

UNIVERSIDAD ANDINA SIMON BOLIVAR

SEDE ECUADOR

ÁREA: DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO

**“VISIÓN COMPARATIVA ENTRE LOS LAUDOS ARBITRALES
EMITIDOS POR LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO Y
LA PROPUESTA DE INSTRUMENTACIÓN DEL ARBITRAJE EN LA
COMUNIDAD ANDINA”**

IRMA IVONNE TAPIA BARAHONA

AÑO: 2011

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

Nombre: Irma Ivonne Tapia Barahona

Año: 2011

3
UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR

SEDE ECUADOR

ÁREA DE DERECHO

MAESTRÍA EN DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO

**“VISIÓN COMPARATIVA ENTRE LOS LAUDOS ARBITRALES
EMITIDOS POR LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO Y
LA PROPUESTA DE INSTRUMENTACIÓN DEL ARBITRAJE EN LA
COMUNIDAD ANDINA”**

IRMA IVONNE TAPIA BARAHONA

Tutor: Dr. JOSÉ VICENTE TROYA JARAMILLO

2011

RESUMEN

Los laudos arbitrales consisten en las decisiones que emiten los árbitros al finalizar un proceso arbitral, mismo que se origina en el acuerdo de dos partes que se relacionan comercialmente y convienen en acudir al método de solución de controversias denominado arbitraje, a fin de que esos árbitros sean los encargados de resolver controversias eventuales o futuras. La Organización Mundial del Comercio cuyas siglas son OMC, es una organización establecida para fortalecer las relaciones comerciales que incrementen la producción y el comercio de bienes y servicios. En la OMC existe un Órgano de Solución de Diferencias u OSD, que fundamenta su actividad en el Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias o ESD. En este Entendimiento se establece en pocas y no específicas disposiciones, los casos en los cuales los miembros de la OMC pueden acudir a la solución de sus diferencias a través del arbitraje. Los laudos arbitrales que se emiten en el OSD van a reconocerse y ejecutarse en los Estados Miembros de la OMC según procedimientos establecidos en las normas convencionales internacionales y en sus propios ordenamientos jurídicos.

La Comunidad Andina cuyas siglas son CAN, es una organización subregional formada por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Existe una propuesta para instrumentar, o más bien para reglamentar el arbitraje como forma alternativa de solución de controversias entre diversos actores dentro de esta organización, otorgando una nueva competencia que es la arbitral al Tribunal Andino de Justicia y la facultad de organizar la administración del arbitraje a la Secretaría General de la CAN. Esta competencia consistiría en una novedosa facultad que tendrían estos dos órganos del denominado Sistema Andino de Integración o SAI, para resolver conflictos de diversa índole a través de un arbitraje andino que tendría características diferentes del arbitraje comercial internacional.

Expreso mi más sentido agradecimiento al Dr. José Vicente Troya Jaramillo por haber aceptado ser el Tutor de mi tesis de maestría, reconociendo su tiempo y el aporte dado para la realización de la misma.

Realizada en la ciudad de Quito-República del Ecuador.

A mi Madre querida, la compañera ideal de cualquier hijo que intente serlo, por la grandeza de su amor y sacrificio. A Sandra, mi apoyo en los duros combates que he tenido que enfrentar en mi vida.

A mis amados Juan José y Mateo Sebastián, a quienes debo la alegría de vivir y la ilusión para luchar por un futuro feliz.

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
Introducción	8
Capítulo I: Los Laudos Arbitrales emitidos por la Organización Mundial del Comercio (OMC)	
1.1.- Introducción del Capítulo I	11
1.2.- Antecedentes	12
1.3.- Naturaleza jurídica de los laudos	18
1.4.- Contenido del Laudo Arbitral emitido en el OSD	31
1.4.1.- Requisitos Formales	32
1.4.2.- Requisitos Procesales	36
1.4.3.- Requisitos Materiales	37
1.5.- Fundamentos o Motivación de los Laudos	38
1.6.- Obligatoriedad y Notificación de Laudos	43
1.7.- Casos en que procede el arbitraje en la OMC y se emite un Laudo Arbitral	48
1.7.1.- Caso según el Art. 21 del ESD	49
1.7.2.- Caso según el Art. 22 del ESD	52
1.7.3.- Caso según el Art. 25 del ESD	55
1.8.- Ejecución de un laudo arbitral emitido en la Organización Mundial del Comercio	58
Capítulo II: Propuesta de Instrumentación del Arbitraje en la Comunidad Andina	

2.1.- Introducción del Capítulo I	65
2.2.- Antecedentes	66
2.3.- Naturaleza Jurídica	73
2.4.- Arbitraje Administrado	80
2.5.-. Función Arbitral	88
2.5.1.- Conflictos entre órganos del SAI	89
2.5.2.- Conflictos entre particulares	91
2.6.- Fundamentos de los laudos	96
Conclusiones	104
Bibliografía	110
Anexos	113

INTRODUCCIÓN

El arbitraje es considerado el método heterocompositivo por excelencia para la solución de controversias. Utilizado desde las épocas más antiguas de la civilización humana, no deja de asombrarnos la clara vigencia que tiene como verdadera institución jurídica que facilita a las personas dirimir sus diferencias a través de la intervención de un tercero llamado árbitro, quien en forma imparcial decidirá luego de un proceso originado en un acuerdo entre las partes.

En una aproximación al concepto de arbitraje, señalaré que es un proceso jurídico, que se basa en el respeto al derecho a la equidad, mediante el cual un árbitro o un tribunal arbitral, que es designado por dos partes en conflicto, solucionan el mismo a través de una decisión denominada laudo arbitral.

En el campo del comercio internacional el arbitraje se ha convertido en un gran mecanismo de acción por la necesidad de solución ágil, efectiva y eficaz de las diferencias que surgen o pueden surgir entre los agentes comerciales, exigiendo un conocimiento y tratamiento especializado que asegure una solución justa y equitativa para los diversos actores.

El laudo arbitral, en primer lugar es el resultante de la actividad desplegada por los árbitros para solucionar un conflicto. En segundo lugar, tiene las características propias de una decisión judicial por lo que se aproxima a ser una verdadera sentencia, más aún que goza de la característica de pasar por autoridad de cosa juzgada, llegando a una fase de cumplimiento incluso a veces forzoso.

Partiendo de estos breves antecedentes, el objetivo de este trabajo es comparar los laudos arbitrales emitidos por uno o más árbitros en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio, y la Propuesta de Instrumentación del Arbitraje en la Comunidad Andina,

determinando las semejanzas y diferencias que existen en estos dos entes de integración, el primero formado por Estados Miembros a nivel mundial y el segundo constituido por Estados Miembros a nivel regional.

La pregunta central de este trabajo de investigación es ¿Cuáles serían las semejanzas y las diferencias que existen o existirían entre los laudos arbitrales emitidos al interior del Órgano de Solución de Diferencias que existe en la OMC, y el contenido de una Propuesta de Instrumentación del Arbitraje en la Comunidad Andina?

Para responder a esta pregunta, debo señalar que se tienen cuatro objetivos. El primer objetivo consiste en determinar el campo del Derecho en el cual se insertan cada una de las organizaciones mencionadas. En segundo lugar se pretende precisar la naturaleza jurídica del laudo arbitral emitido en la OMC, así como su contenido, fundamentos, cómo se lo ejecuta en los Estados que se encuentran en la condición de perdedores en un proceso arbitral. El tercer objetivo trata de concretar en qué forma se desarrollaría el arbitraje en el Área Andina, cuál es su naturaleza jurídica, cómo sería aplicado por el Tribunal Andino de Justicia y la Secretaría General de la CAN. Por último, se pretende introducir una Propuesta de Instrumentación de Arbitraje en la CAN, haciendo referencia a la iniciativa planteada por el Doctor Genaro Baldeón pero expresando adicionalmente ideas que alterarían los contenidos de aquella en cuanto a la organización de la actividad arbitral y los procedimientos.

Esta propuesta pretendida está preparada tomando en cuenta las nuevas directrices en las que se basan algunos organismos regionales y los procedimientos arbitrales que se utilizan en la actualidad, con el fin de efectivizar más fehacientemente las ventajas del método arbitral como solución de controversias.

Se debe tomar en cuenta que la principal diferencia consiste en que el sistema de solución de diferencias en la OMC, es una realidad vigente en las relaciones comerciales entre sus Estados Miembros, mientras que la función arbitral en la CAN todavía no se concreta en la

práctica por falta de reglamentación, por lo que este trabajo pretende ser una sugerencia a esa instrumentación que está pospuesta.

Las principales fuentes de investigación constituyen en primer término las normas jurídicas resultantes de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales celebrada en Marrakech-Marruecos del 12 al 15 de abril de 1994 que estableció la Organización Mundial del Comercio u OMC y el Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias o ESD, diversas normas convencionales internacionales y reglamentos de arbitraje, análisis de varios laudos arbitrales, así como textos de importantes autores. En segundo término se ha partido del Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia codificado en la Decisión 472 de la Comisión, el Protocolo Modificadorio del Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia, el Estatuto del Tribunal Andino de Justicia y el Reglamento de la Secretaría General de la CAN. Adicionalmente se han tomado como fuentes varios textos normativos convencionales y doctrinarios, algunas sentencias y laudos arbitrales que han aportado a la elaboración del presente proyecto, aspirando que se encuentre el mismo a la altura de los lectores.

