



19 de junio de 2014

(14-3530)

Página: 1/7

Original: inglés

**INDONESIA - RECURSO AL PÁRRAFO 2 DEL ARTÍCULO 22 DEL ESD
EN LA DIFERENCIA ESTADOS UNIDOS - CIGARRILLOS
DE CLAVO DE OLOR**

**SOLICITUD DE CELEBRACIÓN DE CONSULTAS
PRESENTADA POR LA UNIÓN EUROPEA**

La siguiente comunicación, de fecha 13 de junio de 2014, dirigida por la delegación de la Unión Europea a la delegación de Indonesia y al Presidente del Órgano de Solución de Diferencias, se distribuye de conformidad con el párrafo 4 del artículo 4 del ESD.

Las autoridades de la Unión Europea me han encomendado que solicite la celebración de consultas con el Gobierno de la República de Indonesia ("Indonesia") de conformidad con los artículos 1 y 4 del *Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias* ("ESD") y el párrafo 1 del artículo XXII del *Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994* ("GATT de 1994"), y en particular con respecto al recurso unilateral de Indonesia al párrafo 2 del artículo 22 del ESD en el contexto del procedimiento del Grupo Especial sobre el cumplimiento y de arbitraje en el asunto DS406, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, y a la exclusión de los terceros de dicho procedimiento. Consideramos que ello es incompatible con el párrafo 5 del artículo 21, el párrafo 2 del artículo 22 y los párrafos 1 y 2 a) del artículo 23 del ESD, así como con los párrafos 1, 2 y 3 del artículo 10 del ESD. Como ha afirmado con claridad el Órgano de Apelación:

... antes de obtener la autorización del OSD para suspender concesiones, un Miembro debe iniciar un proceso de solución de diferencias en el que impugne la compatibilidad con los Acuerdos abarcados de una medida adoptada por otro Miembro. El Miembro que inicia el proceso sólo estará autorizado a suspender concesiones cuando el grupo especial (y el Órgano de Apelación, en caso de apelación) constatare que la medida es incompatible con los Acuerdos abarcados y el Miembro que adopta la medida no aplique las constataciones del grupo especial (o del Órgano de Apelación) en un plazo prudencial o, si adopta una medida destinada a cumplir, cuando en un procedimiento sobre el cumplimiento el grupo especial (y el Órgano de Apelación) constatare que esa medida no ha puesto al Miembro en conformidad. En otras palabras, el Miembro sólo podrá suspender concesiones al amparo de la autorización del OSD después de haber recurrido ampliamente a las normas y procedimientos del ESD, y de haberlos acatado, según prescribe el párrafo 1 del artículo 23.¹

Antecedentes de la diferencia

En su reunión de 24 de abril de 2012, el Órgano de Solución de Diferencias (OSD) adoptó el informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Estados Unidos - Medidas que afectan a la producción y venta de cigarrillos de clavo de olor* (WT/DS406/AB/R) y el informe del Grupo Especial (WT/DS406/R), modificado por el informe del Órgano de Apelación.² Siguiendo las recomendaciones del Grupo Especial y del Órgano de Apelación, el OSD pidió a los Estados Unidos que pusieran su medida, declarada en el informe del Órgano de Apelación y en el informe del

¹ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 374.

² Actuación del Órgano de Solución de Diferencias, WT/DS406/9, 1º de mayo de 2012.

Grupo Especial, modificado por el informe del Órgano de Apelación, incompatible con el Acuerdo OTC, en conformidad con las obligaciones que les corresponden en virtud de ese Acuerdo.³ Con arreglo al párrafo 3 b) del artículo 21 del ESD, Indonesia y los Estados Unidos acordaron que el plazo prudencial para que los Estados Unidos procedieran al cumplimiento sería de 15 meses contados a partir del 24 de abril de 2012, por lo que expiraría el 24 de julio de 2013.⁴

El 23 de julio de 2013, los Estados Unidos informaron al OSD y a todos los Miembros de la OMC de que, a juicio de los Estados Unidos, habían cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD a raíz del procedimiento inicial.⁵ El 12 de agosto de 2013, Indonesia informó al OSD y a todos los Miembros de la OMC de que, a juicio de Indonesia, los Estados Unidos no habían puesto la medida declarada incompatible con los acuerdos abarcados en conformidad con dichos acuerdos ni habían cumplido de otro modo las recomendaciones y resoluciones adoptadas dentro del plazo prudencial, y de que no se había acordado una compensación satisfactoria.⁶ En consecuencia, hay un desacuerdo entre los Estados Unidos e Indonesia 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, según lo dispuesto en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD.⁷ El párrafo 5 del artículo 21 dispone que esa diferencia sobre el cumplimiento se resolverá conforme a los procedimientos establecidos en el ESD, con intervención, siempre que sea posible, del grupo especial que haya entendido inicialmente en el asunto.

