. Los términos de la disposición que confiere al USTR esas facultades discrecionales impiden, a primera vista, que los Estados Unidos cumplan las obligaciones que les incumben en la OMC. En todos y cada uno de los casos en que se formula una determinación cuando todavía no han concluido los procedimientos del ESD, los Miembros que tienen una diferencia con los Estados Unidos serán objeto de una determinación imperativa formulada por el USTR con arreglo a una ley que los coloca explícitamente en el peligro mismo que con el artículo 23 se pretendía evitar.[660]

7.62 Se puede afirmar que ese peligro no puede eliminarse nunca totalmente. Después de todo, incluso los Miembros que no tienen ninguna "legislación mercantil" interna pueden cualquier día decidir infringir las obligaciones que les incumben en la OMC, incluyendo las obligaciones dimanantes del artículo 23.

7.63 A nuestro juicio, cuando un Miembro de la OMC *no* ha promulgado disposiciones legislativas específicas por las que se establezcan procedimientos para dar efectividad a los derechos conferidos por las normas de la OMC, normalmente sólo se puede producir el primer tipo de transgresiones del

[660] Rechazamos la idea de que ese peligro quede eliminado en virtud de las obligaciones internacionales solamente. Incluso en las CE, donde las normas de las CE pueden surtir efecto directamente y, por consiguiente, dar seguridades mucho mayores, los Estados miembros de la CE no quedan dispensados, por ese hecho, de su obligación de poner su legislación nacional en conformidad con las obligaciones transnacionales que les impone, por ejemplo, una directiva de las CE (*Commission v. Belgium*, Case 102/79, [1980], European Court Reports 1473, párrafo 12 del fallo).

artículo 23, es decir, el incumplimiento de la promesa de no formular determinaciones de incompatibilidad antes de que el OSD adopte constataciones en diferencias *concretas*. Ahora bien, ciertos Miembros de la OMC, entre ellos los Estados Unidos y las CE, *han* promulgado disposiciones legislativas para tratar de remediar incompatibilidades con las normas de la OMC. Puede haber muy buenas razones, relacionadas con las normas de la transparencia, la democracia y el imperio de la ley, que expliquen por qué los Miembros pueden desear tener tales disposiciones legislativas. Ahora bien, todo Miembro, cuando promulga disposiciones legislativas, ha de tener cuidado de que esas disposiciones no infrinjan las obligaciones que le incumben en el marco de la OMC. Las disposiciones legislativas, por importantes o positivas que sean, que reservan al Miembro de que se trate el derecho a hacer algo que ha prometido *no* hacer en virtud del párrafo 2 a) del artículo 23 van, a nuestro juicio, contra el sentido corriente del párrafo 2 a) del artículo 23, interpretado junto con el párrafo 1 del artículo 23.

b) "Un tratado deberá interpretarse de buena fe […]"

7.64 Como es sabido, es difícil, o al menos delicado, interpretar, para dirimir diferencias entre terceros, la prescripción de la Convención de Viena de que todo tratado deberá interpretarse de buena fe, en particular a causa de la posible imputación de mala fe a una de las partes. Así pues, preferimos considerar qué interpretación sugiere una "mejor fe" y ocuparnos sólo brevemente de este elemento de interpretación. La aplicación de la prescripción relativa a la buena fe tal vez no lleve a un resultado concluyente, pero nos conduce en la dirección sugerida por nuestro examen del sentido corriente del texto bruto.

7.65 Imaginemos dos agricultores que poseen tierras colindantes y que han tenido muchos altercados porque han entrado, o se afirma que han entrado, sin autorización en las tierras del otro. Hasta ahora, han tratado de tomarse la justicia por su mano y han recurrido a la fuerza y a la amenaza de la fuerza en sus disputas. Naturalmente, la explotación de las tierras cerca de los linderos se resiente, porque los agricultores estiman que ese terreno es peligroso. Los agricultores firman un acuerdo en virtud del cual se comprometen a que en adelante, en cualquier caso en que se afirme que uno de ellos ha entrado sin autorización en las tierras del otro, no tratarán de tomarse la justicia por su mano y recurrirán siempre y exclusivamente a la policía y a los tribunales. Se comprometen expresamente a no recurrir nunca a la fuerza cuando se afirme que se ha entrado sin autorización en las tierras. Después de la entrada en vigor del acuerdo, uno de los agricultores coloca en los límites controvertidos un gran cartel que dice "Prohibida la entrada. Se podrá disparar sin previo aviso contra los infractores".

7.66 Evidentemente, se podría argumentar que, como el cartel no dice que se *disparará* contra los infractores, no se han incumplido las obligaciones asumidas. Pero ¿sería esa la interpretación de buena fe de lo que se prometió? Después de todo, ¿no se prometió que se recurriría *siempre y exclusivamente* a la policía y a los tribunales?

7.67 Análogamente, ¿se hace una interpretación de buena fe si las obligaciones impuestas por el artículo 23 se entienden en el sentido de que permiten que un Miembro que, en virtud de los párrafos 1 y 2 a) del artículo 23, prometió los demás Miembros de la OMC que de forma general, incluso en su legislación, recurriría y se atendría a las normas y procedimientos del ESD, los cuales contienen expresamente un compromiso de no formular una determinación de incompatibilidad antes de que se concluyan los procedimientos del ESD, promulgue disposiciones legislativas cuyos términos confieren explícitamente, *urbi et orbi*, a su poder ejecutivo el derecho a hacer una determinación de incompatibilidad, determinación que prometió no formular? Este Grupo Especial cree que no.

7.68 El requisito de la buena fe establecido en la Convención de Viena hace pensar, pues, que la promesa de recurrir a las normas y procedimientos del ESD y de acatar tales normas y

procedimientos, también la propia legislación, incluye la obligación de abstenerse de promulgar leyes nacionales que amenacen con un comportamiento prohibido.

7.69 No sostenemos que esta interpretación del artículo 23 basada en el texto bruto y en la consideración de la buena fe a la que se hace referencia en el artículo 31 de la Convención de Viena, pero no basada todavía en el objeto y el fin del ESD y de la OMC, sea necesariamente convincente. Sin embargo, a nuestro juicio es una interpretación perfectamente plausible. Aunque rechazamos la interpretación de los Estados Unidos de que la prohibición establecida en el párrafo 2 a) del artículo 23 se refiere exclusivamente a las determinaciones efectivas de incompatibilidad o a las disposiciones legislativas que exijan que se formulen tales determinaciones, no creemos que esa interpretación, basada en el texto bruto solamente, no sea plausible también.

7.70 Sin embargo, cualquier duda que se pudiera abrigar entre esas dos posibles interpretaciones queda disipada cuando se consideran los demás elementos de interpretación que figuran en el artículo 31 de la Convención de Viena. Por razones de presentación y de exposición, nos ocuparemos del objeto y del fin antes de tratar del contexto.

c) "[…] el sentido corriente […] teniendo en cuenta [el] objeto y [el] fin [del tratado]"

7.71 ¿Cuáles son los objetos y los fines del ESD, y de la OMC más en general, que han de tenerse en cuenta para interpretar el artículo 23? Los más pertinentes, en nuestra opinión, son los que se refieren a la creación de unas condiciones de mercado que fomenten la actividad económica individual en los mercados nacionales y en el mercado mundial y el establecimiento de un sistema multilateral de comercio que sea seguro y previsible.

7.72 Conforme a la doctrina del efecto directo, que se ha constatado que existe en particular en el ordenamiento jurídico de las CE pero también en ciertos acuerdos de libre comercio, las obligaciones impuestas a los Estados se interpretan en el sentido de que crean derechos y obligaciones jurídicamente exigibles para los particulares. Ni las normas del GATT ni las normas de la OMC han sido interpretadas hasta la fecha por las instituciones del GATT y de la OMC como un ordenamiento jurídico que surta efectos directos.[661] Con arreglo a este enfoque, el GATT y la OMC *no* han creado un nuevo ordenamiento jurídico que se aplique tanto a las partes contratantes o Miembros como a sus nacionales.

7.73 Sin embargo, sería totalmente erróneo considerar que la posición de los particulares no es de importancia a los efectos del marco jurídico del GATT/OMC. Muchas de las ventajas que se espera que reporte a los Miembros la aceptación de las diversas disciplinas del GATT/OMC dependen de la actividad de los diferentes agentes económicos en los mercados nacionales y en el mercado mundial. La finalidad de muchas de esas disciplinas, y de hecho uno de los objetivos primordiales del

[661] Hacemos esta afirmación como constatación de un hecho, sin emitir juicio alguno al respecto. Señalamos que la cuestión de si hay circunstancias en que las obligaciones impuestas a los Miembros por cualquiera de los Acuerdos de la OMC confieran a los particulares unos derechos que hayan de ser protegidos por los tribunales nacionales continúa siendo una cuestión controvertida, particularmente en lo que se refiere a las obligaciones consiguientes a la conclusión de los procedimientos del ESD en una diferencia concreta (véase Eeckhout, P., *The Domestic Legal Status of the WTO Agreement: Interconnecting Legal Systems, Common Market Law Review, 1997,* página 11; Berkey, J., *The European Court of Justice and Direct Effect for the GATT: A Question Worth Revisiting, European Journal of International Law, 1998,* página 626). El hecho de que las instituciones de la OMC no hayan interpretado hasta la fecha ninguna obligación en el sentido de que surte efectos directos no impide necesariamente que en el ordenamiento jurídico de cualquier Miembro dado, siguiendo sus principios constitucionales internos, se estime que algunas obligaciones confieren derechos a los particulares. Nuestra constatación de hecho no prejuzga ninguna decisión de los tribunales nacionales sobre esta cuestión.

GATT/OMC en su conjunto, es lograr ciertas condiciones de mercado que permitan que florezca esa actividad de los particulares.

7.74 Ya en el primer párrafo del preámbulo del Acuerdo sobre la OMC se declara que los Miembros reconocen:

> "que sus relaciones en la esfera de la actividad comercial y económica deben tender a elevar los niveles de vida, a lograr el pleno empleo y un volumen considerable y en constante aumento de ingresos reales y demanda efectiva y a acrecentar la producción y el comercio de bienes y servicios".[662]

7.75 La seguridad y la previsibilidad del sistema multilateral de comercio son otro de los principales objetos y fines del sistema y pueden contribuir a la consecución de los amplios objetivos del preámbulo. De todas las disciplinas de la OMC, el ESD es uno de los instrumentos más importantes para proteger la seguridad y la previsibilidad del sistema multilateral de comercio y, por conducto de él, la seguridad y la previsibilidad del mercado y de los diferentes empresarios. Así pues, las disposiciones del ESD han de interpretarse en función de ese objeto y de ese fin y de la manera que coadyuve más eficazmente a su consecución. A este respecto nos estamos refiriendo no sólo al preámbulo sino también a las disposiciones de derecho positivo que figuran en el propio ESD. El párrafo 2 del artículo 3 del ESD dispone lo siguiente:

> "El sistema de solución de diferencias de la OMC es un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio. Los Miembros reconocen que ese sistema sirve para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados […]".[663]

---

[662] Véanse también unos textos similares en los segundos párrafos de los preámbulos del GATT de 1947 y del AGCS. En el Acuerdo sobre los ADPIC se hace referencia aún más explícitamente a los intereses de los diferentes empresarios, al obligar a los Miembros de la OMC a proteger los derechos de propiedad intelectual de los nacionales de todos los demás Miembros de la OMC. La creación de unas condiciones de mercado que permitan la expansión de las actividades de los agentes económicos se refleja también en los objetivos de muchos Acuerdos de la OMC, por ejemplo en los principios de no discriminación enunciados en el GATT, en el AGCS y en el Acuerdo sobre los ADPIC, así como en las disposiciones que sobre el acceso a los mercados figuran tanto en el GATT como en el AGCS.

[663] La importancia de la seguridad y de la previsibilidad como objeto y fin de la OMC ha sido reconocida también en muchos informes de grupos especiales y del Órgano de Apelación. Véase el informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Japón - Bebidas alcohólicas*, *op. cit.*, página 37 ("Las normas de la OMC son fiables, comprensibles y exigibles. Esas normas no son tan rígidas ni inflexibles que no permitan juicios razonados para hacer frente al interminable y siempre cambiante flujo y reflujo de los hechos reales, en casos reales, en el mundo real. Servirán mejor al sistema de comercio multilateral si se interpretan con ese espíritu. De ese modo, conseguiremos la 'seguridad y previsibilidad' que buscaban para el sistema de comercio multilateral los Miembros de la OMC al establecer el sistema de solución de diferencias."). También se ha hecho referencia a ello en el Acuerdo sobre los ADPIC. En el informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *India - Patentes (EE.UU.)*, *op. cit.*, se constató, en el párrafo 58, que "el apartado a) del párrafo 8 del artículo 70 obliga a la India a establecer un mecanismo legal para la presentación de solicitudes anticipadas que constituya *un sólido fundamento legal* para preservar la novedad de las invenciones y la prioridad de las solicitudes desde las fechas de presentación y prioridad pertinentes" (se han añadido las cursivas). Véanse también el informe del Grupo Especial de la OMC sobre el asunto *Argentina - Textiles y prendas de vestir (EE.UU.)*, *op. cit.*, párrafo 6.29, y los informes de los Grupos Especiales del GATT que examinaron los asuntos *Estados Unidos - Cláusula de edición*, adoptado el 15 y el 16 de mayo de 1984, IBDD 31S/82, párrafo 39; *Japón - Medidas aplicadas a las importaciones de cuero* ("*Japón - Cuero*"), adoptado el 15 y el 16 de mayo de 1984, IBDD 31S/104, párrafo 55; *CEE - Importaciones de papel prensa*, adoptado el 20 de noviembre de 1984, IBDD 31S/128, párrafo 52, y *Noruega - Restricciones a las importaciones de manzanas y peras*, adoptado el 22 de junio de 1989, IBDD 36S/358, párrafo 5.6.

7.76 La seguridad y la previsibilidad en cuestión son del "sistema multilateral de comercio". El sistema multilateral de comercio está compuesto, por fuerza, no sólo de Estados sino también, y de hecho en su mayor parte, de empresarios. La falta de seguridad y de previsibilidad afecta sobre todo a esos empresarios.

7.77 El comercio está, en la mayoría de los casos y cada vez más, en manos de empresarios privados. Los Miembros se benefician de las disciplinas de la OMC mediante el mejoramiento de las condiciones en que operan esos empresarios privados. La denegación de ventajas a un Miembro como consecuencia de una infracción es muchas veces indirecta y es resultado de las repercusiones de la infracción sobre el mercado y sobre las actividades de los particulares dentro del mercado. En los propios artículos 301 a 310 se reconoce ese nexo. Uno de los principales factores que han llevado a los Estados Unidos a reivindicar los derechos que les corresponden en virtud de los acuerdos abarcados son las repercusiones que las pretendidas infracciones han tenido sobre las diferentes empresas, así como las reclamaciones presentadas por las empresas.

7.78 Por consiguiente, en el ordenamiento jurídico del GATT/OMC puede resultar conveniente hablar, no del principio del efecto directo, sino del principio del efecto indirecto.

7.79 Aparte de ese término, adoptado por razones de conveniencia, no hay nada nuevo ni radical en nuestro análisis. Ya hemos visto que ese término está arraigado en el lenguaje de la propia OMC. Asimismo representa la ortodoxia del GATT/OMC, confirmada de diversos modos en el curso de los años, incluso en los informes de grupos especiales y del Órgano de Apelación, así como en la práctica de los Miembros.

7.80 Consideremos, primero, la obligación general que tienen los Miembros en lo que se refiere a su legislación interna. Con arreglo al derecho internacional público tradicional, los Estados no pueden invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.[664] Igualmente, sin embargo, con arreglo al derecho internacional público, las disposiciones legislativas que posteriormente podrían llevar a una infracción o incluso constituirían una infracción no hacen normalmente, por sí solas, que el Estado incurra en responsabilidad. Si, por ejemplo, un Estado se compromete a no expropiar bienes de ciudadanos extranjeros sin la debida indemnización, normalmente ese Estado no incurriría en responsabilidad hasta el momento en que de hecho se hubieran expropiado bienes extranjeros en un caso concreto. Y sin embargo, incluso en el GATT, antes de que entrase en vigor el párrafo 4 del artículo XVI del Acuerdo sobre la OMC, en el que se hace referencia expresa a medidas de carácter general, se consideraba que podían constituir una infracción las disposiciones legislativas en cuanto tales, independientemente de su aplicación en casos concretos. Así lo confirman numerosos informes adoptados de grupos especiales del GATT, y en ello convinieron también ambas partes en esta diferencia. Siendo así, ¿por qué se constató que unas disposiciones legislativas eran incompatibles con las normas del GATT? Si no está en cuestión ninguna aplicación concreta -si, por ejemplo, no se ha incurrido todavía en ninguna discriminación concreta-, ¿qué es lo que constituye la infracción?

7.81 Las repercusiones indirectas sobre los particulares son, indudablemente, una de las principales razones. En los tratados que conciernen solamente a las relaciones entre Estados, los Estados únicamente incurren en responsabilidad cuando se ha producido efectivamente una infracción. En cambio, en el caso de un tratado cuyas ventajas dependen en parte de la actividad de los empresarios, se puede interpretar que las propias disposiciones legislativas constituyen una infracción, puesto que la mera existencia de esas disposiciones puede tener un efecto paralizador apreciable sobre las actividades económicas de los particulares.

[664] Véase el artículo 27 de la Convención de Viena.

7.82 Así, por ejemplo, a primera vista no parecería que el párrafo 2 del artículo III del GATT de 1947 prohibiese las disposiciones legislativas independientemente de su aplicación a productos concretos. Sin embargo, teniendo en cuenta el objeto y el fin del GATT, en la jurisprudencia del GATT se interpretó ese párrafo como una promesa de las partes contratantes en el sentido, no sólo de que se abstendrían de aplicar efectivamente impuestos discriminatorios, sino también de que no promulgarían disposiciones legislativas a tal efecto.

7.83 Se conviene en general en que las leyes internas por las que se gravasen con impuestos discriminatorios productos importados infringirían el artículo III, en sí mismas, independientemente de que se probase que se ha incurrido efectivamente en discriminación en un caso concreto.[665] Además, algunos grupos especiales del GATT reconocieron que una ley interna por la que se expusieran a discriminación en el futuro productos importados constituía, en sí misma, una transgresión del artículo III, incluso antes de que esa ley entrase en vigor.[666] Finalmente, y ello es más significativo, incluso cuando, con arreglo a la legislación nacional, no había ninguna certeza sino sólo un riesgo de que la disposición legislativa en cuestión fuese discriminatoria, ciertos grupos especiales del GATT constataron que esa disposición incumplía la obligación impuesta por el artículo III.[667] El Grupo Especial de la OMC que estudió el asunto *Argentina - Textiles y prendas de vestir* (*EE.UU.*) adoptó un planteamiento similar con respecto al artículo II del GATT de 1994 cuando constató que el cambio mismo del sistema, al pasar de derechos *ad valorem* a derechos específicos, infringía la consolidación de los aranceles *ad valorem* de la Argentina, aun cuando tal cambio sólo creó la

[665] El criterio decisivo a ese respecto es si una medida de aplicación general ha hecho, en cuanto tal, que cambien las oportunidades relativas de competir, en detrimento de los productos importados y a favor de los productos nacionales.

[666] En el informe del Grupo Especial que examinó el asunto *Estados Unidos - Superfund* (*op. cit.*, párrafos 5.2.1 y 5.2.2), se constató que ciertas disposiciones legislativas fiscales, en cuanto tales, incumplían obligaciones dimanantes del GATT aunque esas disposiciones no habían entrado en vigor todavía. Véase también el informe del Grupo Especial que estudió el asunto *Estados Unidos - Bebidas derivadas de la malta* (*op. cit.*, párrafos 5.39, 5.57, 5.60 y 5.69), asunto en el que, por ejemplo, las disposiciones legislativas por las que se imponía la discriminación fiscal no estaban siendo aplicadas por las autoridades.

[667] Véase el informe del Grupo Especial que estudió el asunto *Estados Unidos - Tabaco*, *op. cit.*, párrafo 96:

> "El Grupo Especial observó que un grupo especial del GATT había reconocido que el mero hecho de que una reglamentación interior expusiera a los productos importados al peligro de discriminación constituía en sí mismo una forma de discriminación, y por ello un supuesto de trato menos favorable en el sentido del artículo III. El Grupo Especial hizo suyo el análisis del peligro de discriminación realizado por ese grupo especial anterior".

En una nota de pie de página a ese párrafo se hace referencia al informe del Grupo Especial que estudió el asunto CEE - *Primas y subvenciones abonadas a los elaboradores y a los productores de semillas oleaginosas y proteínas conexas destinadas a la alimentación animal*, adoptado el 25 de enero de 1990 IBDD 37S/93, cuyo párrafo 141 dice lo siguiente:

> "Después de haber hecho esta constatación, el Grupo Especial examinó si es compatible con las disposiciones del artículo III.4 un reglamento de compra que no discrimina necesariamente en contra de las importaciones pero que puede hacerlo. El Grupo observó que la exposición de un determinado producto de importación al peligro de discriminación constituye en sí misma una forma de discriminación. El Grupo llegó pues a la conclusión de que debe considerarse que los reglamentos de compra que crean tal peligro conceden un trato menos favorable, en el sentido de las disposiciones del artículo III.4. Por esos motivos, el Grupo Especial constató que los pagos realizados a los elaboradores comunitarios de semillas oleaginosas son incompatibles con lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo III".

posibilidad de que, según cuál fuera el precio del producto importado, se rebasara el arancel consolidado.[668]

7.84 La justificación, en todos los tipos de asuntos, ha sido siempre el efecto negativo que tales leyes internas tienen sobre los operadores económicos. Los particulares sencillamente cambiarían las modalidades de su comercio -por ejemplo, comprando productos nacionales en vez de productos de importación- a fin de evitar los posibles impuestos anunciados en la legislación o incluso el mero riesgo de una imposición discriminatoria. Se constató que tal riesgo o amenaza, cuando era real, afectaba a las oportunidades relativas de competir entre los productos importados y los productos nacionales, porque, por sí solo, podía hacer que el consumo se desplazase de los productos importados a los productos nacionales. Ese desplazamiento se debería, por ejemplo, al aumento del costo de los productos importados y a las repercusiones negativas sobre la planificación económica y las inversiones en detrimento de esos productos. Esta justificación se expuso en el asunto *Superfund* como sigue:

> "dar a las partes contratantes seguridades acerca de las relaciones de competencia entre sus productos y los de las demás partes contratantes. La finalidad de estos dos artículos [los artículos III y XI del GATT] es, no sólo proteger el comercio actual, sino además crear la previsibilidad necesaria para planear el comercio futuro".[669]

Al así hacerlo, el Grupo Especial que estudió el asunto *Superfund* se remitió al razonamiento seguido en el asunto *Medidas aplicadas por el Japón a las importaciones de cuero*. En ese asunto, el Grupo Especial constató que un contingente de importación constituía una transgresión del artículo XI del GATT aunque no se había utilizado el contingente. El Grupo Especial basó su constatación en las siguientes razones:

> "la existencia de una restricción cuantitativa constituía una presunción de anulación o menoscabo, no sólo por el efecto que pudiese haber tenido sobre el volumen del comercio, sino también por otras razones; por ejemplo, podía conducir a un aumento

---

[668] *Op. cit.*, párrafos 6.45 a 6.47, en particular párrafo 6.46: "En la diferencia actual consideramos que la relación de competencia entre las partes fue modificada unilateralmente por la Argentina porque su medida obligatoria evidentemente tenía *la potencialidad de violar sus consolidaciones, socavando así la seguridad y previsibilidad del sistema de la OMC*" (se han añadido las cursivas). Así lo confirmó el Órgano de Apelación (*op. cit.*, párrafo 53):

> "Teniendo presente ese análisis, podemos establecer la generalización de que, en virtud del sistema argentino, cuando la cuantía del DIEM [un régimen de derechos de importación específicos mínimos] se determina aplicando un tipo del 35 por ciento, o un tipo menor del 35 por ciento, al precio internacional representativo, existe la posibilidad de que haya un precio suficientemente bajo como para determinar un equivalente *ad valorem* del DIEM mayor del 35 por ciento. En otras palabras, la estructura y el diseño del sistema argentino es tal que respecto de cualquier DIEM, e independientemente de qué tipo *ad valorem* se utilice como multiplicador del precio internacional representativo, existe la posibilidad de que haya un 'precio de equilibrio' (*break-even price*) por debajo del cual el equivalente *ad valorem* del derecho arancelario recaudado excede del tipo *ad valorem* consolidado del 35 por ciento".

Basándose en ello, el Órgano de Apelación constató que la aplicación de un tipo de derecho diferente del tipo previsto en el arancel de aduanas de un Miembro es incompatible con la primera frase del párrafo 1 b) del artículo II del GATT de 1994. A este respecto, véase también el informe del Grupo Especial que estudió el asunto *Estados Unidos - Pautas para la gasolina reformulada y convencional*, adoptado el 20 de mayo de 1996, WT/DS2/R, párrafo 6.10.

[669] *Op. cit.*, párrafo 5.2.2.

