

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

WT/DS320/16
12 de noviembre de 2008

(08-5502)

Original: inglés

ESTADOS UNIDOS - MANTENIMIENTO DE LA SUSPENSIÓN DE OBLIGACIONES EN LA DIFERENCIA CE - HORMONAS

Comunicación de los Estados Unidos sobre preocupaciones relativas al informe del Órgano de Apelación

La siguiente comunicación, de fecha 7 de noviembre de 2008, se distribuye a petición de la delegación de los Estados Unidos.

1. El Órgano de Apelación distribuyó su informe sobre el asunto *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión de obligaciones en la diferencia CE - Hormonas* ("Estados Unidos - Sanciones relativas a las hormonas") el 16 de octubre de 2008. La revocación efectuada por el Órgano de Apelación de las constataciones y conclusiones del Grupo Especial sobre el artículo 23 del *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias* ("ESD") es una rectificación correcta y jurídica y fácticamente acertada de los errores con respecto al artículo 23 del ESD que figuran en el informe del Grupo Especial en este procedimiento. No obstante, otros aspectos del informe del Órgano de Apelación, en particular la aparente percepción del Órgano de Apelación de la relación apropiada entre la función del Órgano de Apelación de ayudar a resolver diferencias y la función de los Miembros de establecer las normas y procedimientos para la solución de diferencias, así como el trato que dio el Órgano de Apelación a otras disposiciones del ESD, plantean preocupaciones sistémicas y jurídicas graves que deben ser materia de discusión para todos los Miembros de la OMC. A continuación se exponen y resumen esas preocupaciones.

2. En primer lugar es conveniente recordar la función que los Miembros han previsto para el Órgano de Apelación al convenir en su establecimiento. Los Miembros han convenido explícitamente en que el Órgano de Apelación desempeña una función limitada. En particular, el "sistema de solución de diferencias de la OMC" "sirve para preservar los derechos y obligaciones de los Miembros en el marco de los acuerdos abarcados y para aclarar las disposiciones vigentes de dichos acuerdos de conformidad con las normas usuales de interpretación del derecho internacional público".¹ Las "constataciones y recomendaciones" del Órgano de Apelación "no podrán entrañar el aumento o la reducción de los derechos y obligaciones establecidos en los acuerdos abarcados".² Al mismo tiempo, la "Conferencia Ministerial y el Consejo General tendrán la facultad exclusiva de adoptar interpretaciones del presente Acuerdo y de los Acuerdos Comerciales Multilaterales".³ Además, toda enmienda del ESD "se adoptará por consenso y estas enmiendas surtirán efecto para todos los Miembros tras su aprobación por la Conferencia Ministerial".⁴

¹ Párrafo 2 del artículo 3 del ESD.

² Párrafo 2 del artículo 19 del ESD.

³ Párrafo 2 del artículo IX del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC.

⁴ Párrafo 8 del artículo X del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC.

3. Por consiguiente, es evidente que el Órgano de Apelación puede aclarar, pero no interpretar o modificar, cualquiera de los acuerdos abarcados, incluido el ESD.

4. Lamentablemente, el informe del Órgano de Apelación parece no sólo aclarar, sino también proponer enmiendas e interpretaciones del ESD y de ese modo propone aumentar o reducir los derechos y obligaciones de los Miembros.

El procedimiento que debe seguirse después de que el OSD haya concedido autorización para suspender concesiones

5. En la apelación se planteó la pregunta de si el párrafo 5 del artículo 21 del ESD obligaba a los Estados Unidos a iniciar un procedimiento de un grupo especial sobre el cumplimiento en respuesta a la alegación de cumplimiento de las Comunidades Europeas. El Órgano de Apelación llegó correctamente a la conclusión de que los Estados Unidos no estaban obligados a hacerlo y por lo tanto rechazó la alegación de las CE de que los Estados Unidos habían infringido el párrafo 5 del artículo 21. No había ninguna necesidad de que el Órgano de Apelación fuera más lejos.

6. Sin embargo, el Órgano de Apelación fue más lejos. Opinó, con sorprendente extensión y detalle, sobre qué procedimiento deben seguir los Miembros en la situación en que el OSD ha autorizado a un Miembro a suspender concesiones con respecto al Miembro afectado y éste alega posteriormente que ha cumplido las recomendaciones y resoluciones en cuestión del OSD (la "situación posterior a la suspensión").

