



**EL CONFLICTO DE JURISDICIONES EN LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL
DEL COMERCIO**

PROYECTO DE GRADO

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO COMERCIAL
BOGOTÁ D.C.**

2018



PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA

FACULTAD CIENCIAS JURÍDICAS

BOGOTÁ D.C.

2018

PROYECTO DE GRADO

EL CONFLICTO DE JURISDICIONES EN LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

2018

Nota de Advertencia: Artículo 23 de la Resolución N° 13 de Julio de 1946

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por qué no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y porque las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

ÍNDICE

I. Introducción

II. Prenotados

- a. El sistema de solución de disputas de la Organización Mundial del Comercio
- b. La jurisdicción inherente
- c. La diferencia entre jurisdicción y admisibilidad

III. Los Impedimentos Legales como motivo para declinar el ejercicio de la jurisdicción

- a. La existencia de Impedimentos Legales
- b. Artículo 3.7 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias
- c. Artículo 3.10 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias

IV. Conclusiones

V. Bibliografía

Abstract: El auge en la celebración de TLC, donde las partes acuerdan la creación un foro de resolución de disputas, que conoce todas las controversias que surjan en el marco del tratado, incluso en aquellas donde se debe aplicar derecho de la OMC, ha suscitado un gran debate: ¿los hechos ocurridos entre las partes en el marco de un TLC afectan la capacidad de los tribunales de la OMC de decidir la controversia, por virtud de una objeción a la admisibilidad? Este escrito analizará las decisiones proferidas por los tribunales de la OMC, buscando plantear una respuesta a dicho interrogante.

Palabras clave: Organización Mundial del Comercio, tratado de libre comercio, admisibilidad, superposición de jurisdicciones

Abstract: The rise of FTAs, where the parties agree to set up a dispute settlement forum, which will hear of all disputes arising under the treaty, including those where the WTO law is to be applied, has arose the present debate: Can facts between the parties in the frame of an FTA affect the capacity of panels and the Appellate Body to decide the merits of the dispute, by virtue of an objection to the admissibility of the dispute? This paper will analyze the different rulings from WTO tribunals in order to answer the question.

Keywords: World Trade Organization, free trade agreement, admissibility, overlapping of jurisdictions

EL CONFLICTO DE JURISDICCIONES EN LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

I. Introducción

El tema que tratará este artículo nació de la proliferación de tratados de libre comercio (en adelante "TLC") a fines del siglo XX. Tradicionalmente, se ha entendido que la jurisdicción del Órgano de Solución de Diferencias (en adelante "OSD") de la Organización Mundial del Comercio (en adelante, "OMC") es obligatoria y exclusiva. Sin embargo, con el aumento de los TLC con los foros de solución de controversias, más allá del problema del "*spaghetti bowl*", la superposición de jurisdicciones ha surgido como un conflicto entre las jurisdicciones del OSD y los foros de solución de controversias de los TLC.

Dada la falta de una solución a este problema en los acuerdos abarcados de la OMC, la doctrina internacional ha propuesto una serie de posibles soluciones para la superposición de jurisdicciones. Estas propuestas han llevado a un nuevo debate doctrinal: la aplicación de normas ajenas a la OMC, como las contenidas en un TLC, a las disputas legales ante la OMC.

Diferentes grupos especiales y el Órgano de Apelaciones de la OMC han podido establecer un precedente en la resolución de varias disputas surgidas en el marco de un TLC, pero no han tenido una posición clara que pueda aplicarse a todos los casos, ya sea por la falta de argumentos de las partes o por la facilidad de resolver los casos sobre la base de criterios distintos de la jurisdicción o la admisibilidad. Cabe resaltar que el enfoque de este tema no es pacífico, ya que, de una u otra manera, se requiere ponderar la soberanía de los estados para asumir nuevas obligaciones, incluso por encima de sus obligaciones como miembros de la OMC, frente a la supremacía de la OMC como la organización multilateral por excelencia, sobre los TLC.

Sin embargo, como los grupos especiales y el Órgano de Apelaciones de la OMC han fallado algunos casos donde existe una superposición de jurisdicciones, este documento analizará la tesis de los "impedimentos legales", como una manera de evitar que un grupo especial ejerza su jurisdicción.

II. Prenotados

a. El sistema de solución de disputas de la Organización Mundial del Comercio

La OMC se creó en el marco de las negociaciones de la Ronda Uruguay, que tuvieron lugar entre 1986 y 1994, mediante el Acuerdo de Marrakech. Más tarde, se estableció y entró en funcionamiento el 1 de enero de 1995. En la actualidad, 164 países de todo el mundo son miembros de la OMC, siendo una de las organizaciones internacionales más exitosas del mundo.¹

Sin lugar a dudas, la administración del sistema de solución de diferencias de la OMC es una de las funciones más importantes de la OMC. De hecho, el párrafo 2 del artículo 3 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias (en adelante, "ESD") establece que: "*El sistema de solución de diferencias de la OMC es un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio.*". Además, el párrafo 3 del artículo 3 del ESD reconoce que: "*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 la pronta solución de las situaciones en las cuales un Miembro*

¹ What is the WTO? (n.d) Retrieved from: https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/whatis_e.htm

considere que cualesquiera ventajas resultantes para él directa o indirectamente de los acuerdos abarcados se hallan menoscabadas por medidas adoptadas por otro Miembro".

En palabras de Peter Van den Bossche y Werner Zdouc, el sistema de solución de diferencias de la OMC es la joya de la corona de la OMC y posiblemente ha sido el más prolífico de todos los sistemas de solución de diferencias de estado a estado desde su creación. De hecho, el 10 de noviembre de 2015, la 500.^a disputa fue enviada a la OMC por Pakistán, solicitando consultas con Sudáfrica debido a sus aranceles antidumping provisionales sobre el cemento de Pakistán.² Más de 500 disputas en más de 20 años de historia del sistema de solución de diferencias de la OMC demuestran su importancia en el comercio internacional. Este hecho puede contrastarse con las 300 disputas que se presentaron en un período de 47 años al sistema de solución de diferencias del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (en adelante, "GATT"), que es un acuerdo firmado en 1947 que regula el comercio entre naciones, que tenía un sistema de solución de diferencias que dejó de existir cuando el acuerdo se incorporó al sistema de la OMC.

Por otro lado, de conformidad con su jurisdicción exclusiva, un miembro reclamante está obligado a plantear al sistema de solución de diferencias de la OMC cualquier controversia que surja en virtud de los acuerdos abarcados. Esta característica se refleja en el párrafo 1 del artículo 23 del ESD:

"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."

Por lo tanto, el grupo especial en Estados Unidos — Artículo 301 de la Ley de Comercio Exterior declaró que esta disposición:

"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".³

Más adelante, el Grupo Especial que se ocupó del asunto CE – Embarcaciones Comerciales aclaró el alcance del carácter exclusivo de la jurisdicción del sistema de solución de diferencias de la OMC al afirmar:

"Se desprende de esta concepción del párrafo 1 del artículo 23 como obligación general de no actuar de manera unilateral cuando se trate de reparar el incumplimiento de una obligación en el marco de la OMC que la prescripción de recurrir al ESD no está limitada a una "cláusula de jurisdicción exclusiva", en el sentido en que utilizan esa expresión las Comunidades Europeas. Si se interpreta teniendo en cuenta su contexto y fin, el párrafo

² World Trade Organization, (2016) Annual report 2016. Recuperado de: https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/anrep_e/anrep16_chap6_e.pdf

³ Panel Report, United States – Sections 301-310 of the Trade Act 1974, WT/DS152/R, adoptado 22 Diciembre 1999, párrafo 7.43

*1 del artículo 23 no sólo garantiza la exclusividad de la OMC frente a otros foros internacionales, sino que también protege el sistema multilateral frente a las conductas unilaterales."*⁴

Esta decisión previa de diferentes grupos especiales muestra que los miembros de la OMC tienen la obligación de abstenerse de tomar medidas unilaterales contra otros miembros que violan una disposición de los acuerdos abarcados, pero también deben abstenerse de presentar sus reclamaciones ante otros foros internacionales de solución de diferencias.

En resumen, el sistema de solución de diferencias de la OMC desempeña un papel esencial en la protección del sistema multilateral de comercio, al proporcionar un procedimiento estricto que garantiza el cumplimiento de la decisión de la parte derrotada.

b. La jurisdicción inherente

Antes de analizar si los grupos especiales de la OMC y el Órgano de Apelación tienen jurisdicción inherente, y si pueden aplicar poderes inherentes, es pertinente abordar el significado de cada uno de estos conceptos. Según la Corte Internacional de Justicia, la jurisdicción inherente se puede entender de esta manera:

"Cabe destacar que el Tribunal posee una jurisdicción inherente que le permite tomar las medidas que se requieran (...) para garantizar la solución ordenada de todos los asuntos en disputa, para garantizar la observancia de las" limitaciones inherentes al ejercicio de la función judicial "de la Corte, y para" mantener su carácter judicial ". Tal jurisdicción inherente, sobre la base de la cual la Corte está plenamente facultada para formular las conclusiones que sean necesarias para los fines que se acaban de indicar, se deriva de la mera existencia de la Corte como un órgano judicial establecido por el consentimiento de los Estados y conferido a para que sus funciones judiciales básicas puedan salvaguardarse ".⁵

Por esa razón, un tribunal internacional puede ir más allá del estricto mandato del acuerdo, a fin de resolver cuestiones relacionadas con su jurisdicción.

Sin embargo, el verdadero problema se basa en las consecuencias que tendría el reconocimiento de la jurisdicción inherente, es decir, que daría derecho a la corte a utilizar poderes inherentes para resolver la disputa. Como declara Orakhelashvili, *"la naturaleza judicial de los tribunales internacionales y los poderes inherentes a continuación pueden producir un 'complemento' de jurisdicción no previsto directamente bajo una cláusula jurisdiccional dada."*⁶ Por lo tanto, en palabras de Andrew D. Mitchell y David Heaton:

"La jurisdicción inherente es la fuente de los poderes incidentales que un tribunal o tribunal internacional requiere para mantener y ejercer su jurisdicción sobre la materia en forma judicial. A pesar de la falta de un mandato para hacerlo en el instrumento que crea el tribunal internacional o le confiere jurisdicción, un tribunal puede -en virtud de su jurisdicción inherente- aplicar principios o reglas¹⁶ del derecho internacional con estos fines. Un ejemplo es el reconocimiento por parte del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIY)

⁴ Panel Report, European Communities – Measures Affecting Trade in Commercial Vessels, WT/DS301/R, adoptado 22 Abril 2001, parágrafo 7.193

⁵ I.C.J. Reports, Nuclear Tests (Austl. v. Fr.), Judgmenet, I.C.J. Reports 1974, Páginas 253, 259–60

⁶ Alexander Orakhelashvili, Questions of International Judicial Jurisdiction in the LaGrand Case, 15 Leiden J. Int'l L. 105, 115 (2002)

de que "posee jurisdicción inherente para enjuiciar el delito de desacato", aunque no se prevén disposiciones al respecto en su estatuto".⁷

Sin embargo, estos poderes inherentes que no son reconocidos por el instrumento que crea el tribunal internacional o que confiere jurisdicción no pueden ser ampliamente utilizados. Según Joost Pauwelyn, la jurisdicción inherente y los poderes inherentes deben ser utilizados únicamente por el tribunal para:

"(I) para interpretar las presentaciones de las partes "con el fin de" aislar el problema real en el caso e identificar el objeto del reclamo "; (ii) (...) para determinar si uno tiene competencia sustantiva para decidir sobre un asunto (el principio de la competencia de la competencia; (iii) (...) para decidir si se debe abstener de ejercer la jurisdicción sustantiva que se ha establecido válidamente, y (iv) (...) decidir todos los asuntos relacionados con el ejercicio de la jurisdicción sustantiva e inherentes a la función judicial, tales como los reclamos bajo las reglas sobre la carga de la prueba, el debido proceso y otras normas internacionales generales sobre la resolución judicial de disputas".⁸

Habiendo analizado los conceptos de jurisdicción inherente y poderes inherentes, surge una pregunta: ¿Los tribunales de la OMC tienen jurisdicción inherente? y, por lo tanto, ¿pueden aplicar sus poderes inherentes para resolver las disputas?