> de los costes de la transacción y provocar incertidumbres susceptibles de afectar a los planes de inversión".[670]

7.85 En este sentido, el párrafo 2 del artículo III no sólo es una promesa de no discriminar en un caso concreto sino que también tiene por finalidad dar al mercado y a los empresarios que operan en él ciertas garantías de que no se crearán impuestos discriminatorios. Por las razones indicadas más arriba, cualquier ambivalencia de la jurisprudencia de los grupos especiales del GATT sobre si un riesgo de discriminación puede constituir una infracción debe, a nuestro juicio, resolverse a favor de nuestra interpretación.[671]

7.86 Análogamente, el artículo 23 también ha de interpretarse en función de esos principios, que reflejan el objeto principal y el fin de la OMC. Si se considera una relación estricta de Miembro a Miembro, puede ser plausible insistir en que las obligaciones impuestas por el artículo 23 no se aplican a las disposiciones legislativas que amenazan con determinaciones unilaterales pero que de hecho no exigen que se formulen tales determinaciones. En cambio, no es plausible entender de esa forma el artículo 23 si se interpreta éste teniendo en cuenta el efecto indirecto que tal disposición tiene sobre las personas y sobre el mercado, cuya protección es uno de los principales objetos y fines de la OMC.

7.87 Indudablemente, en los asuntos a que se ha hecho referencia más arriba, la posibilidad de que el riesgo se materializase dependía de ciertos factores relacionados con el mercado, tales como las fluctuaciones de los precios de referencia en los que, en virtud de la legislación interna, se basaba la tributación del producto importado. En este asunto, la materialización del riesgo depende de la decisión de un organismo público. Ahora bien, desde el punto de vista de los distintos agentes económicos, esto importa poco. De hecho, puede ser más difícil prever el resultado de medidas gubernamentales discrecionales que prever las condiciones del mercado, con lo que se exacerban las repercusiones económicas negativas del tipo de disposiciones legislativas internas que se examinan aquí.

---

[670] Informe del Grupo Especial sobre el asunto *Japón - Cuero*, *op. cit.*, párrafo 55. A este respecto, véase también el informe del Grupo Especial que estudio el asunto *Estados Unidos - Bebidas derivadas de la malta* (*op. cit.*, párrafo 5.60), en el que se constató que ciertas disposiciones legislativas constituían una infracción del GATT, aunque no estaban siendo aplicadas coercitivamente, por la siguiente razón:

> "Aun en el caso de que Massachusetts no utilice en la actualidad sus facultades policiales para hacer respetar esta legislación obligatoria, *la medida sigue siendo legislación obligatoria que puede influir en las decisiones de los agentes económicos*. Por tanto, la no aplicación de una legislación obligatoria respecto de los productos importados no garantiza que la cerveza y el vino importados no reciban un trato menos favorable que el otorgado a los productos similares de origen nacional a los que la ley no se aplica." (Se han añadido las cursivas.)

[671] En consecuencia, no consideramos que las afirmaciones generales hechas por ciertos grupos especiales del GATT sean correctas con respecto a todas las obligaciones dimanantes de las normas de la OMC y en todas las circunstancias; cabe citar, por ejemplo, la afirmación hecha en el informe del Grupo Especial que estudió el asunto *CEE - Piezas y componentes* (*op. cit.*, párrafo 5.25) en el sentido de que "Conforme a las disposiciones del [GATT] que, según alega el Japón, han sido infringidas por la CEE, las partes contratantes tienen que abstenerse de adoptar ciertas medidas, pero esas disposiciones no establecen la obligación de abstenerse de adoptar disposiciones legislativas en cuya virtud las autoridades ejecutivas pueden imponer esas medidas", así como la afirmación hecha en el informe del Grupo Especial que estudió el asunto *Tailandia - Cigarrillos* (*op. cit.*, párrafo 84) en el sentido de que "la legislación que daba meramente a las autoridades ejecutivas la posibilidad de adoptar medidas incompatibles con el párrafo 2 del artículo III [del GATT] no constituía en sí una infracción de ese párrafo". Con respecto a esta ambivalencia de la jurisprudencia del GATT, véase Chua, A., *Precedent and Principles of WTO Panel Jurisprudence*, *Berkeley Journal of International Law*, 1998, página 171 y, en particular, página 193.

7.88 Cuando un Miembro impone medidas unilaterales infringiendo el artículo 23 en una diferencia concreta, se inflige un perjuicio grave tanto a otros Miembros como al mercado. Sin embargo, a nuestro juicio la posibilidad de causar un perjuicio no se limita al supuesto de que se siga un determinado comportamiento en casos concretos. Una ley por la que se reserve el derecho a adoptar medidas unilaterales en contra de las normas y procedimientos del ESD puede constituir, como ocurre aquí, una amenaza permanente y producir un efecto paralizador que inflija un perjuicio grave de diversas formas.

7.89 Primero, se pueden causar daños directamente a otro Miembro. Los Miembros que se enfrentan a la amenaza de una acción unilateral, especialmente cuando ésta procede de un Miembro económicamente poderoso, pueden en efecto verse forzados a ceder a las exigencias del Miembro que ejerce la amenaza, incluso antes de que se hayan activado los procedimientos del ESD. En otras palabras, la mera amenaza de recurrir a la fuerza es, en muchos casos, un medio tan eficaz de conseguir los propios designios como la utilización efectiva de la fuerza. La mera amenaza de un comportamiento prohibido por las normas de la OMC permitiría al Miembro que blandiese esa amenaza ejercer una presión indebida sobre otros Miembros. Alteraría la estabilidad y el equilibrio mismos que se pretendía fomentar y en consecuencia alcanzar con el mecanismo de solución multilateral de diferencias, a saber, una protección igual tanto de los Miembros grandes como de los pequeños y tanto de los Miembros poderosos como de los menos poderosos, mediante la aplicación invariable de un conjunto de normas y procedimientos.[672]

7.90 Segundo, se pueden causar daños al propio mercado. El mero hecho de haber promulgado disposiciones legislativas cuyos términos permiten un comportamiento que está prohibido por las normas de la OMC -a saber, la imposición de medidas unilaterales contra otros Miembros con los que se tenga una diferencia comercial- puede, por sí solo, llevar a los empresarios a cambiar su comportamiento comercial de forma tal que se distorsione el comercio. Los empresarios pueden no atreverse a, por ejemplo, seguir comerciando o invirtiendo en las ramas de actividad o en los productos amenazados por las medidas unilaterales. El comercio ya existente puede también verse distorsionado porque los empresarios pueden juzgar necesario protegerse en mayor medida con seguros a fin de defenderse contra la posibilidad ilegal prevista en la disposición legislativa en cuestión, con lo que se reducen las oportunidades relativas de competir que tienen sus productos en el mercado. Otros empresarios pueden verse totalmente disuadidos de comerciar con ese Miembro, distorsionando así el comercio potencial. El perjuicio que esto causa al mercado puede de hecho aumentar cuando la legislación nacional faculta a los diferentes empresarios para desencadenar una acción estatal unilateral, como es el caso en los Estados Unidos, donde los empresarios pueden pedir al USTR que inicie una investigación de conformidad con los artículos 301 a 310. Esto, en sí mismo, no es ilegal. Ahora bien, la capacidad conferida a los empresarios para amenazar a sus competidores extranjeros con la iniciación de un procedimiento oficial que incluye la posibilidad de adoptar medidas unilaterales ilegales es otra cuestión. Esa capacidad puede afectar a la relación económica competitiva de las empresas y negar ciertas ventajas comerciales de las que de otro modo disfrutarían los competidores extranjeros. La amenaza de adopción de medidas unilaterales puede ser tan perjudicial para el mercado como las propias medidas.

7.91 En conclusión, en la jurisprudencia del GATT se constató que el riesgo de discriminación constituía una infracción del artículo III del GATT, a causa del efecto paralizador que tenía sobre los empresarios. El riesgo de una determinación unilateral de incompatibilidad, riesgo que se desprende de los términos del propio artículo 304, tiene un efecto paralizador igualmente evidente tanto sobre los Miembros como sobre el mercado, incluso si no es totalmente seguro que se formule tal determinación. La cuestión es que ni los demás Miembros ni, en especial, los particulares pueden estar razonablemente seguros de que no se formulará esa determinación. Así como los Estados que

[672] A este respecto, véanse en la sección V de nuestro informe las declaraciones hechas por los terceros en esta diferencia.

forman parte del orden jurídico internacional pueden abrigar la expectativa de que los signatarios de tratados cumplirán de buena fe las obligaciones convencionales que han contraído para con ellos, no se puede decir lo mismo de los particulares.

7.92 Es una utilización prudente del método teleológico optar por la interpretación del artículo 23 del ESD que proporciona esa certidumbre y elimina los efectos paralizadores indeseables que son contrarios al objeto y al fin del Acuerdo sobre la OMC.

d) "[…] en el contexto de éstos [los términos del tratado] […]"

7.93 La interpretación de una obligación dimanante de las normas de la OMC en el sentido de que prohíbe una ley interna que "meramente" expone a los Miembros y a los diferentes empresarios al riesgo de una medida incompatible con las normas de la OMC no es una interpretación que deba hacerse a la ligera. Depende de la obligación específica dimanante de la OMC de que se trate, de la medida en cuestión y de las circunstancias específicas de cada caso. Sin embargo, nos reafirman en nuestra opinión de que el artículo 23 impone tal obligación no sólo consideraciones relativas al texto y consideraciones teleológicas, sino también consideraciones sistémicas, a saber, el contexto del artículo 23 y el ESD en el conjunto del sistema de la OMC.[673]

7.94 El sistema de solución de diferencias de la OMC, más eficaz y casi automático, ha sido considerado frecuentemente como uno de los cambios fundamentales introducidos por los acuerdos de la Ronda Uruguay y como una de las principales realizaciones de los acuerdos. Por esa razón, las obligaciones impuestas por el artículo 23 a las personas y al mercado son particularmente importantes, dado que repercuten en todas las obligaciones sustantivas dimanantes de las normas de la OMC. Si los empresarios no pueden confiar en la integridad del sistema de solución de diferencias de la OMC y temen que se adopten medidas unilaterales al margen de las garantías y de las disciplinas que el ESD asegura, también se socavará su confianza en todas y cada una de las disciplinas sustantivas del sistema. Ello hará que aumenten en consecuencia los perjuicios causados a todo el sistema y que se denieguen más ventajas. A nuestro juicio, las seguridades así dadas por el ESD pueden ser aún más importantes que las proporcionadas por las disposiciones sustantivas de la OMC. Por esa razón cobra aún más importancia la preservación de las garantías específicas establecidas en el artículo 23, dadas las repercusiones que pueden tener sobre todos los derechos y obligaciones substantivos dimanantes de las normas de la OMC.

5. Conclusión preliminar después del examen de los términos del artículo 304 por el Grupo Especial

7.95 Así pues, nuestra interpretación del texto del párrafo 2 a) del artículo 23 queda confirmada cuando se tienen en cuenta también los demás elementos a los que se hace referencia en el artículo 31 de la Convención de Viena.[674] Conforme a esa interpretación, la obligación de los Miembros, impuesta por el artículo 23, de recurrir a las normas y procedimientos del ESD, que deberán acatar, y

[673] Comprendemos que siempre existirá la posibilidad de que un Miembro incumpla las obligaciones que le impone el párrafo 2 a) del artículo 23. A ese respecto, nunca se podrán dar plenas garantías. Sin embargo, se debe distinguir entre, por una parte, las posibilidades remotas de que se incumplan obligaciones, es decir, los riesgos normales que han de aceptarse en todas las relaciones comerciales, y, por otra, los riesgos o amenazas explícitos creados por una disposición legislativa, es decir, los casos en que un Miembro hace saber a todos sus interlocutores comerciales que pueden verse sometidos a un procedimiento interno en el cual se reserva el derecho a infringir obligaciones impuestas por la OMC.

[674] Como el examen de los elementos a los que se refiere el artículo 31 no deja "ambiguo u oscuro" el sentido del párrafo 2 a) del artículo 23 ni conduce a un resultado "manifiestamente absurdo o irrazonable" en el sentido del artículo 32 de la Convención de Viena, no necesitamos evaluar los medios de interpretación complementarios a los que se refiere el artículo 32.

de abstenerse de formular determinaciones unilaterales de incompatibilidad tiene por finalidad garantizar a los Miembros, así como al mercado y a quienes operan en él, que no se formulará ninguna determinación de esa índole con respecto a los derechos y obligaciones dimanantes de las normas de la OMC.

7.96 En consecuencia, hay que presumir que los términos del artículo 304 -al obligar a formular una determinación *antes* de que el OSD adopte constataciones y al reservar por ley el derecho a que esa determinación sea una determinación de incompatibilidad- son incompatibles con las obligaciones impuestas por el párrafo 2 a) del artículo 23. Las facultades discrecionales conferidas al USTR para formular una formulación de incompatibilidad crean un riesgo y una amenaza reales, tanto para los Miembros como para los diferentes empresarios, de que se impongan determinaciones prohibidas por el párrafo 2 a) del artículo 23. Las facultades discrecionales del USTR de formular efectivamente tales determinaciones eliminan la garantía que el artículo 23 pretende dar no sólo a los Miembros sino indirectamente también a los particulares y al mercado. A este respecto, las facultades discrecionales conferidas al USTR por el artículo 304 no aseguran, como argumentan los Estados Unidos, la compatibilidad del artículo 304. Por el contrario, constituyen el elemento central de la incompatibilidad *prima facie* de los términos del artículo 304.

7.97 En consecuencia, con arreglo a nuestro examen del texto, del contexto y del objeto y el fin del párrafo 2 a) del artículo 23, constatamos, al menos *prima facie*, que los términos del artículo 304 impiden cumplir lo dispuesto en el párrafo 2 a) del artículo 23. Eso se debe a la naturaleza de las obligaciones impuestas por el artículo 23. Conforme al artículo 23, los Estados Unidos prometieron recurrir a las normas y procedimientos del ESD, acatar esas normas y procedimientos y, específicamente, no recurrir a las medidas unilaterales a las que se refiere el párrafo 2 a) del artículo 23. Ahora bien, en el artículo 304 los Estados Unidos se reservan, por ley, el derecho a hacerlo. Por ello, a nuestro juicio, los términos del artículo 304 constituyen una infracción *prima facie* del párrafo 2 a) del artículo 23.[675]

6. Elementos no legislativos del artículo 304

a) Introducción y resumen del análisis del Grupo Especial

7.98 En el análisis que antecede hemos hecho referencia deliberadamente a los "términos" del artículo 304 y de forma análoga hemos concluido deliberadamente que esos términos crean una infracción *prima facie*. No hemos llegado a la conclusión de que se haya confirmado la existencia de una infracción. Ello se debe a la naturaleza especial de la Medida en cuestión. La Medida en cuestión incluye tanto los términos de los artículos como otros elementos institucionales y administrativos.[676] Para evaluar la conformidad global con las normas de la OMC, tenemos que evaluar juntos todos esos elementos.

[675] Deseamos subrayar de nuevo que esta constatación no exige que se invierta totalmente la anterior jurisprudencia del GATT y de la OMC sobre la legislación imperativa y la legislación facultativa. El criterio clásico con arreglo a la jurisprudencia anterior era que solamente las disposiciones legislativas que *exigían* una incompatibilidad con las normas de la OMC o que *impedían* la compatibilidad con las normas de la OMC podían, en cuanto tales, infringir las disposiciones de la OMC (véanse los párrafos 4.173 y siguientes y 7.51 de este Informe). La metodología que adoptamos consistía en examinar primero atentamente la disposición en cuestión de la OMC y la obligación que esa disposición imponía a los Miembros. A nuestro juicio, no se podía presumir que la OMC no prohibiera nunca las disposiciones legislativas con arreglo a las cuales una Administración nacional disfrutase de ciertas facultades discrecionales. Si, después de tal examen, se constatase que ciertas facultades discrecionales eran de hecho incompatibles con una obligación dimanante de las normas de la OMC, la disposición legislativa que concedía tales facultades discrecionales no superaría, en principio, la prueba clásica: impediría la compatibilidad con las normas de la OMC.

[676] Véanse los párrafos 7.25 a 7.28 de este informe.

7.99 En consecuencia, aunque hemos constatado más arriba que los términos del artículo 304 crean una infracción *prima facie* del párrafo 2 a) del artículo 23, esto no establece, por sí solo, que los Estados Unidos hayan cometido una infracción. En el artículo 304 hay más que esos términos. Por consiguiente, tenemos que examinar las repercusiones de los demás elementos sobre la conformidad global de la Medida en cuestión con las disposiciones pertinentes de la OMC.

7.100 Para hacerlo, debemos recordar ante todo la naturaleza de la infracción *prima facie* creada por los términos del artículo. La infracción *prima facie* se debe a la posibilidad de que, con arreglo al artículo, el USTR formule una determinación de incompatibilidad que anule las seguridades a que, conforme al artículo 23, tienen derecho los países que junto con los Estados Unidos son Miembros de la OMC y los particulares que operan en el mercado.

7.101 Cabe imaginar diferentes formas de eliminar la infracción *prima facie*. Si, por ejemplo, se modificasen los propios términos del artículo para que el USTR no estuviera obligado a formular una determinación dentro del plazo de 18 meses, sino que pudiera, por ejemplo, esperar para hacer cualquier determinación a que se hubieran concluido los procedimientos del ESD, permanecería intacta la garantía que se pretendía dar con el artículo 23 y no existiría la incompatibilidad *prima facie*.[677] Análogamente, si mediante la modificación de los términos del artículo se limitasen las facultades discrecionales del USTR de formular una determinación de incompatibilidad antes de que concluyesen los procedimientos del ESD, tampoco existiría la incompatibilidad *prima facie*.

7.102 La modificación del artículo no es la única forma de eliminar la incompatibilidad *prima facie*. Si se limitase legalmente de otra manera la posibilidad de que el USTR formule una determinación de incompatibilidad antes de que concluyan los procedimientos del ESD, se conseguiría el mismo efecto jurídico. La obligación de los Miembros de poner su legislación en conformidad con las obligaciones dimanantes de las normas de la OMC es una característica fundamental del sistema y, pese a que afecta al ordenamiento jurídico interno de los Estados, tiene que cumplirse rigurosamente. Al mismo tiempo, el cumplimiento coercitivo de esa obligación ha de hacerse con la menor injerencia posible. Se debe dar al Miembro interesado la máxima autonomía para lograr tal conformidad y, si hay más de un medio legal de hacerlo, se le debe dejar en libertad de elegir el que más le acomode.

7.103 Es importante que el elemento facultativo que pueda llevar a una infracción tiene que ser limitado *legalmente*, puesto que, como se constata en la jurisprudencia de la OMC, la conformidad con las obligaciones dimanantes de las normas de la OMC no puede obtenerse mediante una promesa administrativa de hacer caso omiso de la propia legislación interna vinculante, es decir, mediante un compromiso administrativo de actuar ilegalmente.[678]

7.104 Por las siguientes razones, constatamos que la infracción *prima facie* ha sido suprimida legalmente de hecho en este asunto y ya no existe.

7.105 La Ley de Comercio Exterior en general y los artículos 301 a 310 en particular forman parte de la legislación estadounidense que abarca la amplia gama de relaciones comerciales de los Estados Unidos, incluyendo las relaciones con los Estados que no son miembros de la OMC y las relaciones con los Miembros de la OMC a las que no se aplican las obligaciones dimanantes de las normas de la OMC.

---

[677] Sin embargo, a este respecto los términos del artículo son concluyentes, por cuanto, como hemos constatado en el apartado a) del párrafo 7.28, el USTR está obligado a formular una determinación dentro del plazo de 18 meses establecido en el artículo 304.

[678] Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *India - Patentes (EE.UU.), op. cit.*, párrafos 69 a 71.

7.106 Los términos del artículo 304 confieren al USTR las amplias facultades discrecionales que hemos expuesto más arriba en lo que se refiere a la totalidad de las relaciones comerciales de los Estados Unidos, de las que sólo parte están sometidas a las obligaciones dimanantes de las normas de la OMC. Dentro de las facultades discrecionales conferidas, los términos del artículo dejan al USTR en libertad de aplicar las disposiciones de la Ley de Comercio Exterior que se refieren a la totalidad de las relaciones comerciales de los Estados Unidos de manera coherente con los intereses y las obligaciones de los Estados Unidos. Los intereses y las obligaciones pueden ser diferentes de un grupo de Estados a otro.

7.107 Constatamos, como cuestión de hecho, que está dentro de las amplias facultades discrecionales conferidas a la Administración de los Estados Unidos, particularmente en lo que se refiere al contenido de las determinaciones formuladas con arreglo al artículo 304, la facultad de establecer legalmente diferentes regímenes para la aplicación del artículo 304, según que se refieran o no a situaciones abarcadas por las normas de la OMC.

7.108 La redacción del artículo 304 permite tener en cuenta la existencia de procedimientos multilaterales de solución de diferencias.[679] También permite que las determinaciones de incompatibilidad se aplacen hasta que hayan concluido los procedimientos del ESD.[680] Esa redacción permite indudablemente que la Administración limite las facultades discrecionales del USTR de forma que no se formule ninguna determinación de incompatibilidad antes de que hayan concluido los procedimientos del ESD. Las amplias facultades discrecionales concedidas en cuanto al contenido de la determinación que ha de formularse deben interpretarse en el sentido de que incluyen la facultad de la Administración de los Estados Unidos de adoptar una decisión administrativa por la que se limite la libertad de acción del USTR de manera compatible con las obligaciones internacionales de los Estados Unidos.[681]

7.109 Por las razones que explicamos abajo, constatamos que esta es exactamente la situación en el asunto que se examina. En pocas palabras, la Administración de los Estados Unidos ha sacado de la esfera general de aplicación de la Ley de Comercio Exterior las situaciones reguladas por las normas de la OMC. Y lo ha hecho de la forma más oficial, *inter alia* mediante una declaración de Acción Administrativa (DAA) presentada por el Presidente al Congreso y aprobada por el Congreso. Con arreglo a la DAA así aprobada, "[…] el Congreso espera que las futuras administraciones observen y

---

[679] El artículo 304 dispone que las determinaciones han de basarse en "las investigaciones que se inicien de conformidad con el artículo 302 y […] las consultas (*y […] las actuaciones, en su caso*) que se entablen de conformidad con el artículo 303" (se han añadido las cursivas). Véase, a este respecto, la nota de pie de página 649.

[680] Como señalaron los Estados Unidos en su respuesta a la pregunta 32 b) del Grupo Especial, "En el texto de los artículos 301 a 310 no hay nada que impida [que el USTR formule dos determinaciones en el mismo asunto] […]. Aunque el USTR ha de formular una determinación dentro del plazo establecido en ese artículo, nada le impide formular nuevas determinaciones después de expirado ese plazo". Véase el párrafo 4.600 *supra*.

[681] Llegamos a esta conclusión en gran parte a causa del principio constitucional de los Estados Unidos de que la legislación interna estadounidense debe interpretarse, cuando sea posible, de forma compatible con las obligaciones que incumben a los Estados Unidos conforme al derecho internacional. Aceptamos la afirmación de los Estados Unidos de que, "En el derecho estadounidense, es un principio elemental de la interpretación de las leyes que 'una ley del Congreso no debe nunca interpretarse de forma que infrinja el derecho internacional, si es posible cualquier otra interpretación'. *Murray v. Schooner Charming Betsy, 6 U.S. (2 Cranch)* 64, 118 (1804). Aunque las obligaciones internacionales no pueden prevalecer sobre las prescripciones del derecho nacional que sean incompatibles con ellas, 'las disposiciones legales ambiguas […] [deben] interpretarse, cuando sea posible, de forma compatible con las obligaciones internacionales de los Estados Unidos'. *Footwear Distributors and Retailers of America v. United States, 852 F. Supp. 1078, 1088 (CIT)*, apelación rechazada, *43 F. 3d 1486 (Table) (Fed. Cir. 1994)*, donde se cita *DeBartolo Corp. v. Florida Gulf Coast Building and Trades Council*, 485 U.S. 568 (1988)".

apliquen los [compromisos contraídos en la DAA]". Uno de esos compromisos consistía en basarse, "para formular conforme al artículo 301 cualquier determinación en el sentido de que ha habido una infracción o denegación de derechos que corresponden a los Estados Unidos […], en las constataciones del grupo especial o del Órgano de Apelación adoptadas por el OSD".[682] Esta limitación de las facultades discrecionales impediría efectivamente que se formulase una determinación de incompatibilidad antes de que concluyeran los procedimientos del ESD.[683] El ejercicio de las facultades discrecionales con arreglo al régimen legal está en manos de la Administración, y es la Administración la que ha asumido ese compromiso. Reconocemos, evidentemente, que un compromiso asumido por una Administración puede ser rechazado por esa Administración o por otra Administración. Sin embargo, esto no es diferente de la posibilidad de que los términos de una disposición legislativa que está examinando un grupo especial sean modificados posteriormente por el mismo legislador o por otro legislador.[684] La cuestión clave es si la limitación de las facultades discrecionales es legal y efectiva. Este Grupo Especial constata que lo es.

b) La dimensión interna: la Declaración de Acción Administrativa de los Estados Unidos

7.110 La limitación de las facultades discrecionales conferidas al USTR por el artículo 304, expuesta más arriba, figuraba en la Declaración de Acción Administrativa (DAA) de los Estados Unidos que acompañaba a la legislación estadounidense por la que se ponían en práctica los resultados de la Ronda Uruguay, legislación presentada por el Presidente al Congreso. La DAA dispone, literalmente, lo siguiente:

> "En esta Declaración se describen las importantes medidas administrativas propuestas para aplicar los acuerdos de la Ronda Uruguay […]
>
> […] esta Declaración representa la opinión autorizada de la Administración sobre la interpretación y la aplicación de los acuerdos de la Ronda Uruguay, a los efectos tanto de las obligaciones internacionales de los Estados Unidos como de la legislación interna estadounidense. Por otra parte, la Administración entiende que el Congreso espera que las futuras Administraciones observen y apliquen las interpretaciones y compromisos expuestos en esta Declaración. Además, como esta Declaración será aprobada por el Congreso cuando éste ponga en práctica los

[682] En la DAA, como es frecuente en los círculos que se ocupan de la política comercial y del derecho mercantil, se utiliza la expresión "artículo 301" como término genérico que se refiere a los procedimientos de aplicación coercitiva establecidos en los artículos 301 a 310 más en general. Así pues, entendemos que las palabras "las determinaciones formuladas de conformidad con el artículo 301", significan cualquier determinación formulada con arreglo a los artículos 301 a 310.