7. El Órgano de Apelación consideró que el recurso al procedimiento de un grupo especial sobre el cumplimiento previsto en el párrafo 5 del artículo 21 (en el cual se da preferencia a los integrantes del grupo especial que entendió inicialmente en el asunto y se abrevian los plazos) es el único medio para resolver una situación posterior a la suspensión.⁵ Además, el Órgano de Apelación constató que tanto el demandando inicial como el reclamante inicial tienen la responsabilidad de garantizar que la suspensión de concesiones no se aplique indefinidamente.⁶ En consecuencia, cualquiera de las partes debe iniciar lo antes posible un procedimiento de un grupo especial sobre el cumplimiento.⁷ Sin embargo, reconociendo que un procedimiento iniciado únicamente por la parte demandada inicial podría plantear una serie de problemas, el Órgano de Apelación consideró que cuando el procedimiento lo inicia en primer lugar la parte demandada inicial, el reclamante inicial podría después iniciar su propio procedimiento separado sobre el cumplimiento y simplemente se podría suponer que los dos procedimientos permiten "examinar todas las cuestiones".⁸ El reclamante inicial debe actuar "lo antes posible" después de la adopción de la medida de aplicación o después de que el demandado inicial haya presentado la solicitud de establecimiento de un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21, de modo que ambos asuntos puedan remitirse al grupo especial inicial cuando sea posible.⁹ El Órgano de Apelación expuso a continuación las normas que consideraba aplicables en lo que se refiere a la asignación y el desplazamiento de la carga de la prueba.¹⁰

8. Los procedimientos que sugiere el Órgano de Apelación son profundamente preocupantes, tanto en lo que se refiere a la supuesta base textual en que se apoya el Órgano de Apelación como en lo que respecta a la gravedad de los problemas que plantean los propios procedimientos.

⁵ Párrafo 345 del informe del Órgano de Apelación.

⁶ Párrafo 348 del informe del Órgano de Apelación.

⁷ Párrafo 348 del informe del Órgano de Apelación.

⁸ Párrafo 355 del informe del Órgano de Apelación.

⁹ Párrafo 354 del informe del Órgano de Apelación.

¹⁰ Párrafos 360 a 365 del informe del Órgano de Apelación.

9. Según el Órgano de Apelación, el párrafo 5 del artículo 21 del ESD debe interpretarse en el sentido de que limita las opciones procesales de que disponen los Miembros de tal modo que un Miembro solamente puede recurrir al procedimiento acelerado de un grupo especial sobre el cumplimiento. El Órgano de Apelación dijo lo siguiente: "el párrafo 5 del artículo 21 dispone que el procedimiento del grupo especial previsto en esta norma es el que debe seguirse para resolver sobre el fundamento de una acción conforme a lo establecido en su cláusula inicial".¹¹ El Órgano de Apelación basa su interpretación en la expresión "se resolverá" (en inglés "*shall*") conjuntamente con la expresión "los presentes procedimientos de solución de diferencias" que figuran en el párrafo 5 del artículo 21. Sin embargo, la interpretación del Órgano de Apelación plantea numerosos problemas.

10. En primer lugar, el Órgano de Apelación pasa por alto el hecho de que el párrafo 5 del artículo 21 especifica que "los presentes procedimientos de solución de diferencias" incluyen la "intervención [...] del grupo especial que haya entendido inicialmente en el asunto". Dicho de otro modo, el procedimiento acelerado de un grupo especial sobre el cumplimiento es solamente uno de los "procedimientos" disponibles en el marco del párrafo 5 del artículo 21. El Órgano de Apelación excluye la palabra "con" (en inglés "*including*") del párrafo 5 del artículo 21. En cambio, parece interpretar esa palabra como "con la salvedad de que"; dicho de otra manera, el Órgano de Apelación pretende que se aplique el ESD, con la salvedad de que el único procedimiento disponible es el procedimiento de un grupo especial sobre el cumplimiento.¹²

11. Sin embargo, el Órgano de Apelación ni siquiera es coherente en su interpretación. Consta también que "los presentes procedimientos de solución de diferencias" incluyen las formas consensuales¹³ de solución de diferencias.¹⁴ El Órgano de Apelación no puede pretender ambas cosas: o bien la referencia que se hace en el párrafo 5 del artículo 21 a "los presentes procedimientos de solución de diferencias" es únicamente al procedimiento acelerado de un grupo especial sobre el cumplimiento, o se refiere a una serie de procedimientos. Ninguna disposición del párrafo 5 del artículo 21 establece que la expresión "los presentes procedimientos de solución de diferencias" se refiera al procedimiento acelerado de un grupo especial sobre el cumplimiento y a las formas consensuales de solución de diferencias.