CAPÍTULO I

LOS LAUDOS ARBITRALES EMITIDOS POR LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO (OMC)

1.1.- Introducción del Capítulo I

En este primer capítulo, intentaré realizar un análisis del laudo arbitral emitido al interior del Órgano de Solución de Diferencias, que es el organismo encargado de administrar la solución de los conflictos que se presentan o pueden surgir en el ámbito de las relaciones comerciales entre los Miembros de la OMC. El laudo arbitral emitido en la OMC tiene su origen y fundamento en la naturaleza jurídica del laudo en general, es decir es el acto mediante el cual se termina un conflicto conocido y resuelto por uno o más árbitros. El efecto que va a producir un laudo arbitral en materia comercial será solucionar esas diferencias, así como la determinación de suspensión y concesiones u otras obligaciones que tienen dentro de la Organización sus miembros.

Se analizará a partir de las normas jurídicas resultantes de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales celebrada en Marrakech-Marruecos, realizada del 12 al 15 de abril de 1994, que estableció la Organización Mundial del Comercio cuyas siglas son OMC. En la OMC existe el Órgano de Solución de Diferencias cuya abreviatura es OSD, que es el órgano encargado en materia de consultas y solución de diferencias surgidas entre los Miembros de la primera nombrada. El OSD está regido y regulado por el Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias o ESD. Encontramos en el ESD la respectiva normativa que establece y determina cuándo se debe acudir al arbitraje, señalándose que el laudo que se obtenga será definitivo, con lo cual se verifica que se considera al mismo como una sentencia que goza de la cualidad de cosa juzgada cuyo resultado será el cumplimiento de la misma por parte de los participantes en el proceso arbitral.

Se debe aclarar que la OMC enmarca su actividad en el campo del Derecho Económico Internacional, que ha encontrado en el arbitraje comercial internacional el medio más idóneo y eficaz para resolver las controversias producidas en las relaciones jurídicas comerciales. Es importante tener en cuenta el gran aporte que significó la creación de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional o CNUDMI, que tuvo como propósito “promover la armonización y unificación progresivas del Derecho mercantil internacional”¹. Esta Comisión aprobó el 28 de abril de 1976 el Reglamento de Arbitraje reconociendo el valor del arbitraje como método para resolver las controversias surgidas en las relaciones comerciales internacionales, este Reglamento se actualizó y entró en vigor el 15 de agosto de 2010. El arbitraje en la OMC responde a la tendencia muy aceptable de acudir al arbitraje institucional o administrado que en la OMC tiene características propias, por cuanto si bien el OSD no tiene actuación permanente porque se reúne cada vez que surge una diferencia, existe un permanente Órgano de Apelación y los árbitros son elegidos para los casos concretos.

1.2.- Antecedentes

En 1947 se suscribió el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, cuyas siglas fueron GATT, el cual que pasó a formar parte del Acta Final en que se incorporaron los resultados de la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales. El Acta Final fue suscrita por los representantes de los gobiernos y de las Comunidades Europeas que convertidas en miembros del Comité de Negociaciones Comerciales, convinieron en el Acuerdo por el que se establece la OMC suscrito en Marrakech el 15 de Abril de 1994. En esta fecha, 124 gobiernos y las Comunidades Europeas declararon que era un logro histórico haber concluido la Ronda, pues estaban convencidos de que se fortalecerá la economía

¹ Preámbulo de la Asamblea General de 17 de diciembre de 1966 que estableció la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional CNUDMI, otorgando gran importancia al arbitraje comercial internacional.

mundial y se dará paso a un mayor crecimiento del comercio, las inversiones, el empleo e ingresos en todo el mundo². La OMC, que actualmente tiene 153 miembros, es una organización con fines específicos como los enunciados en la Declaración de Marrakech, pero también con funciones claramente establecidas en su Art. III³. Esos fines se concretan en la disposición contenida en el párrafo 1 del Art. II, al manifestar que “La OMC constituirá el marco institucional común para el desarrollo de las relaciones comerciales entre sus Miembros en los asuntos relacionados con los acuerdos e instrumentos jurídicos conexos incluidos en los Anexos del presente Acuerdo.”

El Acuerdo que estableció la OMC contiene varios acuerdos e instrumentos jurídicos conexos en los llamados Anexos, que en el número de cuatro comprenden los Acuerdos Comerciales Multilaterales. El Anexo 1 contiene los Acuerdos Comerciales Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías en el Anexo 1A, el Anexo 1B comprende el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios y Anexos, el Anexo 1C abarca el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio. El anexo 2 comprende el Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias. El Anexo 3 se refiere al Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales. Los acuerdos e instrumentos jurídicos mencionados hasta aquí, son vinculantes para todos los miembros de la OMC. En cambio el Anexo 4 hace mención a los Acuerdos Comerciales Plurilaterales, que no crean derechos ni obligaciones para los Miembros que no los han aceptado, pero sí para aquellos que lo han hecho.

En especial, el Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias o ESD en la OMC, que reemplazó al Entendimiento relativo a la

² La Declaración de Marrakech, en el párrafo 1 manifiesta: “Los Ministros saludan el logro histórico que representa la conclusión de la Ronda, con el convencimiento de que fortalecerá la economía mundial y dará paso a un mayor crecimiento del comercio, las inversiones, el empleo y los ingresos en todo el mundo.”

³ Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio, Artículo III que titula Funciones de la OMC, pág. 7. Estos se resumen en: 1. “La OMC facilitará la aplicación, administración y funcionamiento del presente Acuerdo y de los Acuerdos Comerciales Multilaterales y favorecerá la consecución de sus objetivos, y constituirá también el marco para la aplicación, administración y funcionamiento de los Acuerdos Comerciales Plurilaterales.”

Notificación, Consulta, Solución de Diferencias y Vigilancia aprobado el 18 de noviembre de 1979, estableció los métodos para la solución de diferencias entre los miembros de la OMC, en el campo de los denominados Acuerdos Abarcados, es decir los acuerdos enumerados en el Apéndice 1⁴.

Ahora bien, los acuerdos abarcados contienen sus propias normas sobre procedimientos de consulta y solución de diferencias, los cuales debieron armonizar con el ESD que incluyó disposiciones sobre el nuevo régimen aplicable. En efecto, como nos confirma el Doctor Alberto Zelada Castedo⁵ este “nuevo régimen será aplicable en forma subsidiaria”, es decir al tratarse de controversias sobre el cumplimiento, aplicación e interpretación de un acuerdo abarcado, son aplicadas las normas y procedimientos especiales o adicionales contenidos en el acuerdo abarcado, aplicando en forma subsidiaria el ESD. Este criterio se aplicaría solamente para los acuerdos abarcados en el Apéndice 2⁶, según lo establece el párrafo 2 del Art. 1 del ESD.

El ESD debe ser aplicado por el Órgano de Solución de Diferencias u OSD, el mismo que según el párrafo 1 del Art. 2 del ESD se lo establece para administrar las normas y procedimientos, así como las disposiciones en materia de consultas y solución de diferencias de los acuerdos abarcados, dejando en libertad a los miembros de la OMC al manifestar “salvo disposición en contrario de uno de ellos”. El OSD tiene facultades para establecer grupos especiales, adoptar informes de los grupos especiales y del Órgano de Apelación, vigilar la aplicación de las resoluciones y recomendaciones, así como autorizar la suspensión

⁴ Los Acuerdos del Apéndice 1 son: Acuerdo por el que se establece la OMC, Acuerdos Comerciales Multilaterales, Acuerdos Multilaterales sobre el Comercio de Mercancías, Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de Diferencias, Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales y Acuerdos Comerciales Plurilaterales, Acuerdo sobre el Comercio de Aeronaves Civiles, Acuerdo sobre Contratación Pública, Acuerdo Internacional de los Productos Lácteos y Acuerdo Internacional de la Carne de Bovino, p. 446.

⁵ Zelada Castedo Alberto, *Solución de Controversias en el Derecho Internacional Económico y en el Derecho de la Integración Económica Regional*, Universidad Andina Simón Bolívar, Sucre, 1996, pp 12-13.

⁶ Acuerdos del Apéndice 2: Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio, Acuerdo relativo a la aplicación del Art. VII del GATT de 1994, Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios y Decisión relativa a determinados procedimientos de solución de diferencias para el AGS, p.447.

de concesiones y otras obligaciones en el ámbito de los acuerdos abarcados⁷. En conclusión, su labor está destinada a encontrar la solución de diferencias pues está constituido un verdadero mecanismo para este efecto, cuando las negociaciones directas no logren este fin.

El OSD está conformado por los miembros del Consejo General de la OMC que actuarán según proceda para desempeñar esta función, de acuerdo a lo que determina el párrafo 3 del Art. IV del Acta de Marrakech, pudiendo tener su propio Presidente.⁸ Las decisiones del OSD se toman por consenso, es decir que todos los miembros presentes en la reunión del OSD deben estar de acuerdo, y ninguno de ellos se oponga formalmente a las decisiones⁹.