De hecho, en el marco de la OMC, los grupos especiales y el Órgano de Apelación han sido reacios a reconocer la existencia de poderes inherentes. Sin embargo, los han usado en varios casos. Hasta el litigio México – Impuestos Sobre Refrescos, el Órgano de Apelación declaró que:

En particular, los grupos especiales tienen el derecho de determinar si tienen competencia para entender en un determinado asunto, así como el ámbito de su competencia. A este respecto, el Órgano de Apelación ha declarado anteriormente que, "según una regla universalmente aceptada, un tribunal internacional puede considerar de oficio la cuestión de su propia competencia, y cerciorarse de que tiene competencia en cualquier asunto que se le haya sometido".⁹ Además, el Órgano de Apelación también ha explicado que los grupos especiales tienen "un margen de discreción para ocuparse, siempre con sujeción al debido proceso legal, de situaciones concretas que pueden surgir en un determinado caso y que no estén reguladas explícitamente"⁹

Por lo tanto, un tribunal de la OMC puede ir más allá del mandato de los acuerdos abarcados al resolver una disputa específica, debido a su jurisdicción inherente. A pesar de lo anterior, según Andrew D. Mitchell y David Heaton, después de analizar los casos en que los diferentes grupos especiales y el Órgano de Apelación utilizaron sus poderes inherentes, el uso de estos poderes está sujeto a las siguientes condiciones:

"(1) necesidad de resolver un problema; (2) falta de contenido sustantivo autónomo en el principio; y (3) consistencia con los instrumentos constitutivos del tribunal internacional en cuestión (los Acuerdos Cubiertos en el contexto de la OMC). Además, un principio debe ser reconocido en el derecho internacional consuetudinario o ser un principio general de derecho. La jurisdicción inherente no proporciona un vehículo para aplicar ninguna regla que un tribunal internacional desee aplicar".¹⁰

⁷ Andrew D. Mitchell, David Heaton, "The Inherent Jurisdiction of WTO Tribunals: The select application of Public International Law required by the judicial function", Michigan Journal of International Law, Vol. 31:561 (2009), Páginas 565-566

⁸ Joost Pauwelyn, Conflict of Norms in Public International Law International Law: How WTO Law Relates to other Rules of International Law, Cambridge Studies in International and Comparative Law (2003), Páginas 447-48

⁹ Appellate Body Report, Mexico - Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages, WT/DS308/AB/R, adoptado 6 Marzo 2006, párrafo 45

¹⁰ Andrew D. Mitchell, David Heaton, "The Inherent Jurisdiction of WTO Tribunals: The select application of Public International Law required by the judicial function", Michigan Journal of International Law, Vol. 31:561 (2009), Página 574

Para el caso de este documento, la aplicación del principio de "La compétence de la compétence" en el sistema de la OMC es esencial, ya que es el primer paso para analizar si un grupo especial puede declinar el ejercicio de su jurisdicción. Para resolver esta pregunta, Andrew D. Mitchel y David Heaton aplicaron su prueba propuesta, y encontraron que:

"El poder de un Tribunal de la OMC para decidir si tiene o no jurisdicción sobre un reclamo particular es necesario, al menos cuando lo planteó una de las partes o el Tribunal de la OMC, como si no tuviera jurisdicción, entonces no puede tomar una determinación judicial". en los méritos en absoluto. La capacidad de examinar si un tribunal tiene jurisdicción tampoco tiene un contenido sustantivo autónomo: los criterios de la jurisdicción en sí mismos son provistos por los acuerdos relevantes. Por ejemplo, en el caso de un grupo especial sobre el cumplimiento, el párrafo 5 del artículo 21 del ESD establece normativamente la jurisdicción del grupo especial: una medida debe ser una "medida para cumplir" una resolución anterior del OSD que entra dentro del ámbito de los procedimientos de cumplimiento. El poder inherente para examinar la jurisdicción meramente permite la aplicación de esta norma. Por último, no hay nada en el ESD o en otro lugar que sugiera que un Tribunal de la OMC no puede determinar si tiene jurisdicción. De hecho, los requisitos en el ESD de que la parte reclamante especifique los acuerdos cubiertos pertinentes, "los motivos de la solicitud" (para las consultas) y "las medidas en litigio" proporcionan los criterios a través de los cuales un grupo especial puede garantizar una reclamación adecuada. eso. (...) En virtud de los tres criterios, entonces, el ejercicio de la compétence de la compétence es claramente un incidente de jurisdicción inherente que puede aplicarse y se aplica dentro del sistema de solución de diferencias de la OMC".¹¹

En conclusión, los tribunales de la OMC tienen derecho a utilizar sus poderes inherentes para determinar si tienen jurisdicción en una disputa específica.

c. La diferencia entre jurisdicción y admisibilidad

Para abordar y resolver la pregunta planteada en la introducción de este documento, es importante diferenciar los conceptos de jurisdicción y admisibilidad. Esto, dado que la superposición de jurisdicciones entre la solución de diferencias de un TLC y del OSD de la OMC, generalmente crea un problema de admisibilidad del problema, en lugar de un problema jurisdiccional.

A nivel internacional, múltiples tribunales han aceptado esta distinción al abordar cuestiones preliminares de una disputa. De hecho, la Corte Internacional de Justicia ha declarado que: *"Las objeciones a la admisibilidad normalmente adoptan la forma de una afirmación de que, incluso si la Corte tiene jurisdicción y los hechos declarados por el Estado solicitante se consideran correctos, no obstante hay razones por las cuales la Corte no debe proceder a un examen de los méritos"*.¹²

Además, en el caso SGS c. Filipinas, el tribunal arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones declaró que, aunque tenía jurisdicción para decidir sobre el reclamo en cuestión, declinaría ejercerlo, ya que el tribunal concluyó que la reclamación no era admisible debido a una cláusula de foro en el contrato, que establecía que las reclamaciones contractuales debían presentarse ante los tribunales nacionales.

Según Pauwelyn y Salles¹³, en el marco de la OMC se analiza la aplicación del concepto de admisibilidad, ya que el ESD no establece expresamente la diferenciación entre cuestiones de competencia y admisibilidad. Proponen que la diferenciación debe basarse en el alcance de la autoridad

¹¹ Ibidem, Página 582

¹² I.C.J. Reports, Oil Platforms (Iran v US), Judgment, I.C.J. Reports 2003, parágrafo 29

¹³ Joost Pauwelyn and Luis E. Salles, Forum Shopping Before International Tribunals: (Real) Concerns, (Im) Possible Solutions, 42 Cornell International Law Journal 77 (2009), Página 93.

de un grupo especial para decidir la existencia de las condiciones relacionadas con el ejercicio de una determinada acción o proceso.

Sin embargo, la decisión del Órgano de Apelación sobre el caso México – Impuestos sobre Bebidas, pareció introducir esta diferenciación. Como se explicará en la siguiente sección, es posible comprender que hubo un reconocimiento implícito de impedimentos legales como motivo para que los grupos especiales se negaran a ejercer su jurisdicción válidamente establecida, en ese caso específico, debido a una posible renuncia de los derechos de la OMC derechos en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN).

Por esa razón, dado que el Órgano de Apelación pareció introducir esta diferencia, este documento analizará el problema de la superposición de jurisdicciones como una objeción de admisibilidad, ya que las cuestiones de jurisdicción y admisibilidad no son idénticas. De hecho, Pauwelyn y Salles¹⁴, explican que hay una similitud y cuatro diferencias entre estos dos conceptos.

En general, las objeciones a la jurisdicción y las de admisibilidad son similares, ya que ambas son objeciones preliminares, que se analizan antes que el fondo del caso, y su efecto final sería el mismo, es decir, evitar las conclusiones sobre el fondo. Sin embargo, difieren unos de otros de varias maneras:

En primer lugar, se plantean objeciones a la jurisdicción para atacar la autoridad del tribunal para decidir sobre los reclamos, mientras que las objeciones a la admisibilidad se dirigen a las condiciones para la acción o denuncia específica. Por lo tanto, las objeciones a la admisibilidad se plantean después de considerar que el tribunal tiene jurisdicción para decidir sobre el fondo.

En segundo lugar, la ley que rige las objeciones jurisdiccionales se refiere al campo jurisdiccional del tribunal (también conocido como jurisdicción sustantiva, original o primaria), que básicamente depende del hecho de que las partes otorgaron la jurisdicción explícitamente otorgada al tribunal sobre ese asunto. A contrario sensu, la ley que rige las objeciones de admisibilidad son principios y reglas que son vinculantes para las partes en la controversia, que no están necesariamente incorporadas en la cláusula del instrumento que otorgó jurisdicción al tribunal. En ese sentido, una objeción de admisibilidad no afecta la jurisdicción del tribunal y, además, si un tribunal decide no examinar el fondo del caso, con base en la inadmisibilidad, el tribunal estaría ejerciendo su jurisdicción.

En tercer lugar, la carga de plantear una objeción de jurisdicción es diferente de plantear una de admisibilidad, ya que la falta de jurisdicción es un asunto que un tribunal debe examinar por propia iniciativa, mientras que la cuestión de la admisibilidad debe ser planteada por las partes. Esta diferencia es definitivamente la más importante. Un tribunal debe clasificar el asunto jurisdiccional por sí mismo, incluso si ninguna de las partes plantea la cuestión, de lo contrario podría estar resolviendo los méritos sin tener la autoridad para decidir sobre el asunto. La inadmisibilidad, en cambio, se relaciona con la relación legal entre las partes, esto es, por ejemplo, si el demandante ha renunciado previamente a su derecho a presentar un caso, o si debe agotar los recursos internos antes de presentar el caso.

En cuarto lugar, por una parte, una decisión sobre la inadmisibilidad de una demanda no adquiere plena fuerza de cosa juzgada cuando se puede subsanar la cuestión que subraya la inadmisibilidad. Por otro lado, una decisión sobre jurisdicción no puede ser subsanada, y, por lo tanto, la decisión adquiere la fuerza de cosa juzgada.

¹⁴ Ibidem, páginas 94-97.

En ese sentido, dado que las cuestiones son tan diferentes, es importante analizar si la parte demandada presenta una objeción a la jurisdicción del tribunal o a la admisibilidad del conflicto, a fin de proporcionar una resolución fundada. Por este motivo, las siguientes secciones presentarán diferentes respuestas a la posibilidad de que un grupo especial decline su ejercicio de su jurisdicción como una cuestión de admisibilidad, en lugar de una cuestión jurisdiccional en sí misma, debido a la superposición de jurisdicciones.