12. En segundo lugar, si "los presentes procedimientos de solución de diferencias" limitasen realmente los procedimientos únicamente al procedimiento acelerado de un grupo especial sobre el cumplimiento a que hace referencia el párrafo 5 del artículo 21, no habría apelaciones contra esos procedimientos. El texto en que se apoyó el Órgano de Apelación no incluye en ninguna parte la apelación entre "los presentes procedimientos de solución de diferencias". Por lo tanto, según el razonamiento del Órgano de Apelación, el párrafo 5 del artículo 21 excluye las apelaciones. Sin embargo, ha habido numerosas apelaciones contra procedimientos de grupos especiales sobre el cumplimiento de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21.

13. En tercer lugar, la constatación del Órgano de Apelación sobre la exclusividad del procedimiento de un grupo especial sobre el cumplimiento previsto en el párrafo 5 del artículo 21 para resolver las diferencias posteriores a la suspensión contradice también al Árbitro designado de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 en *CE - Hormonas*. Según el Árbitro, tanto el procedimiento de un grupo especial "ordinario" como el procedimiento de un grupo especial sobre el cumplimiento del párrafo 5 del artículo 21 podrían ser vías legítimas para que las CE impugnaran la

¹¹ Párrafo 336 del informe del Órgano de Apelación.

¹² Por ejemplo, en la nota 772 de su informe, el Órgano de Apelación contempla la posibilidad de que pueda recurrirse al artículo 9, que no es un procedimiento previsto en el párrafo 5 del artículo 21.

¹³ Por ejemplo, los buenos oficios, la conciliación o la mediación previstos en el artículo 5 del ESD o el arbitraje previsto en el artículo 25 del ESD.

¹⁴ Véase el párrafo 340 del informe del Órgano de Apelación.

suspensión de concesiones de los Estados Unidos. Como el Árbitro explicó explícitamente a las CE en el laudo:

"Si surgiera en el futuro una diferencia sobre esta cuestión, señalamos que las CE podrían iniciar actuaciones normales -o, puede aducirse, incluso aceleradas- con arreglo al ESD para impugnar la compatibilidad del nivel de suspensión aplicado por los Estados Unidos con el párrafo 4 del artículo 22."¹⁵

En el presente procedimiento las CE estaban siguiendo uno de los procedimientos aprobados explícitamente por el Árbitro. La decisión del Árbitro es "definitiva"¹⁶ y en este sentido institucionalmente tiene el mismo nivel que un informe del Órgano de Apelación. Sin embargo, el Órgano de Apelación ha explicado ahora que las CE no podían recurrir a este procedimiento. Así pues, el Órgano de Apelación ha establecido una contradicción en el sistema de solución de diferencias de la OMC.

14. En cuarto lugar, el problema va más allá de lo que se ha dicho hasta ahora. La interpretación del Órgano de Apelación del párrafo 5 del artículo 21 contradice también su propia constatación de que el Grupo Especial que examinó el asunto *Hormonas - Sanciones*, que fue establecido como un grupo especial "ordinario", tenía competencia para examinar el fondo de la alegación de cumplimiento de las CE. De hecho, la propia interpretación del Órgano de Apelación fue que, si hubiera considerado que podía completar el análisis sobre el cumplimiento, se podría haber resuelto definitivamente la cuestión mediante este procedimiento. También en este caso hay una contradicción intrínseca en el razonamiento del Órgano de Apelación.¹⁷

15. Estos son algunos de los errores jurídicos del razonamiento del Órgano de Apelación. No obstante, además de eso, el procedimiento efectivo que recomienda el Órgano de Apelación plantea numerosos problemas. Por ejemplo, el enfoque del Órgano de Apelación impediría a un Miembro iniciar el procedimiento de un grupo especial "ordinario" de conformidad con el artículo 6 del ESD para que examine asuntos que son motivo de preocupación con otro Miembro. Ha habido muchos procedimientos sobre el alcance de la limitación jurisdiccional del procedimiento de un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 sobre el cumplimiento. Hasta ahora, la parte reclamante siempre ha conservado la opción de evitar esas complejidades jurisdiccionales (por ejemplo, cuando no está claro si una medida es una "medida destinada a cumplir") e iniciar en cambio un procedimiento de un grupo especial ordinario (como es lógico, a cambio de renunciar a los plazos abreviados mencionados en el párrafo 5 del artículo 21). Con arreglo al enfoque del Órgano de Apelación, un Miembro se vería obligado a elegir entre dos opciones:

- 1) aducir que una medida es una "medida destinada a cumplir" (y por lo tanto esa medida sólo se podría impugnar mediante un procedimiento del párrafo 5 del artículo 21), y correr el riesgo de que al final del procedimiento se constate que de

¹⁵ Laudo de los Árbitros, *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas) - Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD*, WT/DS26/ARB, distribuido el 12 de julio de 1999, párrafo 82.

¹⁶ Párrafo 7 del artículo 22 del ESD.

¹⁷ La contradicción se podría resolver interpretando que la opinión del Órgano de Apelación está destinada a dictar una nueva norma, es decir, aunque hasta ahora habían sido viables otras vías -incluso en la presente diferencia- de ahora en adelante la única vía de que disponen las partes en una situación posterior a la suspensión es un procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 iniciado por una o ambas partes que sigue el procedimiento detallado sobre alegaciones y reconvenciones y el plan específico en materia de carga de la prueba previsto por el Órgano de Apelación en su informe. No obstante, esa interpretación sólo serviría para poner de relieve en qué medida el Órgano de Apelación estaría actuando fuera de su facultades y "legislando" en lugar de aclarando la aplicación de las normas vigentes.

hecho la medida no es una "medida destinada a cumplir" y después tiene que iniciar un procedimiento totalmente nuevo de un grupo especial "ordinario", o

- 2) a la inversa, impugnar la medida en un procedimiento de un grupo especial ordinario únicamente para correr el riesgo de descubrir a la larga que era una "medida destinada a cumplir" y por lo tanto el Miembro tendría que empezar todo de nuevo y entablar un procedimiento de un grupo especial sobre el cumplimiento del párrafo 5 del artículo 21 con respecto a esa medida.

Cualquiera de los resultados entrañaría todos los gastos y demoras que conlleva tener que entablar dos procedimientos. Además, incluso en casos en que pueda tener sentido impugnar una medida conjuntamente con otras medidas relacionadas que evidentemente no son "medidas destinadas a cumplir", el enfoque del Órgano de Apelación impediría a un grupo especial examinar conjuntamente las diversas medidas relacionadas.

16. El Órgano de Apelación identificó correctamente en su informe algunos de los posibles problemas con respecto al mandato de un procedimiento del párrafo 5 del artículo 21.¹⁸ Sin embargo, la sugerencia del Órgano de Apelación de que para evitar los problemas se podrían iniciar dos procedimientos separados del párrafo 5 del artículo 21, uno iniciado por el Miembro afectado y otro por la parte reclamante, no resolvería necesariamente estos problemas sino que solamente crearía otros. Por ejemplo, no hay ninguna disposición en el párrafo 5 del artículo 21 que prevea la consolidación o armonización de los procedimientos de grupos especiales sobre el cumplimiento¹⁹ y el OSD podría acabar adoptando informes de grupos especiales sobre el cumplimiento mutuamente excluyentes o incongruentes. Los Miembros ya han sufrido algunas de las dificultades que supone el que más de un grupo especial trate de resolver las mismas cuestiones o cuestiones similares.

17. Hay otras dificultades y problemas de tipo práctico que los Miembros han venido identificando y debatiendo en negociaciones sobre los procedimientos en situaciones posteriores a la suspensión. El enfoque que propone el Órgano de Apelación no los tiene en cuenta y parece ser demasiado simplista.

18. Los Miembros han dedicado varios años a intentar llegar a un acuerdo sobre el proceso que deben seguir los Miembros en una situación posterior a la suspensión, pero todavía no han logrado el consenso sobre los procedimientos que serían aplicables.²⁰ Cabe suponer que el Órgano de Apelación está informado de que los Miembros están participando en estas negociaciones, y sin embargo opinó sobre el asunto. El Órgano de Apelación no explica en su informe por qué razón decidió hacerlo. Es posible que el Órgano de Apelación considerara que sus sugerencias sobre el camino a seguir podrían ser valiosas para los Miembros. Lamentablemente, por buen intencionado que pueda haber sido el asesoramiento, la opinión del Órgano de Apelación sobre la vía procesal adecuada para resolver las diferencias en una situación posterior a la suspensión es una opinión consultiva formulada al margen del mandato pertinente del Órgano de Apelación en la presente diferencia y que excede de sus facultades en el marco del sistema de solución de diferencias de la OMC.