Para una mejor comprensión de la actividad del OSD, también se debe agregar como antecedente que el objetivo adicional a encontrar una solución positiva a las diferencias, es dar preferencia a una “solución mutuamente aceptable para las partes en la diferencia y que esté en conformidad con los acuerdos abarcados”¹⁰. Por lo tanto si no hay acuerdo entre las partes para llegar a la solución, lo primero que persigue este mecanismo de solución de diferencias es lograr que se suspendan las medidas consideradas incompatibles con lo dispuesto en los acuerdos abarcados. En otras palabras, los Miembros de la OMC tienen obligaciones que deben cumplir dentro de los acuerdos abarcados, cuando no las cumplan se configura la anulación o menoscabo de ventajas que tienen los demás Miembros dentro de estos acuerdos¹¹. Se buscará una solución de buena fe, sin considerar que la reclamación sea un acto contencioso, sino más bien que consista en un proceso que llegue a feliz término. La solución será la rectificación de las medidas que implicaron la anulación o menoscabo de los

⁷ Párrafo 1, Art. 2 del ESD.

⁸ Art. IV 3. “El Consejo General se reunirá según proceda para desempeñar las funciones del Órgano de Solución de diferencias establecido en el Entendimiento sobre Solución de Diferencias. El Órgano de Solución de diferencias podrá tener su propio presidente y establecerá las normas de procedimiento que considere necesarias para el cumplimiento de dichas funciones.”

⁹ Nota interpretativa al párrafo 4 del Art. 2 del ESD, que dice: “Se considerará que el OSD ha adoptado una decisión por consenso sobre un asunto sometido a su consideración cuando ningún Miembro presente en la reunión del OSD en que se adopte la decisión se oponga formalmente a ella.”

¹⁰ Párrafo 7 del Art. 3 del ESD.

¹¹ Párrafo 8 del Art.3 del ESD.

derechos, ventajas o beneficios, o la aplicación de compensaciones a favor del Miembro afectado.

Los métodos para la solución de diferencias surgidas entre los Miembros de la OMC, al decir del Doctor Alberto Zelada en la obra citada¹², se dividen en obligatorios y optativos. Entre los primeros menciona a las consultas entre los países Miembros, los procedimientos de intervención del OSD a través de los Grupos Especiales y el arbitraje, métodos que deben aplicarse de forma sucesiva. En los segundos tenemos a los buenos oficios, la conciliación, la mediación y el arbitraje.

Al considerar al arbitraje como método obligatorio para solucionar diferencias en la OMC, se lo establece como un procedimiento aplicado para hallar soluciones a través de la actuación del OSD; estos casos los vamos a encontrar al analizar el párrafo 3 del Art. 21 y el párrafo 6 del Art. 22 del ESD. Cuando el arbitraje es un método optativo, se considera que se lo puede aplicar en cualquier momento en que los Estados inmersos en una diferencia decidan acudir a él mediando un acuerdo, dando paso a “Un procedimiento rápido de arbitraje en la OMC como medio alternativo de solución de diferencias que puede facilitar la resolución de algunos litigios que tengan por objeto cuestiones claramente definidas por ambas partes”, según lo dispone el párrafo 1 del Art. 25 del ESD.

El mecanismo de solución de diferencias se inicia con el procedimiento de consultas, solicitadas por el Estado miembro de la OMC que considere que determinadas medidas aplicadas en su territorio por otro Estado miembro, afectan el funcionamiento de cierto acuerdo abarcado. El Estado afectado por la consulta tiene el plazo de 10 días para contestar y otros 30 días para entablar también consultas. Si no se cumplen estos plazos, el Estado miembro que inició consultas podrá solicitar el establecimiento de un Grupo Especial. Esto dará oportunidad a la intervención del OSD e incluso a la participación de un tercer Estado

¹² Alberto Zelada Castedo, *Solución de Controversias en el Derecho Internacional Económico y en el Derecho de la Integración Económica Regional*, Universidad Andina Simón Bolívar, Sucre, 1996, pp 16-17.

que tenga interés comercial sustancial en las consultas, conforme el párrafo 11 del Art. 4 del ESD. Al intervenir el OSD se cumplen las siguientes etapas: establecimiento o designación del Grupo Especial, consideración y adopción del informe de grupos especiales y del Órgano de Apelación, vigilancia del cumplimiento de las recomendaciones o decisiones, y consideración o aprobación de las solicitudes para la suspensión de concesiones u otras obligaciones.

Finalmente, cuando un Grupo Especial o el Órgano de Apelación concluyen que la medida aplicada por un Estado es incompatible con un Acuerdo abarcado, recomendarán que este Miembro calificado como “afectado”, ponga tal medida en conformidad con ese Acuerdo. Las recomendaciones están incluidas en el Informe que el Grupo Especial o el Órgano de Apelación emitan, y el Miembro afectado debe informar a su vez al OSD acerca de su propósito de aplicar las recomendaciones o resoluciones de éste. La aplicación de recomendaciones o resoluciones se la deberá hacer en un plazo de 30 días luego de la adopción del Informe mencionado, de lo contrario el Miembro puede contar con un plazo adicional, según lo dispone el párrafo 3 del Art. 21 del ESD. Las partes en conflicto pueden fijar un plazo de 45 días de común acuerdo, desde la adopción de recomendaciones y resoluciones, o un plazo fijado mediante arbitraje vinculante, dentro de 90 días luego de aquella adopción de recomendaciones y resoluciones. El plazo máximo que puede considerar el árbitro será de 15 meses para que el Miembro aplique las decisiones del OSD.

Cuando el Estado afectado no cumpla con las decisiones del OSD, éste puede solicitarle que aplique medidas compensatorias, suspendiendo a su vez en forma temporal concesiones que le otorgan los acuerdos abarcados. Es necesario que “El nivel de la suspensión de concesiones u otras obligaciones autorizado por el OSD sea equivalente al nivel de la anulación o menoscabo aplicado” en el país afectado por la medida incompatible¹³.

¹³ ESD, párrafo 4 del Art. 22, p. 441.

1.3.- Naturaleza jurídica de los laudos

Para establecer la naturaleza jurídica de los laudos arbitrales emitidos por la OMC, o más bien en el OSD, hay que considerar en primer lugar la naturaleza del laudo en general, puesto que su origen y fundamento no discrepan con la especie tratada en el presente trabajo investigativo. Analizado así el tema se arribará a la naturaleza, estructura y efectos que produce un laudo arbitral obtenido luego del proceso arbitral entre miembros de la OMC, el mismo que consiste en una sentencia arbitral extranjera.

Se considera primeramente, que un laudo consiste en la decisión a la que llegan los árbitros luego de realizarse el proceso sometido a su resolución¹⁴. Esta decisión se basa en un acto mediante el cual se termina la participación y misión de los árbitros, siendo que es el medio a través del cual la jurisdicción adjudicada a ellos se agota y extingue, ya que al nacer de una convención de las partes en conflicto, se limita solo al caso analizado y resuelto. La convención, que nace del mutuo acuerdo, busca solucionar una controversia que hace referencia a materias de carácter transigible o transable, es decir que trate sobre aquellos “derechos de los que su titular pueda disponer libremente”¹⁵ y procura terminarla de manera definitiva.

El principio de autonomía de la voluntad¹⁶ permite a las partes decidir sobre el acudir al arbitraje, designar los árbitros y elegir el procedimiento a realizarse; en este sentido, los Estados miembros de la OMC libre y voluntariamente han decidido en primer lugar ser parte de la Organización, en segundo lugar aceptan cumplir las normas legales que la rigen y las reglas del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias, en tercer lugar eligen voluntariamente acudir a los procedimientos establecidos para solucionar conflictos sobre asuntos de comercio internacional, o deciden

¹⁴ Roque J. Caivano, *Arbitraje*, Ad Hoc, 2ª edición, Buenos Aires, 2002, pág. 247.

¹⁵ Juan Pablo Aguilar, *Sobre las materias Arbitrables en el Derecho Administrativo*, Sección monográfica en Revista Ecuatoriana de Arbitraje, Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, Cevallos editora jurídica, Quito-Ecuador, 2009, p.20.

¹⁶ Rubén Santos Balandro, *Seis Lecciones sobre el Arbitraje Privado (interno e internacional)*, Asoc. De Escribanos de Uruguay, 1ª edición, Montevideo, 2002, pág. 175.

someterse libremente al arbitraje de conformidad con las normas establecidas. La materia transigible se refiere a bienes y derechos sobre los cuales cabe una transacción¹⁷, es decir lo que se denomina arbitrabilidad del objeto y opera cuando las partes pueden decidir libremente pactar el medio para la solución del conflicto que sobre ellos ha surgido o prevén conflictos futuros. Entre las materias transigibles susceptibles de arbitraje está la comercial, pues las partes tienen la capacidad para pactar un arbitraje y transigir respecto de sus diferencias, siempre y cuando no exista prohibición expresa del respectivo orden jurídico¹⁸.

Como afirma Roque J. Caivano, “El laudo es el equivalente a la sentencia judicial”¹⁹, pues en primer lugar termina un litigio decidiendo que existe un ganador y un perdedor, para el tema que tratamos existirá un Estado ganador y un Estado perdedor; el laudo arbitral se impone a las partes, quienes tienen que aceptarlo y estar dispuestas a cumplirlo efectivamente, por cuanto saben que nació de su libre determinación constante en un acuerdo que incluyó normas sustantivas y disposiciones adjetivas, ya sea en la cláusula compromisoria o en el compromiso arbitral. En segundo lugar el laudo tiene un contenido formal similar al de la sentencia, lo cual permite asimilarla a aquella, así luego de efectuarse un proceso contradictorio, el laudo comprenderá una parte expositiva de antecedentes o de los hechos, otra parte que contenga los fundamentos de derecho y análisis de las pruebas presentadas y una parte resolutive, siendo que es el producto de un verdadero juicio²⁰. En tercer lugar hay causales para interponer recursos contra la validez del laudo a través de la impugnación; y, por último el laudo es emitido por un tercero que es neutral, es decir que él o los árbitros actuarán con independencia respecto a las partes, razón por la cual su decisión debe estar libre de influencias políticas, económicas, sociales o de otra índole, consistiendo en un fallo definitivo que dará origen a un proceso de cumplimiento o de ejecución.