[683] Los Estados Unidos, en su respuesta a la pregunta 25 del Grupo Especial (reflejada en los párrafos 4.121 y 4.535 de este informe), confirmaron inequívocamente esta interpretación. En particular, señalaron que "La DAA ha de considerarse, por ley, como la expresión autorizada de la posición oficial en lo que se refiere a la interpretación de la Ley en cualesquiera actuaciones judiciales" y que, en relación con todos los elementos del artículo 304, "con arreglo a la legislación estadounidense, están obligados a basarse, para formular una determinación afirmativa en el sentido de que se han negado derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo de la OMC, en las constataciones adoptadas de un grupo especial y del Órgano de Apelación. En otras palabras, la legislación estadounidense impide que tal determinación afirmativa no se base en las constataciones adoptadas de un grupo especial o del Órgano de Apelación".

[684] Desde luego, es más fácil cambiar las decisiones administrativas que modificar la legislación. Sin embargo, como se señala en el párrafo 7.133, la Administración de los Estados Unidos, si repudiase su compromiso con respecto a la legislación interna estadounidense, no sólo actuaría en contra de las expectativas manifestadas expresamente por el Congreso en la DAA. Los Estados Unidos también se expondrían a que se formulase contra ellos una constatación de incompatibilidad con las obligaciones que les imponen las normas de la OMC.

> acuerdos de la Ronda Uruguay, las interpretaciones de esos acuerdos incluidas en esta Declaración tienen particular autoridad".[685]

7.111 Por consiguiente, la DAA expone la opinión de la Administración, presentada por el Presidente al Congreso y aprobada por éste, sobre la interpretación y la aplicación y enuncia compromisos, que han de ser respetados también por las futuras Administraciones, en los que pueden basarse tanto los agentes económicos nacionales como los internacionales.

7.112 En la DAA, la Administración de los Estados Unidos indicó su interpretación de los artículos 301 a 310, así como la manera en que se proponía ejercer las facultades discrecionales que le confieren los artículos 301 a 310, como sigue (se han añadido las cursivas):

> "El ESD, aunque dará mayor eficacia al artículo 301, no exige que se introduzca ningún cambio importante en el artículo 301 en relación con *las investigaciones sobre una pretendida infracción de un acuerdo de la Ronda Uruguay o sobre el menoscabo de ventajas que correspondan a los Estados Unidos en virtud de tal acuerdo*. En esos casos, *el Representante para las Cuestiones Comerciales*:
>
> - recurrirá a los procedimientos de solución de diferencias establecidos en el ESD, como lo exige la legislación vigente;
> - se basará, para formular conforme al artículo 301 cualquier determinación en el sentido de que ha habido una infracción o denegación de derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud del acuerdo pertinente, en las constataciones del grupo especial o del Órgano de Apelación adoptadas por el OSD;
> - tras la adopción de un informe favorable de un grupo especial o del Órgano de Apelación, dará a la parte demandada un plazo prudencial para aplicar las recomendaciones formuladas en el informe, y
> - si no se puede resolver la cuestión durante ese plazo, pedirá autorización al OSD para tomar medidas de retorsión" (se han añadido las cursivas). [686]

Esta declaración oficial hecha en la DAA (en particular el compromiso asumido en el segundo inciso), aprobada por el Congreso de los Estados Unidos con la expectativa de que sea seguida por las futuras Administraciones estadounidenses, constituye un importante elemento de nuestra conclusión de que se han limitado efectivamente las facultades discrecionales conferidas por los términos del texto legislativo, que permitían formular una determinación de incompatibilidad antes de que concluyeran los procedimientos del ESD. Como ya hemos señalado, constatamos que esa decisión de la Administración de los Estados Unidos sobre la manera en que proyecta ejercer sus facultades discrecionales, a saber, limitándolas de forma tal que nunca se formule una determinación de incompatibilidad antes de que se adopten las constataciones del OSD, se hizo legalmente con arreglo a los términos del artículo 304.[687]

---

[685] DAA, página 1.

[686] DAA, páginas 365 y 366.

[687] A este respecto, las CE hacen referencia al apartado a) del artículo 102 de la Ley de los Acuerdos de la Ronda Uruguay, de 1994, de los Estados Unidos, ley por la que el Congreso de los Estados Unidos aprobó el Acuerdo sobre la OMC. El apartado a) del artículo 102 de esa Ley dispone lo siguiente:

7.113 Las CE hacen referencia a otros párrafos de la DAA que, según afirman, están en contradicción con las afirmaciones arriba citadas de la DAA.[688] No obstante, estamos persuadidos, y así lo constatamos, de que esos otros párrafos, interpretados en su contexto, no están en contradicción con la decisión de aplicar los artículos 301 a 310 de manera compatible con las obligaciones impuestas a los Estados Unidos por las normas de la OMC. Es evidente que parte de los términos que son objeto de la diferencia no abarcan las cuestiones que se consideran en este asunto, en el que se

---

> "1) PRIMACÍA DE LA LEGISLACIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS EN CASO DE CONFLICTO. Ninguna disposición de ninguno de los Acuerdos de la Ronda Uruguay, ni la aplicación de ninguna de esas disposiciones a persona o circunstancia alguna, surtirá efecto si es incompatible con cualquier ley de los Estados Unidos.
>
> 2) INTERPRETACIÓN. Ninguna de las disposiciones de esta Ley se interpretará en el sentido de […]:
>
> > B) limitar ninguna facultad conferida por cualquier ley de los Estados Unidos, incluyendo el artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior de 1974, a menos que así se disponga expresamente en esta Ley".

No obstante, para refutar la objeción de que, conforme al apartado a) del artículo 102, los Acuerdos de la OMC y la propia Ley de los Acuerdos de la Ronda Uruguay no podían limitar y de hecho no limitaron las facultades discrecionales conferidas al USTR por el artículo 304, señalamos que, a nuestro juicio, la propia Administración de los Estados Unidos podía hacerlo y de hecho lo hizo, *inter alia* en la DAA, y lo hizo válidamente ejerciendo las facultades discrecionales que le confieren los términos del artículo 304.

[688] DAA, páginas 366 y 367:
> "No existe ningún motivo para preocuparse por la posibilidad de que los acuerdos de la Ronda Uruguay en general, o el ESD en particular, hagan que las futuras Administraciones se muestren más reacias a aplicar, de conformidad con el artículo 301, sanciones incompatibles con las obligaciones comerciales de los Estados Unidos porque tales sanciones podrían dar lugar a medidas de retorsión autorizadas por el ESD. Aunque en algunos casos concretos los Estados Unidos hayan manifestado su intención de responder a una práctica extranjera desleal adoptando medidas conforme al artículo 301 sin que hayan sido autorizadas por el GATT, pocas veces lo han hecho. En algunos casos, los Estados Unidos han tomado medidas de este tipo porque un gobierno extranjero bloqueó la adopción de un informe de un grupo especial del GATT contrario a sus intereses.
>
> Lo mismo que los Estados Unidos pueden ahora optar por aplicar, de conformidad con el artículo 301, medidas no autorizadas por el GATT, los gobiernos que son objeto de esas medidas pueden optar por responder del mismo modo. Esta situación no cambiará con los acuerdos de la Ronda Uruguay. El riesgo de medidas de retorsión al amparo del GATT no ha impedido que los Estados Unidos adoptaran medidas en asuntos tales como los semiconductores, los productos farmacéuticos, la cerveza y la carne de vacuno tratada con hormonas".

Cabe interpretar estos dos párrafos de la DAA en el sentido de que, de hecho, indican que en el marco de la OMC ya no existen las condiciones que explican que con anterioridad se utilizara abusivamente el artículo 301, -en particular bloqueando la adopción del informe de un grupo especial- (véase la respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 38 del Grupo Especial, respuesta reflejada en los párrafos 4.134 a 4.140 de este informe). Hemos decidido dar la peor interpretación posible a esos párrafos de la DAA llegando a la conclusión de que existe una tensión entre esos párrafos y los compromisos enunciados en los incisos transcritos más arriba. Como se indica en el cuerpo del informe, esa tensión debe resolverse siguiendo los principios del derecho constitucional de los Estados Unidos y adoptando una interpretación que coadyuve al cumplimiento de las obligaciones jurídicas internacionales. También nos lleva a esa solución el solemne compromiso contraído por los Estados Unidos para con el Grupo Especial al confirmar la posición de la Administración, expuesta en los incisos arriba transcritos, de que, habida cuenta de la DAA, el USTR no puede aplicar los artículos 301 a 310 de manera incompatible con las obligaciones dimanantes de las normas de la OMC.

trata de Miembros de la OMC y de una pretendida denegación de derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud del Acuerdo sobre la OMC. Esos párrafos tratan más bien de asuntos en los que intervienen Miembros de la OMC pero en los que no están en juego derechos que correspondan a los Estados Unidos en virtud del Acuerdo sobre la OMC, es decir, asuntos en que la materia en cuestión no está regulada por las normas de la OMC. Cierto es que parte de la redacción de la DAA parece ambivalente. No obstante, señalamos que, con arreglo al derecho constitucional de los Estados Unidos, los casos de ambigüedad en la interpretación de los instrumentos jurídicos deben, en lo posible, resolverse siempre de manera compatible con las obligaciones internacionales de los Estados Unidos. Constatamos que en este asunto es posible hacerlo.

c) Declaraciones hechas por los Estados Unidos ante este Grupo Especial

7.114 Los elementos internacionales de la DAA, aunque estaban claramente presentes[689], no eran elementos centrales. La DAA se hizo en un contexto interno, ante el Congreso y con motivo de la puesta en práctica de los resultados de las negociaciones de la Ronda Uruguay por los Estados Unidos. Como la pretendida infracción de que se trata forma parte de la legislación interna, en principio deben ser determinantes los elementos internos que jurídicamente son de importancia para la interpretación de la legislación.

7.115 La importancia jurídica internacional de los compromisos asumidos por los Estados Unidos en la DAA fue confirmada y ampliada también en el contexto de las actuaciones mismas de este Grupo Especial. En respuesta a nuestras preguntas, muy insistentes, los Estados Unidos confirmaron de manera explícita, oficial, repetida e incondicional el compromiso expresado en la DAA, a saber, que el USTR "[…] se basará, para formular conforme al artículo 301 cualquier determinación en el sentido de que ha habido una infracción o denegación de derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud del acuerdo pertinente, en las constataciones del grupo especial o del Órgano de Apelación adoptadas por el OSD".[690]

7.116 Los Estados Unidos confirmaron esto, para que quedase constancia de ello, durante la primera reunión celebrada con las partes ante el Grupo Especial. Con posterioridad, respondiendo a la pregunta 14 del Grupo Especial, los Estados Unidos declararon lo siguiente:

> "Con respecto a las determinaciones formuladas con arreglo al artículo 304, como se señala en los párrafos 12 y 41 de la primera comunicación de los Estados Unidos y como se dispone en la página 365 de la Declaración de Acción Administrativa (prueba documental 11 de los Estados Unidos), el Representante para las Cuestiones Comerciales está obligado, conforme al artículo 304 (a) (1), a basarse, para formular una determinación sobre si se han negado derechos que correspondan en virtud de un acuerdo, en los resultados de los procedimientos de solución de diferencias de la OMC. Así pues, en el caso de que un grupo especial encargado de la solución de una diferencia no concluyera sus procedimientos dentro de los plazos establecidos en el ESD y en el artículo 304 (a) (2) (A), el Representante para las Cuestiones Comerciales no podría formular una determinación en el sentido de que se habían negado derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo".[691]

[689] Como se indica más arriba, se ha declarado expresamente que la DAA representa una expresión autorizada "a los efectos tanto de las obligaciones internacionales de los Estados Unidos como de la legislación interna estadounidense"; véase el párrafo 7.107 de este informe.

[690] DAA, página 366.

[691] Véase también la nota de pie de página 683 *supra*.

7.117 Aunque hemos rechazado la opinión de que los propios términos del artículo 304 impiden que se formule una determinación de incompatibilidad, aceptamos plenamente que la Administración de los Estados Unidos es competente para resolver que debe ejercer de manera compatible con las obligaciones que le imponen las normas de la OMC las facultades discrecionales que le han conferido los términos de ese artículo, así como para, mediante la DDA, imponer ese deber como política oficial de los Estados Unidos a las futuras Administraciones e imponer también al USTR, como parte integrante de la Administración de los Estados Unidos, la obligación legal de seguir tal política.

7.118 La atribución de valor jurídico internacional a declaraciones unilaterales de un Estado no debe hacerse a la ligera y debe someterse a rigurosas condiciones. Aunque los efectos jurídicos que estamos atribuyendo a las declaraciones hechas por los Estados Unidos al OSD por conducto de este Grupo Especial son de naturaleza y alcance más restringidos y limitados que los reconocidos en otros casos internacionalmente pertinentes en que se atribuyeron efectos jurídicos a declaraciones unilaterales, hemos condicionado incluso esos limitados efectos al cumplimiento de los criterios más rigurosos. Un Estado soberano no debe normalmente encontrarse jurídicamente afectado en el plano internacional por una declaración hecha incidentalmente por cualquiera de los numerosos representantes que hablan en su nombre en el mundo de hoy, tan interactivo e interdependiente[692], ni por una afirmación hecha con la pasión de los argumentos jurídicos aducidos en nombre de un Estado. Ahora bien, esto dista mucho de ser el caso en el asunto que se examina.

7.119 En estas circunstancias, también vale la pena recordar que, conforme al artículo 11 del ESD, tenemos la obligación de "hacer […] una evaluación objetiva de los hechos […] *y formular otras*

[692] En el asunto *Nuclear Test* (Australia *v.* Francia), el CIJ sostuvo que Francia estaba jurídicamente vinculada por los compromisos contraídos públicamente, en nombre del Gobierno de Francia, de dejar de hacer ensayos nucleares en la atmósfera. Los criterios que determinaban la existencia de una obligación eran los siguientes: la intención del Estado que hacía la declaración de vincularse por los términos de ésta, y el hecho de que el compromiso se asumiese públicamente:

> "Se reconoce en general que las declaraciones hechas mediante actos unilaterales sobre situaciones jurídicas o fácticas pueden tener el efecto de crear obligaciones jurídicas. Las declaraciones de esa índole pueden ser muy específicas y frecuentemente lo son. Cuando el Estado que hace la declaración tiene la intención de vincularse por los términos de ésta, esa intención confiere a la declaración el carácter de compromiso jurídico, y el Estado queda jurídicamente obligado en adelante a seguir una línea de conducta compatible con su declaración. Un compromiso de esa naturaleza, si se hace públicamente y con la intención de vincularse, aunque no se haga en el contexto de negociaciones internacionales, es vinculante."

(*ICJ Reports (1974*), página 253, en las páginas 267 a 271, citado *supra* del párrafo 43; véanse también el asunto *Nuclear Test* (Nueva Zelandia *v.* Francia), *ICJ Reports (1974*), página 457, en las páginas 472 a 475; el asunto *Legal Status of Eastern Greenland, PCIJ Reports, Series A/B Nº 53*, donde se constató que una declaración surte efectos jurídicos aun cuando no se había hecho públicamente sino en el curso de unas conversaciones con el Ministro de Relaciones Exteriores de Noruega; el asunto *Nicaragua (Merits), ICJ Reports (1986)*, página 14, en la página 132; y el *Case Concerning the Frontier Dispute, ICJ Reports (1986)*, página 554, en las páginas 573 y 574).

En este asunto, el efecto jurídico de las declaraciones de los Estados Unidos no va tan lejos como para crear una nueva obligación jurídica. No obstante, les hemos aplicado unas condiciones igualmente rigurosas y tal vez incluso más rigurosas. Con posterioridad al asunto *Nuclear Test*, algunos autores criticaron el hecho de que se atribuyeran efectos jurídicos a declaraciones que no estaban dirigidas a un Estado o a varios Estados específicos sino que habían sido formuladas *erga omnes* (véase Rubin A., *The International Legal Effects of Unilateral Declarations, American Journal of International Law, 1977*, página 1, y Franck, T., *Word Made Law: The Decision of the ICJ in the Nuclear Test Cases, American Journal of International Law, 1975*, página 612). En este asunto, las declaraciones de los Estados Unidos tenían destinatarios explícitos y se hicieron en el contexto de un procedimiento de solución de diferencias concreto.

conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en los acuerdos abarcados" (se han añadido las cursivas).

7.120 Por lo que se refiere a las declaraciones en cuestión, constatamos, pues, lo siguiente.

7.121 Las declaraciones hechas por los Estados Unidos ante este Grupo Especial eran reflejo de la política oficial de los Estados Unidos y estaban destinadas a expresar la forma en que los Estados Unidos entendían sus obligaciones internacionales, reflejadas en la legislación interna estadounidense.[693] Las declaraciones no representaban una nueva política o un nuevo compromiso de los Estados Unidos, sino la exposición, en un foro internacional, de una política y un compromiso de los Estados Unidos que preexistían en el plano nacional.

7.122 Las declaraciones y afirmaciones de los representantes de los Estados Unidos que comparecieron ante nosotros fueron hechas solemnemente, de manera deliberada y para que quedase constancia de ellas, fueron repetidas por escrito y fueron confirmadas en la segunda audiencia del Grupo Especial. Esas declaraciones no se hicieron incidentalmente, en modo alguno, ni con la pasión de los argumentos. Hubo amplias oportunidades de retractarse. En vez de retractarse, los Estados Unidos incluso trataron de ahondar su compromiso jurídico a este respecto.[694]

7.123 Hemos comprobado a nuestra satisfacción que los representantes que comparecieron ante nosotros tenían plenos poderes para hacer tales declaraciones jurídicas y estaban actuando dentro de los límites de las facultades que se les habían conferido. Las actuaciones de los grupos especiales forman parte del proceso de solución de diferencias del OSD. Es inconcebible, excepto en circunstancias extremas, que un grupo especial rechace los poderes de los representantes legales de un Miembro para exponer al grupo especial, y por conducto de él al OSD, la posición jurídica de un Miembro en lo que se refiere a su legislación interna, interpretada en función de las obligaciones que le incumben en el marco de la OMC. El sistema de los grupos especiales no funcionaría si no se pudiera presumir que se dispone de tales poderes.

7.124 Estamos igualmente convencidos, como cuestión de hecho, de que las declaraciones que se nos hicieron estaban destinadas a que se dejase constancia de ellas, se hicieron sabiendo y comprendiendo perfectamente que, al igual que cualquier otra comunicación oficial, podían pasar a formar parte de nuestro informe, y se hicieron con la intención no sólo de que nos basásemos en ellas sino también de que se basasen en ellas las CE y los terceros en la diferencia, así como todos los Miembros del OSD y, de hecho, todos los Miembros de la OMC.

7.125 En consecuencia, constatamos que esas declaraciones de los Estados Unidos expresan la posición inequívoca y oficial de los Estados Unidos y representan, de una manera en la que pueden confiar todos los Miembros, un compromiso en el sentido de que las facultades discrecionales del USTR se han limitado de forma que no se pueda formular una determinación de incompatibilidad antes de que concluyan los procedimientos del ESD. Esas declaraciones, aunque no crean una nueva obligación jurídica internacional para los Estados Unidos (después de todo, los Estados Unidos ya estaban vinculados por el artículo 23 al ingresar como Miembro en la OMC), aclaran en el plano internacional determinados aspectos de la legislación interna estadounidense, en particular la forma en que los Estados Unidos han cumplido las obligaciones que le impone el párrafo 2 a) del artículo 23

[693] Véanse los párrafos 7.110 y 7.114 de este Informe.

[694] Los Estados Unidos, en su primera comunicación, argumentaron vigorosamente que el artículo 304 no exigía en ningún lugar que el USTR formulase una determinación de incompatibilidad antes de que concluyesen los procedimientos del ESD (véanse los párrafos 4.527 a 4.530 de este informe). En su segunda comunicación, los Estados Unidos fueron más lejos y argumentaron que la interpretación correcta del artículo 304 es que el USTR no puede legalmente formular tal determinación (véanse los párrafos 4.536 y 4.537 de este informe).

del ESD, y constituyen en el plano internacional un compromiso en lo que se refiere a esos aspectos de la legislación interna estadounidense.

7.126 El efecto global de la DAA y de las declaraciones que nos han hecho los Estados Unidos es dar, tanto directamente a otros Miembros como indirectamente al mercado, las garantías que se pretende proporcionar con el artículo 23. De la DAA y de las declaraciones de los Estados Unidos, tal como las hemos interpretado, se desprende ahora claramente que, conforme al artículo 304, teniendo en cuenta los diferentes elementos que lo componen, el USTR no puede formular una determinación de incompatibilidad en contra de lo dispuesto en el párrafo 2 a) del artículo 23. Desde el punto de vista del derecho internacional, el efecto de los compromisos asumidos por los Estados Unidos es prevenir o evitar cualquier responsabilidad estatal en que se podría haber incurrido si la ley nacional que se considera en este asunto no hubiera consistido en nada más que en los términos de la ley.[695] Evidentemente, los Estados Unidos, si repudiaran o rechazaran de cualquier forma esos compromisos, incurrirían en responsabilidad estatal, puesto que su ley resultaría incompatible con las obligaciones impuestas por el artículo 23.

d) Práctica seguida por el USTR en relación con el artículo 304

7.127 No es nuestra función estudiar el comportamiento de los Estados Unidos en casos concretos. Sin embargo, hemos examinado las prácticas seguidas por el USTR en casos concretos para aclarar el sentido de los artículos 301 a 310. También hemos considerado que la actuación del USTR podía tener un valor probatorio limitado para evaluar la veracidad y la significación de la DAA y de la política que ésta refleja.

7.128 En apoyo de su posición, los Estados Unidos hicieron la siguiente declaración al Grupo Especial:

> "el USTR no ha hecho nunca ninguna determinación conforme al artículo 304 (a) (1) en el sentido de que se han negado derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un Acuerdo del GATT o de la OMC que no se basase en los resultados de los procedimientos de solución de diferencias del GATT y de la OMC. Esto no ocurrió ni siquiera una sola vez." [696]

7.129 Dadas las intensas críticas de los artículos 301 a 310 formuladas en las comunicaciones de los terceros ante este Grupo Especial, invitamos expresamente a las CE y a todos los terceros a que nos presentasen cualquier prueba de un comportamiento de los Estados Unidos incompatible con las normas de la OMC que correspondiese a las reclamaciones de las CE -con lo que estaría dentro de nuestro mandato- y que hubiera tenido lugar desde la entrada en vigor de la OMC. Uno de los terceros presentó un asunto que, según afirmó, respondía a nuestra petición (*Japón - Piezas para automóviles*[697]), al que las Comunidades Europeas añadieron otros dos asuntos (*CE - Bananos III* y *Argentina - Textiles y prendas de vestir (EE.UU.)*).

---

[695] Más abajo, en el párrafo 7.133 de este informe, analizamos otra hipótesis. En esa otra hipótesis, el efecto del compromiso de los Estados Unidos consiste, de hecho, en exonerar al Estado de la responsabilidad a que podrían haber dado lugar los términos de la ley.

[696] Declaración oral hecha por los Estados Unidos en la segunda reunión, párrafo 16 (véase el párrafo 4.991).

[697] Esa diferencia se explica en los párrafos 5.273 y 5.274 de este informe. Como resultado de la actuación de los Estados Unidos a ese respecto, véase también *Estados Unidos - Imposición de derechos de importación a los automóviles del Japón en virtud de los artículos 301 y 304 de la Ley de Comercio Exterior de 1974* ("*Japón - Piezas para automóviles*"), WT/DS6 (reclamación del Japón), solución notificada al OSD.