19. No es ningún secreto que el ESD carece de especificidad sobre los procedimientos aplicables en una situación posterior a la suspensión. De hecho, hace mucho tiempo que los Miembros han observado esta falta de especificidad y es una razón clave de las negociaciones mencionadas anteriormente. Las negociaciones de los Miembros sobre esta cuestión han demostrado la

¹⁸ Véanse los párrafos 353 y 354 del informe del Órgano de Apelación.

¹⁹ Esto sucede especialmente cuando difieren los plazos de los distintos grupos especiales, o los Miembros que son terceros en los procedimientos de los grupos especiales, lo que podría dar lugar a que cada grupo especial estuviera integrado por distintas personas.

²⁰ Véase por ejemplo el documento TN/DS/W/32, de 22 de enero de 2003.

complejidad de las cuestiones que se plantean y la necesidad de que los Miembros decidan sobre una serie compleja de cuestiones sobre la forma en que el sistema podría funcionar mejor. A pesar de la solidez del análisis del Órgano de Apelación sobre el artículo 23 y cualesquiera que hayan sido las buenas intenciones que haya podido tener con respecto a este análisis adicional del ESD, el Órgano de Apelación fue demasiado lejos: las normas que ha enunciado claramente que son aplicables en una situación posterior a la suspensión no son las que ha sugerido ni haya convenido ningún Miembro. Esto entraña consecuencias negativas para el sistema de solución de diferencias y para los Miembros.

20. Además, pese al hecho de que la especificidad que ha facilitado el Órgano de Apelación sobre las normas y procedimientos aplicables en una situación posterior a la suspensión no está prevista en ninguna parte del ESD, el Órgano de Apelación de algún modo "constató" que las dos partes han de intervenir exclusivamente en el procedimiento de un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 sobre el cumplimiento que haya iniciado una o las dos partes, e incluso llegó a prever cómo se produciría la armonización de los procedimientos separados en caso de que las dos partes los iniciaran²¹ y un plan detallado para aplicar y desplazar la carga de la prueba, que sería aplicable en general a las diferencias planteadas después de la suspensión.

21. Este tipo de intervención del Órgano de Apelación equivale a nada menos que a dictar normas, algo que está fuera de su mandato. Esto es en sí mismo un motivo de grave preocupación, aunque todos los Miembros consideraran que las sugerencias del Órgano de Apelación sobre la forma de abordar una situación posterior a la suspensión es un enfoque bien estudiado desde una perspectiva jurídica y práctica. Lamentablemente no es así.

22. En conclusión, el enfoque que ha propuesto el Órgano de Apelación queda fuera de sus facultades, carece de fundamento jurídico en el texto del ESD, plantea una serie de problemas prácticos y pasa por alto la amplia labor ya realizada por los Miembros en sus negociaciones destinadas a aclarar y mejorar el ESD.

Criterio insostenible para la "independencia e imparcialidad"

23. El Órgano de Apelación llegó también a la conclusión de que el nombramiento realizado por el Grupo Especial de dos expertos científicos y las consultas que mantuvo con ellos infringieron el derecho a las debidas garantías procesales "de las CE".²² Esos dos expertos intervinieron directamente en las evaluaciones del riesgo realizadas por el Comité Mixto FAO/OMS de Expertos en Aditivos Alimentarios ("JECFA"), la organización internacional que realiza evaluaciones del riesgo, asesora y hace recomendaciones a la Comisión del Codex Alimentarius ("Codex"), el organismo internacional de normalización que los Miembros han respaldado explícitamente en el *Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias* para las hormonas de que se trata. Según el Órgano de Apelación, este hecho, agravado por la función concreta que tuvieron las evaluaciones del JECFA en este caso, constituyó una base objetiva para llegar a la conclusión de que era probable que la independencia e imparcialidad de esos dos expertos se viera afectada. Según el Órgano de Apelación, por lo tanto el nombramiento que hizo el Grupo Especial de esos dos expertos puso en peligro la independencia e imparcialidad del Grupo Especial y constituyó una infracción del derecho de las CE a las debidas garantías procesales.