III. Los Impedimentos Legales como motivo para declinar el ejercicio de la jurisdicción

a. La existencia de Impedimentos Legales

Antes de explicar el concepto de impedimentos legales, este documento explicará el razonamiento realizado por el Órgano de Apelación, al reconocer que un tribunal de la OMC tiene derecho a negarse a suspender su jurisdicción establecida válidamente, cuando ciertas condiciones están presentes en una disputa.

El Órgano de Apelación en México – Impuestos Sobre Bebidas declaró que la decisión de un grupo especial de declinar su jurisdicción establecida válidamente disminuiría el derecho del miembro reclamante de buscar reparación por una violación de los acuerdos abarcados por otro miembro:

“A nuestro juicio, no obstante, de la existencia de esas facultades jurisdiccionales inherentes no se desprende que, una vez que se les haya conferido válidamente competencia, los grupos especiales de la OMC estén facultados para declinar pronunciarse sobre la totalidad de las alegaciones que se les hayan sometido en una diferencia. Por el contrario, señalamos que, si bien ha reconocido las facultades inherentes de los grupos especiales de la OMC, el Órgano de Apelación ha subrayado anteriormente lo siguiente: Si bien los grupos especiales tienen cierta discrecionalidad para establecer sus propios procedimientos de trabajo, esa discrecionalidad no es tan amplia como para modificar las disposiciones de fondo del ESD. ... Ninguna disposición del ESD faculta a un grupo especial para desestimar o modificar ... disposiciones explícitas de este instrumento.”¹⁵

Después de afirmar esto, el Órgano de Apelación analizó diferentes disposiciones del ESD que un grupo especial no tomaría en consideración si decide declinar el ejercicio de una jurisdicción válidamente establecida:

El primer artículo analizado fue el artículo 7 del ESD, que dice lo siguiente:

“1. El mandato de los grupos especiales será el siguiente, a menos que, dentro de un plazo de 20 días a partir de la fecha de establecimiento del grupo especial, las partes en la diferencia acuerden otra cosa:

“Examinar, a la luz de las disposiciones pertinentes (del acuerdo abarcado (de los acuerdos abarcados) que hayan invocado las partes en la diferencia), el asunto sometido al OSD por (nombre de la parte) en el documento ... y formular conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en dicho acuerdo (dichos acuerdos).”

2. Los grupos especiales considerarán las disposiciones del acuerdo o acuerdos abarcados que hayan invocado las partes en la diferencia.”

¹⁵ Appellate Body Report, Mexico - Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages, WT/DS308/AB/R, adoptado 6 Marzo 2006, párrafo 46

El Órgano de Apelación consideró que el Grupo Especial en esa diferencia específica se estableció con un mandato uniforme y, por lo tanto, se le encomendó que examinara las alegaciones planteadas por los Estados Unidos y formulara constataciones sobre la compatibilidad de las medidas en litigio con la legislación de la OMC. Además, el Órgano de Apelación afirmó que las palabras "considerarán" indican que *"los grupos especiales están obligados a considerar las disposiciones del acuerdo o acuerdos abarcados que hayan invocado las partes en la diferencia"*¹⁶. Se dijo esta declaración, reafirmando la anterior decisión del Órgano de Apelación, por ejemplo, la del caso México - Jarabe de maíz, en el que se afirmaba que: *"para respetar las debidas garantías procesales y para ejercer debidamente la función judicial, los grupos especiales tienen que abordar las cuestiones que le sometan las partes en una diferencia"*¹⁷.

Luego, el Órgano de Apelación analizó el artículo 11 del ESD, que establece que:

"La función de los grupos especiales es ayudar al OSD a cumplir las funciones que le incumben en virtud del presente Entendimiento y de los acuerdos abarcados. Por consiguiente, cada grupo especial deberá hacer una evaluación objetiva del asunto que se le haya sometido, que incluya una evaluación objetiva de los hechos, de la aplicabilidad de los acuerdos abarcados pertinentes y de la conformidad con éstos y formular otras conclusiones que ayuden al OSD a hacer las recomendaciones o dictar las resoluciones previstas en los acuerdos abarcados. Los grupos especiales deberán consultar regularmente a las partes en la diferencia y darles oportunidad adecuada de llegar a una solución mutuamente satisfactoria."

El Órgano de Apelación consideró que el hecho de que el artículo 11 establezca que los grupos especiales deben hacer una evaluación objetiva del asunto no implica necesariamente que sea discrecional, sino que afirma que en decisiones anteriores el Órgano de Apelación sostuvo que la palabra "deberá" puede ser usado no solo *"con valor de exhortación, o para expresar una preferencia"* sino también *"para expresar un derecho u obligación"*¹⁸. Tomando en cuenta esa declaración, continúa argumentando que un grupo especial *"no cumpliría su mandato si no hiciera una evaluación objetiva del asunto"*¹⁹. Por lo tanto, consideró que la redacción del artículo 11 impone una obligación para que el grupo especial haga una evaluación objetiva del asunto, así como también hacer otras constataciones y, además, ayudar al OSD a formular las recomendaciones o emitir las resoluciones. Finalmente, concluyó que *"Resulta difícil comprender cómo cumpliría un grupo especial esa obligación si declinara ejercer una jurisdicción válidamente conferida y se abstuviera de formular conclusiones con respecto al asunto que se le haya sometido."*²⁰

Posteriormente, el Órgano de Apelación analizó los artículos 3 y 23 del ESD, que dice:

"La pronta solución de las situaciones en que un Miembro considera que cualquier beneficio resultante directa o indirectamente en virtud de los acuerdos abarcados está siendo menoscabado por las medidas adoptadas por otro Miembro es esencial para el funcionamiento eficaz de la OMC y el mantenimiento de un equilibrio adecuado entre los derechos y obligaciones de los Miembros ".

"Cuando los Miembros pretendan reparar una violación de obligaciones u otra anulación o menoscabo de ventajas derivadas de los acuerdos abarcados o un impedimento para la consecución de cualquier objetivo de

¹⁶ Ibidem, párrafo 49

¹⁷ Appellate Body Report, Mexico - Anti-Dumping Investigation of High-Fructose Corn Syrup (HFCS) from the United States, WT/DS132/AB/RW, 22 Octubre 2001, párrafo 36.

¹⁸ Appellate Body Report, Mexico - Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages, WT/DS308/AB/R, adoptado 6 Marzo 2006, párrafo 51

¹⁹ Ibidem

²⁰ Ibidem

los acuerdos abarcados, deberán recurrir a las normas y respetar las normas y procedimientos de este Entendimiento. "

El Órgano de Apelación consideró que ambos artículos autorizaban a cualquier miembro de la OMC a recurrir al OSD cada vez que considerase que las medidas adoptadas por otro miembro estaban menoscabando los beneficios que se derivaban de él, y que, por lo tanto, tenía que pronunciarse en un grupo especial de la OMC.²¹

Después de haber analizado todos los artículos desarrollados previamente, el Órgano de Apelación consideró que la decisión de un grupo especial de negarse a ejercer su jurisdicción válidamente establecida "parecería" disminuir "el derecho de un Miembro reclamante a" buscar la reparación de una violación de obligaciones dentro del el significado del artículo 23 del ESD y de iniciar una diferencia de conformidad con el párrafo 3 del artículo 3 del ESD. "²²Además, aparte de invalidar el derecho de los miembros, considerar que tal decisión" no sería compatible con las obligaciones de un grupo especial con arreglo al párrafo 2 del artículo 3 y 19.2 del ESD"²³. Por eso concluyó que "No vemos razón, por lo tanto, para estar en desacuerdo con la declaración del Grupo Especial de que un grupo especial de la OMC "parecería ... no estar en condiciones de elegir libremente si ejerce o no su jurisdicción.""²⁴

En este punto, la resolución del Órgano de Apelación parecía indicar que no había nada que pudiera impedir que un grupo especial ejerciera su jurisdicción establecida válidamente. Sin embargo, el Órgano de Apelación abrió la puerta a futuras posibilidades en las que un grupo especial podría negarse a ejercer una jurisdicción válidamente establecida sin menoscabo de sus obligaciones ni afectando los derechos de los miembros, declarando que:

"Teniendo en cuenta el alcance preciso de la apelación de México, no expresamos ninguna opinión sobre si pueden existir otras circunstancias en las que puedan existir impedimentos legales que impidan a un grupo especial decidir sobre los méritos de los reclamos que se le presentan. En el presente caso, México aduce que las alegaciones de los Estados Unidos en virtud del artículo III del GATT de 1994 están inextricablemente vinculadas a una diferencia más amplia, y que solo un grupo especial del TLCAN podría resolver la diferencia en su conjunto. Sin embargo, México no se opone a la constatación del Grupo Especial de que "ni el objeto ni las posiciones respectivas de las partes son idénticos en la diferencia en virtud del TLCAN ... y la diferencia que tenemos ante nosotros". México también afirmó que no podía identificar una base jurídica que le permitiera plantear, en un procedimiento de solución de diferencias de la OMC, las reclamaciones de acceso a los mercados que persigue en virtud del TLCAN. Además, es indiscutible que ningún grupo especial del TLCAN ha decidido todavía la "disputa más amplia" a la que México ha aludido. Finalmente, observamos que México ha declarado expresamente que la llamada "cláusula de exclusión" del Artículo 2005.6 del TLCAN no se había "ejercido". No expresamos ninguna opinión sobre si existiría un impedimento legal para el ejercicio de la jurisdicción de un grupo especial en caso de que características como las mencionadas anteriormente estuvieran presentes. En cualquier caso, no vemos impedimentos legales aplicables en este caso ".²⁵

Esta cita muestra que todo el razonamiento del Órgano de Apelación en este caso estaba estrictamente relacionado con los argumentos de México. Por lo tanto, si la otra parte demandada presentara una argumentación diferente, es posible que el Órgano de Apelación reconociera que el grupo especial no

²¹ Appellate Body Report, Mexico - Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages, WT/DS308/AB/R, adoptado 6 Marzo 2006, párrafo 52

²² Ibidem

²³ Ibidem

²⁴ Ibidem

²⁵ Ibidem, párrafo 54.

podía ejercer su jurisdicción establecida válidamente. Natens y Descheemaeker explican este problema afirmando que:

*"Una vez que la jurisdicción se ha establecido de forma válida, no hay margen de discreción para que un grupo especial decline ejercer esta jurisdicción. Sin embargo, este no es el quid de la cuestión. Como el AB señaló con precisión, para que se apliquen estos argumentos, la jurisdicción de un grupo especial debe estar establecida de manera válida. Esto requiere la ausencia de impedimentos de procedimiento, como los Artículos 1.1, 4 y 6 del ESD. Además, y de manera crucial, el establecimiento válido de la jurisdicción también requiere la ausencia de impedimentos legales. Obsérvese que, en el párrafo 54 de su informe sobre México - Refrescos, el Órgano de Apelación se diferencia del párrafo 53 al afirmar que "podrían existir impedimentos legales que impidan que un grupo especial se pronuncie sobre los méritos de las reclamaciones que tiene ante sí". no dice que puede haber impedimentos legales que permitan que un grupo especial decline la jurisdicción, una vez que la jurisdicción esté establecida válidamente. Simplemente establece que la existencia de impedimentos legales impide el establecimiento válido de la jurisdicción y, consecuentemente, impide una resolución sobre el fondo. Parece que el establecimiento válido de la jurisdicción precedería al análisis de la violación de las disposiciones antes mencionadas. En consecuencia, cuando un grupo especial se niega a ejercer su jurisdicción porque esa jurisdicción no está válidamente establecida, no actúa de manera incompatible con los artículos 23.1, 3.3, 3.2, 7.2 y 11 del ESD."*²⁶