7.130 No nos incumbe formular ninguna constatación concluyente en relación con ninguno de esos asuntos, sobre todo el asunto *Bananos III*, que está siendo estudiado por otro grupo especial.[698] Sin embargo, sobre la base de la información que figura en nuestro expediente, no constatamos que las pruebas que se nos han presentado a este respecto sean suficientes para rechazar, como piden las CE, la afirmación de los Estados Unidos de que al aplicar el artículo 304 se ha cumplido invariablemente lo dispuesto en el párrafo 2 a) del artículo 23. En todo caso, no consideramos que las pruebas que se nos han presentado sean suficientes para que modifiquemos nuestras conclusiones sobre el propio artículo 304.[699]

7. Resumen del análisis y de la constatación del Grupo Especial con respecto a la alegación de las CE relativa al artículo 304

7.131 El resultado final de nuestro análisis puede resumirse como sigue. Hemos constatado que los términos del artículo 304 constituyen una seria amenaza de que se pueden formular determinaciones contrarias al párrafo 2 a) del artículo 23 y, en las circunstancias de este asunto, son incompatibles *prima facie* con el párrafo 2 a) del artículo 23, interpretado teniendo en cuenta el párrafo 1 del artículo 23. No obstante, después comprobamos que esa amenaza ha quedado suprimida por el efecto conjunto de la DAA y de las declaraciones hechas por los Estados Unidos ante este Grupo Especial de forma tal que también se elimina la incompatibilidad *prima facie* y se dan las garantías que han de

---

[698] Véanse los documentos de la serie WT/DS165.

[699] En el asunto *Japón - Piezas para automóviles*, los Estados Unidos no estaban tratando de que se remediasen incompatibilidades con las normas de la OMC; lo que se estaba examinando era, entre otras cosas, si los actos o políticas del Japón a ese respecto no eran "razonables" a los efectos del artículo 301 (b). Consideramos que, incluso si hubo un comportamiento incompatible con el párrafo 2 a) del artículo 23 (cuestión sobre la que no expresamos ninguna opinión), el tipo de incompatibilidad de que se trataría estaría fuera de nuestro mandato, puesto que se referiría a cuestiones no suscitadas en las reclamaciones de las CE sometidas a nuestra consideración.

La cuestión de si los Estados Unidos infringieron el artículo 23 en el asunto *Bananos III* es una de las reclamaciones que están siendo estudiadas en otro grupo especial. Incluso si el comportamiento de los Estados Unidos tras la pretendida aplicación de las constataciones del OSD por las CE era incompatible con el párrafo 2 a) del artículo 23, señalamos que cualquier determinación formulada por los Estados Unidos a este respecto se hizo en el contexto del artículo 306 (es decir, que eran determinaciones sobre si se habían aplicado las constataciones del OSD), no en el contexto del artículo 304 de que se trata aquí (es decir, determinaciones sobre si se están negando derechos que corresponden a los Estados Unidos, antes de que se plantee la cuestión de la aplicación). No altera nuestra conclusión el hecho de que, con arreglo al artículo 306 (b) (1), las determinaciones formuladas con arreglo al artículo 306 hayan de considerarse (para los efectos de, por ejemplo, la publicación y las medidas posteriores de conformidad con el artículo 301) como determinaciones formuladas con arreglo al artículo 304. Más abajo, en la sección VII.D, nos ocupamos de la alegación de incompatibilidad del artículo 306 hecha por las CE.

Finalmente, en el asunto *Argentina - Textiles y prendas de vestir (EE.UU.)*, la determinación del USTR se publicó después tanto de la expiración del plazo de 18 meses al que se refiere el artículo 304 como de la adopción de las constataciones del OSD sobre la cuestión. En la determinación se declara expresamente que se basa en las constataciones del OSD al respecto. No consideramos que sea importante desde el punto de vista internacional el hecho de que la determinación se fechara retroactivamente el 3 de abril de 1998, es decir, el día antes del vencimiento del plazo de 18 meses y, por consiguiente, también antes de la adopción de las constataciones del OSD sobre la cuestión (22 de abril de 1998). A nuestro juicio, cuando se trata de examinar el párrafo 2 a) del artículo 23, los elementos críticos son la fecha real de la determinación y, especialmente, la base de la constatación de la determinación. Desde el punto de vista de las obligaciones de los Estados Unidos para con otros Miembros de la OMC, este asunto muestra que los Estados Unidos esperaron hasta la conclusión de los procedimientos del ESD antes de anunciar públicamente su determinación y que el USTR basó efectivamente sus constataciones en el resultado del proceso del ESD. El resultado del proceso del ESD condicionó el contenido de la determinación del USTR.

proporcionar los Estados Unidos de conformidad con el artículo 23. En la analogía descrita en el párrafo 7.65, interpretamos que el cartel "Prohibida la entrada. Se podrá disparar sin previo aviso contra los infractores" era contrario a la promesa mutua hecha por los vecinos en el sentido de que recurrirían siempre y exclusivamente a la policía y a los tribunales en cualquier caso en que se afirmase que se había entrado sin autorización en las tierras. Continuando con esa analogía, en este asunto constataríamos que el agricultor ha añadido al cartel original erigido para que todos lo vieran otra línea que dice "No obstante, en caso de entrada sin autorización se recurrirá inmediatamente a la policía y a los tribunales". En ese caso sostendríamos -como hemos hecho en este asunto- que con esa adición se ha respetado el acuerdo.

7.132 Esta conclusión se basa en nuestra interpretación del artículo 304 como parte de una disposición legislativa con varios niveles que contiene elementos legislativos, institucionales y administrativos. No obstante, por razones de prudencia estudiamos el artículo 304 partiendo de otra hipótesis, con arreglo a la cual consideraríamos que nuestra tarea se limita al examen de los elementos legislativos solamente. Incluso partiendo de esa hipótesis, nuestra conclusión general de que hay conformidad permanecería intacta, aunque en virtud de metodologías ligeramente diferentes.

7.133 Primero, la DAA podría considerarse, no como una medida autónoma de la Administración por la que ésta determina su política en cuanto a la aplicación del artículo 304, sino como un importante elemento para la interpretación de los términos del propio artículo 304. Aunque los términos del artículo, interpretados en sí mismos, no impiden que se formule una determinación de incompatibilidad, como constatamos más arriba en el párrafo 7.28 d), con esta otra metodología se constata que los términos del artículo, interpretados teniendo en cuenta la DAA, tendrían ese efecto.

7.134 Segundo, suponiendo que el examen de los términos del artículo 304 nos llevase a la conclusión de que, a causa de las amplias facultades discrecionales que ese artículo confiere al USTR, la Ley infringe el artículo 23, tendríamos que considerar una medida correctiva apropiada, es decir, considerar cómo los Estados Unidos podrían dar a los demás Miembros de la OMC las garantías del artículo 23. A nuestro juicio, cualquier medio legal por el que la Administración de los Estados Unidos pudiera limitar el elemento discrecional sería suficiente para alcanzar ese objetivo. En el asunto que se examina, constataríamos entonces que la DAA y las declaraciones del tipo de las hechas por los Estados Unidos al OSD por conducto de este Grupo Especial representan efectivamente, por las razones que explicamos más arriba, tal medida correctiva. Por consiguiente, cualquier infracción que hubiéramos constatado sobre la base de los términos del artículo 304 habría quedado corregida con esta segunda alternativa.

7.135 Por las razones expuestas más arriba, constatamos que el artículo 304 no es incompatible con las obligaciones que impone a los Estados Unidos el párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD.

7.136 Si la Administración de los Estados Unidos u otro de los poderes del Gobierno de los Estados Unidos[700] repudiase o rechazase de cualquier otra forma los compromisos expresados en la DAA y confirmados y ampliados por los Estados Unidos a este Grupo Especial, dejaría de estar justificada esta constatación de conformidad.

[700] En este informe, por "Gobierno de los Estados Unidos" se entiende el poder legislativo, el poder ejecutivo y el poder judicial.

D. ALEGACIÓN DE LAS CE DE QUE EL ARTÍCULO 306 ES INCOMPATIBLE CON EL PÁRRAFO 2 A) DEL ARTÍCULO 23 DEL ESD

1. Alegaciones y argumentos de las partes

7.137 El artículo 306 se refiere a las medidas complementarias que ha de tomar el USTR cuando se ha formulado conforme al artículo 304 una determinación en el sentido de que se están negando derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de las normas de la OMC. Cuando se aplica a las situaciones reguladas por la OMC a las que se hace referencia en la alegación de las CE, presupone que han concluido las actuaciones del grupo especial y, en su caso, del Órgano de Apelación y que el OSD ha dictado una resolución a favor de los Estados Unidos. En el artículo 306 se establecen los procedimientos de la Ley de Comercio Exterior para obtener la autorización del OSD a fin de suspender concesiones cuando, a juicio de los Estados Unidos, otro Miembro no ha aplicado satisfactoriamente la resolución original del OSD.

7.138 Las CE afirman que el artículo 306 (b) exige que el USTR "consider[e]" si un Miembro de la OMC ha aplicado las recomendaciones del OSD y, en el caso de que no las haya aplicado, determine qué nuevas medidas adoptará. Las CE afirman que esa "consideración" constituye una "determinación", en el sentido del artículo 23, del USTR sobre si el Miembro de que se trate ha negado derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud del Acuerdo sobre la OMC. Según el artículo 23, no se pueden formular determinaciones de incompatibilidad antes de que concluyan los procedimientos del OSD. Sin embargo, las CE sostienen que, conforme al artículo 306, esa determinación específica ha de formularse a más tardar *30 días* después de la expiración del plazo prudencial concedido para aplicar las recomendaciones del OSD al Miembro de la OMC que haya resultado perdedor. A juicio de las CE, cualquier diferencia sobre la cuestión de la aplicación tiene que dirimirse con arreglo al párrafo 5 del artículo 21 del ESD, que dispone que la cuestión se remita al grupo especial que haya entendido inicialmente en el asunto para que éste decida dentro de *90 días*. Como tal remisión puede hacerse al finalizar el plazo prudencial o incluso después de que haya expirado ese plazo, las CE sostienen que el artículo 306 (b) exige que se formule una determinación unilateral sobre el cumplimiento sin esperar a conocer los resultados de las actuaciones realizadas en la OMC conforme al párrafo 5 del artículo 21, con lo que se infringiría el párrafo 2 a) del artículo 23.

7.139 Los Estados Unidos responden que el artículo 306 *no* exige que el USTR formule una "determinación" infringiendo el párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD. A juicio de los Estados Unidos, el USTR, para hacer valer conforme al artículo 22 del ESD derechos que corresponden a los Estados Unidos, está no sólo autorizado sino positivamente obligado a emitir un juicio (es decir, a "considerar", término utilizado en el propio artículo 306(b)) sobre si se han aplicado las recomendaciones del OSD. Según los Estados Unidos, todo Miembro que quiera suspender concesiones con arreglo al artículo 22 tiene que pedir autorización al OSD dentro de los 30 días siguientes al vencimiento del plazo prudencial. De lo contrario, pierde el derecho a obtener tal autorización por consenso negativo. Por consiguiente, como el Miembro ganador tiene que presentar su solicitud de autorización dentro de un plazo de 30 días (incluso si, posteriormente, la cuestión se somete a arbitraje y la autorización no se concede hasta después), los Estados Unidos argumentan que el propio artículo 22 presupone que el USTR indique cómo se propone suspender las concesiones dentro de ese plazo de 30 días. Ese plazo de 30 días ha sido transpuesto al artículo 306 (b) y, en consecuencia, a juicio de los Estados Unidos, es compatible con el párrafo 2 a) del artículo 23.

7.140 Con respecto al posible conflicto entre el plazo de 30 días establecido en el artículo 306 (b) y el plazo de 90 días establecido para que se resuelva sobre la aplicación con arreglo al párrafo 5 del artículo 21, los Estados Unidos argumentan que recurrir a los procedimientos del párrafo 5 del artículo 21 y concluir esos procedimientos *no* es requisito previo para *pedir* que se autorice a suspender concesiones siempre que haya desacuerdo sobre la aplicación.

7.141 El párrafo 5 del artículo 21 del ESD dispone lo siguiente:

> "En caso de desacuerdo en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones o a la compatibilidad de dichas medidas con un acuerdo abarcado, esta diferencia se resolverá 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. El grupo especial distribuirá su informe dentro de los 90 días siguientes a la fecha en que se le haya sometido el asunto. Si el grupo especial considera que no le es posible presentar su informe en ese plazo, comunicará por escrito al OSD los motivos del retraso, indicando el plazo en que estima podrá presentarlo."

El párrafo 6 del artículo 22 dispone lo siguiente:

> "Cuando se produzca la situación descrita en el párrafo 2 ['Si el Miembro afectado no pone en conformidad con un acuerdo abarcado la medida declarada incompatible con él o no cumple de otro modo las recomendaciones y resoluciones adoptadas dentro del plazo prudencial determinado de conformidad con el párrafo 3 del artículo 21'], 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 por consenso desestimar la petición. No obstante, si el Miembro afectado impugna el nivel de la suspensión propuesta, o sostiene que no se han seguido los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3, en el caso de que una parte reclamante haya solicitado autorización para suspender concesiones u otras obligaciones al amparo de lo dispuesto en los párrafos 3 b) ó 3 c), la cuestión se someterá a arbitraje. El arbitraje […] se concluirá dentro de los 60 días siguientes a la fecha de expiración del plazo prudencial. No se suspenderán concesiones u otras obligaciones durante el curso del arbitraje."

2. Constataciones preliminares del Grupo Especial con respecto a los términos del artículo 306

7.142 Nos proponemos adoptar en este caso una metodología análoga a la que empleamos en nuestro examen del artículo 304, examinando en primer lugar los términos del artículo 306 a la luz de las obligaciones de los Estados Unidos en virtud del párrafo 2 a) del artículo 23, teniendo presente lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 23.[701]

7.143 Para facilitar la comprensión de nuestras constataciones ulteriores, sería útil considerar el artículo 306 como integrado por dos fases. La primera de ellas consiste en una "consideración", realizada por el USTR, de que "un país extranjero no está aplicando de forma satisfactoria una medida o un acuerdo" (artículo 306(b)(1)) o, como se repite en el artículo 306(b)(2), la "consideración" de que "el país extranjero no la ha aplicado". La segunda fase se refiere a la "determinación", por el USTR, de "qué nuevas medidas adoptará de conformidad con el artículo 301" (artículo 306(b)(1)).

7.144 La segunda fase contiene un elemento obligatorio: la determinación de la medida propuesta se debe efectuar, de conformidad con el artículo 306, a más tardar 30 días después del vencimiento del plazo prudencial dado al otro Miembro de la OMC para aplicar las constataciones del OSD. Esta segunda fase sólo se puede iniciar cuando se ha realizado la "consideración" prevista en la primera fase, es decir, cuando el USTR considera que no ha habido aplicación. La primera fase también se debe realizar de pleno derecho dentro del plazo de 30 días establecido para la segunda fase. Por consiguiente, constatamos que en realidad el artículo 306 ordena que el USTR "considere" si el

[701] Véase la sección VII.B.6.

Miembro de la OMC en cuestión ha aplicado o no las recomendaciones del OSD dentro de los 30 días posteriores al vencimiento del plazo prudencial.

7.145 Constatamos también que las CE tienen razón al alegar que, en determinadas circunstancias, esta "consideración" efectuada por el USTR necesariamente tendrá que llevarse a cabo *antes* de terminado el procedimiento relativo a la aplicación previsto en el párrafo 5 del artículo 21. El plazo límite usual para la terminación del procedimiento previsto en el párrafo 5 del artículo 21 es de 90 días a contar desde la fecha en que se ha sometido el asunto al grupo especial que haya entendido inicialmente en el asunto. El párrafo 5 del artículo 21 no establece cuándo y cómo se debe someter el asunto a dicho grupo especial ni fija un plazo límite para que las partes invoquen el párrafo 5 del artículo 21. Basándose en lo expuesto, es razonable suponer que pueden producirse situaciones en las que el párrafo 5 del artículo 21 se invoque después de los 60 días anteriores al vencimiento del plazo prudencial. Como resultado de ello, el plazo límite para que se termine la labor del grupo especial con arreglo al párrafo 5 del artículo 21 podría ser posterior al 30º día siguiente al vencimiento del plazo prudencial, que es el momento en que se debe formular la determinación según lo dispuesto en el artículo 306(b). En tal caso, la "consideración" requerida por el artículo 306 se deberá adoptar *antes* de la finalización del procedimiento previsto en el párrafo 5 del artículo 21.

7.146 Constatamos asimismo que las "consideraciones" del USTR con arreglo a la primera fase del artículo 306 -realizadas *con posterioridad* a la vigilancia que debe mantener el USTR de conformidad con el artículo 306(a) y basadas en ella; y, en el caso de que la "consideración" determine que no ha existido aplicación, dan lugar automáticamente y como *conditio sine qua non* a una decisión de adoptar medidas en virtud el artículo 301- reúnen los requisitos de firmeza e inmutabilidad exigidos por el párrafo 2 a) del artículo 23 en el caso de las "determinaciones".[702] Por lo tanto, en adelante denominaremos "determinaciones" a estas "consideraciones".[703] El argumento de los Estados Unidos de que el artículo 22 requiere positivamente la primera fase del artículo 306 y de que esa fase no representa más que una creencia necesaria para el desarrollo de los procedimientos de solución de diferencias tiene, en nuestra opinión, trascendencia no tanto a los efectos de si existe una "determinación" cuanto a los efectos de si tal determinación está autorizada con arreglo al párrafo 2 a) del artículo 23, puesto que se formula "mediante el recurso a la solución de diferencias de conformidad con las normas y procedimientos" del ESD, otro elemento del párrafo 2 a) del artículo 23 que se analiza más abajo. Recordamos también que la opinión expresada por el USTR con arreglo al artículo 306 en el sentido de que no se ha aplicado una medida o un acuerdo no es una opinión preliminar que haya de ser confirmada ulteriormente por un grupo especial sino una opinión que se somete al OSD para que éste autorice inmediatamente a suspender concesiones (a menos que se

[702] Véase a este respecto el párrafo 7.20 y la nota 607 *supra*.

[703] Recordando los cuatro elementos necesarios para que exista una infracción del párrafo 2 a) del artículo 23 respecto de actos concretos en una diferencia dada, que se esbozan en la nota 657 *supra*, constatamos, pues, que las "consideraciones" mencionadas en el artículo 306 son "determinaciones" en el sentido del segundo elemento del párrafo 2 a) del artículo 23. Constatamos también que las determinaciones a las que se refiere el artículo 306 cumplen el primer elemento contenido en el párrafo 2 a) del artículo 23. Obviamente, los Estados Unidos procuran la reparación de incompatibilidades con las normas de la OMC cuando vigilan la aplicación de las constataciones del OSD en virtud del artículo 306. El tercer elemento se refiere a la cuestión de si la determinación prevista en el artículo 306 consiste en establecer "que se ha producido una infracción". Al examinar concretamente la determinación que estamos analizando, es decir la reservada legalmente en el artículo 306, o sea la determinación de que *no* ha habido aplicación, o en otros términos, que las medidas de aplicación no son compatibles con las normas de la OMC a pesar de que aún no se ha terminado el procedimiento previsto en el párrafo 5 del artículo 21, opinamos que tal determinación se refiere a la incompatibilidad y cumple el tercer elemento previsto en el párrafo 2 a) del artículo 23.

formule una objeción contra el nivel de la suspensión o contra los principios o los procedimientos seguidos al considerar qué concesiones procede suspender).[704]

7.147 Constatamos además que, aunque el USTR está obligado en realidad a formular su determinación dentro del plazo de 30 días, tiene amplias facultades discrecionales con respecto al contenido de esta determinación. Concretamente, constatamos que no existen circunstancias que obligarían al USTR, conforme a los términos del artículo 306, a determinar que la aplicación *no* se ha llevado a cabo, esto es, a formular una determinación de incompatibilidad mientras aún no han terminado los procedimientos previstos en el párrafo 5 del artículo 21. Dicho de otro modo, a tenor de la Ley de Comercio Exterior el USTR siempre podría determinar que no ha habido falta de aplicación hasta que no se hayan terminado los procedimientos del OSD. Como en el caso del artículo 304, dentro de las facultades discrecionales concedidas por el texto legal, la Ley no prohíbe que el USTR formule tal determinación.

7.148 Sin embargo, es importante observar que la determinación en cuestión, en las situaciones abarcadas por la OMC, sólo constituye un paso preliminar, con arreglo al artículo 306, destinado a recabar autorización del OSD para suspender concesiones u otras obligaciones. El resultado de esta determinación no es la suspensión de concesiones sin la autorización del OSD, sino una solicitud -prematura, según las CE- de que el OSD autorice la imposición de tal suspensión.

3. Obligaciones de los Estados Unidos en virtud del párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD aplicado al artículo 306

7.149 Recordamos que nuestro mandato consiste en examinar la conformidad del artículo 306 como tal con el párrafo 2 a) del artículo 23, y no una aplicación concreta del artículo 306 en una diferencia dada.

7.150 En relación con el artículo 304, resultaba claro que una determinación de incompatibilidad formulada en un caso concreto antes de finalizados los procedimientos de un grupo especial o del Órgano de Apelación y la adopción de una resolución por el OSD constituía una infracción del párrafo 2 a) del artículo 23.[705] Basándonos en esta premisa, hemos llegado a la conclusión de que el texto legal que meramente reservaba el derecho a formular tal determinación constituía también *prima facie* una infracción.

7.151 Con respecto al artículo 306, ya hemos constatado que, también en este caso, el texto legal reserva al USTR el derecho de considerar que no ha habido aplicación, esto es, de formular una determinación de incompatibilidad antes de que hayan terminado los procedimientos del párrafo 5 del artículo 21. Sin embargo, antes de llegar a la conclusión de que el texto legal que reserva este derecho equivale a una infracción *prima facie* es necesario que decidamos si tal determinación en un caso concreto equivale a una infracción. A diferencia del artículo 304, la cuestión planteada en relación con el artículo 306 es sumamente controvertible y está lejos de ser clara. Sólo si constatamos, como cuestión de derecho, que se infringe el párrafo 2 a) del artículo 23 si el USTR determina, en un caso concreto, que no ha habido aplicación en el sentido del artículo 306 *antes* de terminados los procedimientos del párrafo 5 del artículo 21 -como paso previo a recabar autorización del OSD para la suspensión de concesiones- estaremos en condiciones de constatar que el texto legal que reserva el derecho de formular tal determinación es en sí mismo incompatible con la OMC.

7.152 Si se lee el artículo 306 a la luz de las obligaciones de los Estados Unidos en virtud del párrafo 2 a) del artículo 23, se plantea más especialmente la cuestión de si las determinaciones

[704] Véase la nota 657.

[705] Véase el párrafo 7.50 y la nota 657.

previstas en el artículo 306 se formulan "mediante el recurso a la solución de diferencias de conformidad con las normas y procedimientos del [ESD]" y "de forma coherente con las constataciones que figuren en el informe del grupo especial o del Órgano de Apelación, adoptado por el OSD, o en el laudo arbitral dictado con arreglo al [ESD]".[706] Estos dos elementos mencionados en el párrafo 2 a) del artículo 23 tienen un carácter acumulativo. Sólo se admiten las determinaciones cuando se formulan mediante el recurso al ESD *y* son coherentes con las constataciones adoptadas por el OSD o por un laudo arbitral con arreglo al ESD.

7.153 A nuestro juicio, en esta cuestión reside la esencia de la reclamación formulada por las CE con relación al artículo 306. Como se observó anteriormente, los Estados Unidos alegan que el artículo 22 ordena que se debe determinar que no ha habido aplicación como paso previo para solicitar la autorización de suspender concesiones incluso antes de finalizados los procedimientos previstos en el párrafo 5 del artículo 21. Las CE ponen en entredicho esta alegación.

7.154 Nuestro mandato establece que debemos examinar si el artículo 306 se ajusta a lo dispuesto en el párrafo 2 a) del artículo 23. Si estamos en condiciones de desempeñar este mandato sin tratar de resolver la diferencia, completamente distinta, relativa a la interpretación correcta del párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22 y a la relación entre ambos, que constituye el tema de las negociaciones en el contexto del Examen del ESD, debemos hacerlo.[707] Por lo tanto, este Grupo Especial debe decidir cuál es la interpretación correcta del párrafo 5 del artículo 21 y del artículo 22 y cuál es la relación entre ambos, sólo si esto resulta jurídicamente indispensable.

7.155 Por consiguiente, examinaremos la conformidad del artículo 306 con el párrafo 2 a) del artículo 23 suponiendo, en primer lugar, que es correcta la opinión de los Estados Unidos con respecto al párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22 y, posteriormente, en la hipótesis de que la opinión de las CE a este respecto es la correcta.

a) Hipótesis de que es correcta la opinión de los Estados Unidos

7.156 Los Estados Unidos sostienen que la propuesta de suspensión de concesiones se debe presentar al OSD dentro del plazo de 30 días y que, en consecuencia, los Estados Unidos están obligados a determinar dentro de ese plazo que no ha habido aplicación. La opinión de los Estados Unidos se basa en la siguiente interpretación del artículo 22.