²¹ Véase la nota 772 del informe del Órgano de Apelación. Aunque en esa nota el Órgano de Apelación se apoya parcialmente en el artículo 9 del ESD, según sus términos ese artículo no parecería ser aplicable a la situación prevista.

²² El Órgano de Apelación no explicó por qué el derecho a las "debidas garantías procesales" en cuestión solamente se le confería a las CE. Es presumible que todas las partes en una diferencia tengan un interés o "derecho" a las "debidas garantías procesales" para asegurar que el proceso mediante el que un grupo especial recibe el asesoramiento de expertos permita las debidas garantías procesales.

24. El criterio del Órgano de Apelación para la independencia e imparcialidad de los expertos que prestan asesoramiento es un motivo de gran preocupación. Podría dar lugar a la inhabilitación de quienes tienen los mayores conocimientos y familiaridad con una cuestión, materia o controversia. Los dos expertos en cuestión tenían un conocimiento profundo y una capacidad bien desarrollada para comunicar cuestiones de extrema complejidad técnica, científica y conceptual debido a su familiaridad con las evaluaciones del riesgo en cuestión.

25. Además, el Grupo Especial estaba perfectamente informado de la intervención anterior de los expertos en el proceso del Codex y pudo tenerlo en cuenta al evaluar el asesoramiento de los expertos. Una vez más, esto es tanto más sorprendente dado que el Grupo Especial estaba plenamente en condiciones de tener en cuenta la intervención de los expertos en los procesos anteriores del JECFA. De hecho, es importante recordar que son los grupos especiales, no los expertos, los que formulan constataciones de hecho. Está previsto que los grupos especiales sopesen el valor probatorio de cualquier fuente de información al formular constataciones de hecho, con inclusión naturalmente de toda información comunicada por un experto, teniendo en cuenta su intervención en procesos anteriores pertinentes a los asuntos de que se trate y que influyan en ellos. Los grupos especiales son totalmente capaces de hacer esas determinaciones y está previsto que lo hagan, y lo hacen en cada una de las diferencias para las que son establecidos.

26. En otros contextos en la solución de diferencias en la OMC la familiaridad con los asuntos objeto de diferencia y los conocimientos técnicos al respecto son ventajas que se valoran mucho al seleccionar a los que toman decisiones. Por ejemplo, en un procedimiento de un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 sobre el cumplimiento, para la composición de dicho grupo se da preferencia a los integrantes del grupo especial que entendió inicialmente en el asunto. Como explicó el Órgano de Apelación en su informe, las personas que intervienen en el grupo especial inicial están "familiarizadas con los antecedentes de la diferencia y las incompatibilidades con los Acuerdos abarcados que habían constatado" y podrían "examina[r] si las incompatibilidades ... fueron ... rectificadas Tales actuaciones [del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21] contarían con la ventaja del conocimiento y experiencia adquiridos por esas personas como integrantes del Grupo Especial [inicial] ... y se resolverían en plazos más breves que el procedimiento de los grupos especiales normales".²³ El hecho de que esos integrantes del grupo especial puedan haber sido revocados en apelación y puedan estar examinando las mismas cuestiones o cuestiones similares en la etapa de cumplimiento al parecer no es motivo de preocupación para el Órgano de Apelación y no plantea ningún problema en lo que se refiere a su imparcialidad o independencia.

27. No obstante, tomando como base el razonamiento del Órgano de Apelación, el mismo tipo de familiaridad con los hechos, antecedentes y conclusiones de un proceso de deliberación anterior debería ser considerado motivo de inhabilitación con respecto a los expertos científicos porque esta experiencia previa probablemente perjudicaría la capacidad de las personas para examinar con independencia e imparcialidad una situación modificada.

28. De manera similar, la opinión del Órgano de Apelación sobre la imparcialidad e independencia significaría que ningún miembro del Órgano de Apelación ni de la Secretaría podría intervenir en una apelación contra un informe de un grupo especial que trate cuestiones similares a las estudiadas en un informe anterior del Órgano de Apelación en el cual intervino ese miembro del Órgano de Apelación o de la Secretaría. En caso contrario el Órgano de Apelación carecería de la imparcialidad e independencia necesarias e infringiría el derecho a las debidas garantías procesales

²³ Informe del Órgano de Apelación, párrafo 344.

como mínimo de una de las partes en la diferencia.²⁴ Sin embargo, esto está en contradicción con las opiniones aparentes del Órgano de Apelación en ese tipo de situación.