¹⁷ E. Artuch Iberri, *Arbitraje Comercial Internacional*, pág. 12.

¹⁸ Juan Pablo Aguilar, *Sobre las materias Arbitrables en el Derecho Administrativo*, Sección monográfica en Revista Ecuatoriana de Arbitraje, Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, Cevallos editora jurídica, Quito-Ecuador, 2009, p.22.

¹⁹ Roque J. Caivano, *Arbitraje*, obra cit., pág. 248.

²⁰ Roque J. Caivano, *Arbitraje*, obra cit., pág. 248

Por su parte, Rubén Santos Balandro²¹, quien prefiere llamar sentencia al laudo arbitral, manifiesta que “puede ser definida como el acto de los árbitros que resuelve de un modo definitivo todo o parte del litigio sometido, en cuanto al fondo, a la competencia, o al procedimiento, con la virtualidad de poner fin a la instancia”. Es decir, un laudo arbitral va a resolver para lo futuro, o parte de una diferencia o un conflicto completo, sin que quepa un nuevo proceso sobre lo decidido. Cuando se refiere a que el laudo decide en cuanto al fondo, considera que se debe aclarar si el arbitraje es en Equidad o en Derecho. El arbitraje en equidad, de amigables componedores o ex aequo et bono, según el cual las partes deciden autorizar a los árbitros para que resuelvan la diferencia sin acudir estrictamente a normas jurídicas, a fin de que no sea la rigidez de éstas las que impidan obtener una resolución más justa. En cuanto al arbitraje en derecho, se considera que es el tramitado aplicando las normas del derecho positivo vigente, sean normas de carácter nacional, extraestatal o supranacional contenidas en las diferentes legislaciones y convenciones que ratifican y aplican las partes. En concreto los procesos tramitados en el OSD de la OMC, se van a sujetar a las normas positivas contenidas en el ESD que específicamente en los Artículos 21, 22 y 25 determinan cuándo se debe acudir al arbitraje y en forma general dan las pautas que se deben seguir en cada caso. Aunque se reconoce el principio de autonomía de la voluntad de las partes en cuanto a acudir al arbitraje, así como convenir en el procedimiento a seguir, se determina que se aplicarán las normas del ESD, concluyéndose por tanto que se trata de un arbitraje en derecho²².

Con relación a la competencia, el acuerdo de las partes creará una y específica a favor de los árbitros, a la cual quedan ellas mismas inicialmente sometidas en virtud del acuerdo arbitral²³. Ya en el procedimiento y en concreto, cuando se emite el laudo, son los mismos árbitros quienes van a determinar si tienen o no competencia para resolver una cuestión

²¹ Rubén Santos Balandro, *Seis Lecciones sobre el Arbitraje Privado (interno e internacional)*, Asoc. De Escribanos de Uruguay, 1ª edición, Montevideo, 2002, pág. 148.

²² Rubén Santos Balandro, *Seis Lecciones...*, obra cit., p. 39

²³ E. Artuch Iberri, *Arbitraje Comercial Internacional*, p. 15.

sometida a su conocimiento, teniendo en cuenta que debe tratarse de un negocio de carácter mercantil, como lo establece la Convención de Panamá que en el Art. 1 expresa: “Es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas, con relación a un negocio de carácter mercantil. (...)” En el caso de este estudio, es claro que lo comercial es materia susceptible de arbitraje, por lo que se establece en qué sentido debe darse la actuación del árbitro o árbitros, dentro de una esfera limitada de atribuciones según las normas señaladas en el párrafo anterior, es decir las contenidas en el ESD. Debo anotar que se considera como causal para denegar el reconocimiento y ejecución de una sentencia arbitral extranjera, que tanto la constitución del tribunal arbitral como el procedimiento arbitral no se ajusten a lo acordado por las partes, según el contenido de la primera parte del literal d) del párrafo 1 del Art. V del Convenio de Nueva York, que textualmente dice:

“Art. V 1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

d) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral, no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje: o” (...).

En lo relativo al procedimiento, el Artículo 25 del ESD en el párrafo 2²⁴, dispone que “el recurso al arbitraje estará sujeto al acuerdo mutuo de las partes, que convendrán en el procedimiento a seguir”. Se trata de un acuerdo o convenio arbitral suscrito por las partes, es decir de un documento escrito que contiene la manifestación de voluntad de las dos partes de someter a arbitraje las diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellos, como lo estipula el párrafo 1 del Art. II del referido Convenio de Nueva York al disponer:

“Art. II 1. Cada uno de los Estados contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.”

²⁴ ESD, pág. 443.

Una vez que se ha suscitado la diferencia, las partes deciden acudir al procedimiento arbitral, notificando su decisión, precisando en el acuerdo los límites de actuación de los árbitros, el derecho aplicable al fondo del litigio como ya se mencionó antes, designando a los árbitros –que en la OMC generalmente son los miembros del Grupo Especial que conoció inicialmente el caso²⁵–, conviniendo además como dispone el párrafo 3 del Art. 25 del ESD en acatar el laudo arbitral, en concordancia con lo que establece el párrafo 7 del Artículo 22 del ESD que incluso añade “Las partes aceptarán como definitiva la decisión del árbitro y no tratarán de obtener un segundo arbitraje”.

Esencial en cuanto al procedimiento, es considerar la capacidad de las partes para expresar su voluntad de someterse a arbitraje, pues lo contrario, es decir la incapacidad significaría la nulidad del convenio arbitral, según lo expresa el literal a) del párrafo 1 del Artículo V del Convenio de Nueva York. Se refiere a que el representante del Estado Miembro de la OMC inmerso en una diferencia, debe tener la capacidad suficiente y consentimiento para obrar o representar a éste y participar en la suscripción del convenio arbitral y actuar durante todo el proceso, consecuentemente el convenio será válido y se procederá a desarrollar ese proceso con toda seguridad.

Paso a analizar precisamente el criterio de que el laudo arbitral es una sentencia. Al respecto han existido varias dificultades para calificar de arbitral a una decisión o sentencia. Hay que partir de las consideraciones expuestas en el Convenio de Ginebra de 1927, según el cual “la decisión debía ser considerada como arbitral en el país donde se había pronunciado”. Esta norma que limitaba la calificación de arbitral a la decisión tomada por las autoridades de un país, fue ampliada por el Convenio de Nueva York que manifiesta en el párrafo 2 del Art. 1.: “La expresión *sentencia arbitral* no solo comprenderá las sentencias dictadas por los

²⁵ ESD, Art. 22, 6. (...) “El arbitraje estará a cargo del grupo especial que haya entendido inicialmente en el asunto, si estuvieran disponibles sus miembros, o de un árbitro nombrado por el Director General, y se concluirá dentro de los 60 días siguientes a la fecha de expiración del plazo prudencial.”

árbitros nombrados para casos determinados, sino también las sentencias dictadas por los órganos arbitrales permanentes a los que las partes se hayan sometido”.

La disposición transcrita, aunque no define lo que se va a entender por sentencia arbitral y más bien está refiriéndose al arbitraje ad-hoc y al arbitraje institucional, está determinando la calificación de arbitral a una decisión, la que se dará cuando ésta sea emitida luego de un proceso arbitral nacido del acuerdo de las partes que han determinado un procedimiento a seguir, sea éste arbitraje ad-hoc o arbitraje institucional.

A pesar de lo manifestado por los tratadistas mencionados, debo añadir que hay un criterio generalizado en los últimos años, tendiente a considerar que es difícil enunciar una definición de laudo, basando su afirmación en que en muchos casos ni siquiera las normas nacionales o convencionales internacionales han hecho el ejercicio de expresar una definición. En este sentido, se expresa que se tiende a otorgarle una acepción idiomática y una concepción normativa, con el fin de lograr una aproximación a un concepto que conduzca a una real aplicación en el campo internacional. Así, como manifiesta Felipe Cuberos²⁶, el Diccionario de la Real Academia Española define al laudo como “... Decisión o fallo que dictan los árbitros o amigables componedores...”; haciendo extensiva la definición al fallo de amigables componedores, el laudo se define como un fallo, que según el mismo Diccionario de la Real Academia Española es “... Sentencia de un juez o de un tribunal, y en ella, especialmente, el pronunciamiento decisivo o imperativo... ”. Se encuentran en esta definición dos elementos distintivos, uno que hace relación a la decisión de una persona investida de jurisdicción, y otro que se refiere a una decisión última y definitiva.