En ese sentido, la cuestión clave para entender cuándo un grupo especial tiene derecho a negarse a ejercer su jurisdicción debido a impedimentos legales, es determinar el concepto de impedimentos legales en sí mismo. Los eruditos de todo el mundo han intentado presentar lo que podría constituir un impedimento legal. Bregt Natens y Sidonie Descheemaeker, reunieron las diferentes posiciones doctrinales de la siguiente manera:

"Van Damme menciona" razones de propiedad política, las doctrinas de forum non conveniens, res judicata, lis alibi pendens, y abus de droit, aunque esta lista no es de ninguna manera exclusiva y exhaustiva ". Henckels destaca las cláusulas de exclusión del foro, lex posterior y lex specialis, y elaboradamente discute la cortesía. Davey y Sapir sostienen que las observaciones del Órgano de Apelación apuntan a varios impedimentos legales potenciales. Todos estos autores reconocen que existen dificultades sustanciales para reconciliar estos posibles impedimentos legales con la jurisprudencia del apelado Body. Van Damme concluye: "En última instancia, el Órgano de Apelación en México - Impuestos sobre bebidas dejó su informe abierto e internamente contradictorio".²⁷

Sin embargo, independientemente de la opinión de tales académicos, varias decisiones de grupos especiales y del Órgano de Apelación parecen proporcionar la respuesta a lo que puede constituir un impedimento legal. En la misma decisión México - Bebidas no alcohólicas, el Órgano de Apelación declaró en la nota 101 que el derecho a recurrir al OSD para iniciar un procedimiento, en el sentido del párrafo 3 del artículo 3 y el párrafo 1 del artículo 23 del ESD, no es absoluto. Esto, teniendo en cuenta su informe anterior del caso CE - Subvenciones a la exportación para el azúcar, en el que se establecía que:

"Vemos poco en el ESD que limita explícitamente los derechos de los Miembros de la OMC a presentar una demanda; Los Miembros de la OMC deben ejercer su "juicio sobre si la acción en virtud de estos procedimientos

²⁶ Bregt Natens and Sidonie Descheemaeker, Say it Loud, Say it Clear — Article 3.10 DSU's Clear Statement Test as a Legal Impediment to Validly Established Jurisdiction, Forthcoming, Journal of World Trade 49:5., (2014), Página 3

²⁷ Ibidem

*sería fructífera", en virtud del párrafo 7 del artículo 3 del ESD, y deben entablar procedimientos de solución de diferencias de buena fe, en virtud del párrafo 10 del artículo 3 del ESD. "*²⁸

Por lo tanto, el Órgano de Apelación afirma que los párrafos 7 y 10 del artículo 3 del ESD limitan el derecho de los Miembros de la OMC a recurrir al OSD. Esa línea de ideas se ajusta a la declaración formulada por el Órgano de Apelación en el asunto Estados Unidos - Examen por extinción relativo al acero resistente a la corrosión, si se sostuvo que:

"Mientras un Miembro respete los principios enunciados en el párrafo 7 del artículo 3 y el párrafo 3 del artículo 10 del ESD, es decir, que ejerza su" juicio sobre si la medida adoptada en virtud de estos procedimientos sería fructífera "y en la solución de controversias de buena fe, ese El Miembro tiene derecho a solicitar que un grupo especial examine las medidas que el Miembro considere que anulan o menoscaban sus beneficios. No creemos que los grupos especiales estén obligados, como cuestión jurisdiccional preliminar, a examinar si la medida impugnada es obligatoria. Esta cuestión es relevante, si es que lo es, solo como parte de la evaluación del grupo especial de si la medida es, como tal, incompatible con obligaciones particulares ".²⁹

En ese sentido, una violación de esos artículos parecería ser suficiente para demostrar que el grupo especial no puede considerar si la medida en cuestión anula o menoscaba el beneficio del miembro reclamante, debido a la existencia de impedimentos legales. Además, esta tesis fue nuevamente confirmada por el Órgano de Apelación en CE - Banano III (2º recurso al párrafo 5 del artículo 21) al analizar si el Entendimiento sobre el banano podría impedir que los reclamantes iniciaran procedimientos de cumplimiento de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD.

Teniendo en cuenta esas cotizaciones de México - Refrescos, Estados Unidos - Corrosión, CE - Subvenciones a la exportación de azúcar y CE - Banano III (Segundo recurso al párrafo 5 del artículo 21), está claro que el Órgano de Apelación parece indicar que, si no hay impedimentos de procedimiento, el grupo especial solo puede negarse a ejercer su jurisdicción por una infracción de los artículos 3.7 o 3.10 del ESD.

b. Artículo 3.7 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias

Tras llegar a la conclusión de que un grupo especial puede negarse a ejercer su jurisdicción válidamente establecida cuando existe una violación de los párrafos 3 y 3 del artículo 3 del ESD, es pertinente analizar ambas disposiciones. Primero, este documento analizará el artículo 3.7 del ESD, que establece:

"7. Antes de presentar un caso, un Miembro deberá pronunciarse sobre si la acción en virtud de estos procedimientos será fructífera. El objetivo del mecanismo de solución de diferencias es garantizar una solución positiva a una disputa. Una solución mutuamente aceptable para las partes en una disputa y consistente con los acuerdos cubiertos es claramente preferible. En ausencia de una solución mutuamente acordada, el primer objetivo del mecanismo de solución de diferencias suele ser asegurar la retirada de las medidas en cuestión si se constata que son incompatibles con las disposiciones de cualquiera de los acuerdos abarcados. La indemnización debe recurrirse solo si la retirada inmediata de la medida es impracticable y como una medida temporal en espera de la retirada de la medida que es incompatible con un acuerdo abarcado. El último recurso que el presente Entendimiento proporciona al Miembro que invoca los procedimientos de solución de diferencias

²⁸ Appellate Body Report, European Communities - Export Subsidies on Sugar, WT/DS265/AB/R, WT/DS266/AB/R, WT/DS283/AB/R, adoptado 28 Abril 2005, parágrafo 312.

²⁹ Appellate Body Report, United States - Sunset Review of Anti-Dumping Duties on CorrosionResistant Carbon Steel Flat Products from Japan, WT/DS244/AB/R, Adoptado 15 Diciembre 2003, parágrafo 89.

es la posibilidad de suspender la aplicación de concesiones u otras obligaciones en virtud de los acuerdos abarcados de manera discriminatoria con respecto al otro Miembro, sujeto a la autorización del OSD. de tales medidas ".

Al interpretar este artículo, el Órgano de Apelación en CE-Banano III afirmó que:

"En consecuencia, consideramos que un Miembro tiene amplia discreción para decidir si presenta un caso contra otro Miembro en virtud del ESD. El lenguaje del párrafo 1 del artículo XXIII del GATT de 1994 y del párrafo 7 del artículo 3 del ESD sugiere, además, que se espera que un Miembro sea en gran medida autorregulador al decidir si una acción de ese tipo sería "fructífera".³⁰

De hecho, el Órgano de Apelación demostró en ese mismo caso que la discrecionalidad es tan amplia que no es necesario demostrar una legitimación para presentar una reclamación ante el OSD, ya que no hay nada en el ESD que contenga ese requisito explícito. En ese sentido, el Órgano de Apelación explicó que:

"Estamos de acuerdo con el Grupo Especial en que "ni el párrafo 3 del artículo 3 ni el párrafo 7 del artículo 3 del ESD ni ninguna otra disposición del ESD contienen ningún requisito explícito de que un Miembro tenga un 'interés jurídico' como requisito previo para solicitar un grupo especial". No aceptamos que la necesidad de un "interés legal" esté implícita en el ESD o en cualquier otra disposición del Acuerdo sobre la OMC. Es cierto que según el párrafo 11 del artículo 4 del ESD, un Miembro que desee participar en múltiples consultas debe tener "un interés comercial sustancial" y que, en virtud del párrafo 2 del artículo 10 del ESD, un tercero debe tener "un interés sustancial" en la cuestión antes de un grupo especial. Sin embargo, ninguna de estas disposiciones del ESD, ni ninguna otra en el Acuerdo sobre la OMC, proporciona una base para afirmar que las partes en la diferencia deben cumplir una norma similar. Sin embargo, no creemos que esto sea determinante de si, en este caso, los Estados Unidos tienen "legitimación" para presentar reclamaciones en el marco del GATT de 1994 ".³¹

En consecuencia, parece muy difícil demostrar un impedimento legal en virtud del párrafo 7 del artículo 3 del GATT, ya que la parte reclamante tiene la facultad de presentar sus alegaciones de manera tan amplia que no es necesario que demuestre un interés jurídico. Sin embargo, el Órgano de Apelación en México - Jarabe de maíz interpretó que la primera frase del párrafo 7 del artículo 3 del ESD *"refleja el principio básico de que los Miembros deberían recurrir a la solución de diferencias de buena fe de la OMC y no iniciar frívolamente los procedimientos previstos en el DSU"*³². Esta interpretación dio una interpretación más restringida a la discreción del demandante, ya que debe actuar de acuerdo con el principio de buena fe. Obsérvese que esta declaración del Órgano de Apelación vinculó este impedimento legal con el contenido en el art. 3.10 del ESD, que se explicará en la siguiente sección de este documento.

³⁰ Appellate Body Report, European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, WT/DS27/AB/R, adoptado 9 Septiembre 1997, parágrafo 135

³¹ Ibidem, parágrafo 132

³² Appellate Body Report, Mexico - Anti-Dumping Investigation of High-Fructose Corn Syrup (HFCS) from the United States, WT/DS132/AB/RW, 22 Octubre 2001, parágrafo 73.

Además, en la reciente cuestión Perú - Productos agropecuarios, el Órgano de Apelación recordó lo expuesto en CE - Banano III, explicando que:

"La naturaleza" en gran parte autorreguladora "de la decisión de un Miembro de presentar una diferencia" se confirma en el párrafo 3 del artículo 3, que establece la pronta solución de las situaciones en que un Miembro, a su propio juicio, considera que una ventaja resultante en virtud de los acuerdos abarcados está siendo menoscabada por una medida adoptada por otro Miembro que es esencial para el funcionamiento eficaz de la OMC ".³³

En este punto, puede surgir una pregunta: si esta discreción es amplia, y también es esencial para el funcionamiento efectivo de la OMC, ¿cómo es posible que un impedimento legal pueda surgir de ella?

El Órgano de Apelación en el asunto Perú - Productos agrícolas ya mencionado respondió a esta pregunta explicando la situación que se produjo en el asunto CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Ecuador II / párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos):

"A nuestro juicio, aunque el texto de la primera frase del párrafo 7 del artículo 3 del ESD establece que "un Miembro ejercerá su juicio", la considerable deferencia otorgada al ejercicio por un Miembro de su resolución al plantear una diferencia no es del todo ilimitada. Por ejemplo, para determinar si un Miembro ha renunciado, en virtud de una solución mutuamente convenida en una diferencia determinada, a su derecho a recurrir a la solución de diferencias de la OMC con respecto a esa diferencia, un grupo especial o el Órgano de Apelación pueden hacer un mayor escrutinio ser necesario. Esta fue la cuestión sometida al Órgano de Apelación en el asunto CE - Banano III (párrafo 5 del artículo 21 - Ecuador II / párrafo 5 del artículo 21 - Estados Unidos), cuando determinó si un Miembro había renunciado a su derecho a recurrir al mecanismo de solución de diferencias de la OMC. En ese caso, el Órgano de Apelación debe determinar si ese Miembro no puede iniciar un procedimiento sobre el cumplimiento ".³⁴

Por lo tanto, es posible concluir que la renuncia al derecho a recurrir al mecanismo de solución de diferencias de la OMC, en una disputa particular, constituye un impedimento legal que impide al miembro presentar sus reclamaciones ante un grupo especial, lo que básicamente obliga al tribunal de la OMC a declinar ejercer su jurisdicción establecida de manera válida.