29. En conclusión, el razonamiento y el criterio del Órgano de Apelación en lo que respecta a la imparcialidad e independencia de los expertos que asesoran a los grupos especiales parecen estar totalmente confundidos y en contradicción con los principios en que se basa la selección de las entidades decisorias en el sistema de solución de diferencias de la OMC.

"Recomendación" jurídicamente defectuosa

30. Los Miembros han acordado explícitamente lo siguiente: "Cuando un grupo especial o el Órgano de Apelación lleguen a la conclusión de que una medida es incompatible con un acuerdo abarcado, recomendarán que el Miembro afectado la ponga en conformidad con ese acuerdo."²⁵ Dicho de otra manera, la única situación en que un grupo especial o el Órgano de Apelación están autorizados para formular una recomendación es cuando han llegado a la conclusión de que una medida comprendida en el mandato del procedimiento es incompatible con un acuerdo abarcado.

31. En esta apelación el Órgano de Apelación llegó a la conclusión de que no había ninguna medida que fuera incompatible con un acuerdo abarcado. Por lo tanto, el Órgano de Apelación no estaba facultado para formular ninguna "recomendación" en la presente apelación. En consecuencia, es evidentemente una elección poco meditada de una palabra²⁶ por parte del Órgano de Apelación utilizar el término "recomendamos" en su informe.²⁷ Cualquier otra interpretación sería contraria al ESD.

32. Otra dificultad que plantea interpretar que la "recomendación" del Órgano de Apelación pretende tener la naturaleza jurídica de una recomendación formulada en virtud del párrafo 1 del artículo 19 del ESD es que no se dirige únicamente a los Estados Unidos como parte demandada en la diferencia, sino también a las Comunidades Europeas, que eran la parte reclamante en este procedimiento. No hay ningún apoyo en el ESD para dirigir una "recomendación" a una parte reclamante.

33. Otra dificultad más que plantea esa interpretación es que el Órgano de Apelación dice "sin demora", pese a que nada de lo dispuesto en el artículo 19 del ESD autoriza al Órgano de Apelación a concretar un plazo para aplicar una "recomendación" y, de hecho, esa autorización estaría en contradicción con otros elementos del ESD, como el párrafo 3 del artículo 21.

34. Además de estas deficiencias jurídicas fundamentales de interpretar que la "recomendación" del Órgano de Apelación pretende tener la naturaleza jurídica de una recomendación formulada en virtud del párrafo 1 del artículo 19 del ESD, también habría varias dificultades de tipo práctico. Por ejemplo, ¿dispondrían los Estados Unidos y las CE de un "plazo prudencial" cada uno para

²⁴ Posiblemente incluso de mayor preocupación a tenor del enfoque del Órgano de Apelación sería la situación en la que el grupo especial estuviera en desacuerdo con un informe anterior del Órgano de Apelación en el que hubiera intervenido ese miembro del Órgano de Apelación.

²⁵ Párrafo 1 del artículo 19 del ESD.

²⁶ La cuestión de las elecciones terminológicas poco meditadas es uno de los tipos de cuestiones que se podrían abordar si el Órgano de Apelación diera a las partes la oportunidad de formular observaciones sobre su informe provisional.

²⁷ Párrafo 737 del informe del Órgano de Apelación: ("Habida cuenta de las obligaciones dimanantes del párrafo 8 del artículo 22 del ESD, recomendamos que el Órgano de Solución de Diferencias pida a los Estados Unidos y a las Comunidades Europeas que inicien sin demora el procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 para resolver su desacuerdo acerca de si las Comunidades Europeas han suprimido la medida declarada incompatible en *CE - Hormonas* y si la aplicación de la suspensión de concesiones por los Estados Unidos sigue siendo jurídicamente válida.")

cumplir esa "recomendación"? ¿Serían iguales esos plazos? ¿Cómo se aplicaría el artículo 22 al no existir una "medida" declarada incompatible con un acuerdo abarcado?

35. En conclusión, aunque formulada como una "recomendación" en consonancia con las recomendaciones que el Órgano de Apelación ha hecho en diferencias anteriores en virtud del párrafo 1 del artículo 19 del ESD, es mejor interpretar que la utilización del término "recomendamos" es una elección terminológica poco meditada del Órgano de Apelación.