---

[706] Como se señala en la nota 698, la determinación reservada legalmente en el artículo 306 cumple los primeros tres elementos para que exista una infracción del párrafo 2 a) del artículo 23 en una diferencia concreta. No obstante, la cuestión decisiva que se debe aún resolver es si tal determinación cumple también el cuarto elemento previsto en el párrafo 2 a) del artículo 23. Véase a este respecto la nota 657.

[707] Como se ha observado en la respuesta de las CE a la pregunta 23 del Grupo Especial, "las CE no han solicitado que este Grupo Especial 'adopte una decisión sobre la relación entre el párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22' del ESD. En cambio, las CE han solicitado al OSD y han obtenido el establecimiento de este Grupo Especial para que formule 'las conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en' las disposiciones de los acuerdos mencionados en el documento WT/DS152/11 de la OMC, de 2 de febrero de 1999" (véase el párrafo 4.901 del presente Informe). Señalamos que las CE añadieron en su respuesta que "la compatibilidad con la OMC de los artículos 301 a 310 ha de ser evaluada teniendo en cuenta todas las disposiciones citadas en el mandato del Grupo Especial, entre las que figura independientemente el párrafo 5 del artículo 21 del ESD", y que "Lógica y jurídicamente, la interpretación del artículo 22 del ESD es una cuestión distinta que debe ser abordada por el Grupo Especial de forma independiente, caso de que sea necesario hacerlo". Sin embargo, en ninguna parte probaron las CE ninguna alegación específica de que se hubiera infringido el párrafo 5 del artículo 21 o el artículo 22. Esas disposiciones sólo son de interés en este asunto como elemento para juzgar las alegaciones hechas por las CE en relación con el artículo 23. Si para tal evaluación no se requiere decidir sobre la relación existente entre el párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22, no consideramos que la resolución de esta controversia sea necesaria -el término utilizado por las CE- ni esté comprendida en nuestro mandato, expuesto en la sección VII.A de este informe.

7.157 El párrafo 6 del artículo 22 establece que el OSD "*concederá autorización* para suspender concesiones u otras obligaciones *dentro de los 30 días siguientes* a la expiración del plazo prudencial, a menos que decida por consenso desestimar la petición" (se han añadido las cursivas) o que se impugne tal petición y la cuestión se someta a arbitraje. Por tanto, el artículo 22 establece expresamente un plazo para solicitar autorización al OSD y para que esa autorización se conceda, al menos por consenso negativo. Los artículos 22 y 23 no se refieren expresamente al párrafo 5 del artículo 21. *A fortiori*, la referencia al artículo 22 de ningún modo se limita a los casos en que *no* se ha invocado el párrafo 5 del artículo 21.

7.158 Con arreglo a esta interpretación, los Estados Unidos se verían efectivamente obligados, en virtud del artículo 22, a formular una determinación de si ha existido aplicación dentro del plazo establecido en el artículo 306, si desean beneficiarse de la regla del consenso negativo. En caso contrario, funcionaría la práctica del consenso positivo y la autorización del OSD sólo se obtendría cuando todos los Miembros estuvieran de acuerdo, con inclusión del Miembro demandado.

7.159 Según el enfoque adoptado por los Estados Unidos, toda determinación formulada con arreglo al artículo 306 en las circunstancias indicadas en la reclamación de las CE sería compatible con el párrafo 2 a) del artículo 23 ya que se formularía "mediante el recurso a la solución de diferencias de conformidad con las normas y procedimientos del [ESD]", en particular su artículo 22. En consecuencia, la determinación no se formularía como un acto unilateral que procurase obtener una reparación, sino como un acto exigido cuando se solicita una autorización multilateral para la suspensión de concesiones según lo establecido en el propio ESD.

7.160 Con arreglo a esta interpretación, se plantea entonces la cuestión de si la determinación de que no ha existido aplicación, formulada mediante el recurso al ESD, es también "coherente con las constataciones que figuren en el informe del grupo especial o del Órgano de Apelación, adoptado por el OSD, o en el laudo arbitral dictado con arreglo al [ESD]", en el sentido de la segunda frase del párrafo 2 a) del artículo 23. Si consideramos que esto es una referencia a las constataciones del grupo especial o del Órgano de Apelación que intervinieron inicialmente en el asunto, se debería también cumplir este requisito. En rigor, la determinación de no aplicación formulada por el USTR debería seguir las constataciones de incompatibilidad con las normas de la OMC establecidas inicialmente (y se debería basar en ellas), adoptadas por el OSD con respecto a la reclamación original.

7.161 ¿Se podría interpretar que las constataciones a las que se refiere el párrafo 2 a) del artículo 23 son, en las circunstancias particulares de la reclamación de las CE, las constataciones del grupo especial que examinó la cuestión de la aplicación en el procedimiento aún no terminado del párrafo 5 del artículo 21 y no las constataciones del grupo especial que entendió inicialmente en el asunto? Si fuera así, se debería concluir que -como los procedimientos del párrafo 5 del artículo 21 aún no han terminado- no se habrían adoptado tales constataciones. En tal caso, la determinación sería contraria a lo dispuesto en el párrafo 2 a) del artículo 23. En nuestra opinión, esto no es una interpretación plausible del párrafo 2 a) del artículo 23 si suponemos que la interpretación del artículo 22 formulada por los Estados Unidos es correcta.

7.162 Como hemos observado anteriormente, la determinación sería *exigida* por el artículo 22 a fin de mantener la regla del consenso inverso. Debido a ello, se trataría también de una conducta exigida o al menos autorizada por el párrafo 2 c) del artículo 23, que obliga a los Miembros a seguir "los procedimientos establecidos en el artículo 22 para determinar el nivel de suspensión de las concesiones u otras obligaciones y para obtener autorización del OSD". Por lo tanto, existiría un conflicto entre los párrafos 2 a) y 2 c) del artículo 23. Ese conflicto se podría evitar adoptando la interpretación de que las constataciones mencionadas en el párrafo 2 a) del artículo 23 son las del grupo especial que entendió inicialmente en el asunto y no las del grupo especial del párrafo 5 del artículo 21. Por estas razones, y suponiendo que el enfoque de los Estados Unidos es correcto, no concluimos que, en las circunstancias de que se trata, las constataciones mencionadas en el

párrafo 2 a) del artículo 23 son las constataciones del grupo especial al que se refiere el párrafo 5 del artículo 21.

7.163 Por estas razones, constatamos que, si la interpretación del artículo 22 formulada por los Estados Unidos es correcta, no cabe constatar que una determinación, adoptada en un caso concreto, de que no ha habido aplicación con arreglo al artículo 306 como paso previo para solicitar la suspensión de concesiones en las circunstancias mencionadas en la reclamación de las CE es incompatible con el párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD. En consecuencia, la legislación que autoriza tal determinación tampoco constituiría una infracción.[708]

b) Hipótesis de que es correcta la opinión de las CE

7.164 La opinión de las CE, de que el artículo 22 sólo entra en juego después de terminados los procedimientos previstos en el párrafo 5 del artículo 21, se basa en la siguiente interpretación de las disposiciones pertinentes. El párrafo 5 del artículo 21 dispone que "[e]n caso de desacuerdo en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones o a la compatibilidad de dichas medidas con un acuerdo abarcado" -y en las circunstancias mencionadas en la reclamación de las CE existe tal desacuerdo- "esta diferencia se resolverá conforme a los presentes procedimientos de solución de diferencias". Es razonable alegar que esto supone que, en caso de desacuerdo sobre la aplicación, debe regir el párrafo 5 del artículo 21 y no el artículo 22. Además, el párrafo 6 del artículo 22 sólo se aplica "[c]uando se produzca la situación descrita en el párrafo 2", es decir, "[s]i el Miembro afectado no pone en conformidad con un acuerdo abarcado la medida declarada incompatible". Dado que, en las circunstancias que se examinan, el procedimiento previsto en el párrafo 5 del artículo 21 para adoptar una decisión sobre esta misma cuestión aún no ha terminado, se puede alegar que, hasta que este procedimiento no haya terminado no se habrán cumplido las condiciones para solicitar la suspensión de concesiones con arreglo al párrafo 6 del artículo 22. Siguiendo este razonamiento, mientras está pendiente el procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 no se puede invocar el artículo 22.[709]

7.165 Por lo tanto, y de conformidad con el enfoque de las CE, una determinación de no aplicación formulada con arreglo al artículo 306 en un caso concreto, antes de terminados los procedimientos del párrafo 5 del artículo 21, sería contraria a lo dispuesto en el párrafo 2 a) del artículo 23 porque, a juicio de las CE, tal determinación no se formularía "mediante el recurso a la solución de diferencias de conformidad con las normas y procedimientos del [ESD]", y en particular sería incompatible con el párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22. No obstante, como ya hemos constatado, los términos del artículo 306 ordenan al USTR que formule una determinación dentro de los 30 días incluso si aún no se ha terminado el procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 y reserva al USTR facultades discrecionales para formular determinaciones de no aplicación que son -según la interpretación de las CE- contrarias a lo dispuesto en el párrafo 2 a) del artículo 23. Como resultado de ello, consideramos que -suponiendo que la tesis de las CE fuera correcta, y por las razones explicadas en nuestro examen

[708] Véase el párrafo 7.148 del presente Informe.

[709] Observamos a este respecto que en otra diferencia, *Australia - Subvenciones concedidas a los productores y exportadores de cuero para automóviles* ("*Australia - Cuero*", WT/DS126/R, adoptado el 16 de junio de 1999, no apelado), los Estados Unidos invocaron el párrafo 5 del artículo 21, pero estuvieron de acuerdo con la parte demandada, Australia, en esperar hasta la terminación de los procedimientos del párrafo 5 del artículo 21 antes de solicitar autorización para suspender concesiones. En relación con la nota de pie de página 6 del artículo 4 del Acuerdo SMC, ambas partes convinieron también "en que el plazo límite para la actuación del OSD en virtud de la primera frase del párrafo 6 del artículo 22 del ESD será de 60 días a partir de la distribución del informe del Grupo Especial de reexamen con arreglo al párrafo 5 del artículo 21 del ESD, y que el plazo especificado en la tercera frase del párrafo 6 del artículo 22 del ESD para la conclusión del arbitraje será de 45 días contados a partir del momento en que la cuestión se haya sometido a arbitraje" (WT/DS126/8, página 2).

de la reclamación de las CE relativa al artículo 304[710]- los términos del artículo 306, con independencia de su aplicación en una diferencia concreta, infringirían *prima facie* las obligaciones que impone a los Estados Unidos el párrafo 2 a) del artículo 23.

7.166 Como se explicó anteriormente, esto sería así debido al carácter de las obligaciones de los Estados Unidos dimanantes del artículo 23. Con arreglo a este artículo, los Estados Unidos prometieron no recurrir a las medidas unilaterales mencionadas en el párrafo 2 a) del artículo 23. No obstante, en el artículo 306 -suponiendo que la interpretación de las CE sobre el párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22 fuera correcta- los Estados Unidos se reservaron legalmente el derecho de hacer exactamente eso.

7.167 Sin embargo, incluso si constatásemos la existencia de una infracción *prima facie*, ésta desaparecería después de examinar los demás elementos del artículo 306. Por las razones expresadas *supra*[711], constataremos por tanto que el efecto acumulativo de los compromisos estadounidenses que figuran en la Declaración de Acción Administrativa y en las declaraciones formuladas por los Estados Unidos al OSD por conducto de este Grupo Especial[712], limita efectiva y legalmente las facultades discrecionales previstas en el artículo 306, en las que se basaría la infracción *prima facie* del párrafo 2 a) del artículo 23.[713] Estos compromisos ciertamente satisfarían las garantías recibidas por otros Miembros de la OMC y, por conducto de ellos, los agentes económicos en el mercado de conformidad con el artículo 23.

7.168 Cualquiera sea el resultado de los procedimientos en curso ante otros grupos especiales, sobre los que no nos pronunciamos, el hecho de que el USTR formulara una determinación de no aplicación antes de terminados los procedimientos del párrafo 5 del artículo 21 en el asunto *Bananos III*, incluso si resultara posteriormente que esta medida no fue lícita, no constituye, en nuestra opinión, un acto de mala fe. Se basó en la interpretación del párrafo 5 del artículo 21 y del artículo 22 formulada por los Estados Unidos, interpretación compartida por otros Miembros y actualmente objeto de negociación. A juicio de este Grupo Especial, parecería que la actitud de los Estados Unidos a este respecto se debió en gran medida a la redacción contradictoria del párrafo 5 del artículo 21 y del artículo 22 y, como resultado de ello, puede alegarse que se trató de un acto realizado con el objeto de salvaguardar su derecho a obtener la autorización del OSD para suspender concesiones mediante el consenso negativo.[714] Este Grupo Especial no encuentra fundamento para poner en duda que si, como resultado

[710] Véase la sección VII.C.3 y 4.

[711] Véase la sección VII.C.6.

[712] Véanse el párrafo 7.112, segundo punto, los párrafos 7.114 y siguientes, y las notas de pie de página 680 y 681.

[713] Recordamos a este respecto que anteriormente hemos constatado que los términos del artículo 306 permiten que el USTR espere hasta la terminación de los procedimientos del ESD, con inclusión de los procedimientos previstos en el párrafo 5 del artículo 21, antes de formular una determinación de incompatibilidad con arreglo al artículo 306 (véase el párrafo 7.143 *supra*). En cuanto a la legitimidad de tener en cuenta el resultado de los procedimientos del párrafo 5 del artículo 21, las determinaciones del artículo 306 se tienen que efectuar "mediante la vigilancia que debe mantener" el USTR con arreglo al artículo 306 (a). Tal vigilancia puede incluir la referencia al procedimiento del párrafo 5 del artículo 21.

[714] Observamos que al menos otro Miembro de la OMC actuó recientemente de un modo similar. En el asunto *Australia - Salmón*, el Canadá también solicitó autorización al OSD para suspender concesiones dentro del plazo de 30 días, a pesar de que no había acuerdo respecto de si Australia había aplicado las recomendaciones del OSD, y actualmente un grupo especial designado con arreglo al párrafo 5 del artículo 21 está examinando este desacuerdo. En el asunto *Australia - Salmón*, el Canadá adoptó un enfoque similar al de los Estados Unidos a fin de preservar sus derechos dimanantes del artículo 22. En la reunión del OSD celebrada el 28 de julio de 1999, el Canadá declaró lo siguiente:

de estas negociaciones o de los procedimientos de solución de diferencias en el asunto *Bananos III*, la opinión de las CE en relación con el párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22 resultara correcta, los Estados Unidos cumplirían sus compromisos de respetar los procedimientos del ESD también en el caso del artículo 306. En rigor, una vez que las obligaciones de los Estados Unidos en esta materia resultaran claras y se confirmase la opinión de las CE a este respecto, comenzaría a aplicarse el compromiso, que prevalecería, formulado por el Gobierno de los Estados Unidos en el sentido de seguir y esperar a la terminación de los procedimientos previstos en el ESD antes de adoptar determinaciones con arreglo al artículo 306.

4. La constatación del Grupo Especial con respecto a la reclamación de las CE relativa al artículo 306

7.169 Basándonos en lo expresado anteriormente, con independencia de que aceptáramos el enfoque de los Estados Unidos o el de las CE con respecto al párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22, nuestra conclusión sobre la compatibilidad del artículo 306 con el párrafo 2 a) del artículo 23 es la misma. En estas circunstancias, como podemos desempeñar nuestro mandato sin tratar de resolver la diferencia, completamente distinta, relativa a la interpretación correcta del párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22 y la relación entre ambos, nos abstendremos de examinar en mayor medida el conflicto entre el párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22. Si obráramos de otro modo nos apartaríamos del mandato de este Grupo Especial.[715]

7.170 Por estas razones, constatamos que el artículo 306, en las circunstancias mencionadas en la reclamación de las CE, no es incompatible con el párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD. Se aplican también en este caso las mismas advertencias formuladas en nuestras constataciones relativas al artículo 304.[716]

"En el contexto del Examen del ESD, Australia y su país adoptaron la misma posición con respecto a la manera en que debe interpretarse el párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22, es decir, que cuando existe desacuerdo en cuanto a la aplicación, una determinación multilateral de la incompatibilidad debe preceder a la autorización para suspender concesiones. El Canadá presentó una propuesta detallada de enmienda de las disposiciones del ESD con miras a asegurar que se siguiese ese orden. Dado que no se llegó a ningún acuerdo sobre esta cuestión, el Canadá debe hacer valer sus derechos de conformidad con las disposiciones del ESD vigentes. En esta fase, el Canadá no puede seguir únicamente el procedimiento relativo al grupo especial previsto en el párrafo 5 del artículo 21, dado que el mismo concluiría después de la expiración del plazo de 30 días establecido en el artículo 22, dentro del cual el Canadá tiene derecho de solicitar la suspensión de concesiones mediante la aplicación de la regla del consenso negativo" (WT/DSB/M/66, página 5).
Por otra parte, véanse la secuencia y los procedimientos acordados en *Australia - Cuero*, indicados en la nota 709.

[715] Comprendemos que como resultado de esto, queda sin aclarar si el USTR 1) está obligado, según alegan los Estados Unidos, a formular determinaciones de incompatibilidad con arreglo al artículo 306 aunque todavía no se hayan terminado los procedimientos del párrafo 5 del artículo 21, a fin de preservar los derechos de los Estados Unidos dimanantes del artículo 22, o 2) si, como alegan las CE, al USTR le está *prohibido*, en virtud del párrafo 2 a) del artículo 23, formular tales determinaciones hasta que hayan terminado los procedimientos del párrafo 5 del artículo 21. No obstante, subrayamos que nuestra tarea consistía en examinar la compatibilidad de la ley estadounidense como tal y no su aplicación en una diferencia concreta, es decir, si en una diferencia dada el USTR está autorizado a formular una u otra determinación. Con arreglo a cualquiera de ambas hipótesis -el enfoque de los Estados Unidos o el de las CE- constatamos que el artículo 306 no es incompatible con el párrafo 2 a) del artículo 23. Esto queda ahora claramente establecido. Sólo falta por determinar el modo en que el artículo 306 se debe aplicar en una diferencia concreta, cuestión no incluida en nuestro mandato.

[716] Véanse los párrafos 7.131 a 7.136 *supra*.

E. LA RECLAMACIÓN DE LAS CE, DE QUE LOS ARTÍCULOS 305 Y 306 SON INCOMPATIBLES CON EL PÁRRAFO 2 C) DEL ARTÍCULO 23 DEL ESD

1. Introducción

7.171 Las CE alegan que el artículo 306 (b) es incompatible con el párrafo 2 c) del artículo 23 del ESD porque exige al USTR que determine, dentro de los 30 días posteriores al vencimiento del plazo prudencial, qué nuevas medidas adoptará de conformidad con el artículo 301 en el caso de que no se hayan aplicado las recomendaciones del OSD. Las CE también alegan que el artículo 305 (a) (2) es incompatible con el párrafo 2 c) del artículo 23 del ESD porque exige al USTR que aplique la medida determinada anteriormente con arreglo al artículo 306 dentro de los 60 días posteriores al vencimiento del plazo prudencial.

7.172 Como se observó anteriormente, el párrafo 2 c) del artículo 23 establece que en los casos en que los Miembros de la OMC traten de reparar incompatibilidades con la OMC,

> "seguirán los procedimientos establecidos en el artículo 22 para determinar el nivel de subvención de las concesiones u otras obligaciones y para obtener autorización del OSD, de conformidad con esos procedimientos, antes de suspender concesiones u otras obligaciones resultantes de los acuerdos abarcados en el caso de que el Miembro afectado no haya aplicado las recomendaciones y resoluciones dentro de ese plazo prudencial".

Por lo tanto, el párrafo 2 c) del artículo 23 incluye dos obligaciones acumulativas:

a) los Estados Unidos tienen que seguir "los procedimientos establecidos en el artículo 22 para *determinar* el nivel de suspensión de las concesiones u otras obligaciones" (se han añadido las cursivas); y

b) los Estados Unidos tienen que "obtener autorización del OSD, de conformidad con esos procedimientos, antes de *suspender* concesiones u otras obligaciones resultantes de los acuerdos abarcados en el caso de que el Miembro afectado no haya aplicado las recomendaciones y resoluciones dentro de ese plazo prudencial". (Se han añadido las cursivas.)

7.173 Tras examinar las comunicaciones de las partes en relación con esta reclamación, que se detallan exhaustivamente en la parte descriptiva del presente Informe, llegamos a las conclusiones que se exponen a continuación.

2. La reclamación de las CE con respecto a las determinaciones relativas a la adopción de medidas de conformidad con el artículo 306 (b)

7.174 Mientras que la reclamación anterior de las CE se refería a la "consideración" de que no se había cumplido la aplicación con arreglo al artículo 306, esta reclamación se refiere a la determinación posterior sobre las medidas siguientes a la determinación de no aplicación. La cuestión planteada aquí es la segunda fase del artículo 306, según se indicó *supra*.[717] Recordamos que esta determinación se debe formular dentro de los 30 días siguientes al vencimiento del plazo prudencial y que, en las circunstancias mencionadas por las CE, puede resultar obligatoria su formulación antes de terminado el procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 relativo a la aplicación.

[717] Véanse los párrafos 7.139 y 7.140 *supra*.

7.175 Constatamos que esta determinación sobre qué medidas se deben adoptar con arreglo a la segunda fase del artículo 306 sólo se ordena en realidad en el caso de que el USTR haya determinado, de conformidad con la primera fase, que no ha existido aplicación.

7.176 Como hemos hecho con respecto a la reclamación anterior, examinaremos la conformidad del artículo 306 con el párrafo 2 c) del artículo 23 suponiendo, en primer lugar, que es correcta la tesis de los Estados Unidos sobre el párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22 y, posteriormente, en la hipótesis de que la tesis de las CE a este respecto es la correcta.

7.177 Recordamos que, si se acepta la opinión de los Estados Unidos respecto de la relación entre el párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22, los Estados Unidos estarían efectivamente obligados, o al menos autorizados, en virtud del artículo 22 -en el caso de que determinen que no ha existido aplicación- a formular una determinación sobre qué medidas adoptar dentro de los 30 días del vencimiento del plazo prudencial. En caso contrario, los Estados Unidos perderían el derecho a obtener la autorización del OSD por consenso negativo. En tal caso, toda determinación sobre las medidas a adoptar formulada con arreglo al artículo 306 en las circunstancias mencionadas en la reclamación de las CE seguiría "los procedimientos establecidos en el artículo 22 para determinar el nivel de suspensión de las concesiones u otras obligaciones" y, por tanto, sería compatible con lo dispuesto en el párrafo 2 c) del artículo 23.

7.178 Si examinamos a continuación la tesis de las CE sobre el párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22, constatamos, al examinar la primera fase del artículo 306 que -si se acepta la opinión de las CE- las facultades discrecionales para formular una determinación de no aplicación antes de terminados los procedimientos previstos en el párrafo 5 del artículo 21 serían *prima facie* incompatibles con lo dispuesto en el párrafo 2 a) del artículo 23. Esas facultades discrecionales se aplicarían también a la segunda fase del artículo 306. No obstante, ya hemos constatado que -en la hipótesis de que la opinión de las CE fuera correcta- las facultades discrecionales otorgadas al USTR para formular una determinación de que no ha habido aplicación antes de agotados los procedimientos previstos en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD se verían efectivamente limitadas por los compromisos asumidos por la Administración de los Estados Unidos, tanto interna como internacionalmente. Mientras los compromisos de los Estados Unidos estén en vigor, quedaría sin efecto el elemento que activa la determinación relativa a las medidas con arreglo a la segunda fase del artículo 306 y, por tanto, quedaría también eliminada toda posible infracción del párrafo 2 c) del artículo 23.[718] El rigor, en tales circunstancias, toda determinación sobre la adopción de medidas con arreglo a la segunda fase del artículo 306 se llevaría a cabo -así como la determinación sobre la compatibilidad a tenor de la primera fase- con posterioridad a la terminación de los procedimientos

[718] Observamos que -además de las facultades discrecionales concedidas al USTR en la primera fase del artículo 306, que lo autorizan a aplazar la determinación sobre no aplicación- también se han otorgado al USTR ciertas facultades discrecionales en la segunda fase del artículo 306, así como también en virtud del artículo 301, que lo autorizan a no determinar qué acción adoptará hasta que hayan terminado los procedimientos previstos en el párrafo 5 del artículo 21. La determinación ordenada en el artículo 306 sobre qué acción adoptar se refiere a las "medidas imperativas" previstas en el artículo 301(a). El propio artículo 301(a) establece varias excepciones con arreglo a las cuales el USTR no está obligado a adoptar medidas. De conformidad con esta disposición, no es necesario tomar medidas, entre otros casos, si el OSD ha adoptado un informe o ha dictado una resolución en los que se constate que no se han negado los derechos que corresponden a los Estados Unidos; cuando el Miembro en cuestión está adoptando medidas satisfactorias para proteger los derechos en cuestión que corresponden a los Estados Unidos en virtud del Acuerdo sobre la OMC, inclusive la expresión de su intención de cumplir las recomendaciones del OSD; o si, en casos extraordinarios, la adopción de una medida puede tener un efecto negativo desproporcionado para la economía de los Estados Unidos o causar un daño grave a la seguridad nacional de los Estados Unidos. Otro elemento discrecional (que permite que el USTR determine que no se adoptará ninguna medida) es que las medidas previstas en el artículo 301(a) deben respetar las "instrucciones específicas, en su caso, del Presidente con respecto a esas medidas". Incluso si la existencia de las facultades discrecionales previstas en ambas fases del artículo 306 y en el artículo 301 constituyeran una infracción *prima facie*, los compromisos asumidos por los Estados Unidos las suprimirían.

previstos en el párrafo 5 del artículo 21 de conformidad con la opinión de las CE acerca del artículo 22. Por tanto, tal determinación sobre la adopción de medidas seguiría "los procedimientos establecidos en el artículo 22 para determinar el nivel de suspensión de las concesiones u otras obligaciones" y sería compatible con lo dispuesto en el párrafo 2 c) del artículo 23.