No obstante el desacuerdo con respecto al cumplimiento, el 12 de agosto de 2013 Indonesia pidió la autorización del OSD para suspender la aplicación a los Estados Unidos de concesiones u otras obligaciones resultantes de los acuerdos abarcados, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 22 del ESD.⁸ Los Estados Unidos impugnaron el nivel de la suspensión propuesta y sostuvieron que no se habían seguido los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3 del artículo 22 del ESD.⁹ El OSD acordó que la cuestión se sometiera a arbitraje, según lo prescrito en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD.¹⁰

En la reunión del OSD de 23 de agosto de 2013, el representante de la Unión Europea formuló la siguiente declaración:

El representante de la Unión Europea dice que la Unión Europea toma nota de la declaración formulada por los Estados Unidos de que han adoptado medidas para cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD. La Unión Europea también toma nota de que Indonesia no está de acuerdo en que los Estados Unidos han puesto sus medidas en conformidad con el Acuerdo OTC. Parece ser que existe un "desacuerdo en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones [del OSD] o a la compatibilidad de dichas medidas con un acuerdo abarcado" en el sentido del párrafo 5 del artículo 21 del ESD. La Unión Europea desea

³ Informe del Grupo Especial, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 8.6; informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Cigarrillos de clavo de olor*, párrafo 299.

⁴ Acuerdo previsto en el párrafo 3 b) del artículo 21 del ESD, WT/DS406/10, 19 de junio de 2012.

⁵ Acta de la reunión del OSD celebrada el 23 de julio de 2013, WT/DSB/M/334, 2 de octubre de 2013, párrafo 1.45: "... con estas medidas de las autoridades sanitarias estadounidenses los Estados Unidos han cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD en esta diferencia dentro del plazo prudencial, que expira el 24 de julio de 2013."; acta de la reunión del OSD celebrada el 23 de agosto de 2013, WT/DSB/M/335, 4 de octubre de 2013, párrafo 1.8: "... como los Estados Unidos notificaron al OSD en la reunión de 23 de julio de 2013, los Estados Unidos han cumplido las recomendaciones y resoluciones del OSD en esta diferencia."

⁶ Recurso de Indonesia al párrafo 2 del artículo 22 del ESD, WT/DS406/12, 13 de agosto de 2013, página 1: "Al vencimiento del plazo prudencial, los Estados Unidos no habían aplicado las recomendaciones y resoluciones del OSD con respecto al artículo 907(a)(1)(A), y no se ha llegado a un acuerdo de compensación mutuamente aceptable ..."; acta de la reunión del OSD celebrada el 23 de agosto de 2013, WT/DSB/M/335, 4 de octubre de 2013, párrafo 1.3 "...[] el incumplimiento por parte de los Estados Unidos de las recomendaciones y resoluciones del OSD en la diferencia relativa a los cigarrillos de clavo de olor ...".

⁷ El párrafo 5 del artículo 21 del ESD dispone, en su parte pertinente, 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."

⁸ Recurso de Indonesia al párrafo 2 del artículo 22 del ESD, WT/DS406/12, 13 de agosto de 2013.

⁹ Recurso de los Estados Unidos al párrafo 6 del artículo 22 del ESD, WT/DS406/13, 23 de agosto de 2013.