Sin embargo, la renuncia al derecho per se no es suficiente para constituir un impedimento legal. Tenga en cuenta que el grupo especial en Perú - Productos agrícolas afirmó que:

"Habida cuenta de esta amplia facultad de apreciación, el Órgano de Apelación sostuvo que los grupos especiales" deben suponer, siempre que un Miembro presente una solicitud de establecimiento de un grupo especial, que dicho Miembro lo hace de buena fe, habiendo ejercitado debidamente su juicio sobre si recurrir a ese el grupo especial sería 'fructífero' ". El Órgano de Apelación también señaló que la primera frase del párrafo 7 del artículo 3 del ESD "ni exige ni autoriza a un grupo especial a examinar la decisión de ese Miembro y cuestionar su ejercicio de la sentencia". Por lo tanto, el Órgano de Apelación consideró que el grupo especial en ese caso no estaba obligado a examinar esta cuestión de oficio. Sin embargo, la resolución del Órgano de

³³ Appellate Body Report, Peru - Additional Duty on Imports of Certain Agricultural Products, WT/DS457/AB/R, adoptado 31 Julio 2015, párrafo 5.18

³⁴ Ibidem, párrafo 5.19.

Apelación no indica si la presunción de que un Miembro está actuando de buena fe y ha ejercitado debidamente su juicio sobre si el recurso a un grupo especial sería fructífero es una presunción refutable. ³⁵

De este extracto, es posible concluir que los grupos especiales deben suponer que un miembro ha ejercido debidamente su juicio al presentar un caso ante el sistema de disputas de la OMC. En consecuencia, el tribunal de la OMC no está obligado a considerar este impedimento legal de oficio, y por lo tanto, corresponde al demandado demostrar que el ejercicio de la sentencia no se realizó debidamente porque el demandante renunció válidamente a su derecho a tener recurso al OSD. Además, la cuestión de si la presunción es refutable se resolvió en la apelación, cuando el Órgano de Apelación declaró que el derecho no era del todo ilimitado.

Es importante señalar que, incluso si el demandado invoca explícitamente la existencia del impedimento legal, debido a la renuncia del derecho del demandante, no tendría un trabajo fácil al convencer al grupo especial de no ejercer su jurisdicción, ya que el umbral demostrar una renuncia válida es extremadamente alto. De hecho, el Órgano de Apelación en CE - Banano III (segundo recurso al párrafo 5 del artículo 21 - Ecuador) expresó que:

*"Con esto en mente, pasamos a analizar los Entendimientos sobre el banano en cuestión. Consideramos que los reclamantes podrían verse impedidos de iniciar el procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 por medio de estos entendimientos únicamente si las partes en estos entendimientos, de forma explícita o por implicación necesaria, hubieran acordado renunciar a su derecho a recurrir al párrafo 5 del artículo 21. En nuestra opinión, la renuncia a los derechos otorgados por el ESD no puede asumirse a la ligera. Más bien, el lenguaje en los Entendimientos debe revelar claramente que las partes tenían la intención de renunciar a sus derechos".*³⁶

En este sentido, para demostrar una renuncia, el demandado debe demostrar que la solución mutuamente convenida era tan clara, que el demandante renunció explícitamente a su derecho a recurrir al OSD, o al menos, por las implicaciones necesarias. Sin embargo, el Órgano de Apelación en Perú - Productos agrícolas fue más allá y describió los requisitos que deben cumplirse para demostrar una renuncia válida de los derechos que podrían constituir un impedimento legal, y declaró que la renuncia puede estar en algún instrumento, más que en una solución mutuamente acordada, como un TLC.

"Por lo tanto, aunque no excluimos la posibilidad de articular la renuncia al derecho de iniciar procedimientos de solución de diferencias en la OMC de una forma distinta de una renuncia incorporada en una solución mutuamente convenida, como en CE - Banano III (Artículo 21.5 - Ecuador II / Artículo 21.5 - EE. UU.), Cualquier renuncia de este tipo debe hacerse claramente. En cualquier caso, en nuestra opinión, el cumplimiento por un Miembro de sus obligaciones de buena fe previstas en el párrafo 7 del artículo 3 y el párrafo 3 del artículo 10 debería determinarse sobre la base de medidas adoptadas en relación con las normas y procedimientos del ESD o dentro de ellas. Por lo tanto, procedemos a examinar en esta diferencia si los participantes estipularon

³⁵ Panel Report, Peru - Additional Duty on Imports of Certain Agricultural Products, WT/DS457/R, adoptado 27 Noviembre 2014, párrafo 7.73

³⁶ Appellate Body Report, European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, Second Recourse to Article 21.5 of the DSU by Ecuador, WT/DS27/AB/RW2/ECU, WT/DS27/AB/RW/USA, adoptado 26 Noviembre 2008, párrafo 217

claramente la renuncia a su derecho a recurrir a la solución de diferencias de la OMC mediante una "solución mutuamente aceptable para las partes" que sea compatible con los acuerdos abarcados ".³⁷

Debido a la cita mencionada, se puede entender que la renuncia al derecho a iniciar procedimientos de solución de diferencias en la OMC debe: (i) estar incluida en una exención, como una solución mutuamente acordada; (ii) el texto de la renuncia debe ser claro; y (iii) la renuncia debe ser consistente con los acuerdos cubiertos. Si la renuncia cumple con esos requisitos, el demandado puede invocar el impedimento legal para solicitar al grupo especial que se niegue a ejercer su jurisdicción establecida de manera válida.

En conclusión, el demandado puede invocar una objeción de admisibilidad sobre los motivos de un impedimento legal en virtud del párrafo 7 del artículo 3 del ESD, cuando el reclamante renunció a su derecho a recurrir al OSD. Sin embargo, el umbral para demostrar esta renuncia es extremadamente alto y, por lo tanto, el encuestado debe demostrar que el texto de la exención establece y expresa la renuncia, o al menos debe entenderse como una implicación necesaria.

c. Artículo 3.10 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias

Habiendo abordado el primer impedimento jurídico contenido en el párrafo 7 del artículo 3 del ESD, este documento centrará su atención en el que figura en el párrafo 10 del artículo 3 del ESD, que establece:

"Queda entendido que las solicitudes de conciliación y el recurso al procedimiento de solución de diferencias no deberán estar concebidos ni ser considerados como actos contenciosos y que, si surge una diferencia, todos los Miembros entablarán este procedimiento de buena fe y esforzándose por resolverla. Queda entendido asimismo que no deben vincularse las reclamaciones y contrarreclamaciones relativas a cuestiones diferentes."

Antes de analizar el impedimento legal que podría derivarse de una violación del párrafo 10 del artículo 3 del ESD, es pertinente estudiar el concepto de buena fe. Sin embargo, la cuestión de abordar este concepto depende de su definición en sí misma. Según Andrew D. Mitchel: *"Desafortunadamente, de todos los principios del derecho internacional, el principio de buena fe es tal vez el más difícil de definir"*³⁸. A pesar de todo, la definición de John O'Connor es útil para ilustrar el concepto:

"El principio de buena fe en el derecho internacional es un principio fundamental a partir del cual se deriva la regla pacta sunt servanda y otras reglas jurídicas relacionadas de manera clara y directa con la honestidad, imparcialidad y razonabilidad, y la aplicación de estas reglas se determina en los convincentes estándares de honestidad, equidad y razonabilidad que prevalecen en la comunidad internacional en ese momento ".³⁹

Por lo tanto, un estado actúa de buena fe cuando actúa con honestidad, imparcialidad y razonabilidad. Además, en el marco de la OMC, el Órgano de Apelación en el asunto Estados Unidos - EVE explicó el alcance del principio de buena fe contenido en el párrafo 10 del artículo 3 del ESD al declarar que:

³⁷ Appellate Body Report, Peru - Additional Duty on Imports of Certain Agricultural Products, WT/DS457/AB/R, adoptado 31 Julio 2015, párrafo 5.25

³⁸ Andrew D. Mitchell, Good Faith in WTO Dispute Settlement, Melbourne Journal of International Law 7 Melb. J. Int'l L., (2006), Página 344

³⁹ John O'Connor, Good Faith in International Law, Dartmouth Publishing Co Ltd (1991), Página 124.

"El párrafo 10 del artículo 3 del ESD compromete a los Miembros de la OMC, si surge una controversia, a participar en los procedimientos de solución de diferencias "de buena fe en un esfuerzo por resolver la diferencia". Esta es otra manifestación específica del principio de buena fe que, como hemos señalado, es a la vez un principio general de la ley y un principio de derecho internacional general. Este principio omnipresente exige que tanto los Miembros demandantes como los demandados cumplan de buena fe los requisitos del ESD (y los requisitos relacionados en otros acuerdos abarcados). Mediante el cumplimiento de buena fe, los Miembros reclamantes otorgan a los Miembros que respondieron la medida completa de protección y oportunidad de defender, contemplada en la letra y el espíritu de las normas de procedimiento. El mismo principio de buena fe requiere que los Miembros que responden pongan pronta y oportunamente en conocimiento del Miembro reclamante, y del OSD o el Grupo Especial, las deficiencias de procedimiento alegadas, de modo que puedan corregirse, de ser necesario, para resolver las diferencias. Las normas de procedimiento del sistema de solución de diferencias de la OMC están destinadas a promover, no el desarrollo de técnicas de litigación, sino simplemente la resolución justa, rápida y efectiva de las controversias comerciales ".⁴⁰

Obsérvese que el hecho de que el Órgano de Apelación describiera el principio de buena fe contenido en el ESD como un principio general de derecho y un principio de derecho internacional general es pertinente, porque en caso de que haya un vacío jurídico, se puede abrir una puerta para intentarlo. complétela trayendo fuentes legales que hayan interpretado el principio en otros foros.