7.179 Por las razones esbozadas *supra*, constatamos que el artículo 306 -con independencia de que aceptemos el enfoque de los Estados Unidos o el de las CE con respecto al párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22- no es incompatible con las obligaciones de los Estados Unidos dimanantes del párrafo 2 c) del artículo 23. Se aplican en este caso las mismas advertencias formuladas en nuestras constataciones relativas al artículo 304.[719]

3. La reclamación de las CE con respecto a la aplicación de medidas de conformidad con el artículo 305

7.180 Corresponde aplicar un razonamiento análogo a la reclamación de las CE con respecto al artículo 305. Toda medida cuya adopción haya sido determinada por el USTR de conformidad con el artículo 306, consistente en la suspensión de concesiones u otras obligaciones dimanantes de la OMC, se tiene que aplicar, de conformidad con el artículo 305 (a) (1), dentro de los "30 días después de la fecha en que se haya formulado esa determinación". Dicho de otro modo, si el USTR determina adoptar medidas dentro de los 30 días después del vencimiento del plazo prudencial, según se indica en el artículo 306, estará obligado a aplicar esa medida dentro de los 60 días posteriores al vencimiento del plazo prudencial. Coincidimos con las CE en que el procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 e incluso el procedimiento de arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 sobre el nivel de la suspensión pueden no estar terminados dentro de este plazo de 60 días.[720] En consecuencia, el artículo 305 (a) (1), considerado aisladamente, puede, en ciertas circunstancias, ordenar la aplicación de medidas antes de que se reciba la autorización del OSD para hacerlo.

7.181 Sin embargo, con arreglo al artículo 305 (a) (2) se otorgan facultades discrecionales para suspender toda aplicación de medidas por un plazo de hasta 180 días más allá de los 60 días siguientes al vencimiento del plazo prudencial. El USTR puede obrar así si determina, por ejemplo, "que es necesario o aconsejable un aplazamiento para obtener el respeto de los derechos de los Estados Unidos", por ejemplo, la autorización del OSD para suspender concesiones.[721] Por otra parte,

---

[719] Véanse los párrafos 7.131 a 7.136 *supra*.

[720] Con respecto a los procedimientos previstos en el párrafo 5 el artículo 21, véase el párrafo 7.142 *supra*. Como el procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 puede comenzar aparentemente el día del vencimiento del plazo prudencial o cerca de esa fecha, y, como regla general, requiere 90 días, es probable que esos procedimientos no se terminen dentro del plazo de 60 días previsto en el artículo 305. Con respecto al procedimiento de arbitraje establecido en el párrafo 6 del artículo 22, observamos que esta disposición determina que el arbitraje se debe terminar dentro de los 60 días siguientes al vencimiento del plazo prudencial, esto es, el plazo límite fijado en el artículo 305. Sin embargo, aunque el arbitraje se terminase dentro de ese plazo, puede necesitarse más tiempo para que el OSD autorice efectivamente la suspensión de concesiones de conformidad con el informe arbitral. Si se tiene en cuenta la nota de pie de página 7 contenida en el informe arbitral del asunto *Bananos III* (WT/DS27/ARB), ni siquiera la terminación del procedimiento de arbitraje dentro de los 60 días constituye una certeza: "a juzgar por sus propios términos, el plazo de 60 días establecido en el párrafo 6 del artículo 22 no limita ni define la competencia de los árbitros *ratione temporis*, sino que impone a éstos una obligación *de procedimiento* con respecto a la realización de su labor, y no establece una obligación *sustantiva* con respecto a su validez. En nuestra opinión, si los plazos del párrafo 5 del artículo 17 y del párrafo 6 del artículo 22 dieran lugar a la falta de competencia del Órgano de Apelación o de los árbitros, el ESD lo habría declarado expresamente. Por ejemplo, el párrafo 12 del artículo 12 del ESD, que dispone que 'si los trabajos del grupo especial hubieran estado suspendidos durante más de 12 meses, quedará sin efecto la decisión de establecer el grupo especial' prevé esa extinción de la competencia".

[721] Por lo tanto, incluso si la opinión de los Estados Unidos sobre la relación entre el párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22 fuera correcta, el USTR aún podría -después de haber formulado determinaciones

la aplicación de las medidas previstas en el artículo 305 están también sujetas a "las instrucciones específicas, en su caso, del Presidente" con respecto a esas medidas.[722]

7.182 La exigencia de aplicar las medidas dentro de los 60 días -salvo que se establezcan excepciones- incluso en los casos en que aún no se haya obtenido la autorización del OSD, puede constituir una infracción *prima facie* de la obligación de los Estados Unidos en virtud del párrafo 2 c) del artículo 23, de "obtener la autorización del OSD, de conformidad con esos procedimientos [los del artículo 22], antes de suspender concesiones u otras obligaciones". El hecho de que la aplicación pueda aplazarse no satisface, a nuestro juicio, la garantía otorgada por los Estados Unidos en virtud del párrafo 2 c) del artículo 23 a todo los Miembros de la OMC y, por conducto de ellos, a los agentes económicos en el mercado, de que no se formularán determinaciones contrarias al párrafo 2 c) del artículo 23.

7.183 Sin embargo, incluso si la existencia de tales facultades discrecionales constituyeran una infracción *prima facie*, los compromisos contraídos por los Estados Unidos eliminarían esta infracción y no se podría constatar una infracción del párrafo 2 c) del artículo 23. Observamos en particular que, con arreglo a la Declaración de Acción Administrativa (DAA), el USTR está obligado:

> "si la cuestión no puede resolverse durante ese período [el plazo prudencial], a recabar autorización del OSD para adoptar medidas de retorsión".[723]

7.184 En consecuencia, después de evaluar todos los elementos que guardan relación con el artículo 305, llegamos a la conclusión de que, con arreglo a la ley estadounidense, está prohibido al USTR ejercitar sus facultades discrecionales previstas en el artículo 305 de un modo que dé lugar a la aplicación de medidas antes de haber obtenido la autorización del OSD.[724] Observamos que las facultades discrecionales del USTR en esta materia han sido limitadas legalmente. El artículo 305 (a) (2) (ii), en particular, autoriza al USTR a aplazar la aplicación de las medidas cuando sea "necesario o aconsejable […] para obtener el respeto de los derechos de los Estados Unidos", en

---

sobre la compatibilidad con las normas de la OMC y sobre la adopción de medidas conforme al artículo 301 *antes* de terminado el procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 de conformidad con lo exigido, o al menos lo autorizado, por su interpretación del artículo 22- aplazar la aplicación de toda medida cuya adopción hubiese determinado hasta obtener la autorización del OSD para aplicar dicha medida de forma compatible con el párrafo 2 c) del artículo 23.

[722] Observamos asimismo que la activación del artículo 305 depende de una determinación de adopción de medidas con arreglo al artículo 306 (segunda fase) y que la determinación de adopción de medidas con arreglo al artículo 306 (segunda fase) depende de que se "considere" que no ha habido aplicación, de conformidad con el artículo 306 (primera fase). Como el factor que pone en marcha la determinación de que no ha habido aplicación -según el criterio de las CE sobre la relación entre el párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22- habría sido suprimido, la posterior aplicación de las medidas también se habría aplazado, al menos hasta la terminación de los procedimientos previstos en el párrafo 5 del artículo 21.

[723] DAA, página 366, cuarto punto.

[724] Estamos de acuerdo con los Estados Unidos en que, si se utiliza el plazo máximo de aplazamiento, el total de 240 días posteriores al vencimiento del plazo prudencial -los 60 días originales sumados a los 180 días de prórroga- bastaría para que el USTR esperara en todos los casos a la terminación de los procedimientos previstos tanto en el párrafo 5 del artículo 21 como en el párrafo 6 del artículo 22, así como a la autorización del OSD para suspender concesiones.

este caso el derecho de obtener la autorización del OSD para suspender concesiones u otras obligaciones.[725]

7.185 Por las razones expuestas anteriormente, constatamos que el artículo 305, en las circunstancias mencionadas en la reclamación de las CE, no es incompatible con las obligaciones que impone a los Estados Unidos el párrafo 2 c) del artículo 23. También se aplican aquí las mismas advertencias formuladas en nuestras constataciones relativas al artículo 304.[726]

F. LAS RECLAMACIONES DE LAS CE EN VIRTUD DEL GATT DE 1994

7.186 Las CE alegan por último que, en las diferencias relativas a mercancías, el artículo 306 exige al USTR que imponga "unilateralmente" medidas como consecuencia de una determinación "unilateral", no autorizada por el ESD, de que no se han aplicado las recomendaciones del OSD, lo que infringe necesariamente los artículos I, II, III, VIII u XI del GATT de 1994. Las CE concluyen que, por tanto, también el propio artículo 306 infringe las citadas disposiciones del GATT.

7.187 Señalamos, primero, que estas alegaciones relativas al GATT dependen de que se acepten las afirmaciones de las CE referentes al ESD.[727] Cabe afirmar que, si el ESD autoriza explícitamente una medida, ésta no puede estar prohibida por el GATT de 1944, que es más general. Como hemos constatado que el artículo 306 no es incompatible con el artículo 23 del ESD, podemos presumir también que se deben rechazar la alegación subsidiaria referente al GATT.[728]

7.188 Por otra parte, en cuanto al fondo de su argumento, las CE no desarrollaron ulteriormente esta alegación.[729] Ésta ni siquiera se refería al texto de las disposiciones del GATT invocadas.

7.189 Por estas razones, constatamos que las CE no han cumplido su carga de probar que el artículo 306 como tal constituye una infracción del GATT de 1994.

---

[725] Al hacer esta constatación, dejamos expresamente sin resolver la cuestión de cómo se debe aplicar la autorización para suspender concesiones *ratione temporis*, cuestión que está sometida al procedimiento de otro grupo especial.

[726] Véanse los párrafos 7.131 a 7.136 *supra*.

[727] Las CE parecen estar de acuerdo en esto cuando afirman, en el párrafo 11 de la comunicación que han presentado como réplica, que "Los artículos 301 a 310, en su sentido inmediato, obligan imperativamente a las autoridades de los Estados Unidos a adoptar medidas unilaterales en contradicción con el artículo 23 del ESD (*y por consiguiente* con los artículos I, II, III, VIII y XI del GATT de 1994)" (se han añadido las cursivas).

[728] Observamos a este respecto, además, que las medidas adoptadas a tenor del artículo 301 también pueden ser compatibles con las disposiciones del GATT aunque no estén expresamente autorizadas por el ESD. Esto podría ocurrir, por ejemplo, cuando la medida consista en un aumento de los aranceles aplicados, sin sobrepasar el nivel del tipo consolidado, y en régimen NMF.

[729] En su réplica (página 22 de la versión inglesa) las CE sólo declararon lo siguiente sobre esta reclamación: "Dado que los artículos 304 (a) (2) (A) y 306 (b), en su forma modificada, exigen que los Estados Unidos adopten las medidas comerciales de retorsión dentro de ciertos plazos, con independencia del resultado de los procedimientos de solución de diferencias en el marco de la OMC, las medidas adoptadas en materia de comercio de mercancías y no autorizadas con arreglo al párrafo 7 del artículo 3 y el artículo 22 del ESD necesariamente constituirán una infracción de las obligaciones de los Estados Unidos en una o más de las siguientes esferas del GATT: la cláusula de la nación más favorecida (artículo I del GATT de 1994), las consolidaciones de derechos arancelarios asumidas por los Estados Unidos (artículo II del GATT de 1994), la cláusula de trato nacional (artículo III del GATT de 1994), la obligación de no recaudar cargas excesivas (artículo VIII del GATT de 1994) y la prohibición de imponer restricciones cuantitativas (artículo XI del GATT de 1994)." Véase el párrafo 4.1013 del presente Informe.

VIII. CONCLUSIONES

8.1 Habida cuenta de los elementos legislativos y no legislativos de los artículos 301 a 310, en particular los compromisos asumidos por los Estados Unidos que se detallan en la Declaración de Acción Administrativa aprobada por el Congreso de los Estados Unidos con ocasión de la aplicación de los Acuerdos de la Ronda Uruguay, confirmados y ampliados en las declaraciones formuladas por los Estados Unidos ante este Grupo Especial, llegamos a la conclusión de que los aspectos de los artículos 301 a 310 de la Ley de Comercio Exterior de los Estados Unidos sometidos a este Grupo Especial en la presente diferencia no son incompatibles con las obligaciones de los Estados Unidos en el marco de la OMC. Más concretamente, concluimos que

a) El artículo 304 (a) (2) (A) de la Ley de Comercio Exterior de 1974 de los Estados Unidos no es incompatible con el párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD;

b) el artículo 306 (b) de la Ley de Comercio Exterior de 1974 de los Estados Unidos, con independencia de que aceptemos el enfoque de los Estados Unidos o el de las CE con respecto al párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22 del ESD, no es incompatible con

- el párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD, ni con
- el párrafo 2 c) del artículo 23 del ESD;

c) el artículo 305 (a) de la Ley de Comercio Exterior de 1974 de los Estados Unidos no es incompatible con el párrafo 2 c) del artículo 23 del ESD;

d) el artículo 306 (b) de la Ley de Comercio Exterior de 1974 de los Estados Unidos no es incompatible con los artículos I, II, III, VIII y XI del GATT de 1994, según lo planteado por las CE.

Es importante destacar que todas estas conclusiones se basan total o parcialmente en los compromisos de la Administración de los Estados Unidos mencionados anteriormente. De ello se desprende que si ellos fueran derogados o de otro modo dejados sin efecto por la Administración de los Estados Unidos o por otra rama del Gobierno de los Estados Unidos, las constataciones de conformidad contenidas en estas conclusiones dejarían de estar justificadas.

Firmado en el original el 8 de noviembre de 1999 por:

_____
David Hawes
Presidente

_____ _____
Terje Johannessen Joseph Weiler
Miembro Miembro

ANEXO I

A. ARTÍCULOS 301 A 310 DE LA LEY DE COMERCIO EXTERIOR DE 1974

ARTÍCULO 301. MEDIDAS QUE PUEDE ADOPTAR EL REPRESENTANTE DE LOS ESTADOS UNIDOS PARA LAS CUESTIONES COMERCIALES INTERNACIONALES

(a) MEDIDAS IMPERATIVAS.-

(1) Cuando el Representante de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales Internacionales determine de conformidad con el artículo 304(a)(1) que:

(A) se están negando los derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo comercial; o

(B) una ley, política o práctica de un país extranjero:

(i) infringe las disposiciones de un acuerdo comercial o es incompatible con ellas, o niega de otro modo a los Estados Unidos las ventajas que supone un acuerdo comercial, o

(ii) es injustificable y obstaculiza o limita el comercio de los Estados Unidos;

adoptará las medidas previstas en el párrafo (c) del presente artículo, respetando las instrucciones específicas, en su caso, del Presidente con respecto a esas medidas, y adoptará todas las demás medidas adecuadas y posibles que esté autorizado a adoptar el Presidente y que éste ordene al Representante para las Cuestiones Comerciales que adopte de conformidad con el presente párrafo para proteger esos derechos u obtener la supresión de esa ley, política o práctica.

Podrán adoptarse medidas, dentro de los límites de las facultades del Presidente, que afecten al comercio de cualquier mercancía o servicio o a cualquier otra esfera de las relaciones pertinentes con el país extranjero.

(2) El Representante para las Cuestiones Comerciales no estará obligado a adoptar medidas de conformidad con el párrafo (1) en aquellos casos en los que:

(A) el Órgano de Solución de Diferencias (definido en el artículo 121(5) de la Ley de los Acuerdos de la Ronda Uruguay) haya adoptado un informe o se haya dictado una resolución como resultado de un procedimiento de solución de diferencias previsto formalmente en cualquier otro acuerdo comercial en los que se constate que:

(i) no se están negando los derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud del acuerdo comercial, o

(ii) la ley, política o práctica

(I) no constituye una infracción de los derechos que corresponden a los Estados Unidos ni es incompatible con ellos, o

(II) no niega, anula o menoscaba ventajas que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo comercial; o

(B) el propio Representante para las Cuestiones Comerciales constate:

(i) que el país extranjero está adoptando medidas satisfactorias para proteger los derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud del acuerdo comercial,

(ii) que el país extranjero

(I) ha aceptado suprimir o eliminar gradualmente la ley, política o práctica, o

(II) ha convenido una solución rápida al obstáculo para el comercio de los Estados Unidos, o a la restricción del mismo, que es considerada satisfactoria por el Representante para las Cuestiones Comerciales,

(iii) que resulta imposible al país extranjero lograr los resultados descritos en las cláusulas i) o (ii), según proceda, pero éste acepta ofrecer a los Estados Unidos unos beneficios comerciales compensatorios que el Representante para las Cuestiones Comerciales considera satisfactorios,

(iv) en casos extraordinarios, que la adopción de una medida de conformidad con el presente párrafo puede tener un efecto negativo para la economía de los Estados Unidos claramente desproporcionado en comparación con los beneficios que se derivarían de la misma, teniendo en cuenta el impacto que la adopción o no adopción de la medida tendría sobre la credibilidad de las disposiciones del presente apartado del presente capítulo, o

(v) que la adopción de una medida de conformidad con el presente párrafo puede causar un daño grave a la seguridad nacional de los Estados Unidos.

(3) Las medidas que se adopten de conformidad con el párrafo (1) para suprimir una ley, política o práctica tendrán que ser concebidas de forma que afecten a mercancías o servicios del país extranjero en una cuantía equivalente al valor del obstáculo o restricción que haya impuesto ese país al comercio de los Estados Unidos.

(b) MEDIDAS DISCRECIONALES.- Cuando el Representante para las Cuestiones Comerciales determine de conformidad con el artículo 304(a)(1) que:

(1) una ley, política o práctica de un país extranjero no es razonable o es discriminatoria y obstaculiza o limita el comercio de los Estados Unidos, y

(2) es adecuado que los Estados Unidos adopten medidas, adoptará todas las medidas adecuadas y posibles de conformidad con el párrafo (c) del presente artículo, respetando las instrucciones específicas, en su caso, del Presidente con respecto a esas medidas, y adoptará todas las demás medidas adecuadas y posibles que esté autorizado a adoptar el Presidente y que éste ordene al Representante para las Cuestiones Comerciales que adopte de conformidad con el presente párrafo para proteger esos derechos u obtener la supresión de esa ley, política o práctica.

Podrán adoptarse medidas, dentro de los límites de las facultades del Presidente, que afecten al comercio de cualquier mercancía o servicio o a cualquier otra esfera de las relaciones pertinentes con el país extranjero.

(c) ALCANCE DE LAS FACULTADES.-

(1) A los efectos de dar cumplimiento a las disposiciones de los párrafos (a) o (b) del presente artículo, el Representante para las Cuestiones Comerciales estará autorizado:

(A) a suspender o retirar los beneficios que supongan las concesiones hechas para dar cumplimiento a un acuerdo comercial con el país extranjero al que sea aplicable dicho párrafo, o a impedir el disfrute de esos beneficios;

(B) a imponer derechos u otras restricciones a la importación a las mercancías de ese país extranjero y, sin perjuicio de las demás disposiciones legales, tasas o restricciones a los servicios del mismo durante el período de tiempo que considere adecuado;

(C) en aquellos casos en que la ley, política o práctica tampoco cumpla los criterios necesarios para poder recibir un trato de franquicia arancelaria de conformidad con el artículo 502(b) y (c) de la presente Ley, el artículo 212(b) y (c) de la Ley de Recuperación Económica de la Cuenca del Caribe (19 U.S.C. 2702(b) y (c)), o el artículo 203(c) y (d) de la Ley de Preferencias Comerciales para los Países Andinos (19 U.S.C. 3202(c) y (d)), a retirar, limitar o suspender ese trato al amparo de tales disposiciones, sin perjuicio de las disposiciones del párrafo (a)(3) del presente artículo; o

(D) a establecer con ese país extranjero unos acuerdos vinculantes en virtud de los cuales éste se comprometa a:

(i) suprimir o eliminar gradualmente la ley, política o práctica que sería objeto de las medidas que pueden adoptarse de conformidad con los párrafos (a) o (b) del presente artículo,

(ii) eliminar los obstáculos o limitaciones al comercio de los Estados Unidos resultantes de esa ley, política o práctica, o

(iii) ofrecer a los Estados Unidos unos beneficios comerciales compensatorios que:
(I) el Representante para las Cuestiones Comerciales considere satisfactorios, y
(II) cumplan los requisitos del párrafo (4).

(2) (A) Sin perjuicio de las demás disposiciones legales que regulan el acceso autorizado en cualquier sector de servicios, y además de las facultades que le atribuye el párrafo (1), el Representante para las Cuestiones Comerciales podrá, a los efectos de dar cumplimiento a las disposiciones de los párrafos (a) o (b) del presente artículo:
(i) limitar, de la forma que, y en la medida en que, considere convenientes, los términos y condiciones de ese acceso autorizado, o
(ii) denegar la autorización de ese acceso.

(B) Sólo podrán adoptarse al amparo del presente artículo las medidas descritas en el apartado (A) contra autorizaciones de acceso al sector de servicios ya concedidas, o contra solicitudes ya presentadas, a partir de la fecha en que:
(i) se presente una solicitud de conformidad con el artículo 302(a), o
(ii) el Representante para las Cuestiones Comerciales determine iniciar una investigación de conformidad con el artículo 302(b).

(C) Antes de adoptar una medida de conformidad con el presente artículo que suponga la imposición de gravámenes u otras restricciones a los servicios de un país extranjero, si los servicios en cuestión están reglamentados por una dependencia del Gobierno Federal o de cualquier Estado, el Representante para las Cuestiones Comerciales consultará, según proceda, al jefe de la dependencia en cuestión.

(3) El Representante para las Cuestiones Comerciales podrá adoptar las medidas que los párrafos (a) o (b) del presente artículo le autorizan a adoptar contra cualquier mercancía o sector económico:
(A) de forma no discriminatoria o exclusivamente contra el país extranjero al que sean aplicables esos párrafos, y
(B) sin tener en cuenta si esas mercancías o sectores económicos están relacionados con la ley, la política o la práctica que motivan la medida.

(4) Los acuerdos comerciales a que hace referencia el párrafo (1)(D)(iii) tendrán que aportar unos beneficios comerciales compensatorios al sector económico que incluya a la rama de producción nacional que se beneficiaría de la eliminación de la ley, la política o la práctica que motivaron la adopción de una medida de conformidad con los párrafos (a) o (b) del presente artículo, o al sector económico que esté lo más estrechamente relacionado posible con el primero, salvo si:
(A) no es factible lograr esos beneficios comerciales, o
(B) los beneficios comerciales aportados a cualquier otro sector económico serían mayores que los primeros.

(5) Cuando el Representante para las Cuestiones Comerciales determine que las medidas que vayan a aplicarse de conformidad con los párrafos (a) o (b) del presente artículo adopten la forma de restricciones a la importación:
(A) dará preferencia a la imposición de derechos frente a cualquier otra restricción a la importación, y
(B) cuando imponga una restricción a la importación distinta de un derecho, considerará la posibilidad de sustituir esa restricción a la importación por un derecho equivalente, calculado de forma agregada.

(6) Las medidas que adopte el Representante para las Cuestiones Comerciales de conformidad con el presente artículo con respecto a medidas de promoción de las exportaciones se basarán, en lo posible, en el nivel total de los beneficios que

representarían esas medidas de promoción de las exportaciones para el beneficiario durante el período en que estarían vigentes las primeras.

(d) DEFINICIONES Y NORMAS ESPECIALES. - A los efectos del presente párrafo:
(1) El término "comercio" incluye, pero no se limita a ello, lo siguiente:
(A) los servicios (incluida la transferencia de información) que lleva asociados el comercio internacional, tanto si estos servicios están relacionados con mercancías específicas como en caso contrario, y
(B) la inversión extranjera directa de ciudadanos de los Estados Unidos que tenga repercusiones en el comercio de mercancías o servicios.

(2) Las leyes, políticas o prácticas de un país extranjero que obstaculizan o limitan el comercio de los Estados Unidos pueden consistir, entre otras cosas, en la concesión por ese país extranjero, directa o indirectamente, de subvenciones a la construcción de buques destinados al transporte comercial de mercancías entre países extranjeros y los Estados Unidos.