¹⁰ Acta de la reunión del OSD celebrada el 23 de agosto de 2013, WT/DSB/M/335, 4 de octubre de 2013, párrafo 1.13.

recordar que, de conformidad con esa disposición, "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". En caso de desacuerdo sobre la existencia de medidas de cumplimiento o de su compatibilidad con las normas de la OMC, se podrán suspender, de conformidad con el ESD, concesiones u otras obligaciones una vez que exista una determinación multilateral sobre la supuesta medida de cumplimiento. La Unión Europea confía en que los Estados Unidos e Indonesia garantizarán que los procedimientos del ESD sobre el cumplimiento y la suspensión de las obligaciones en el marco de esta diferencia se llevarán a cabo eficazmente y en la secuencia correcta. Por último, la Unión Europea recuerda que ha participado como tercero en el procedimiento del Grupo Especial y el procedimiento de apelación en la presente diferencia y que, por lo tanto, de conformidad con los párrafos 1, 2 y 3 del artículo 10 del ESD, se reserva el derecho de participar como tercero en cualquier procedimiento posterior, incluso con respecto a cualquier desacuerdo en cuanto a la existencia de medidas adoptadas para cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD o a la compatibilidad de dichas medidas con un acuerdo abarcado.¹¹

Mediante una comunicación de fecha 2 de septiembre de 2013, se informó a los Miembros de la OMC de que se ocuparía de la cuestión sometida al Grupo Especial sobre el cumplimiento/de arbitraje el Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto, de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD.¹²

Mediante una comunicación de fecha 4 de septiembre de 2013, la Unión Europea solicitó que se incluyeran disposiciones apropiadas en el procedimiento de trabajo y el calendario de las actuaciones del Grupo Especial sobre el cumplimiento/de arbitraje a fin de facilitar el ejercicio por la Unión Europea de sus derechos como tercero en esta diferencia.

Mediante una comunicación de fecha 18 de diciembre de 2013, el Grupo Especial sobre el cumplimiento/de arbitraje informó a la Unión Europea de su decisión, adoptada teniendo en cuenta las opiniones manifestadas por Indonesia, de no conceder a la Unión Europea derechos como tercero en el procedimiento del Grupo Especial sobre el cumplimiento/de arbitraje.

El Grupo Especial sobre el cumplimiento/de arbitraje no ha informado a los Miembros de la OMC de que se haya suspendido el procedimiento del Grupo Especial sobre el cumplimiento/de arbitraje.

En la reunión del OSD de 22 de enero de 2014, la Unión Europea formuló una declaración donde explicaba que consideraba que se habían vulnerado sus derechos de tercero, y que lo ocurrido era incompatible con el párrafo 2 del artículo 22 y los párrafos 1 y 2 a) del artículo 23 del ESD, tras lo cual se entabló un debate.¹³ Posteriormente, la Unión Europea solicitó la distribución de una comunicación donde explicaba su punto de vista¹⁴, que también fue objeto de debate en la siguiente reunión ordinaria del OSD, celebrada el 26 de febrero de 2014.¹⁵

La primera comunicación escrita de los Estados Unidos de América en el procedimiento del Grupo Especial sobre el cumplimiento/de arbitraje (19 de diciembre de 2013) dedica las primeras 39 de sus 55 páginas a explicar que los Estados Unidos han aplicado plenamente las recomendaciones y resoluciones del OSD. De forma similar, las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Grupo Especial sobre el cumplimiento/de arbitraje antes de la reunión sustantiva (11 de marzo de 2014), la declaración oral inicial de los Estados Unidos (27 de marzo de 2014) y las respuestas de los Estados Unidos a las preguntas formuladas por el Grupo Especial sobre el

¹¹ Acta de la reunión del OSD celebrada el 23 de agosto de 2013, WT/DSB/M/335, 4 de octubre de 2013, párrafo 1.10.

¹² Recurso de los Estados Unidos al párrafo 6 del artículo 22 del ESD, Constitución del Árbitro, WT/DS406/14, 2 de septiembre de 2013.

¹³ Acta de la reunión del OSD celebrada el 22 de enero de 2014, WT/DSB/M/341, 25 de abril de 2014, párrafos 8.1-8.20.

¹⁴ WT/DS406/15, 14 de febrero de 2014.

¹⁵ Acta de la reunión del OSD celebrada el 26 de febrero de 2014, WT/DSB/M/342, 16 de mayo de 2014, párrafos 5.1-5.22.

cumplimiento/de arbitraje después de la reunión sustantiva (10 de abril de 2014)¹⁶ demuestran que el procedimiento sobre el cumplimiento está en curso.