Aunque el artículo 3.10 trata de aplicar los procedimientos de buena fe, el Órgano de Apelación en CE - Subvenciones a la exportación de azúcar amplió el alcance de esta obligación, al establecer que los miembros *"deben entablar procedimientos de solución de controversias de buena fe, en virtud del artículo 3.10 del ESD. Esta última obligación abarca, desde nuestro punto de vista, todo el espectro de la solución de controversias, desde el punto de inicio de un caso hasta la implementación ".⁴¹*

Por estas razones, Marion Panizzon afirmó que el DSC del Artículo 3.10 también tiene otras funciones, tales como: *"(i) el deber de cooperación de un Miembro con un grupo especial, (ii) equidad fundamental, (iii) prontitud y debido proceso, y (iv) eficacia."⁴²*

Antes de continuar con el desarrollo de la aplicación del principio de buena fe en la OMC, es importante resolver una pregunta: ¿un grupo especial o el Órgano de Apelación tienen derecho a determinar si un miembro ha actuado de acuerdo o en contra del principio de buena fe? Si la respuesta fuera que un tribunal de la OMC no puede pronunciarse sobre esa cuestión, sería altamente improbable que un impedimento legal pudiera derivarse del párrafo 10 del artículo 3 del ESD. Este debate se realizó en el marco de la cuestión Estados Unidos - Ley de compensación (Enmienda Byrd), en el que el Órgano de Apelación declaró que:

"En apelación, los Estados Unidos sostienen que "no existe fundamento ni justificación en el Acuerdo sobre la OMC para que un grupo especial de solución de diferencias de la OMC llegue a la conclusión de que un Miembro no haya actuado de buena fe ni haya aplicado un principio de buena fe como obligación sustantiva a los Miembros de la OMC ". Observamos que el Artículo 31.1) de la Convención de Viena ordena a un intérprete de un tratado interpretar un tratado de buena fe de conformidad con el sentido corriente que debe darse a los

⁴⁰ Appellate Body Report, United States – Tax Treatment for “Foreign Sales Corporations”, WT/DS180/AB/R, adoptado 24 Febrero 2000, parágrafo 166

⁴¹ Appellate Body Report, European Communities - Export Subsidies on Sugar, WT/DS265/AB/R, WT/DS266/AB/R, WT/DS283/AB/R, adoptado 28 Abril 2005, parágrafo 312.

⁴² Marion Panizzon, “Good Faith, Fairness and Due Process in WTO Dispute Settlement Practice: Overcoming the Positivism of International Trade Law”, in Julian Chaisse and Tiziano Balmelli (eds) Essays on the Future of the World Trade Organization Volume II, The WTO Judicial System: Contributions and Challenges. Edited (2008 Éditions Interuniversitaires Suisses, Páginas 26-43.

términos del tratado en su contexto y teniendo en cuenta el objeto del tratado y propósito. Por lo tanto, puede decirse que el principio de buena fe informa la tarea de un intérprete de un tratado. Además, la ejecución de los tratados también se rige por la buena fe. Por lo tanto, el artículo 26 de la Convención de Viena, titulado Pacta Sunt Servanda, al que se refirieron varios apelados en sus comunicaciones, establece que "[e]l mismo tratado en vigor es vinculante para las partes y debe ser cumplido por ellos de buena fe." Los propios Estados Unidos afirmaron que "los Miembros de la OMC deben cumplir sus obligaciones en virtud de los acuerdos abarcados de buena fe".

297. Hemos reconocido la pertinencia del principio de buena fe en varios casos. Por lo tanto, en US - Camarón, declaramos que: El encabezado del Artículo XX es, de hecho, una sola expresión del principio de buena fe. Este principio, a la vez un principio general de derecho y un principio general de derecho internacional, controla el ejercicio de los derechos por parte de los Estados.

En Estados Unidos - Acero laminado en caliente, constatamos que: ... el principio de buena fe ... informa las disposiciones del Acuerdo Antidumping, así como los demás acuerdos abarcados.

Evidentemente, por lo tanto, existe una base para que un grupo especial de solución de controversias determine, en un caso apropiado, si un Miembro no ha actuado de buena fe".⁴³

En ese sentido, los grupos especiales y el Órgano de Apelación tienen derecho a determinar si un miembro ha actuado de conformidad o en contra del principio de buena fe. En consecuencia, si un demandado presenta una objeción de admisibilidad sobre la base de un impedimento legal de conformidad con el párrafo 10 del artículo 3 del ESD, el tribunal de la OMC tendría que analizar las medidas de la organización querellante.

Una vez determinado que un tribunal de la OMC tiene derecho a pronunciarse sobre la coherencia de la acción de un miembro con el principio de buena fe, debe hacerse una distinción. Es importante señalar que, a pesar de que el principio de buena fe es solo uno, su aplicación difiere cuando está contenida en una disposición sustantiva o en una de procedimiento, y por lo tanto, los criterios para determinar si un miembro ha actuado de conformidad con el principio debe variar. Esta distinción, que el Órgano de Apelación reconoce hoy en día, tuvo un desarrollo tardío en el marco de la OMC, lo que no ayudó a aclarar la aplicación del principio de buena fe como una forma de proponer un impedimento legal.

En cuanto a la buena fe sustantiva, el Órgano de Apelación en Estados Unidos - Ley de compensación (Enmienda Byrd) interpretó esta noción de buena fe respecto de las obligaciones contenidas en el párrafo 4 del artículo 11 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias y el párrafo 4 del artículo 5 del Acuerdo Antidumping. Además, el Órgano de Apelación revocó la constatación del Grupo Especial, en la que afirmó que se podía considerar que los Estados Unidos no habían actuado de buena fe por el solo hecho de actuar en contra de una disposición sustantiva de los acuerdos abarcados, ya que el tribunal de segunda instancia creía ese:

"Sin embargo, nada en los acuerdos abarcados respalda la conclusión de que simplemente porque se constató que un Miembro de la OMC violó una disposición sustantiva del tratado, por lo tanto no actuó de buena fe. Desde nuestro punto de vista, sería necesario demostrar algo más que una simple violación para respaldar tal conclusión".⁴⁴

⁴³ Appellate Body Report, United States - Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000, WT/DS217/AB/R, WT/DS234/AB/R, adoptado 16 Enero 2003, parágrafo 296 and 297

⁴⁴ Ibidem, parágrafo 298

Por lo tanto, la parte que desee demostrar que un miembro actuó de manera contraria a la buena fe sustantiva, deberá probar que (i) violó la disposición sustantiva del tratado; y (ii) algo más que una mera violación.

Un par de meses más tarde, el grupo especial en Argentina - Derechos antidumping sobre los pollos aplicó la prueba que se estableció en el caso mencionado. En esta cuestión, Argentina intentó demostrar que *"el Brasil no actuó de buena fe desafiando primero la medida antidumping de Argentina ante un Tribunal Ad Hoc del MERCOSUR y luego, perdiendo ese caso, iniciando procedimientos de solución de diferencias en la OMC contra la misma medida"*.⁴⁵ el Grupo examinó una cuestión típica de admisibilidad, en la que la pregunta era si el Brasil no actuó con buena conducta procesal. Sin embargo, el Grupo especial aplicó la prueba sustantiva de violación de buena fe, porque en ese momento no se desarrolló el concepto y la prueba de buena fe procesales. En su decisión, el Grupo especial concluyó que:

"7.36 Sobre la base de la constatación del Órgano de Apelación mencionada anteriormente, consideramos que deben cumplirse dos condiciones antes de que se constate que un Miembro no actuó de buena fe. Primero, el Miembro debe haber violado una disposición sustantiva de los acuerdos de la OMC. En segundo lugar, debe haber algo "más que una simple violación". Con respecto a la primera condición, la Argentina no ha alegado que el Brasil haya violado ninguna disposición sustantiva de los Acuerdos de la OMC al presentar el presente caso. Por lo tanto, incluso sin examinar la segunda condición, no hay base para que descubramos que Brasil violó el principio de buena fe al presentar el presente procedimiento ante la OMC ".⁴⁶

Cinco años más tarde, en 2008, el Grupo Especial en CE - Banano III (segundo recurso al párrafo 5 del artículo 21 - Ecuador) volvió a aplicar la prueba sustantiva de principio de buena fe. En este caso, la cuestión era si los Entendimientos sobre el banano, acordados por las Comunidades Europeas, los Estados Unidos y el Ecuador, impedían a los reclamantes iniciar un procedimiento de cumplimiento de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD. En apelación, la cuestión fue planteada por las Comunidades Europeas, que creían que:

*"(...) el Grupo Especial incurrió en error en su interpretación y aplicación del principio de buena fe mencionado en el párrafo 10 del artículo 3 del ESD. Según las Comunidades Europeas, el Grupo Especial adoptó la opinión errónea de que una objeción basada en el principio de buena fe solo podía tener éxito si las Comunidades Europeas habían establecido una presunción prima facie de la presunta violación del párrafo 10 del artículo 3 y también respecto de "algo" más que una mera violación ". Las Comunidades Europeas alegan que el Grupo Especial incurrió en error al constatar que el principio de buena fe solo podía invocarse como un "complemento" a la violación de otra norma de la OMC y no podía ser en sí mismo fuente de derechos y obligaciones de los Miembros de la OMC. "*⁴⁷

Con respecto a su resolución, el Órgano de Apelación introdujo la diferencia entre los dos tipos de buena fe al afirmar que:

"Esta constatación, sin embargo, no es pertinente en el contexto de los presentes recursos, porque la cuestión jurídica planteada al Grupo Especial en los presentes asuntos es diferente de la cuestión jurídica planteada ante el Órgano de Apelación en Estados Unidos - Ley de compensación (Enmienda Byrd). Si bien, en ese caso, el Órgano de Apelación examinó el principio de buena fe en lo que respecta a una disposición sustantiva de los

⁴⁵ Panel Report, Argentina - Poultry Anti-Dumping Duties, WT/DS241/R, adoptado 22 Abril 2003, párrafo 7.36

⁴⁶ Ibidem

⁴⁷ Appellate Body Report, European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, Second Recourse to Article 21.5 of the DSU by Ecuador, WT/DS27/AB/RW2/ECU, WT/DS27/AB/RW/USA, adoptado 26 Noviembre 2008, párrafo 223.

*Acuerdos de la OMC, el Grupo Especial en los presentes asuntos se enfrentó con la alegación de falta de buena fe como impedimento de procedimiento para una Miembro de la OMC para iniciar el procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 "*⁴⁸

En consecuencia, el Órgano de Apelación finalmente reconoció que no todos los reclamos relativos a una violación de buena fe son los mismos, ya que el tribunal de la OMC debe analizar si este principio está contenido en un requisito sustantivo o de procedimiento. Habiendo abordado la diferencia anterior, surge una nueva pregunta: ¿cómo puede un miembro reclamar una violación de la buena fe procesal? En ese mismo caso, el Órgano de Apelación mostró en qué caso se constituiría el impedimento legal. Tenga en cuenta que no estableció una prueba per se, sino solo una situación en la que un miembro estaría actuando en contra del principio de buena fe. Consideró que *"independientemente del tipo de procedimiento, si un Miembro de la OMC no ha declarado claramente que no emprenderá acciones legales con respecto a una medida determinada, no puede considerarse que no actúa de buena fe si impugna esa medida."*⁴⁹

Por lo tanto, el impedimento legal contenido en el párrafo 10 del artículo 3 del ESD, relativo a la falta de participación en procedimientos de la OMC de buena fe, se constituye cuando un miembro declara claramente que no emprenderá acciones legales con respecto a una determinada medida, y luego presenta sus reclamaciones ante un tribunal de la OMC.