(3) (A) Las leyes, políticas o prácticas no serán razonables, aunque no supongan necesariamente una infracción de los derechos de carácter jurídico internacional que corresponden a los Estados Unidos ni sean incompatibles con ellos, si son de otro modo desleales e injustas.
(B) Se entenderá por leyes, políticas y prácticas que no son razonables, pero sin limitarse a ello, las leyes, políticas o prácticas, o las combinaciones de leyes, políticas o prácticas, que:
(i) nieguen:
(I) oportunidades justas y equitativas para el establecimiento de empresas,
(II) la oferta justa y equitativa de una protección adecuada y efectiva de los derechos de propiedad intelectual, con independencia del hecho de que el país extranjero cumpla las obligaciones específicas derivadas del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio a que hace referencia el artículo 101(d)(15) de la Ley de los Acuerdos de la Ronda Uruguay,
(III) oportunidades justas y equitativas de acceso no discriminatorio al mercado para los ciudadanos de los Estados Unidos que confíen en la protección de la propiedad intelectual, o
(IV) oportunidades justas y equitativas de mercado, por ejemplo, la tolerancia por un gobierno extranjero de actividades anticompetitivas sistemáticas de empresas o entre empresas del país extranjero que tengan por efecto limitar, por motivos incompatibles con consideraciones comerciales, el acceso de mercancías o servicios de los Estados Unidos a un mercado extranjero,
(ii) representen una promoción de las exportaciones, o
(iii) se inscriban en una pauta persistente de:
(I) negar el derecho de asociación de los trabajadores,
(II) negar a los trabajadores el derecho de organización y de negociación colectiva,
(III) permitir cualquier tipo de trabajo forzoso u obligatorio,
(IV) no establecer una edad mínima para el empleo de mano de obra infantil, o
(V) no establecer normas mínimas de salarios, horas de trabajo y seguridad e higiene en el puesto de trabajo.

(C) (i) Las leyes, políticas y prácticas de un país extranjero a que hace referencia el apartado (B)(iii) no serán considerados no razonables si el Representante para las Cuestiones Comerciales determina que:
(I) el país extranjero ha adoptado o está adoptando medidas que demuestren un progreso significativo y tangible general en el reconocimiento por el país extranjero (con inclusión de cualquier zona concreta dentro de ese país

extranjero) de los derechos y demás normas a que se refieren las cláusulas del apartado (B)(iii), o

(II) esas leyes, políticas y prácticas no son incompatibles con el nivel de desarrollo económico del país extranjero.

(ii) El Representante para las Cuestiones Comerciales publicará en el Federal Register las determinaciones que formule de conformidad con la cláusula (i), junto con una descripción de los hechos en que se basen esas determinaciones.

(D) Para determinar si una ley, política o práctica no es razonable, se tendrá en cuenta, en la medida conveniente, la existencia de oportunidades recíprocas en los Estados Unidos para los ciudadanos y las empresas del extranjero.

(E)Por "promoción de las exportaciones" se entenderá cualquier plan o programa gubernamental consistente en una combinación de medidas coordinadas (tanto si se aplican por separado como si se aplican conjuntamente) en beneficio de una empresa, una industria o un grupo de empresas o industrias específicos, cuyo efecto sea ayudar a esa empresa, industria o grupo a mejorar su capacidad de competencia en la exportación de una clase o tipo de mercancía.

(F) (i) A los efectos del apartado (B)(i)(II), la protección adecuada y efectiva de los derechos de propiedad intelectual incluirá la oferta por las leyes del país extranjero de medios adecuados y efectivos que puedan utilizar las personas que no sean ciudadanos o nacionales de ese país para proteger, ejercitar y utilizar derechos y disfrutar de los beneficios comerciales derivados de las patentes, marcas de fábrica o de comercio, derechos de autor y derechos conexos, medios de enmascaramiento, secretos comerciales y derechos de autor sobre obtenciones vegetales.

(ii) A los efectos del apartado (B)(i)(IV), la negación de oportunidades justas y equitativas de acceso no discriminatorio al mercado incluirá las restricciones de acceso al mismo que tengan relación con el uso, explotación o disfrute de los beneficios comerciales que puedan derivarse del ejercicio de derechos de propiedad intelectual sobre obras protegidas o fijaciones o productos que incorporen obras protegidas.

(4) (A) Una ley, política o práctica será injustificable si supone una infracción de los derechos de carácter jurídico internacional que corresponden a los Estados Unidos o es incompatible con ellos.

(B) Se considerarán leyes, políticas y prácticas injustificables, aunque no se limiten a ello, las descritas en el apartado (A) que nieguen el trato nacional o de la nación más favorecida o el derecho de establecimiento o la protección de los derechos de propiedad intelectual.

(5) Se considerarán leyes, políticas y prácticas discriminatorias, cuando proceda, las que nieguen el trato nacional o el trato de la nación más favorecida a mercancías, servicios o inversiones de los Estados Unidos.

(6) Por "acceso autorizado a un sector de servicios" se entenderá el concedido mediante licencia, permiso, orden o autorización de otro tipo, emitidos de conformidad con las disposiciones de la legislación federal, que permitan que un proveedor extranjero de servicios acceda al mercado de los Estados Unidos en el sector de servicios en cuestión.

(7) Se entenderá que los términos "país extranjero" incluirán todos los organismos extranjeros. Las posesiones o territorios de un país extranjero que tengan una

administración independiente a efectos aduaneros serán tratados como países extranjeros diferentes.

(8) Por "Representante para las Cuestiones Comerciales" se entenderá el Representante de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales Internacionales.

(9) Únicamente a los efectos de los artículos 302(a)(4)(B), 304(b)(1)(A), 306(c)(2) y 307(a)(2), los términos "personas interesadas" incluirán, pero no se limitarán a ello, a las empresas y trabajadores nacionales, a los representantes de los intereses de los consumidores, a los exportadores de productos de los Estados Unidos y a todos los usuarios industriales de las mercancías o servicios que resulten afectados por las medidas que se adopten de conformidad con los párrafos (a) o (b) del presente artículo.

ARTÍCULO 302. INICIACIÓN DE INVESTIGACIONES.

(a) SOLICITUDES.-

(1) Toda persona interesada podrá presentar una solicitud al Representante para las Cuestiones Comerciales pidiendo que se adopten medidas de conformidad con el artículo 301 y exponiendo las alegaciones en que se base aquélla.

(2) El Representante para las Cuestiones Comerciales examinará las alegaciones que contengan las solicitudes que se presenten de conformidad con el párrafo (1) y a más tardar 45 días después de la fecha en que haya recibido dichas solicitudes determinará si inicia la investigación, o no.

(3) Cuando el Representante para las Cuestiones Comerciales determine no iniciar una investigación a raíz de una solicitud, informará al solicitante de los motivos de la determinación y publicará un anuncio de la misma, junto con un resumen de los motivos, en el Federal Register.

(4) Cuando el Representante para las Cuestiones Comerciales formule una determinación positiva de conformidad con el párrafo (2) a raíz de una solicitud, iniciará una investigación sobre las cuestiones que se planteen en la misma. El Representante para las Cuestiones Comerciales publicará un resumen de la solicitud en el Federal Register y, lo antes posible, ofrecerá la posibilidad de que se expongan las distintas opiniones sobre las cuestiones planteadas, con inclusión de una audiencia pública:

(A) en un plazo de 30 días contados a partir de la fecha de la determinación positiva (o en una fecha posterior si el solicitante lo acepta) si en la solicitud se pide que se celebre una audiencia pública durante ese período, o

(B) en cualquier otro momento si el solicitante o cualquier otra persona interesada lo solicitan a su debido tiempo.

(b) INICIACIÓN DE UNA INVESTIGACIÓN POR MEDIOS DISTINTOS DE UNA SOLICITUD.-

(1) (A) Cuando el Representante para las Cuestiones Comerciales determine que debe iniciarse una investigación de conformidad con el presente párrafo sobre un asunto planteado para determinar si puede dar lugar a la imposición de medidas de conformidad con el artículo 301, publicará esa determinación en el Federal Register e iniciará la investigación.

(B) Antes de formular una determinación de conformidad con el apartado (A), el Representante para las Cuestiones Comerciales mantendrá consultas con los comités pertinentes, establecidos de conformidad con el artículo 135.

(2) (A) A más tardar 30 días después de la fecha en que haya sido identificado un país de conformidad con el artículo 182(a)(2), el Representante para las Cuestiones

Comerciales iniciará una investigación de conformidad con el presente apartado del presente capítulo sobre la ley, política o práctica de ese país:

(i) que haya sido la base de tal identificación, y

(ii) que no sea objeto en ese momento de otra investigación o medida de conformidad con el presente apartado del presente capítulo.

(B) El Representante para las Cuestiones Comerciales no estará obligado por el apartado (A) a iniciar una investigación de conformidad con el presente apartado del presente capítulo sobre una ley, política o práctica de un país extranjero si determina que la iniciación de la investigación sería perjudicial para los intereses económicos de los Estados Unidos.

(C) Si el Representante para las Cuestiones Comerciales determina de conformidad con el apartado (B) no iniciar una investigación, presentará al Congreso un informe por escrito en el que se expliquen detalladamente:

(i) los motivos de la determinación, y

(ii) los intereses económicos de los Estados Unidos que resultarían afectados negativamente por la investigación.

(D) El Representante para las Cuestiones Comerciales mantendrá consultas, de vez en cuando, con el Registro de Derechos de Autor, el Comisario de Patentes y Marcas de Fábrica y de Comercio y otros funcionarios competentes del Gobierno Federal durante las investigaciones que se inicien de conformidad con el presente apartado del presente capítulo en virtud del apartado (A).

(c) CAPACIDAD DISCRECIONAL. Cuando el Representante para las Cuestiones Comerciales determine si debe iniciar o no una investigación de conformidad con los párrafos (a) o (b) del presente artículo sobre una ley, política o práctica que esté incluida en el ámbito de una de las disposiciones del artículo 301 (d), dispondrá de capacidad discrecional para determinar si será eficaz adoptar medidas de conformidad con el artículo 301 para hacer frente a esa ley, política o práctica.

ARTÍCULO 303. CONSULTAS A RAÍZ DE LA INICIACIÓN DE UNA INVESTIGACIÓN.

(a) DISPOSICIONES GENERALES.-

(1) En la fecha en que se inicie una investigación de conformidad con el artículo 302, el Representante para las Cuestiones Comerciales solicitará, en nombre de los Estados Unidos consultas con el país extranjero de que se trate sobre las cuestiones sobre las que verse la investigación.

(2) Cuando intervenga un acuerdo comercial en la investigación que se inicie de conformidad con el artículo 302 y no se llegue a una solución mutuamente aceptable antes de:

(A) la fecha de vencimiento del plazo para las consultas, caso de haberlo, que se señale en el acuerdo comercial, o

(B) 150 días después de la fecha en que se iniciaron las consultas, si este plazo es más breve que el anterior, el Representante para las Cuestiones Comerciales solicitará con prontitud que se inicien las actuaciones sobre la cuestión, de conformidad con los procedimientos formales de solución de diferencias previstos en dicho acuerdo.

(3) Al preparar las intervenciones de los Estados Unidos en las consultas y los procedimientos de solución de diferencias, el Representante para las Cuestiones Comerciales solicitará información y asesoramiento al solicitante (caso de haberlo) y a los comités pertinentes establecidos de conformidad con el artículo 135.

(b) PRÓRROGA DEL PLAZO PARA LA SOLICITUD DE CONSULTAS.-

(1) Sin perjuicio de las disposiciones del párrafo a) del presente artículo:

(A) el Representante para las Cuestiones Comerciales, tras consultar con el solicitante (caso de haberlo), podrá prorrogar hasta 90 días el plazo para presentar una solicitud de consultas de conformidad con el párrafo (a) del presente artículo con el fin de verificar o mejorar la solicitud y asegurar así una base adecuada para las consultas, y

(B) si las consultas se aplazan al amparo de las disposiciones del apartado (A) *supra*, todos los plazos previstos en el artículo 304 se ampliarán en la misma medida.

(2) El Representante para las Cuestiones Comerciales:

(A) publicará un anuncio de cualquier aplazamiento de la aplicación del párrafo (1) en el Federal Register, y

(B) informará al Congreso de los motivos de ese retraso a través del informe exigido por el artículo 309(a)(3).

ARTÍCULO 304. DETERMINACIONES DEL REPRESENTANTE PARA LAS CUESTIONES COMERCIALES.

(a) DISPOSICIONES GENERALES.-

(1) Sobre la base de las investigaciones que se inicien de conformidad con el artículo 302 y de las consultas (y de actuaciones, en su caso) que se entablen de conformidad con el artículo 303, el Representante para las Cuestiones Comerciales:

(A) determinará:

(i) si se están negando los derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo comercial, o

(ii) si existe una ley, política o práctica de las descritas en los párrafos (a)(1)(B) o (b)(1) del artículo 301, y

(B) si la determinación que formule de conformidad con el apartado (A) es positiva, qué medida, en su caso, debe adoptar de conformidad con los párrafos (a) o (b) del artículo 301.

(2) El Representante para las Cuestiones Comerciales formulará las determinaciones exigidas por el párrafo (1) en las siguientes fechas, o antes:

(A) cuando se trate de una investigación en la que intervenga un acuerdo comercial,

(i) 30 días después de la fecha en que haya concluido el procedimiento de solución de diferencias, o

(ii) 18 meses después de la fecha en que se haya iniciado la investigación, si este plazo es inferior al anterior, o

(B) en todos los casos no descritos en el apartado (A) o en el párrafo (3), 12 meses después de la fecha en que se inició la investigación.

(3) (A) Cuando se inicie una investigación de conformidad con el presente apartado del presente capítulo en aplicación del artículo 302(b)(2) y el Representante para las Cuestiones Comerciales considere que no interviene un acuerdo comercial, incluido el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (a que hace referencia el artículo 101(d)(15) de la Ley de los Acuerdos de la Ronda Uruguay), o no formule una determinación de conformidad con el apartado (B) *infra* con respecto a esa investigación, formulará las determinaciones previstas en el párrafo (1) con respecto a esa investigación a más tardar seis meses después de la fecha de inicio de la investigación.

(B) Cuando el Representante para las Cuestiones Comerciales determine con respecto a una investigación iniciada de conformidad con el artículo 302(b)(2) (que no sea una investigación en la que intervenga un acuerdo comercial) que:

(i) la investigación plantea cuestiones complejas o complicadas que exigen más tiempo,

(ii) el país extranjero afectado por la investigación está realizando avances sustanciales en la redacción o aplicación de medidas legislativas o administrativas que supondrán una protección adecuada y efectiva de los derechos de propiedad intelectual, o
(iii) ese país extranjero está adoptando medidas de vigilancia para lograr una protección adecuada y efectiva de los derechos de propiedad intelectual,

publicará en el Federal Register un anuncio de la determinación y formulará las determinaciones previstas en el párrafo (1) con respecto a la investigación a más tardar nueve meses después de la fecha en que se haya iniciado la investigación.

(4) En todos los casos en que no se resuelva una diferencia antes de que venza el plazo mínimo previsto para la solución de las diferencias en un acuerdo comercial, el Representante para las Cuestiones Comerciales, dentro de los 15 días siguientes al vencimiento de ese plazo para la solución de diferencias, presentará un informe al Congreso explicando los motivos por los que la diferencia no se resolvió en el plazo mínimo previsto para ello, la situación del caso al vencimiento del plazo y las perspectivas de solución. A los efectos del presente párrafo, el plazo mínimo para la solución de diferencias previsto en cualquiera de estos acuerdos comerciales es equivalente al período de tiempo total que resultaría si se realizaran todas las etapas del procedimiento formal de solución de diferencias dentro de los plazos especificados en el acuerdo, pero computados sin tener en cuenta las posibles prórrogas autorizadas por el acuerdo para cualquier etapa.

(b) CONSULTAS PREVIAS A LAS DETERMINACIONES.-
(1) Antes de formular las determinaciones previstas en el párrafo (a)(1) del presente artículo, el Representante para las Cuestiones Comerciales, salvo si es necesaria una medida expeditiva:
(A) ofrecerá a las personas interesadas la posibilidad (respetando un plazo no inferior a 30 días contados a partir del anuncio de la misma) de que presenten sus opiniones, con inclusión de una audiencia pública si ésta es solicitada por una persona interesada,
(B) obtendrá asesoramiento de los comités pertinentes establecidos de conformidad con el artículo 135, y
(C) podrá solicitar las opiniones de la Comisión de Comercio Internacional de los Estados Unidos sobre el impacto probable en la economía de los Estados Unidos de la adopción de medidas con respecto a mercancías o servicios.

(2) Si el Representante para las Cuestiones Comerciales no cumple las prescripciones de los apartados (A) y (B) del párrafo (1) porque es necesario adoptar medidas expeditivas, una vez formuladas las determinaciones a que hace referencia el párrafo (a)(1) del presente artículo, dará cumplimiento a las prescripciones de esos apartados.

(c) PUBLICACIÓN.- El Representante para las Cuestiones Comerciales publicará en el Federal Register las determinaciones que pueda formular de conformidad con el párrafo (a)(1) del presente artículo, junto con una descripción de los hechos en que se basan.

ARTÍCULO 305. APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS.

(a) MEDIDAS ADOPTADAS DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 301.-
(1) Salvo en los casos previstos en el párrafo (2), el Representante para las Cuestiones Comerciales aplicará las medidas que él mismo habrá determinado de conformidad con el artículo 304(a)(1)(B) que deben adoptarse de conformidad con el artículo 301, respetando las instrucciones específicas, en su caso, del Presidente sobre esas medidas, a más tardar 30 días después de la fecha en que haya formulado esa determinación.

(2) (A) Salvo que este párrafo establezca otra cosa, el Representante para las Cuestiones Comerciales podrá aplazar no más de 180 días la aplicación de cualquier medida que deba adoptarse de conformidad con el artículo 301:

(i) si:

(I) en caso de que se trate de una investigación iniciada de conformidad con el artículo 302(a), el solicitante pide el aplazamiento, o

(II) si se trata de una investigación iniciada de conformidad con el artículo 302(b)(1) o sometida a las disposiciones del artículo 304(a)(3)(B), la mayoría de los representantes de la rama de producción nacional que se beneficiaría de la medida solicita un aplazamiento, o

(ii) si el Representante para las Cuestiones Comerciales determina que se están logrando avances sustanciales, o que es necesario o aconsejable un aplazamiento, para obtener el respeto de los derechos de los Estados Unidos o una solución satisfactoria en lo que respecta a las leyes, políticas o prácticas que son objeto de la medida.

(B) El Representante para las Cuestiones Comerciales no podrá aplazar al amparo del apartado (A) la aplicación de una medida que haya de adoptarse de conformidad con el artículo 301 si se trata de investigaciones a las que sea aplicable el artículo 304(a)(3)(A).

(C) El Representante para las Cuestiones Comerciales no podrá aplazar al amparo del apartado (A) la aplicación de una medida que haya de adoptarse de conformidad con el artículo 301 si se trata de investigaciones a las que sea aplicable el artículo 304(a)(3)(B) más de 90 días.

(b) MEDIDAS ALTERNATIVAS EN CIERTOS CASOS DE PROMOCIÓN DE LAS EXPORTACIONES.-

(1) Cuando el Representante para las Cuestiones Comerciales formule una determinación positiva de conformidad con el artículo 304(a)(1)(A) en la que intervenga una promoción de las exportaciones por un país extranjero y determine no adoptar medidas de conformidad con el artículo 301 en lo que respecta a esa determinación positiva:

(A) establecerá un grupo asesor que recomendará las medidas que promoverán la competitividad de la rama de producción nacional afectada por la promoción de las exportaciones,

(B) sobre la base del informe que este grupo debe presentar de conformidad con el párrafo (2)(B) y respetando las instrucciones específicas, en su caso, del Presidente, podrá adoptar las medidas administrativas autorizadas por cualquier otra disposición legal y, de ser necesario, podrá proponer la adopción de disposiciones legislativas destinadas a aplicar las demás medidas posibles, para recuperar o mejorar la competitividad internacional de la rama de producción nacional afectada por las medidas de promoción de las exportaciones, y

(C) a más tardar 30 días después de la fecha en que se haya presentado el informe del grupo de conformidad con el párrafo (2)(B), presentará un informe al Congreso sobre las medidas administrativas adoptadas y las propuestas de disposiciones legales formuladas de conformidad con el apartado (B) con respecto a la rama de producción nacional afectada por las medidas de promoción de las exportaciones.

(2) (A) Los grupos asesores que se establezcan de conformidad con el párrafo (1)(A) estarán formados por personas nombradas por el Representante para las Cuestiones Comerciales que:

i) tengan sus medios de vida en el sector privado de la economía, figurando entre ellas personas que representen a la dirección y a la mano de obra de la rama de producción nacional afectada por las medidas de promoción de las exportaciones que hayan sido objeto de la determinación positiva a que hace referencia el artículo 304(a)(1)(A), y

(ii) por educación y experiencia estén calificadas para prestar sus servicios al grupo asesor.

(B) A más tardar seis meses después de la fecha en que se haya constituido un grupo asesor de conformidad con el párrafo (1)(A), éste presentará al Representante para las Cuestiones Comerciales y al Congreso un informe sobre las medidas que recomienda que sean adoptadas por los Estados Unidos para promover la competitividad de la rama de producción nacional afectada por las medidas de promoción de las exportaciones que han sido objeto de la determinación positiva a que hace referencia el artículo 304(a)(1)(A).

ARTÍCULO 306. VIGILANCIA DEL CUMPLIMIENTO EN EL EXTRANJERO DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS.

(a) DISPOSICIONES GENERALES.- El Representante para las Cuestiones Comerciales vigilará el cumplimiento por el país extranjero de cada medida adoptada o de cada acuerdo establecido para lograr una solución satisfactoria de un asunto sometido a investigación de conformidad con el presente apartado del presente capítulo o a procedimientos de solución de diferencias para proteger los derechos que correspondan a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo comercial que prevea procedimientos de ese tipo.

(b) OTRAS MEDIDAS.-

(1) DISPOSICIONES GENERALES.- Si mediante la vigilancia que debe mantener de conformidad con el párrafo (a) del presente artículo el Representante para las Cuestiones Comerciales considera que un país extranjero no está aplicando de forma satisfactoria una medida o un acuerdo según los términos del párrafo (a) del presente artículo, determinará qué nuevas medidas adoptará de conformidad con el artículo 301(a). A los efectos del artículo 301, las determinaciones de este tipo serán tratadas como si fueran determinaciones formuladas de conformidad con el artículo 304(a)(1).

(2) RECOMENDACIONES DEL MECANISMO DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC.- Si la medida o el acuerdo a que se hace referencia en el párrafo (a) del presente artículo está relacionada con la aplicación de una recomendación formulada en un procedimiento de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio y el Representante para las Cuestiones Comerciales considera que el país extranjero no la ha aplicado, formulará la determinación a que hace referencia el párrafo (1) a más tardar 30 días después del vencimiento del plazo prudencial previsto para tal aplicación en el artículo 21 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias a que hace referencia el artículo 101(d)(16) de la Ley de los Acuerdos de la Ronda Uruguay.

(c) CONSULTAS.- Antes de formular una determinación de conformidad con el párrafo (b) del presente artículo, el Representante para las Cuestiones Comerciales:

(1) mantendrá consultas con el solicitante, en su caso, que intervino en la investigación inicial llevada a cabo de conformidad con el presente apartado del presente capítulo y con representantes de la rama de producción nacional afectada; y

(2) ofrecerá a las personas interesadas la posibilidad de exponer sus opiniones.

ARTÍCULO 307. MODIFICACIÓN Y TERMINACIÓN DE MEDIDAS.

(a) DISPOSICIONES GENERALES.-

(1) El Representante para las Cuestiones Comerciales podrá modificar o dar por terminada una medida, respetando las instrucciones específicas, en su caso, del Presidente con respecto a tal medida, que se haya adoptado de conformidad con el artículo 301 si:

(A) concurre una de las condiciones descritas en el artículo 301(a)(2),

(B) han aumentado o disminuido los obstáculos o las restricciones al comercio de los Estados Unidos que derivan de la negación de derechos o de las leyes, políticas y prácticas que han sido objeto de la medida, o
(C) se ha adoptado una medida de conformidad con el artículo 301(b) pero ésta ha dejado de ser adecuada.

(2) Antes de adoptar una medida de conformidad con el párrafo (1) para modificar o dar por terminada una medida adoptada de conformidad con el artículo 301, el Representante para las Cuestiones Comerciales mantendrá consultas con el solicitante, en su caso, y con representantes de la rama de producción nacional afectada y ofrecerá a las demás personas interesadas que resultarían afectadas por la modificación o la terminación propuestas la posibilidad de que expongan sus opiniones sobre los efectos de la modificación o terminación y si es conveniente proceder a alguna modificación o dar por terminada la medida.

(b) AVISO; INFORME AL CONGRESO.- El Representante para las Cuestiones Comerciales publicará con prontitud en el Federal Register un aviso de todas las modificaciones o terminaciones de medidas adoptadas de conformidad con el artículo 301 y de los motivos para ello, e informará por escrito al Congreso.