Las medidas en litigio

Las medidas en litigio son la decisión de Indonesia de recurrir al párrafo 2 del artículo 22 del ESD y su solicitud a tal efecto, según pone de manifiesto el documento WT/DS406/12, no obstante la existencia de un desacuerdo con los Estados Unidos en cuanto al cumplimiento, junto con la omisión de Indonesia al no iniciar y llevar a cabo un procedimiento sobre el cumplimiento de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 y la omisión de Indonesia al no solicitar y procurar la suspensión del procedimiento del Grupo Especial de arbitraje mientras está pendiente el resultado del procedimiento del Grupo Especial sobre el cumplimiento.

Entre las medidas en litigio también se incluye la solicitud de Indonesia de que la Unión Europea fuera excluida de modo ilícito del procedimiento del Grupo Especial sobre el cumplimiento/de arbitraje, que fue causa auténtica y sustancial de esa exclusión, según demuestra la comunicación del Grupo Especial sobre el cumplimiento/de arbitraje de fecha 18 de diciembre de 2013.

Todo acto u omisión atribuible a un Miembro de la OMC puede ser una medida a efectos del sistema de solución de diferencias de la OMC.¹⁷ Las medidas mencionadas por la Unión Europea son actos u omisiones atribuibles a Indonesia.

Un Miembro de la OMC que presenta una reclamación en el marco del ESD no tiene que demostrar un interés especial más allá del hecho de que exista una incompatibilidad con las normas de la OMC.¹⁸ Las medidas en litigio son incompatibles con las normas de la OMC por las razones expuestas a continuación. En cualquier caso, en este asunto en particular, la Unión Europea fue un tercero en el procedimiento del Grupo Especial inicial y un tercero participante en el procedimiento inicial del Órgano de Apelación. Además, la Unión Europea participa en la producción, el comercio y la reglamentación de los cigarrillos, incluido el tipo de cigarrillos mencionado en el presente asunto. Por otra parte, la Unión Europea tiene un interés sistémico en la interpretación y aplicación correctas y coherentes de los acuerdos abarcados, y también, en particular, con respecto a toda suspensión de concesiones y sus posibles efectos en la Unión Europea, con inclusión de los efectos de desviación del comercio. Estamos muy interesados en este procedimiento del Grupo Especial sobre el cumplimiento/de arbitraje.

Incompatibilidad de las medidas en litigio con las normas de la OMC

El párrafo 5 del artículo 21 del ESD¹⁹ se refiere a una situación en que hay un desacuerdo en cuanto a la existencia de medidas destinadas a cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD o a la compatibilidad de dichas medidas con un acuerdo abarcado. En esas circunstancias, esta disposición prevé, de manera incondicional, la obligación de conformarse a los procedimientos de solución de diferencias del ESD (*"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"*).

¹⁶ Todos los documentos se pueden consultar en la siguiente dirección: <http://www.ustr.gov/node/6356> (consultada por última vez el 28 de mayo de 2014).

¹⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Examen por extinción relativo al acero resistente a la corrosión*, párrafo 81: "... todo acto u omisión atribuible a un Miembro de la OMC puede ser una medida de ese Miembro a efectos del procedimiento de solución de diferencias."

¹⁸ Informe del Órgano de Apelación, *CE - Banano III*, párrafos 132-138.

¹⁹ 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."

En el párrafo 5 del artículo 21 y el artículo 22²⁰ se indica que el artículo 22 se fundamenta en una situación de incumplimiento que, según ha señalado el Órgano de Apelación, debe basarse en una determinación multilateral en ese sentido. En este contexto, la petición por Indonesia de la autorización del OSD para suspender la aplicación a los Estados Unidos de concesiones u otras obligaciones resultantes de los acuerdos abarcados, en virtud del párrafo 2 del artículo 22 del ESD, junto con la omisión de Indonesia al no iniciar y llevar a cabo un procedimiento sobre el cumplimiento de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 y su omisión al no solicitar y procurar la suspensión del procedimiento del Grupo Especial de arbitraje, se basaban, por efecto de la ley, en la tesis de que los Estados Unidos no han puesto la medida declarada incompatible con un acuerdo abarcado en conformidad con dicho acuerdo ni han cumplido de otro modo las recomendaciones y resoluciones adoptadas dentro del plazo prudencial determinado de conformidad con el párrafo 3 del artículo 21. Sin embargo, todavía no se ha formulado ninguna determinación multilateral sobre la cuestión del cumplimiento. Más bien, como se ha recordado más arriba, hay un desacuerdo entre los Estados Unidos e Indonesia 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, según lo dispuesto en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD.