Sin embargo, una vez más, el umbral para plantear una objeción de admisibilidad de conformidad con el párrafo 10 del artículo 3 del ESD es realmente elevado. Según el Órgano de Apelación en México - Jarabe de maíz, no hay fundamento para que un grupo especial pueda determinar si un miembro ha actuado o no de buena fe, por lo tanto, la violación debe plantearse explícitamente:

*"(...) Los requisitos de buena fe, el debido proceso y el procedimiento ordenado dictan que las objeciones, especialmente aquellas de tal importancia potencial, deben plantearse explícitamente. Solo de esta manera el grupo especial, la otra parte en la disputa y los terceros entenderán que se ha presentado una objeción específica y tendrán una oportunidad adecuada para abordarla y responder a ella "*⁵⁰

Además, la parte que desee demostrar la violación tendrá que refutar la presunción de buena fe, haciendo al menos un caso inicial. Así lo afirmó el Órgano de Apelación en CE - Sardinas y el Grupo Especial en Corea - Determinado documento (párrafo 5 del artículo 21), del siguiente modo:

*"6.97 (...) En primer lugar, debemos suponer que los Miembros de la OMC participan en la solución de diferencias de buena fe, como exige el párrafo 10 del artículo 3 del ESD. (...) En segundo lugar, no consideramos apropiado pedir al demandado que presente pruebas para refutar una presunción prima facie que la parte reclamante no haya presentado. (...)"*⁵¹

"278 (...) Debemos asumir que los Miembros de la OMC cumplirán sus obligaciones convencionales de buena fe, como exige el principio de pacta sunt servanda articulado en el artículo 26 de la Convención de Viena. Y,

⁴⁸ Ibidem, párrafo 227

⁴⁹ Ibidem

⁵⁰ Appellate Body Report, Mexico - Anti-Dumping Investigation of High-Fructose Corn Syrup (HFCS) from the United States, WT/DS132/AB/RW, 22 Octubre 2001, párrafo 47.

⁵¹ Panel Report, Korea – Anti-Dumping Duties on Imports of Certain Paper from Indonesia Recourse to Article 21.5 of the DSU by Indonesia, WT/DS312/R, adoptado 28 Septiembre 2007, párrafo 6.97

*siempre en la solución de diferencias, cada Miembro de la OMC debe asumir la buena fe de todos los demás Miembros. (...)*⁵²

Por lo tanto, dado que se presume actuar de buena fe, el demandado tiene la carga de la prueba de demostrar que el demandante actuó en contra de este principio. Sobre este punto, es importante revisar un tema específico relacionado con la aplicación del impedimento legal contenido en el artículo 3.10 del ESD, que ha sido ampliamente debatido por académicos y miembros de la OMC. Se ha considerado que el principio de estoppel se aplica en el marco de la buena fe como un impedimento legal, pero esta afirmación ha sido cuestionada por algunos miembros de la OMC ante los tribunales de la OMC.

De acuerdo con el grupo especial en Guatemala - Cemento II:

*"Estoppel se basa en la premisa de que cuando se ha inducido a una de las partes a actuar basándose en las garantías de otra parte, de modo tal que se vería perjudicada si la otra parte cambiara su posición más adelante, tal cambio de posición es "impedido", eso está excluido".*⁵³

Por lo tanto, para demostrar que un cambio en la posición de un estado está impedido, el miembro demandado que alega la violación debe demostrar que: (i) el estado demandante hizo un acto inicial; (ii) que este acto indujo al encuestado a actuar de una manera específica; (iii) que el demandante cambie su posición respecto del acto inicial; y (iv) que el cambio de la acción del demandante terminó perjudicando al miembro demandado. Sin embargo, como se señaló anteriormente, la aplicación de este principio en el marco de la OMC no ha sido pacífica. Para comprender las posiciones de los diferentes estados sobre la aplicación de este principio, la resolución del Órgano de Apelación en CE - Subvenciones a la exportación de azúcar es realmente útil. En ese caso, el tribunal de la OMC resumió las posiciones declarando que:

*"311. Las Comunidades Europeas sostienen que el estoppel es un principio general del derecho internacional, que se deriva del principio más amplio de la buena fe. Como tal, el estoppel es "uno de los principios que los Miembros están obligados a observar al participar en los procedimientos de solución de diferencias, de conformidad con el párrafo 10 del artículo 3 del ESD". En cuanto al contenido del estoppel, las Comunidades Europeas aducen que "[e] stoppel puede surgir no solo de declaraciones expresas, sino también de diversas formas de conducta, incluido el silencio, en que, tras una interpretación razonable, dicha conducta implica el reconocimiento de una determinada situación real o jurídica ". Australia, por el contrario, sostiene que el principio de estoppel no es aplicable en el sistema de solución de diferencias de la OMC. Con respecto al contenido del estoppel, Australia sostiene que estoppel no puede "aplicarse como una declaración de una situación legal". El Brasil está de acuerdo con el Grupo Especial en que las alegaciones de las Comunidades Europeas sobre el estoppel son "sin fundamento". Del mismo modo, Tailandia sostiene que el Grupo Especial actuó correctamente al llegar a la conclusión de que el principio de "estoppel no se menciona en el Acuerdo sobre la OMC o el ESD y que nunca lo ha aplicado ningún grupo especial o el Órgano de Apelación". Los Estados Unidos hacen hincapié en que "[n]o en el ESD ni en los demás acuerdos abarcados hay una referencia a 'estoppel'". Además, según los Estados Unidos, "[e] stoppel' no es una defensa que los Miembros hayan convenido y, por lo tanto, no debe ser examinada por el Órgano de Apelación".*⁵⁴

⁵² Appellate Body Report, European Communities — Trade Description of Sardines, WT/DS231/AB/RW, 26 Septiembre 2002, parágrafo 278

⁵³ Panel Report, Guatemala – Definitive Anti-Dumping Measure on Grey Portland Cement from Mexico, WT/DS156/R, adoptado 17 Noviembre 2000, parágrafo 8.23.

⁵⁴ Appellate Body Report, European Communities - Export Subsidies on Sugar, WT/DS265/AB/R, WT/DS266/AB/R, WT/DS283/AB/R, adoptado 28 Abril 2005, parágrafo 311

Por lo tanto, este es un tema muy controvertido, que debe ser resuelto por un tribunal de la OMC. Sin lugar a dudas, esta cuestión CE - Subvenciones a la exportación de azúcar es el caso histórico respecto de la aplicación del principio de preclusión. En este caso, el Órgano de Apelación fue muy cauteloso al analizar los argumentos del apelante sobre las constataciones del Grupo Especial sobre el estoppel. Como en última instancia no creía que el reclamante estuviese impedido, el Órgano de Apelación no aclaró si los principios se aplican en la OMC, pero se limitó a formular declaraciones argumentativas, considerando lo que sucedería si el principio se aplicara en la OMC. Sin embargo, el tribunal de la OMC vinculó el principio con el párrafo 10 del artículo 3 del ESD:

"Consideramos en la subsección C, a continuación, la cuestión de si el principio de estoppel se aplica en el contexto del procedimiento de solución de diferencias de la OMC. En este caso, observamos que, en la medida en que este concepto se aplica, es razonable que un grupo especial examine el estoppel en el contexto de determinar si un Miembro se ha comprometido "en estos procedimientos de buena fe", como se requiere en el Artículo 3.10 de el DSU. Por lo tanto, no solo creemos que el examen del Grupo Especial no se ocupó de la afirmación de las Comunidades Europeas sobre el párrafo 10 del artículo 3 y la buena fe, sino que el Grupo Especial no cometió ningún error al abordar esta cuestión junto con la cuestión del estoppel".⁵⁵

Sin embargo, el Órgano de Apelación afirmó que *"no está nada claro que el principio de estoppel se aplique en el contexto del procedimiento de solución de diferencias de la OMC"*. Después de hacer esta *"declaración política"*⁵⁶, para evitar el debate suscitado entre las partes en la diferencia, expresaba los límites eventuales que una parte demandada debe observar en casos posteriores, al presentar objeciones de admisibilidad sobre la base del estoppel:

"(...) Vemos poco en el ESD que limite explícitamente los derechos de los Miembros de la OMC a presentar una demanda; Los Miembros de la OMC deben ejercer su "juicio sobre si la medida adoptada en virtud de estos procedimientos sería fructífera", en virtud del párrafo 7 del artículo 3 del ESD, y deben entablar procedimientos de solución de controversias de buena fe, en virtud del párrafo 10 del artículo 3 del ESD. Esta última obligación abarca, desde nuestro punto de vista, todo el espectro de la solución de controversias, desde el punto de inicio de un caso hasta su implementación. Por lo tanto, incluso suponiendo que argumente que el principio de estoppel podría aplicarse en la OMC, su aplicación entraría dentro de estos estrechos parámetros establecidos en el ESD".⁵⁷

En ese sentido, para presentar una objeción por desestimación, el demandado debe cumplir con los requisitos antes mencionados para demostrar impedimentos legales de conformidad con los artículos 3.7 y 3.10 del ESD. A pesar de lo anterior, la jurisprudencia posterior continuó discutiendo sobre el asunto. Por ejemplo, casi cinco años después del asunto CE - Subvenciones a la exportación de azúcar, el Grupo Especial de la CE y determinados Estados miembros - Grandes aeronaves civiles afirmó que *"la obligación de buena fe contenida en el párrafo 10 del artículo 3 del ESD puede analizarse razonablemente en la luz del principio del derecho internacional general de estoppel"*.⁵⁸

Además, Argentina en Argentina - Derechos antidumping sobre los pollos y la Unión Europea en EC y ciertos Estados miembros - Grandes aeronaves civiles, intentaron introducir una prueba diferente en otra para aplicar el principio de estoppel en la OMC. Según esos países, las condiciones necesarias para

⁵⁵ Ibidem, párrafo 307

⁵⁶ Ibidem, párrafo 310

⁵⁷ Ibidem, párrafo 312.

⁵⁸ Panel Report, European Communities and certain member States – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft, WT/DS316/R, adoptado 30 June 2010, párrafo 7.101

demostrar la aplicación del estoppel en el contexto del párrafo 10 del artículo 3 del ESD son las siguientes:

"(I) hay una declaración de hechos clara e inequívoca; (ii) esa declaración se hizo de manera voluntaria, incondicional y está autorizada por un Miembro; (iii) y el otro Miembro confía en esa declaración de buena fe".⁵⁹

Después de analizar la jurisprudencia sobre el asunto, los académicos no han tomado una decisión uniforme sobre la aplicabilidad del estoppel en la OMC. Teniendo en cuenta la limitación establecida por el Órgano de Apelación en CE - Subvenciones a la exportación de azúcar, estudiosos como Bregt Natens y Sidonie Descheemaeker consideran que:

"Vemos poco uso al hacerlo, ya que basta con establecer una violación de cualquiera de las disposiciones antes mencionadas. La invocación de estoppel sería un desvío, en el que convencer a un grupo especial de la aplicabilidad del principio de estoppel antes de que sea un primer obstáculo, y la determinación de las condiciones para establecer estoppel un segundo".⁶⁰

Sin embargo, otros autores como Andrew D. Mitchel y David Heaton afirman que este principio podría ser aplicado por los tribunales de la OMC como una manifestación de sus poderes inherentes debido a su jurisdicción inherente, ya que cumple con la prueba antes mencionada propuesta por estos autores:

"Aplicando nuestros criterios anteriores, puede ser necesario que un Tribunal de la OMC aborde el estoppel para salvaguardar el proceso judicial, para garantizar que no se permita a las partes "golpear caliente y frío", lo que constituye una burla del proceso judicial y la administración de justicia. Estoppel no tiene contenido sustantivo autónomo. Como Bartels observa (de las doctrinas equitativas en el derecho internacional en general, incluido el abuso de los derechos), es un principio "según el cual la capacidad de una parte para confiar en un derecho expreso de un tratado está condicionada a su propia conducta". Opera para controlar la afirmación de derechos y obligaciones que de otra manera existen por las partes. Al menos en términos generales, estoppel parece ser coherente con los acuerdos cubiertos. Su efecto es mantener una fiesta en una representación donde otra parte ha confiado en esa representación. Garantizar la coherencia en las relaciones estatales, especialmente teniendo en cuenta que los Estados actúan de manera considerada ya menudo estratégica, proporcionará, en todo caso, "seguridad [...] y previsibilidad al sistema multilateral de comercio".⁶¹

Considero que los tribunales de la OMC deberían tener en cuenta la teoría de Mitchel y Heatons. Sin duda, el hecho de reconocer la aplicación del principio de estoppel sería realmente controvertido, pero creo que es perfectamente aplicable en el marco de la OMC. Como manifestación específica del principio de buena fe, estoppel tiene la capacidad de impedir que un miembro presente un reclamo específico ante un grupo especial de la OMC, ya que ese es el final preciso de las objeciones de admisibilidad.