En cuanto a la concepción normativa de laudo, manifiesta Felipe Cuberos que se tiende a calificarlo como “decisión definitiva” de los árbitros y, aunque no existe en las diversas legislaciones y convenciones la calificación de esta decisión definitiva, lo que se hace es

²⁶ Felipe Cuberos, *Concepto y nacionalidad del laudo*, en Revista Ecuatoriana de Arbitraje, Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, Cevallos editora jurídica, Quito, 2009, pp 60-62.

proporcionarle elementos que sirven para demostrar su tratamiento como una decisión final que pone término a un proceso.²⁷

Se puede concluir, por tanto, que el laudo constituye una decisión por cuanto es el resultado de un proceso, planteado de conformidad con ciertas normas, en que las partes presentan sus reclamaciones o pretensiones, un tercero neutral lo conoce y resuelve emitiendo una resolución que es una sentencia que termina el conflicto otorgando un derecho a quien lo tiene, ya sea en forma parcial o total, existiendo la posibilidad de interponer recursos y generando la opción de llegar a una ejecución forzosa. Igualmente, el laudo debe pronunciarse sólo sobre los asuntos sometidos al arbitraje, igual que pasa con la sentencia que finaliza un juicio, pues el objeto de la litis es concreto en relación con la pretensión y tanto el Juez como el Árbitro no pueden exceder la esfera dentro de la cual deben pronunciarse. Sin embargo hay que considerar que según la doctrina especializada existen laudos parciales, laudos provisionales y laudos finales. Así, los laudos parciales decidirían cuestiones que surgen en el transcurso de las actuaciones, las cuales una vez resueltas permiten ahorrar tiempo y dinero en beneficio de las partes. Los laudos provisionales se presentarían en el campo jurisdiccional y servirían para simplificar actuaciones judiciales. Por último, los laudos finales son lo que finalizan la misión del árbitro o tribunal arbitral y lo emitirá cuando está convencido de que culminó esa misión.

El siguiente punto de análisis es la consideración de que la decisión arbitral sea extranjera. Dos criterios fueron surgiendo cronológicamente y se plantearon para solucionar este tema. Inicialmente, el criterio geográfico o territorial nacido del Convenio de Ginebra de 1927 que disponía que los laudos serían extranjeros cuando se pronuncien en el territorio de otro Estado. En virtud de un Principio de Reciprocidad, el Convenio agregó que serían extranjeras las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado parte.

²⁷ Felipe Cuberos, *Concepto y nacionalidad del laudo*, en Revista Ecuatoriana de Arbitraje, Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, Cevallos editora jurídica, Quito, 2009, p 63.

Según Antonio Remiro Brotóns, este criterio es objetivo, uniforme, da seguridad, pero a la vez da origen a una seria dificultad al momento de transponer sus reglas²⁸. Expresa, refiriéndose a una sentencia española, que ésta es tal porque se dictó en España, conforme a sus reglas procesales y el juez está inmerso en la Administración de Justicia española. Así se entenderá que los criterios de calificación de nacionalidad de una sentencia sirven también para calificar a la decisión arbitral conforme la ley del lugar donde se desarrolló el procedimiento de arbitraje y se dictó el laudo. Con todo esto, este criterio cubriría las siguientes decisiones:

- a.- Las pronunciadas en el territorio de los Estados contratantes;
- b.- Las que excluyen a una especie de laudos extranjeros, porque se pronuncian en un foro con arreglo a la ley distinta, pudiendo ser la ley de otro estado contratante; y,
- c.- Las dictadas en el territorio de otro estado según la ley del foro.

El autor citado considera que estos son desajustes y señala que las consideradas en el literal c beneficia al laudo puesto que al plantearse su ejecución puede tener dos caminos, el convencional y aquel que está destinado a las sentencias arbitrales por el Derecho interno.

Para tratar de superar estos problemas de calificación, el Convenio de Nueva York, en 1958 propuso aplicar sus disposiciones a todas las sentencias emitidas fuera del territorio de los Estados y aquellas que son dictadas dentro de estos territorios pero que no son consideradas nacionales. Este Convenio consagra como principio el criterio progresivo y se pretende aplicarlo para la homologación de dos tipos de sentencias arbitrales, que son las determinadas en el inciso segundo del párrafo 1 del Art. I, y son:

- a.- Las dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y ejecución; y,

²⁸ Antonio Remiro Brotóns, *Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, Los convenios internacionales y su aplicación en España*, Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., Madrid, pág. 48.

b.- Las que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se solicita el exequátur.

Asumir este criterio implica que todas las sentencias arbitrales extranjeras se someten al Convenio de Nueva York, sin importar que el laudo fuera dictado en el territorio de un Estado parte del Convenio como en otro que no lo es. No importa para efectos de aplicación del Convenio que los participantes en una relación se asienten dentro o fuera de los Estados contratantes, tampoco son relevantes razones personales como la nacionalidad, domicilio, residencia habitual, tanto al convenir el acuerdo arbitral o con posterioridad a éste. Por último, este Convenio supera también límites materiales, estableciendo que es aplicable a litigios surgidos de relaciones jurídicas que se consideren comerciales, según calificación de su derecho interno, aclarando que se trata de litigios de orden contractual y no contractual, es decir incorpora varios tipos de litigios cuyas decisiones o sentencias estarán sujetas a los contenidos del Convenio.

Analizados los aspectos anteriores, se debe ahora considerar al laudo emitido en el seno del OSD en la OMC, como una sentencia arbitral extranjera que tiene una naturaleza jurídica similar a aquella contemplada en el Convenio de Nueva York. Calificar al laudo arbitral emitido en la OMC como extranjero implicará el enfrentamiento de dos criterios importantes: “el lugar donde el laudo se haya dictado y la ley procesal aplicable al arbitraje”²⁹. Es decir, en el primer supuesto, que es extranjero un laudo cuando se ha emitido fuera del territorio del Estado donde se pretende que sea reconocido o ejecutado; y en el segundo supuesto el laudo será extranjero tomando en consideración las normas de procedimiento aplicables, sin importar el lugar en que fue emitido el laudo. Si bien en la primera parte del párrafo 1 del Art. I se aplica el criterio territorial, introduce en forma subsidiaria el criterio de la ley procesal aplicable por cuanto no todos los Estados tienen criterio igual para determinar si un laudo arbitral es extranjero o no, sin embargo a la luz de la Convención de Nueva York, ésta

²⁹ Roque J. Caivano, *Arbitraje*, obra cit., pág. 322

se aplicaría siempre que el laudo se pretenda hacer valer en un país diferente de aquel donde fue emitido³⁰.

En concreto, un laudo arbitral emitido por un árbitro en la OMC, sería considerado extranjero por cuanto los participantes en el conflicto van a obtener una decisión que consistiría en una resolución resultante de un proceso, al que se aplicó una ley procesal diferente a la que rige en el territorio de cada Estado al que pertenecen e incluso al territorio del Estado en el que se encuentra la sede de la OMC, que cumple varios requisitos para ser reconocido y ejecutado en otro lugar distinto al del lugar donde fue dictado. Según el autor citado, Roque J. Caivano, el lugar del arbitraje funciona como un método indirecto para determinar la ley procesal que se aplique al arbitraje, pues se supone que la ley procesal del lugar del arbitraje rige el procedimiento arbitral, en la mayoría de los casos³¹.

Otro aspecto importante de analizar, es el relacionado con la ejecución del laudo arbitral. Precisamente, el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral es el aspecto en donde se requiere de la máxima cooperación de la comunidad internacional, pues el cumplimiento de lo resuelto no se lo hace de forma voluntaria en todos los casos resueltos por arbitraje. Aunque la mayoría de los comerciantes buscan solucionar sus diferencias a fin de incrementar el flujo de los negocios mercantiles, siempre existirá alguno que otro que no acatará lo resuelto por los árbitros y, es entonces, cuando se requiere acudir a ciertas medidas coercitivas para que se efectivice la decisión. El principio reconocido es que la mayoría de los Estados, a través de sus legislaciones, reconocen la eficacia jurídica³² de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros y, por tanto establecen los medios procesales para que se dé el cumplimiento de estos, las condiciones de validez y los órganos encargados para este fin.

³⁰ Felipe Cuberos, *Concepto y nacionalidad del laudo*, en Revista Ecuatoriana de Arbitraje, Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, Cevallos editora jurídica, Quito, 2009, p. 72.

³¹ Roque J. Caivano, *Arbitraje*, obra cit., pág. 323.

³² Roque J. Caivano, *Arbitraje*, obra cit., pág. 423.

El primer trámite que debe darse es el reconocimiento del laudo extranjero, conocido como “procedimiento de exequátur”, es decir la equiparación de la sentencia extranjera con una nacional. Se pretende con esto, nacionalizar al laudo arbitral, a fin de considerar que éste tenga la misma o similar validez que una resolución emitida por un órgano nacional en el Estado donde se pretende ejecutarlo. Este procedimiento de exequátur consiste en analizar o examinar la sentencia o laudo extranjeros, a fin de determinar en primer lugar la competencia del tribunal que la emitió, luego que el procedimiento haya garantizado el derecho de defensa, que haya pasado por autoridad de cosa juzgada, que no afecte el orden público interno, para que entonces “pueda quedar expedita la vía de la ejecución forzada” al decir de Roque J. Caivano³³. Los jueces de un Estado controlarán que el laudo arbitral extranjero contenga los elementos de validez de la decisión, harán un “control de la solución material del laudo”³⁴, más no procederán a examinar el objeto del litigio o la arbitrabilidad como se lo conoce en el campo convencional; todo esto, a fin de verificar si afecta o no el orden público que conforma la esfera normativa del país en el cual se tramita su reconocimiento y ejecución, y por último, si hay o no congruencia con la normatividad interna.