El párrafo 6 del artículo 22 del ESD²¹ se basa en la posibilidad de que se produzca la situación descrita en el párrafo 2. Entre las situaciones contempladas en el párrafo 2 se incluye una en que el Miembro afectado no ha cumplido, y en que, de haber desacuerdo, se ha formulado una determinación multilateral a tal efecto. El párrafo 7 del artículo 22 del ESD²² prevé que se formule una determinación sobre si el nivel de las concesiones u otras obligaciones que se hayan de suspender es equivalente al nivel de la anulación o el menoscabo, si la suspensión propuesta está permitida en virtud del acuerdo abarcado, y si se han seguido los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3 del artículo 22 del ESD. En este caso, el Grupo Especial inicial también se encargará de esas tareas. Así pues, los párrafos 3 a 8 del artículo 22, en su conjunto, se basan en una situación de incumplimiento. Todos ellos hacen referencia directa o indirectamente a la anulación o el menoscabo resultantes del incumplimiento. En caso de que el OSD autorizara, en virtud del párrafo 7 del artículo 22 del ESD, por consenso negativo o automáticamente, la

²⁰ El párrafo 2 del artículo 22 del ESD dispone 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."

²¹ El párrafo 6 del artículo 22 del ESD dispone 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." (no se reproduce la nota de pie de página)

²² El párrafo 7 del artículo 22 del ESD dispone lo siguiente: "El árbitro 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 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." (no se reproduce la nota de pie de página)

suspensión de concesiones en circunstancias en que se hubiera logrado el cumplimiento, estaría actuando necesariamente de manera incompatible con el párrafo 5 del artículo 22 del ESD.²³

A este respecto, la Unión Europea recuerda que el Órgano de Apelación ha constatado que la cuestión de si se ha suprimido una medida declarada incompatible con un acuerdo abarcado, según lo dispuesto en el párrafo 8 del artículo 22 del ESD, exige una determinación multilateral. Concretamente, el Órgano de Apelación ha hecho las siguientes constataciones:

El párrafo 5 del artículo 21 prevé un procedimiento especial para resolver los desacuerdos en cuanto a la compatibilidad de las medidas adoptadas por un Miembro para aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD con los Acuerdos abarcados. Por lo tanto, el procedimiento del grupo especial previsto en el párrafo 5 del artículo 21 es el que corresponde para resolver el desacuerdo acerca de si la Directiva 2003/74/CE ha alcanzado el cumplimiento sustantivo y si, en consecuencia, se ha cumplido la condición resolutoria del párrafo 8 del artículo 22 que obliga a poner fin a la suspensión de concesiones. ...²⁴

... el párrafo 5 del artículo 21 está formulado en términos imperativos. ...²⁵

En síntesis, consideramos que el recurso al procedimiento del grupo especial previsto en el párrafo 5 del artículo 21 constituye la manera de proceder correcta, dentro de la estructura procesal del ESD, para los casos en que, como en la presente diferencia, un Miembro sujeto a la suspensión de concesiones ha adoptado una medida de cumplimiento y surge un desacuerdo acerca de si "se ha suprimido la medida declarada incompatible con un acuerdo abarcado" en el sentido del párrafo 8 del artículo 22. Por lo tanto, compartimos el punto de vista de las Comunidades Europeas de que las actuaciones de un grupo especial del párrafo 5 del artículo 21 constituyen el procedimiento que corresponde seguir cuando hay desacuerdo acerca de si la Directiva 2003/74/CE ha logrado un cumplimiento sustantivo. ...²⁶

Como ha explicado el Órgano de Apelación, el párrafo 1 del artículo 23 establece la obligación fundamental de los Miembros de la OMC de recurrir a las normas y procedimientos del ESD cuando traten de reparar el incumplimiento de los Acuerdos abarcados. El artículo 23 restringe de dos modos la actuación de los Miembros de la OMC. En primer lugar, su párrafo 1 establece que el sistema de solución de diferencias de la OMC es el foro exclusivo para resolver dichas diferencias y exige que se respeten las normas del ESD. En segundo lugar, su párrafo 2 prohíbe a los Miembros de la OMC adoptar determinadas medidas unilaterales. Por consiguiente, un Miembro no puede, de manera unilateral: i) determinar que se ha producido una infracción, que se han anulado o menoscabado ventajas o que se ha comprometido el cumplimiento de uno de los objetivos de los Acuerdos abarcados; ii) determinar la duración del plazo prudencial para la aplicación; o iii) decidir la suspensión de concesiones y determinar el nivel de la suspensión.²⁷ (no se reproduce la nota de pie de página).