En conclusión, una parte demandada tiene derecho a presentar una objeción de admisibilidad sobre la base de una violación del párrafo 10 del artículo 3 del ESD. Esta objeción debe ser analizada por el tribunal de la OMC, que debería determinar si la parte reclamante actuó de conformidad con el principio de buena fe. Sin embargo, si la parte demandada considera que la prueba para demostrar una violación

⁵⁹ Ibidem, párrafo 7.102.

⁶⁰ Bregt Natens and Sidonie Descheemaeker, Say it Loud, Say it Clear — Article 3.10 DSU's Clear Statement Test as a Legal Impediment to Validly Established Jurisdiction, Forthcoming, Journal of World Trade 49:5., (2014), Página 17

⁶¹ Andrew D. Mitchell, David Heaton, "The Inherent Jurisdiction of WTO Tribunals: The select application of Public International Law required by the judicial function", Michigan Journal of International Law, Vol. 31:561 (2009), Páginas 580-581

de la buena fe procesal no es perfectamente aplicable a su caso, podría alegar que el cambio de posición del demandante está impedido y que, por lo tanto, contravenía el principio de buena fe.

IV. Conclusiones

Es innegable la importancia del foro de solución de diferencias de la OMC, como elemento esencial para el buen funcionamiento del multilateralismo. Sus propias características, como la jurisdicción obligatoria y exclusiva, junto con la facilidad para hacer cumplir las decisiones por consenso negativo, hacen del foro de solución de diferencias la joya de la corona de la OMC.

Además, el hecho de que la jurisdicción inherente de los tribunales internacionales haya sido reconocida por la Corte Internacional de Justicia les permite tomar las medidas necesarias para garantizar el arreglo de todos los participantes en la controversia, aplicando sus poderes inherentes para resolver cuestiones preliminares. Aunque los grupos especiales y el cuerpo de apelación se mostraron reacios a reconocer la aplicación de estos conceptos en el marco de la OMC, desde el famoso caso México - Refrescos, comenzaron a profundizar en este tema.

Además, para comprender la aplicación de las facultades inherentes a las controversias, los conceptos de admisibilidad y jurisdicción se diferenciaron, ya que es de fundamental importancia distinguir entre las dos posibles objeciones que podrían plantearse ante un tribunal de la OMC. Si bien las objeciones a la jurisdicción pretenden atentar contra la competencia del tribunal para conocer el caso particular o los defectos en los procedimientos preliminares, las objeciones a la admisibilidad intentan demostrar que existen condiciones externas al conflicto que excluyen la posibilidad de demandante para presentar su caso ante el tribunal de la OMC.

Para determinar qué podría considerarse un impedimento legal que sirve como una objeción de admisibilidad para evitar que el grupo especial ejerza su jurisdicción, se revisaron las decisiones de los diferentes grupos especiales y el Órgano de Apelación. Según el Órgano de Apelación, podrían surgir impedimentos legales debido a una violación de los artículos 3.7 y 3.10 del GATT, que establecen que los miembros de la OMC deben juzgar si la acción en el marco de los procedimientos será fructífera; y que deben participar en los procedimientos de solución de controversias de buena fe, respectivamente. Sin embargo, el umbral para demostrar la existencia del impedimento legal será extremadamente alto, ya que el tribunal de la OMC debe presumir la buena fe del miembro, así como también haber ejercido debidamente su juicio. Si bien para refutar la presunción del ejercicio de la sentencia, el demandado debe demostrar que el demandante ha renunciado a su derecho a recurrir al OSD, para refutar el compromiso de buena fe, el demandado debe demostrar que el demandante afirmó claramente que no emprenderá acciones legales con respecto al objeto de su reclamo.

En ese sentido la prevalencia del OSD de la OMC sobre los foros de solución de disputas dependerá. Como regla general, el OSD de la OMC tiene competencia para conocer de la controversia, independientemente de las relaciones previas entre los miembros en el marco de un TLC. Sin embargo, si el demandado invoca explícitamente una violación de los artículos antes mencionados y cumple con la carga que implica refutar la presunción, el Grupo Especial o incluso el Órgano de Apelación declinará ejercer su jurisdicción establecida válidamente, reconociendo las situaciones ocurridas en el marco en el TLC.

V. Bibliografía

Alexander Orakhelashvili, *Questions of International Judicial Jurisdiction in the LaGrand Case*, 15 Leiden J. Int'l L. 105, 115 (2002).

Andrew D. Mitchell, David Heaton, “*The Inherent Jurisdiction of WTO Tribunals: The select application of Public International Law required by the judicial function*”, Michigan Journal of International Law, Vol. 31:561 (2009)

Andrew D. Mitchell, *Goof Faith in WTO Dispute Settlement*, Melbourne Journal of International Law 7 Melb. J. Int'l L., (2006)

Andrew T. Guzman & Joost Pauwelyn, *International Trade Law*, Wolters Kluwer Law & Business, 2nd edition (2012).

Appellate Body Report, *European Communities - Export Subsidies on Sugar*, WT/DS265/AB/R, WT/DS266/AB/R, WT/DS283/AB/R, adoptado 28 Abril 2005

Appellate Body Report, *European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, Second Recourse to Article 21.5 of the DSU by Ecuador*, WT/DS27/AB/RW2/ECU, WT/DS27/AB/RW/USA, adoptado 26 Noviembre 2008

Appellate Body Report, *European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, WT/DS27/AB/R, adoptado 9 Septiembre 1997

Appellate Body Report, *European Communities — Trade Description of Sardines*, WT/DS231/AB/RW, 26 Septiembre 2002

Appellate Body Report, *Japan - Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adoptado 4 Octubre 1996

Appellate Body Report, *Mexico - Anti-Dumping Investigation of High-Fructose Corn Syrup (HFCS) from the United States*, WT/DS132/AB/RW, 22 Octubre 2001

Appellate Body Report, *Mexico - Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages*, WT/DS308/AB/R, adoptado 6 Marzo 2006.

Appellate Body Report, *Peru - Additional Duty on Imports of Certain Agricultural Products*, WT/DS457/AB/R, adoptado 31 Julio 2015.

Appellate Body Report, *United States - Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000*, WT/DS217/AB/R, WT/DS234/AB/R, adoptado 16 Enero 2003

Appellate Body Report, *United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, adoptado 12 Octubre 1998

Appellate Body Report, *United States - Sunset Review of Anti-Dumping Duties on Corrosion-Resistant Carbon Steel Flat Products from Japan*, WT/DS244/AB/R, Adoptado 15 Diciembre 2003

Appellate Body Report, *United States – Tax Treatment for “Foreign Sales Corporations”*, WT/DS180/AB/R, adoptado 24 Febrero 2000

Bregt Natens and Sidonie Descheemaeker, *Say it Loud, Say it Clear — Article 3.10 DSU's Clear Statement Test as a Legal Impediment to Validly Established Jurisdiction*, Forthcoming, *Journal of World Trade* 49:5., (2014)

Caroline Henckels, *Overcoming Jurisdictional Isolationism at the WTO – FTA Nexus: A Potential Approach for the WTO*, (19:3) *The European Journal of International Law* (2008)

Dispute Settlement: Statistics (n.d) Retrieved from:
https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/stats_e.htm

I.C.J. Reports, *Nuclear Tests (Austl. v. Fr.)*, Judgment, I.C.J. Reports 1974

I.C.J. Reports, *Oil Platforms (Iran v US)*, Judgment, I.C.J. Reports 2003.

Introduction to the WTO dispute settlement system (n.d) Retrieved from:
https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/disp_settlement_cbt_e/cls1p1_e.htm

Isabelle Van Damme, *Inherent Powers of and for the WTO Appellate Body*, Graduate Institute Geneva – Centre for Trade and Economic Integration Working Paper (2008).

John O'Connor, *Good Faith in International Law*, Dartmouth Publishing Co Ltd (1991)

Joost Pauwelyn and Luis E. Salles, *Forum Shopping Before International Tribunals: (Real) Concerns, (Im) Possible Solutions*, 42 *Cornell International Law Journal* 77 (2009)

Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law International Law: How WTO Law Relates to other Rules of International Law*, Cambridge Studies in International and Comparative Law (2003)

Louise Johannesson and Petros C. Mavroidis, *The WTO Dispute Settlement System 1995-2016: A Data Set and its Descriptive Statistics*, European University Institute, EUI Working Paper RSCAS 2016/72 (2016), Página 1. Available at:
http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/44568/RSCAS_2016_72.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Marion Panizzon, “*Good Faith, Fairness and Due Process in WTO Dispute Settlement Practice: Overcoming the Positivism of International Trade Law*”, in Julian Chaisse and Tiziano Balmelli (eds) *Essays on the Future of the World Trade Organization Volume II, The WTO Judicial System: Contributions and Challenges*. Edited (2008 Éditions Interuniversitaires Suisses.

Panel Report, *Argentina - Poultry Anti-Dumping Duties*, WT/DS241/R, adoptado 22 Abril 2003

Panel Report, *European Communities – Measures Affecting Trade in Commercial Vessels*, WT/DS301/R, adoptado 22 Abril 2001

Panel Report, *European Communities and certain member States – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft*, WT/DS316/R, adoptado 30 Junio 2010.

Panel Report, *Guatemala - Definitive Anti-Dumping Measure on Grey Portland Cement from Mexico*, WT/DS156/R, adoptado 24 Octubre 2000

Panel Report, *Korea – Anti-Dumping Duties on Imports of Certain Paper from Indonesia Recourse to Article 21.5 of the DSU by Indonesia*, WT/DS312/R, adoptado 28 Septiembre 2007-

Panel Report, *Peru - Additional Duty on Imports of Certain Agricultural Products*, WT/DS457/R, adoptado 27 Noviembre 2014

Panel Report, *United States – Sections 301-310 of the Trade Act 1974*, WT/DS152/R, adoptado 22 Diciembre 1999

Peter Van den Bossche & Werner Zdouc, *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials*, Cambridge University Press, 3rd edition (2013). (Cited as “Van den Bossche and Zdouc (2013)”)

SGS Société Generale de Surveillance S.A. v. Republic of Philippines, ICSID Case No. ARB/02/6, Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 29 Enero 2004.

Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 2, 1869 U.N.T.S. 401, 33 I.L.M. 1226 (1994).

United Nations Audiovisual Library of International Law, (n.d) Retrieved from: http://legal.un.org/avl/pdf/ls/Marceau_bio.pdf

What is the WTO? (n.d) Retrieved from: https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/whatis_e.htm

William J Davey and André Sapir, *The Soft Drinks Case: The WTO and Regional Agreements*, 8:1 World Trade Review (2009)

World Trade Organization, (2016) Annual report 2016. Retrieved from: https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/anrep_e/anrep16_chap6_e.pdf