En efecto, tanto en las legislaciones internas como en las Convenciones internacionales la falta de congruencia entre el laudo arbitral extranjero y el orden público interno es una causal para la denegación del reconocimiento y ejecución del laudo. Sin embargo de esta consideración, ni las normas de derecho interno ni las convenciones internacionales aclaran qué se debe entender por orden público. Los autores suelen distinguir entre orden público interno y orden público internacional. Así, Grigera Naón, citado por Roque J. Caivano³⁵ se refiere al contenido de estas dos concepciones y dice que orden público interno es “el conjunto de normas imperativas locales, preponderantemente aplicables a las relaciones

³³ Roque J. Caivano, *Arbitraje*, obra cit., pág. 251.

³⁴ Antonio Remiro Brotóns, *Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, Los convenios internacionales y su aplicación en España*, Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., Madrid, pág. 83.

³⁵ Roque J. Caivano, *Arbitraje*, obra cit., pág. 326.

jurídicas domésticas, que no pueden dejarse de lado o derogarse por la voluntad de las partes; es decir, aquellas normas respecto de las que no opera la autonomía de la voluntad por estar involucrado el interés general.” Agrega además que por orden público internacional “se entiende el conjunto no de normas, sino de principios fundamentales sobre los cuales se asienta el ordenamiento jurídico del foro, los denominados principios de “moralidad y justicia”, de “justicia universal o de *natural justice* inspiradores de ese ordenamiento.”

Antonio Remiro Brotóns, por su parte, hace referencia a tres niveles de situaciones en las que los jueces pueden actuar utilizando el orden público interno, lo que facilitará distinguir cuál es la determinación que un juez puede hacer para posibilitar o no el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero. Estos niveles son:

a.- Nivel sustantivo: en el que una autoridad competente, llamada juez, puede usar el orden público interno para cubrir eventuales lagunas que existan para resolver asuntos diversos, como el relativo a la arbitrabilidad de la controversia. Por ejemplo, nos expone el autor, una decisión arbitral puede implicar una ejecución basada en el incumplimiento de una norma de aplicación necesaria en el Estado donde se va a ejecutar, entonces el juez echa mano del orden público interno para determinar si acepta o no esa ejecución.

b.- Nivel procesal: en éste se pretende proteger principios como la competencia del tribunal arbitral, su constitución regular y el procedimiento, una cierta incompatibilidad del laudo con decisiones firmes en el foro o el desarrollo de procesos en marcha. Ejemplos de actos que en este sentido afectarían el orden público interno serían la nacionalidad de los árbitros que en sí no afecta ese orden, la falta de motivación de la decisión que por sí misma no interrumpe el proceso de reconocimiento y ejecución del laudo, sino en la medida en que esa falta oculte una clara violación de derechos de defensa, contravenga las reglas del procedimiento arbitral o destruya el orden público sustantivo o material del Estado constituido en foro.

c.- Nivel conflictual: se facilita que el juez pueda controlar la designación de la ley aplicable al fondo de la controversia. Según los autores, el juez que conoce el reconocimiento del laudo arbitral extranjero no debería proceder a este análisis, pues fue atribución de los árbitros que conocieron la diferencia el verificar si se aplicó o no la ley designada en el contrato.

Debemos tener presente que los principios del orden público internacional se traducen en disposiciones normativas del orden público interno, por lo que los árbitros deben tener presente al emitir laudos que el primero es utilizado como una “fórmula para impedir que el laudo altere el denominado orden público interno”³⁶. Se ratifica que es causal para denegar el reconocimiento y ejecución del laudo o sentencia extranjera según lo dispuesto en el literal b) del párrafo 2 del Art. V del Convenio de Nueva York que establece: “2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba: (...) b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país.”

Determinado si un laudo arbitral extranjero no contraviene el orden público interno, se continúa con el trámite del Exequátur, que es realmente corto y se concreta en las siguientes actividades procesales: El interesado activo que es quien pretende el reconocimiento y ejecución de la decisión arbitral presente su solicitud por escrito, debe adjuntar original o copia auténtica del laudo arbitral y aquellos anexos que dispongan las normas jurídicas convencionales, se cita al interesado pasivo quien tiene término para comparecer y oponerse, en ciertos casos se cuenta con el dictamen del Ministerio Fiscal, y luego el juez emite la decisión de si procede o no el cumplimiento del fallo extranjero en el país, mediante un auto del cual no cabe recurso alguno. En conclusión, no se debe olvidar que si cada Miembro de la OMC se ha adherido y ratificado la Convención de Nueva York, entonces deberá proceder a cumplir el trámite de Exequátur para reconocer y ejecutar los laudos arbitrales emitidos en el

³⁶ Roque J. Caivano, *Arbitraje*, obra cit., pág. 327.

OSD o en su defecto atender a los procedimientos que cada ordenamiento jurídico interno establezca para esos fines.

1.4.- Contenido del Laudo Arbitral emitido en el OSD

El laudo arbitral emitido dentro del OSD debe contener los pronunciamientos sobre los asuntos que fueron sometidos a la resolución del árbitro o tribunal arbitral. Este criterio se mantiene en forma estricta al tratarse del arbitraje frente al caso de las sentencias de los jueces ordinarios, en virtud de que se busca proteger el ámbito jurisdiccional que envuelve su actividad arbitral, la cual debe sujetarse a los asuntos sometidos a ellos y no correr el riesgo de que sean declaradas nulas sus resoluciones³⁷.

Las cuestiones sometidas a los árbitros deben constar expresamente establecidas en el acuerdo de las partes, quienes tendrán la posibilidad de vigilar a lo largo del proceso que se cumpla con lo estipulado por ellas, tanto en cuanto se trate del asunto principal como de cuestiones accesorias que pudieren ser consideradas por los árbitros. En este aspecto, debo señalar que los autores argentinos, entre ellos el citado Alfredo Mohorade, consideran que no es indispensable que el convenio arbitral contenga o haga mención a asuntos calificados como accesorios³⁸, puesto que si éstos tienen relación directa con el asunto principal o gran dependencia del mismo, se entienden comprendidos ya en forma implícita y deben ser resueltos junto con la materia principal.

Sin embargo, el criterio generalizado tiende a considerar que los laudos deben pronunciarse sobre todos los asuntos sometidos al conocimiento de los árbitros.

Partiendo de estas premisas y al hablar de los requisitos que debe contener un laudo arbitral emitido por el árbitro o árbitros en la OMC, más precisamente en el OSD, se entiende

³⁷ Alfredo Mohorade, *Arbitraje*, Marcos Lerner Editora Córdoba, Argentina, pág. 87.

³⁸ Autor citado por Rubén Santos Balandro, *Seis Lecciones sobre el Arbitraje Privado (interno e internacional)*, Asociación de Escribanos de Uruguay, 1ª edición, Montevideo, 2002.

que son los mismos que contendría cualquier laudo en sentido general, además de aquellos que habilitan la eficacia extraterritorial de aquél, pues recordemos que se trata de una sentencia que va a producir efectos en otro lugar de aquel en que fue dictado, es decir a nivel del territorio del Estado que afectó a otro en las relaciones comerciales. Es por esto, que ciertos autores en especial Rubén Santos Belandro, suele mencionar tres clases de requisitos que debe cumplir el laudo arbitral; a saber: formales, procesales y materiales.

1.4.1- Requisitos Formales: El primer aspecto al que se refiere en este tema, claro está, es a la forma del laudo arbitral. El principio general aceptado por los tratadistas así como en las legislaciones internas de los Estados, en Convenios internacionales, y en las disposiciones normativas de la OMC, es que el laudo arbitral debe constar por escrito. Esto por obvias razones, pues de este modo queda constancia de lo resuelto por los árbitros y las partes tienen la posibilidad de leerlo, aceptarlo u observarlo, así como otorgar las copias que requieran para el caso de ejecución; lo escrito garantiza además la permanencia del texto en el tiempo lo que es también importante para fines jurisprudenciales.

La Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional en su Artículo 31, que titula “Forma y contenido del laudo”, incluye cinco requisitos indispensables que debe contener un laudo arbitral, disponiendo que el laudo se dictará por escrito, será firmado por el árbitro o árbitros, debe ser motivado, constar la fecha y lugar del arbitraje y ser notificado a las partes mediante la entrega de una copia firmada por los árbitros.

Por su parte, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI³⁹ en el título “Forma y Efectos del Laudo” que contiene el Artículo 34, en el párrafo 2 dispone: “Todos los laudos se dictarán por escrito y serán definitivos y obligatorios para las partes.” El párrafo tercero del Artículo

³⁹ El Reglamento de Arbitraje consta en la Resolución de la Asamblea General 65/22 de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil o Internacional. Corresponde a la nueva versión revisada y aprobada el 25 de junio de 2010, misma que entró en vigencia el 15 de agosto de 2010.

25 del ESD⁴⁰, en su parte final dispone que los laudos arbitrales serán notificados al OSD y al Consejo o Comité de los acuerdos pertinentes, en los que cualquier Miembro podrá plantear cualquier cuestión que se relacione con ellos; lo que confirma que se emitirán laudos arbitrales en el seno de la OMC, más precisamente en el OSD, cumpliéndose el requisito formal de constar por escrito a fin de notificar los mismos tanto a las partes interesadas como a los demás Miembros de la Organización para que ejerzan los derechos de que se crean asistidos.