(c) EXAMEN DE LA NECESIDAD.-
(1) Si:
(A) se ha adoptado una medida determinada de conformidad con el artículo 301 para ser aplicada durante un período de cuatro años, y
(B) ni el solicitante ni ningún otro representante de la rama de producción nacional que se beneficia de la medida ha presentado al Representante para las Cuestiones Comerciales durante los 60 días anteriores al vencimiento de ese período de cuatro años una solicitud por escrito de que se mantenga la medida, la medida será dada por terminada al término del período de cuatro años.

(2) El Representante para las Cuestiones Comerciales notificará por correo al solicitante y a los representantes de la rama de producción descritos en el párrafo (1)(B) la terminación de una medida por los motivos indicados en el párrafo (1) al menos 60 días antes de la fecha de esa terminación.
(3) Si se ha presentado al Representante para las Cuestiones Comerciales una solicitud de conformidad con el párrafo (1)(B) de que se mantenga una determinada medida adoptada de conformidad con el artículo 301, el Representante para las Cuestiones Comerciales procederá a un examen de:
(A) la efectividad para el logro de los objetivos previstos en el artículo 301 de:
(i) la medida, y
(ii) las demás medidas que pudieran adoptarse (incluidas medidas contra otros productos o servicios), y
(B) los efectos de esas medidas sobre la economía de los Estados Unidos, incluidos los consumidores.

ARTÍCULO 308. SOLICITUDES DE INFORMACIÓN.

(a) DISPOSICIONES GENERALES.- Cuando el Representante para las Cuestiones Comerciales reciba una solicitud escrita al respecto de cualquier persona, pondrá a disposición de la misma información (siempre que no esté sometida a normas de confidencialidad) sobre:
(1) el carácter y el alcance de una política o práctica comercial específica de un país extranjero con respecto a mercancías, servicios, inversiones o derechos de propiedad intelectual concretos, en la medida en que él mismo u otros organismos federales dispongan de la misma;

(2) los derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de cualquier acuerdo comercial y las medidas reparadoras que pueden obtenerse al amparo de ese acuerdo y de la legislación de los Estados Unidos; y
(3) los procedimientos o las medidas con respecto a la política o práctica en cuestión que se hayan entablado o adoptado en el pasado o sigan vigentes en el presente a escala nacional e internacional.

(b) CASO DE QUE NO SE DISPONGA DE INFORMACIÓN.- Cuando el Representante para las Cuestiones Comerciales u otros organismos federales no dispongan de la información que haya solicitado una persona de conformidad con el párrafo a) del presente artículo, el primero, en un plazo de 30 días contados a partir de la recepción de la solicitud:
(1) solicitará la información al gobierno extranjero; o
(2) renunciará a solicitar la información e informará a la persona por escrito de los motivos de la negativa.

(c) NO DIVULGACIÓN DE DETERMINADA INFORMACIÓN EMPRESARIAL.-
(1) Con la salvedad de las disposiciones del párrafo 2), y sin perjuicio de cualquier otra disposición legal (incluido el artículo 552 del Título 5 del Código de los Estados Unidos), no se pondrá a disposición de ninguna persona la información solicitada y recibida por el Representante para las Cuestiones Comerciales como ayuda para una investigación llevada a cabo de conformidad con el presente apartado del presente Capítulo si:
(A) la persona que ha facilitado esa información certifica que:
(i) tiene carácter confidencial,
(ii) la divulgación de esa información pondría en peligro secretos comerciales o la rentabilidad, y
(iii) la información no está a disposición del público en general;
(B) el Representante para las Cuestiones Comerciales determina que el certificado tiene suficientes fundamentos; y
(C) la persona que ha facilitado esa información ha entregado un resumen adecuado de la misma de carácter no confidencial, en la medida en que lo exijan las disposiciones dictadas por el propio Representante para las Cuestiones Comerciales.

(2) El Representante para las Cuestiones Comerciales:
(A) podrá utilizar esa información o poner esa información a disposición de cualquier empleado del Gobierno Federal (de acuerdo con su propia capacidad discrecional) para utilizarla en cualquier investigación que se lleve a cabo de conformidad con el presente apartado del presente capítulo, o
(B) podrá poner esa información a disposición de cualquier otra persona pero de forma tal que no pueda asociarse con la persona que la ha facilitado ni identificar a ésta de otro modo.

ARTÍCULO 309. ADMINISTRACIÓN.
El Representante para las Cuestiones Comerciales:
(1) promulgará reglamentos para la presentación de solicitudes y la realización de investigaciones y audiencias de conformidad con el presente apartado del presente capítulo,
(2) mantendrá periódicamente informado al solicitante de todas las determinaciones y actuaciones relacionadas con la investigación que se lleve a cabo con motivo de una solicitud presentada de conformidad con el presente apartado del presente capítulo, incluyendo los motivos de los posibles retrasos indebidos, y
(3) presentará semestralmente un informe a la Cámara de Representantes y al Senado describiendo:
(A) las solicitudes presentadas y las determinaciones formuladas (y los motivos de las mismas) de conformidad con el artículo 302,

(B) la evolución y la situación actual de cada una de las investigaciones o procedimientos llevados a cabo de conformidad con el presente apartado del presente capítulo,
(C) las medidas adoptadas por el Representante para las Cuestiones Comerciales de conformidad con el artículo 301 con respecto a investigaciones llevadas a cabo de conformidad con el presente apartado del presente capítulo, o los motivos de que no se haya adoptado ninguna medida, y
(D) los efectos comerciales de las medidas adoptadas de conformidad con el artículo 301.

ARTÍCULO 310. IDENTIFICACIÓN DE LAS PRIORIDADES EN LA PROMOCIÓN DEL COMERCIO.

(a) IDENTIFICACIÓN.-
(1) En un plazo de 180 días contados a partir de la fecha en que se presente, en el año natural de 1995, el informe exigido por el artículo 181b), el Representante para las Cuestiones Comerciales:
(A) examinará las prioridades en la promoción del comercio de los Estados Unidos,
(B) identificará las prácticas prioritarias de países extranjeros, cuya eliminación es probable que ofrezca las posibilidades más claras de aumentar las exportaciones de los Estados Unidos, sea directamente o mediante el establecimiento de un precedente favorable, y
(C) presentará al Comité de Hacienda del Senado y el Comité de Medios y Arbitrios de la Cámara de Representantes, y publicará en el Federal Register, un informe sobre las prácticas prioritarias de países extranjeros que han sido identificadas.
(2) Al identificar las prácticas prioritarias de países extranjeros de conformidad con el párrafo (1) del presente artículo, el Representante para las Cuestiones Comerciales tendrá en cuenta todos los factores pertinentes, entre ellos:
(A) los obstáculos y las prácticas distorsionadoras del comercio más importantes que se describan en el Informe de estimaciones comerciales nacionales exigido por el artículo 181(b);
(B) los acuerdos comerciales de los que sea parte el país extranjero y el grado de respeto de esos acuerdos;
(C) las consecuencias a medio y largo plazo de los planes de contratación pública de gobiernos extranjeros; y
(D) la posición competitiva internacional y el potencial exportador de los productos y servicios de los Estados Unidos.

(3) El Representante para las Cuestiones Comerciales podrá incluir en el informe, cuando proceda:
(A) una descripción de las prácticas del país extranjero que pueden justificar en el futuro su identificación como prácticas prioritarias de países extranjeros; y
(B) una declaración sobre las demás prácticas de países extranjeros que no fueron identificadas porque ya se ha dado respuesta a las mismas a través de disposiciones de la legislación comercial de los Estados Unidos, por acuerdos bilaterales de comercio en vigor o las negociaciones comerciales con otros países, y porque se está avanzando hacia la eliminación de esas prácticas.

(b) INICIACIÓN DE LAS INVESTIGACIONES.- A más tardar 21 días después de la fecha en que se haya presentado un informe a los comités pertinentes del Congreso de conformidad con el párrafo (a)(1) del presente artículo, el Representante para las Cuestiones Comerciales iniciará, de conformidad con el artículo 302(b)(1), investigaciones en virtud del presente apartado del presente capítulo con respecto a todas las prácticas prioritarias de países extranjeros que hayan sido identificadas.

(c) ACUERDOS PARA LA ELIMINACIÓN DE OBSTÁCULOS.- En las consultas con países extranjeros que el Representante para las Cuestiones Comerciales está obligado a solicitar de

conformidad con el artículo 303(a) cuando se haya iniciado una investigación por los motivos indicados en el párrafo (b) del presente artículo, el Representante para las Cuestiones Comerciales procurará negociar un acuerdo que permita la eliminación de las prácticas que son objeto de la investigación lo más rápidamente posible o, si no es posible la eliminación de las prácticas, un acuerdo que prevea beneficios comerciales compensatorios.

(d) INFORMES.- El Representante para las Cuestiones Comerciales incluirá en el informe semestral exigido por el artículo 309 un informe sobre la situación de las investigaciones que se han iniciado de conformidad con el párrafo (b) del presente artículo y, cuando proceda, la medida en que tales investigaciones han permitido una mejora de las oportunidades de los productos y servicios de los Estados Unidos en el mercado de exportación.

B. DISPOSICIONES PERTINENTES DE LA OMC

ENTENDIMIENTO RELATIVO A LAS NORMAS Y PROCEDIMIENTOS POR LOS QUE SE RIGE LA SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS

[…]

Artículo 21

Vigilancia de la aplicación de las recomendaciones y resoluciones

1. Para asegurar la eficaz solución de las diferencias en beneficio de todos los Miembros, es esencial el pronto cumplimiento de las recomendaciones o resoluciones del OSD.

[…]

3. En una reunión del OSD que se celebrará dentro de los 30 días siguientes[11] a la adopción del informe del grupo especial o del Órgano de Apelación, el Miembro afectado informará al OSD de su propósito en cuanto a la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD. En caso de que no sea factible cumplir inmediatamente las recomendaciones y resoluciones, el Miembro afectado dispondrá de un plazo prudencial para hacerlo. El plazo prudencial será: […]

4. A no ser que el grupo especial o el Órgano de Apelación hayan prorrogado, de conformidad con el párrafo 9 del artículo 12 o el párrafo 5 del artículo 17, el plazo para emitir su informe, el período transcurrido desde el establecimiento del grupo especial por el OSD hasta la fecha en que se determine el plazo prudencial no excederá de 15 meses, salvo que las partes en la diferencia acuerden otra cosa. Cuando el grupo especial o el Órgano de Apelación hayan procedido a prorrogar el plazo para emitir su informe, la duración del plazo adicional se añadirá a ese período de 15 meses, con la salvedad de que, a menos que las partes en la diferencia convengan en que concurren circunstancias excepcionales, el período total no excederá de 18 meses.

5. En caso de desacuerdo en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones o a la compatibilidad de dichas medidas con un acuerdo abarcado, esta diferencia se resolverá 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. El grupo especial distribuirá su informe dentro de los 90 días siguientes a la fecha en que se le

[11] Si no hay prevista una reunión del OSD durante ese período, el OSD celebrará una reunión a tal efecto dentro del plazo establecido.

haya sometido el asunto. Si el grupo especial considera que no le es posible presentar su informe en ese plazo, comunicará por escrito al OSD los motivos del retraso, indicando el plazo en que estima podrá presentarlo.

[…]

Artículo 22

Compensación y suspensión de concesiones

1. La compensación y la suspensión de concesiones u otras obligaciones son medidas temporales a las que se puede recurrir en caso de que no se apliquen en un plazo prudencial las recomendaciones y resoluciones adoptadas. Sin embargo, ni la compensación ni la suspensión de concesiones u otras obligaciones son preferibles a la aplicación plena de una recomendación de poner una medida en conformidad con los acuerdos abarcados. La compensación es voluntaria y, en caso de que se otorgue, será compatible con los acuerdos abarcados.

2. Si el Miembro afectado no pone en conformidad con un acuerdo abarcado la medida declarada incompatible con él o no cumple de otro modo las recomendaciones y resoluciones adoptadas dentro del plazo prudencial determinado de conformidad con el párrafo 3 del artículo 21, ese Miembro, si así se le pide, y no más tarde de la expiración del plazo prudencial, entablará negociaciones con cualesquiera de las partes que hayan recurrido al procedimiento de solución de diferencias, con miras a hallar una compensación mutuamente aceptable. Si dentro de los 20 días siguientes a la fecha de expiración del plazo prudencial no se ha convenido en una compensación satisfactoria, cualquier parte que haya recurrido al procedimiento de solución de diferencias podrá pedir la autorización del OSD para suspender la aplicación al Miembro afectado de concesiones u otras obligaciones resultantes de los acuerdos abarcados.

[…]

6. Cuando se produzca la situación descrita en el párrafo 2, 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 por consenso desestimar la petición. No obstante, si el Miembro afectado impugna el nivel de la suspensión propuesta, o sostiene que no se han seguido los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3, en el caso de que una parte reclamante haya solicitado autorización para suspender concesiones u otras obligaciones al amparo de lo dispuesto en los párrafos 3 b) o 3 c), la cuestión se someterá a arbitraje. El arbitraje estará a cargo del grupo especial que haya entendido inicialmente en el asunto, si estuvieran disponibles sus miembros, o de un árbitro[15] nombrado por el Director General, y se concluirá dentro de los 60 días siguientes a la fecha de expiración del plazo prudencial. No se suspenderán concesiones u otras obligaciones durante el curso del arbitraje.

7. El árbitro[16] que actúe en cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 6 no examinará la naturaleza de las concesiones u otras obligaciones que se hayan de suspender, sino que determinará si el nivel de esa suspensión es equivalente al nivel de la anulación o el menoscabo. El árbitro podrá también determinar si la suspensión de concesiones u otras obligaciones propuesta está permitida en virtud del acuerdo abarcado. Sin embargo, si el asunto sometido a arbitraje incluye la reclamación de que no se han seguido los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3, el árbitro examinará la reclamación. En el caso de que determine que no se han seguido dichos principios y

[15] Se entenderá que el término "árbitro" designa indistintamente a una persona o a un grupo.

[16] Se entenderá que el término "árbitro" designa indistintamente a una persona, a un grupo o a los miembros del grupo especial que haya entendido inicialmente en el asunto si actúan en calidad de árbitro.

procedimientos, la parte reclamante los aplicará de conformidad con las disposiciones del párrafo 3. Las partes aceptarán como definitiva la decisión del árbitro y no tratarán de obtener un segundo arbitraje. Se informará sin demora de la decisión del árbitro al OSD: y éste, si se le pide, otorgará autorización para suspender concesiones u otras obligaciones siempre que la petición sea acorde con la decisión del árbitro, a menos que decida por consenso desestimarla.

[…]

Artículo 23

Fortalecimiento del sistema multilateral

1. 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.

2. En tales casos, los Miembros:

a) no formularán una determinación de que se ha producido una infracción, se han anulado o menoscabado ventajas o se ha comprometido el cumplimiento de uno de los objetivos de los acuerdos abarcados, excepto mediante el recurso a la solución de diferencias de conformidad con las normas y procedimientos del presente Entendimiento, y formularán tal determinación de forma coherente con las constataciones que figuren en el informe del grupo especial o del Órgano de Apelación, adoptado por el OSD, o en el laudo arbitral dictado con arreglo al presente Entendimiento;

b) seguirán los procedimientos establecidos en el artículo 21 para determinar el plazo prudencial para que el Miembro afectado aplique las recomendaciones y resoluciones; y

c) seguirán los procedimientos establecidos en el artículo 22 para determinar el nivel de suspensión de las concesiones u otras obligaciones y para obtener autorización del OSD, de conformidad con esos procedimientos, antes de suspender concesiones u otras obligaciones resultantes de los acuerdos abarcados en el caso de que el Miembro afectado no haya aplicado las recomendaciones y resoluciones dentro de ese plazo prudencial.

[…]

ANEXO II

DESCRIPCIÓN GENERAL DEL FUNCIONAMIENTO DE LOS ARTÍCULOS 301 A 310[730]

A. INVESTIGACIÓN DEL USTR DE CONFORMIDAD CON LOS ARTÍCULOS 302 Y 303

1. Los artículos 301 a 310 proporcionan una importante vía para hacer valer los derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud del Acuerdo sobre la OMC. El USTR puede también iniciar procedimientos en el marco de la OMC al margen de los artículos 301 a 310, como ha hecho por ejemplo en los casos *CE - Hormonas* y *CE - Equipo informático para redes*. Los artículos 301 a 310 se utilizan también en conexión con otros acuerdos comerciales.

2. Cuando se recurre a los artículos 301 a 310, el USTR ha de realizar una investigación de conformidad con los artículos 302 y 303. Esa investigación puede ser iniciada por el USTR tras la presentación de la solicitud por una parte interesada o por propia iniciativa.

3. En caso de que una persona interesada presente una solicitud pidiendo que se adopten medidas de conformidad con el artículo 301, el USTR tiene que examinar en primer lugar las alegaciones que contenga la solicitud. A más tardar 45 días después de la fecha en que haya recibido la solicitud, el USTR debe determinar si inicia la investigación o no. Si formula una determinación positiva, el USTR debe iniciar una investigación.

4. En la fecha en que se inicie una investigación -o dentro, como máximo, de los 90 días posteriores- el USTR ha de solicitar, además, la celebración de consultas con el otro Miembro de la OMC afectado, de conformidad con el procedimiento del ESD (artículo 303(a)(1)). Cuando no se llegue a una solución mutuamente aceptable dentro del plazo de 60 días previsto en el ESD para las consultas, el USTR ha de solicitar "con prontitud que se inicien las actuaciones sobre la cuestión, de conformidad con los procedimientos formales de solución de diferencias previstos" en el ESD (artículo 303 a) 2)). Así pues, los Estados Unidos están obligados a entablar consultas, y, en su caso, a iniciar el procedimiento de un grupo especial, antes de concluir su investigación. Al propio tiempo, el USTR puede dar por terminada una investigación en cualquier momento, incluso antes de que el Grupo Especial haya iniciado sus actuaciones.

B. "DETERMINACIÓN" RELATIVA A LA NEGACIÓN DE DERECHOS DE LOS ESTADOS UNIDOS DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 304

5. El artículo 304 dispone a continuación que el USTR "determinará si se están negando los derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud [del Acuerdo sobre la OMC]". El USTR ha de efectuar esa determinación "sobre la base de las investigaciones que se inicien de conformidad con el artículo 302 y de las consultas (y de las actuaciones, en su caso) que se entablen de conformidad con el artículo 303".

6. Esta determinación de conformidad con el artículo 304 debe formularse dentro del siguiente plazo: "i) 30 días después de la fecha en que haya concluido el procedimiento de solución de diferencias, o ii) 18 meses después de la fecha en que se haya iniciado la investigación, si este plazo es inferior al anterior".

[730] La presente reseña no es vinculante ni tiene la condición de una constatación fáctica de este Grupo Especial. Se ha preparado, como elemento de la parte expositiva del presente informe, tras celebrar consultas con las partes.

7. El artículo 304 establece además que "si la determinación que formule […] es positiva [el Representante para las Cuestiones Comerciales determinará] qué medida, en su caso, debe adoptar de conformidad con los párrafos (a) o (b) del artículo 301".

8. El artículo 301 (a) -titulado "Medidas imperativas" y la disposición pertinente a las determinaciones formuladas en el marco del Acuerdo sobre la OMC- establece que "cuando el Representante de los Estados Unidos para las cuestiones comerciales internacionales determine de conformidad con el artículo 304 a) (1) que […] se están negando los derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo comercial […] adoptará las medidas previstas en el párrafo (c) del presente artículo, respetando las instrucciones específicas, en su caso, del Presidente con respecto a esas medidas, y adoptará todas las demás medidas adecuadas y posibles que esté autorizado a adoptar el Presidente y que éste ordene al Representante para las Cuestiones Comerciales que adopte de conformidad con el presente párrafo para proteger esos derechos".

9. El artículo 304 (c) obliga al USTR a publicar "en el *Federal Registrer* las determinaciones que pueda formular de conformidad con el párrafo (a) (1) del presente artículo, junto con una descripción de los hechos en que se basan".

C. "CONSIDERACIÓN" RELATIVA A LA APLICACIÓN DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 306

10. Como se ha indicado antes, a raíz de la investigación realizada de conformidad con el artículo 302, la correspondiente petición de consultas en el marco de la OMC y, en su caso, la terminación de los procedimientos del grupo especial o del Órgano de Apelación y de una determinación positiva formulada de conformidad con el artículo 304, el artículo 304 (a) (1) dispone que el USTR determine qué medida, en su caso, debe adoptar de conformidad con el artículo 301.

11. El artículo 301 (c) define el alcance de las facultades del USTR, es decir, las medidas que éste puede adoptar de conformidad con el artículo 301. El artículo 301 (a) (2) exceptúa determinados casos en los que el USTR "no estará obligado a adoptar medidas de conformidad con el párrafo (1)". Una de esas excepciones se refiere a los casos en que el USTR constate "que el país extranjero está adoptando medidas satisfactorias para proteger los derechos que corresponden a los Estados Unidos en virtud del acuerdo comercial". En la práctica, el USTR ha interpretado que esta excepción abarca aquellos supuestos en los que el Miembro de la OMC de que se trate manifieste su propósito -dentro de los 30 días siguientes a la fecha de la adopción del informe del grupo especial o del Órgano de Apelación, de conformidad con el párrafo 3 del artículo 21 del OSD- de cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD.

12. No obstante, en los casos en que no se adopta ninguna medida -debido a haberse adoptado una medida o a haberse establecido un acuerdo para lograr una solución satisfactoria-, el artículo 306 (a) dispone que el USTR

> "vigilará el cumplimiento por el país extranjero de cada medida adoptada o de cada acuerdo establecido para lograr una solución satisfactoria de un asunto sometido a investigación de conformidad con el presente apartado del presente capítulo o a procedimientos de solución de diferencias para proteger los derechos que correspondan a los Estados Unidos en virtud de un acuerdo comercial que prevea procedimientos de ese tipo".

13. Si la medida -incluida la declaración del Miembro de la OMC de que se trate de su propósito de proceder a la aplicación- o el acuerdo se refieren a la aplicación de las recomendaciones del OSD *y* el USTR "considera que un país extranjero no [lo] está aplicando" el USTR determinará qué nuevas medidas adoptará de conformidad con el artículo 301 "a más tardar 30 días después del vencimiento del plazo prudencial previsto para tal aplicación" en el artículo 21 del ESD (artículo 306 (b)). Dicho de otra forma, la obligación del USTR de vigilar el propósito de un miembro de cumplir las

recomendaciones del OSD permite al USTR aguardar el transcurso del plazo prudencial concedido al Miembro de que se trate para aplicar el informe del grupo especial o del Órgano de Apelación.

14. Dado que el artículo 306 (b) (1) establece que las determinaciones de conformidad con el artículo 306 (b) serán tratadas como si fueran determinaciones formuladas de conformidad con el artículo 304 (a) (1), el efecto de las determinaciones formuladas de conformidad con el artículo 306 es el mismo que el de las formuladas de conformidad con el artículo 304 en lo que respecta a las medidas que el USTR debe adoptar o puede no adoptar en virtud del artículo 301. En consecuencia, el USTR ha de publicar asimismo cualquier determinación formulada de conformidad con el artículo 306 en el *Federal Registrer* juntamente con una descripción de los hechos en que se base de conformidad con lo dispuesto en el artículo 304 (c).

D. "DETERMINACIÓN" SOBRE LAS MEDIDAS QUE HAN DE ADOPTARSE DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 306 Y APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 305

15. Como se ha señalado antes, en caso de que considere de conformidad con lo previsto en el artículo 306 (b) que no se ha producido la aplicación, el USTR debe determinar qué nuevas medidas ha de adoptarse de conformidad con el artículo 301 (a). El USTR ha de formular esa determinación a más tardar *30* días después de la expiración del plazo prudencial. El artículo 301 (a) (2) exceptúa determinados casos en los que el USTR no está obligado a adoptar medidas.

16. En caso de que el USTR decida adoptar medidas de conformidad con el artículo 301, el artículo 305 (a) (1) establece lo siguiente:

> "Salvo en los casos previstos en el párrafo (2), el Representante para las Cuestiones Comerciales aplicará las medidas que él mismo habrá determinado de conformidad con el artículo 304 (a) (1) (B) que deben adoptarse de conformidad con el artículo 301, respetando las instrucciones específicas, en su caso, del Presidente sobre esas medidas, a más tardar 30 días después de la fecha en que haya formulado esa determinación."

Así pues, a menos que sean aplicables las excepciones, una determinación respecto de las medidas formuladas dentro de los 30 días siguientes a la expiración del plazo prudencial se aplicaría a más tardar *60* días después de la expiración del plazo prudencial.

17. A su vez, el artículo 305 (a) (2) (A) establece determinadas excepciones a esta regla de los 60 días. La más pertinente al presente asunto se recoge en el artículo 305 (a) (2) (A) (ii):

> "el Representante para las Cuestiones Comerciales podrá aplazar no más de 180 días la aplicación de cualquier medida que deba adoptarse de conformidad con el artículo 301 […] si el Representante para las Cuestiones Comerciales determina que se están logrando avances sustanciales, o que es necesario o aconsejable un aplazamiento, para obtener el respeto de los derechos de los Estados Unidos o una solución satisfactoria en lo que respecta a las leyes, políticas o prácticas que son objeto de la medida".