... antes de obtener la autorización del OSD para suspender concesiones, un Miembro debe iniciar un proceso de solución de diferencias en el que impugne la compatibilidad con los Acuerdos abarcados de una medida adoptada por otro Miembro. El Miembro que inicia el proceso sólo estará autorizado a suspender concesiones cuando el grupo especial (y el Órgano de Apelación, en caso de apelación) constata que la medida es incompatible con los Acuerdos abarcados y el Miembro que adopta la medida no aplique las constataciones del grupo especial (o del Órgano de Apelación) en un plazo prudencial o, si adopta una medida destinada a cumplir, cuando en un procedimiento sobre el cumplimiento el grupo especial (y el Órgano de Apelación) constata que esa medida no ha puesto al Miembro en conformidad. En otras palabras, el Miembro sólo

²³ El párrafo 5 del artículo 22 del ESD dispone lo siguiente: "El OSD no autorizará la suspensión de concesiones u otras obligaciones si un acuerdo abarcado prohíbe tal suspensión."

²⁴ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 338.

²⁵ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 340.

²⁶ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 345.

²⁷ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 371.

podrá suspender concesiones al amparo de la autorización del OSD después de haber recurrido ampliamente a las normas y procedimientos del ESD, y de haberlos acatado, según prescribe el párrafo 1 del artículo 23.²⁸

En consecuencia, la decisión de Indonesia y la petición de ese país de conformidad con el párrafo 2 del artículo 22 del ESD, junto con su omisión al no iniciar y llevar a cabo un procedimiento sobre el cumplimiento de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 y su omisión al no solicitar y procurar la suspensión del procedimiento del Grupo Especial de arbitraje mientras está pendiente el resultado del procedimiento del Grupo Especial sobre el cumplimiento, son incompatibles con esa disposición, con el párrafo 5 del artículo 21 y con los párrafos 1²⁹ y 2 a)³⁰ del artículo 23 del ESD, puesto que Indonesia ha procedido unilateralmente, en circunstancias en que existe una diferencia con respecto al cumplimiento y no hay ninguna determinación multilateral de incumplimiento.

Además, la solicitud de Indonesia de que la Unión Europea fuera excluida de modo ilícito del procedimiento del Grupo Especial sobre el cumplimiento/de arbitraje, que fue causa auténtica y sustancial de esa exclusión, es incompatible con las siguientes disposiciones: el párrafo 1 del artículo 10 del ESD, puesto que no vela por que se tomen plenamente en cuenta los intereses de los demás Miembros; el párrafo 2 del artículo 10 del ESD, porque la Unión Europea tiene un interés sustancial en el asunto sometido al Grupo Especial sobre el cumplimiento/de arbitraje y así lo ha notificado al OSD, pero no tendrá oportunidad de ser oída ni de presentar comunicaciones por escrito; y el párrafo 3 del artículo 10, porque no se ha dado ni se dará traslado a la Unión Europea de las comunicaciones de las partes en la diferencia presentadas en la primera reunión.

* * * *

Por los motivos expuestos, las medidas de Indonesia parecen anular o menoscabar las ventajas resultantes para la Unión Europea directa o indirectamente de todos los acuerdos y disposiciones citados más arriba.

La Unión Europea se reserva el derecho de abordar en el curso de las consultas medidas y alegaciones adicionales sobre las cuestiones antes mencionadas.

La Unión Europea espera con interés recibir oportunamente la respuesta de Indonesia a la presente solicitud de celebración de consultas y está dispuesta a examinar con Indonesia fechas y modalidades mutuamente convenientes para organizar las consultas.

²⁸ Informe del Órgano de Apelación, *Estados Unidos - Mantenimiento de la suspensión*, párrafo 374.

²⁹ El párrafo 1 del artículo 23 del ESD dispone 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."

³⁰ El párrafo 2 a) del artículo 23 del ESD dispone lo siguiente: "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."