Al constar por escrito un laudo arbitral se podrán identificar sus elementos integrantes, a saber: lugar y fecha de emisión, identidad de los litigantes, descripción de los hechos, fundamentos o motivación, pronunciamiento sobre las cuestiones sometidas, señalamiento de plazos para ser cumplido y las firmas de los árbitros⁴¹. En fin, es un requisito imprescindible para verificar la autenticidad del documento, facilitando su lectura y análisis por parte de quienes tienen interés en el mismo sea con fines procesales, informativos o jurisprudenciales como se menciona supra.

El lugar y fecha de emisión del laudo, es otro aspecto sumamente importante. El lugar permitirá dejar constancia del sitio físico donde se desarrolló el proceso, lo que a veces influye por cuanto pueden incluirse normas que imperan en ese lugar sobre todo en relación con la motivación del laudo⁴². Debe aclararse que generalmente el lugar donde es dictado un laudo debe ser el mismo de aquel donde se realizó todo el proceso arbitral, no cabe la posibilidad de que sea un lugar diferente, sin embargo hay que anotar que las diligencias probatorias pueden realizarse en otros lugares. En este sentido, cabe hacer referencia a lo establecido en el Artículo 18 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, que en su párrafo 4 dispone: “LUGAR DEL ARBITRAJE Artículo 18, 1. “Cuando las partes no hayan acordado previamente el lugar del arbitraje, dicho lugar será determinado por el tribunal

⁴⁰ ESD, p. 444.

⁴¹ Rubén Santos Balandro, *Seis Lecciones...*, obra cit., pág. 150.

⁴² Reglamento del Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, Art. 22.

arbitral habida cuenta de las circunstancias del caso. El laudo se tendrá por dictado en el lugar del arbitraje.” En el párrafo 2 agrega: “El tribunal arbitral podrá celebrar sus deliberaciones en cualquier lugar que estime oportuno. Salvo que las partes hayan convenido en otra cosa, el tribunal arbitral podrá reunirse también en cualquier lugar que estime oportuno para celebrar audiencias o con cualquier otro fin.” Es decir se establece que las audiencias y las actuaciones probatorias de todo tipo pueden realizarse en otros sitios según las circunstancias del caso, lo que facilita la realización del proceso sin limitar a un solo sitio toda clase de actos.

La fecha, en cambio, permite establecer el día en que se dictó el laudo, a fin de verificar si se ha cumplido el plazo o plazos determinados por las partes o por alguna norma positiva para ser dictado⁴³, así como para presentar los recursos que quepan según los reglamentos a aplicarse; la fecha de emisión de un laudo es la que permite el nacimiento de derechos o la extinción de los mismos, da lugar a la aplicación de los primeros y, por último facilita conocer cuándo empieza y termina el tiempo para que se ejecutorie y por tanto se inicien las acciones para dar cumplimiento a lo decidido. Generalmente el compromiso arbitral, lo dispuesto por el tribunal o lo establecido en normas de procedimiento como el ESD, van a determinar los plazos dentro de los cuales se emiten los laudos, en todo caso estos deben ser continuos y no pueden interrumpirse sino en tres casos. Estos casos son: recusación, cuando exista prejudicialidad y al sustituir árbitros por fallecimiento o alguna otra causa.

Cuando se presenta una recusación, ésta implica una derivación judicial, y hasta que inicie su actuación el nuevo árbitro existe una suspensión en el proceso arbitral, mientras se decide la recusación. En cuanto a la prejudicialidad, los árbitros no pueden decidir mientras los jueces no resuelvan las cuestiones de su competencia. La prejudicialidad puede afectar no solo al dictado del laudo arbitral sino a la emisión de sentencias, pues puede darse el caso de

⁴³ Roque J. Caivano, *Arbitraje*, obra cit., pág. 249.

que se requiera resolución de algunas cuestiones previas a la decisión final⁴⁴. Cuando la cuestión prejudicial se resuelve y está ejecutoriada, entonces se levanta la suspensión del plazo para laudo. En conclusión, se considera que es importante que se dicte el laudo dentro del plazo estipulado, ya que si se incumple tiene graves consecuencias en cuanto a la validez del mismo y en cuanto a la responsabilidad de los árbitros, pues si ellos lo emiten fuera del plazo señalado, el laudo puede ser considerado nulo ya que se dictó fuera de su jurisdicción. Incluso los árbitros pueden tener responsabilidad por daños y perjuicios causados a las partes por la inoportuna decisión.

La firma del árbitro o árbitros dará la certeza de quien o quienes son los responsables del laudo dictado, así también se podrá comprobar que fueron los árbitros o tribunal designados por las partes quienes lo redactaron realmente. La responsabilidad en la redacción de un documento tan importante como es el laudo arbitral tiene relación con las características y en especial las capacidades intelectuales que deben reunir los árbitros, pues se demostrará el nivel de conocimiento y experiencia en la materia, reflejadas sobre todo al motivar o fundamentar la resolución. Por último se debe tomar en cuenta que si el laudo fue dictado por un tribunal arbitral, debe estar firmado por la mayoría, dejándose constancia de la negativa o falta de firmas de uno u otro miembro, según lo dispone el párrafo uno del Artículo 31 de la Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional.

Rubén Santos Belandro menciona además como requisitos formales que habilitan la eficacia extraterritorial del laudo la legalización y la traducción, para que sean considerados documentos públicos y autenticados y sean en definitiva equiparados a las sentencias judiciales⁴⁵. Legalizar significa acreditar que un laudo fue emitido por un tribunal competente, que actuó dentro del marco de las competencias asignadas; si bien es cierto que no se realiza un examen del contenido del documento, se analiza en forma general para

⁴⁴ Roque J. Caivano, *Arbitraje*, obra cit., pág. 25.

⁴⁵ Rubén Santos Balandro, *Seis Lecciones*, obra cit., pp 193-194.

“verificar si su contenido no afecta al orden público, ni las buenas costumbres a que pertenece el agente consular o diplomático”⁴⁶. En cuanto a la traducción, en el campo de la OMC se entiende que los laudos deben constar en inglés, francés y español, que son los idiomas oficiales de la organización, a fin de que las partes conozcan del laudo según el idioma que rige en sus respectivos Estados.

1.4.2- Requisitos Procesales.- El laudo arbitral debe satisfacer tres presupuestos esenciales:

a).- El respeto a las reglas del debido proceso: principalmente se considera la citación al demandado otorgándole el plazo prudencial para que pueda comparecer y ejercer su derecho a la defensa. Este requisito concuerda con lo establecido en el Artículo II de la Comisión Internacional de Derecho Internacional Privado II que manifiesta: “(...) que el demandado haya sido notificado de modo sustancialmente equivalente a la aceptación dada por la ley del Estado donde la sentencia, laudo o resolución jurisdiccional deben surtir efectos”.

b).- La autoridad de cosa juzgada: el laudo arbitral goza de igual eficacia jurídica que una sentencia, ya que los dos facilitan su ejecución, es decir el beneficiario de un laudo arbitral tiene la posibilidad de satisfacer los derechos que éste le otorga incluso a través de vías coercitivas. En este sentido el laudo tiene fuerza vinculante, obligatoriedad e inmutabilidad. El resultado de estas cualidades es el producir el efecto de cosa juzgada, por lo tanto hay imposibilidad de revisión o de cualquier otro recurso, excepto la nulidad a través de la impugnación del laudo, ya que una vez ejecutoriado el mismo adquiere firmeza, condición exigida por la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, pero no por las Convenciones de Nueva York o Panamá para las cuales la sentencia debe ser obligatoria para las partes desde el momento en que se la dictó. El efecto de cosa juzgada, según varios tratadistas entre ellos Alan Redfern⁴⁷ se proyecta en tres dimensiones: i) A controversias existentes, pues el laudo va a resolver las

⁴⁶ Manuel Viera, *citado por Rubén Santos en Seis Lecciones...*, obra cit., pág. 197.

⁴⁷ Alan Redfern y Martin Hunter con Nigel Blackaby y Constantine Partasides, *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, 4ª edición, La Ley S.A.E., 1ª edición de Argentina, Buenos Aires, 2007, pp 538-540.

existentes entre las partes, las mismas que fueron sometidas a arbitraje y no cabe la posibilidad de que un tribunal judicial las conozca nuevamente; ii) A controversias posteriores, ya que el tribunal arbitral designado en un caso resuelto no podrá actuar para resolver otros casos que surjan entre las partes; e, iii) Al efecto del laudo respecto de terceros, el tribunal arbitral no puede resolver aspectos relacionados con otras personas que no sean parte del acuerdo arbitral, por lo que no puede otorgar derechos ni exigir obligaciones a dichas personas.

c.- Competencia internacional del tribunal: para determinar esta competencia se debe tener en cuenta en primer lugar el acuerdo de arbitraje, que tiene vinculación con la legislación aplicable a ese acuerdo y la ley que regulará el proceso arbitral en la fase previa y en la etapa de ejecución de la sentencia, así la que rige el acuerdo arbitral, la ley de la sede del tribunal arbitral y la del lugar en el cual se pretende reconocer y ejecutar el laudo. Todo esto está en contraste con lo que sucede con un juez en el campo internacional, cuya competencia está determinada por las normas nacionales o supranacionales. Por lo tanto el tribunal arbitral deberá pronunciarse sobre su jurisdicción para resolver la controversia sometida a su decisión.

1.4.3- Requisitos Materiales: Hacen referencia al contenido de un laudo arbitral con el propósito de conocer su compatibilidad con el ordenamiento jurídico del Estado que ha sido requerido, es decir que va a producir efectos donde se lo quiere ejecutar. Esto no quiere decir que se controla si está bien o mal dictado un laudo, sino si puede o no producir efectos pretendidos para lo cual se analizarán aspectos como por ejemplo si es compatible con una sentencia judicial o laudo arbitral dictado con anterioridad, o si el caso no fue antes conocido por otro juez o árbitro quien previno en el conocimiento.

1.5.- Fundamentos o Motivación de los Laudos

Los fundamentos constituyen las razones o motivos que llevaron a los árbitros a emitir un laudo. Las normas convencionales mencionan la necesidad de motivación de los laudos arbitrales como parte esencial de los mismos, sobre todo para verificar una clara exposición de las normas jurídicas aplicadas al caso resuelto⁴⁸, el examen de las pruebas y las razones doctrinarias y de equidad que van a constituir la base de las conclusiones finales. Los árbitros tienen la obligación de realizar los máximos esfuerzos para garantizar que el laudo sea ejecutable, para garantizar que se respete el procedimiento aplicado y en especial el derecho de defensa de las partes.

La redacción de los fundamentos del laudo debe ser hecha con claridad, para que exista una explicación exacta de los hechos ocurridos, de las alegaciones, de los actos invocados por las partes en sus comparecencias, la conexión directa entre las normas vigentes y las causas que derivaron en el proceso. Exigida está la relevancia de las circunstancias del caso a fin de arribar a la decisión con claros y precisos fundamentos.

El pronunciamiento de las cuestiones que las partes sometieron al conocimiento de los árbitros debe ser total, sin prescindir de ninguna de ellas así como de las normas en que fundamenten su fallo, en especial cuando se trata de árbitros en derecho quienes deben aplicar las normas del derecho positivo vigente.

Se requiere una exposición clara, interrelacionada y lógica de los fundamentos que orientan la decisión arbitral. Alvarado Velloso, citado por Roque Caivano⁴⁹ manifiesta al referirse a la actividad de los jueces, aplicando al caso de los árbitros que “la fundamentación de una sentencia consiste en la construcción de un razonamiento suficiente para que –de los hechos que el juez percibe- un hombre sensato pueda sacar la última conclusión contenida en la parte dispositiva”. Es decir, la decisión arbitral debe estar también impregnada de lógica,

⁴⁸ Alvarado Velloso, autor citado por Roque Caivano, *Arbitraje...*, obra cit., pág. 252.

⁴⁹ Alvarado Velloso, citado por Roque Caivano, en *Arbitraje*, p. 252.

ya que en la construcción del razonamiento está la consideración de los hechos, los mismos que deben corresponder a la decisión tomada.

La fundamentación de los laudos es una cuestión de vital importancia, tanto que estos deben ser cumplidos voluntaria y espontáneamente por las partes, quienes eligieron libremente o los árbitros o el foro al cual someterse y se encuentran comprometidos a hacerlo. Ahora bien, si estamos ante un caso de cumplimiento voluntario, hay elementos de carácter moral o comercial que motivan a que el perdedor acepte el contenido y el resultado del laudo; si bien las partes están desde el inicio del proceso arbitral en aptitud de cumplir lo que se resuelva, a los árbitros les corresponde cumplir una tarea de tipo psicológico con ellas: tienen que convencerles de la aplicación concreta y efectiva de la equidad en el fallo pronunciado, que dio origen a una decisión considerada justa para ambos, produciéndose como efecto el señalado cumplimiento voluntario.

Ahora bien, se debe considerar por una parte que los árbitros *iuris*⁵⁰ tienen que motivar o fundamentar sus decisiones en normas de derecho positivo. Así, el párrafo 3 del Artículo 34 del Reglamento de Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI establece: “3. El tribunal arbitral expondrá las razones en las que se basa el laudo, a menos que las partes hayan convenido en que no se dé ninguna razón”. Por lo tanto se aclara que el laudo del tribunal arbitral deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido en otra cosa o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes cuando se trate de una transacción. La fundamentación debe consistir en una actividad que va a contener ciertos requisitos para que sea considerada acertada y efectiva. Estos requisitos se analizan a continuación:

a).- Requisito relatorio: que analiza las cuestiones o fundamentos de hecho, como suelen ser conocidas en las diferentes legislaciones. Las cuestiones de hecho convergerán en un

⁵⁰ Los árbitros *iuris* son aquellos que participan en procedimientos arbitrales realizados en derecho, por lo tanto los laudos que emitan deben mencionar las normas en que se funda su fallo, aplicando el derecho positivo. Generalmente deben ser abogados.

recuento de lo sucedido en una síntesis de la causa que originó el conflicto, su histórico detallado que sirve de punto de partida para el análisis.

b).- Elemento o requisito consistente en el fundamento mismo: es decir el análisis de la normativa en que se basó la petición y aquella que va a aplicarse. En este punto, se parte de la consideración de si el caso sometido fue susceptible o no de solución por vía de arbitraje, lo que se denomina en la doctrina y en las convenciones como arbitrabilidad de los litigios, pero que en el caso de la OMC parece no causar mayor problema, pues al tener un marco definido de acuerdos comerciales, conocidos y aceptados claramente por los Miembros suscriptores, la calificación es fácil y obviamente la vía arbitral es elegida de conformidad con el ESD y es aceptada por las partes. Por lo tanto, la causa definida tiene relación directa con el objeto de la diferencia, más no con los sujetos, ni como lo considera el Convenio de Nueva York, según el cual la arbitrabilidad del objeto es uno de los aspectos que condicionan su validez, lo que a su vez facilitará su reconocimiento y ejecución⁵¹.

El Convenio referido, exige que el objeto de la diferencia sea arbitrable con arreglo en primer lugar, a la ley rectora del acuerdo arbitral, y, en segundo lugar a la ley del país donde se solicita el reconocimiento y ejecución del laudo. La discusión que plantea esta norma lleva a considerar que si un laudo es emitido sobre materia arbitrable según la ley rectora del acuerdo arbitral, sin considerar la ley del foro, no se podrá reconocer y ejecutar. Sin embargo al tratarse de la OMC, se considera que la calificación está dada por la naturaleza comercial de los acuerdos abarcados y aceptados por sus miembros.

Se hace mención a que el procedimiento arbitral es el resultado de un acuerdo mutuo de las partes, quienes a su vez convienen en el procedimiento a darse. En forma general, se celebra un acuerdo previo el cual recoge su voluntad para acudir a ese procedimiento,

⁵¹ Antonio Remiro Brotóns, *Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras*, obra cit., pág. 159.

considerándose que si no existe este acuerdo o convenio el arbitraje no existe⁵², pues estaríamos frente a otras formas de solución de controversias como la conciliación o la mediación.

El convenio arbitral se puede establecer a través de dos formas: en una cláusula compromisoria o a través de un compromiso arbitral. La cláusula compromisoria consiste en el acuerdo o convenio según el cual las partes deciden acudir al arbitraje en casos de conflicto, sea éste de carácter interno o consista en una diferencia internacional; en este tipo de convenio las partes están previniendo la solución a diferencias que todavía no se han dado. En cambio, el compromiso arbitral se da posteriormente a la aparición del conflicto, espacio en el cual las partes deciden resolver el mismo acudiendo al arbitraje, redactando a la vez un documento que contiene el compromiso arbitral, el mismo que debe contener ciertas formalidades cuya ausencia puede acarrear su nulidad. La tendencia doctrinaria se dirige a considerar que el convenio o acuerdo de arbitraje es una expresión que señala las dos formas, a fin de considerar que sus efectos son similares.

Las normas del ESD en la OMC, establecen claramente cuándo las partes pueden o deben acudir al arbitraje, entendiéndose que los Estados miembros al aceptar ingresar a la organización conocieron y aceptaron sus normas, por lo que deben aplicarlas conforme están determinadas en el texto normativo; esto quiere decir que surgida una controversia las partes según el párrafo dos del Artículo 25 del ESD, de mutuo acuerdo convendrán en el procedimiento a seguir, así como acatar el laudo arbitral.

En cuanto a los fundamentos de derecho en que se basará el laudo arbitral, es decir las normas positivas, en el marco del ESD, están claramente determinadas; así, en el párrafo 2 del Artículo 25 se establecen dos posibilidades de acudir al arbitraje, en primer lugar se senta que el ESD establece el arbitraje diferente al nacido del acuerdo de las partes,

⁵² Rubén Santos Balandro, *Arbitraje Comercial Internacional*, Universidad Mayor de la República-Uruguay, Oxford University Press, 2ª edición, México, 2000, pág. 853.

haciendo referencia a lo dispuesto en el párrafo 6 del Artículo 22 cuando un Miembro afectado impugna el nivel de suspensión propuesta o sostiene que no se han seguido los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3, cuando el reclamante solicitó autorización para la suspensión de concesiones u otras obligaciones, según lo dispuesto en los párrafos 3b) o 3c). Determina que el arbitraje estará a cargo del grupo especial que conoció al inicio el asunto o un árbitro designado por el Director General. Por tanto, de las normas del ESD mencionadas nace la competencia de los árbitros. En segundo lugar, como se indicó antes, según lo dispuesto en el párrafo 2 del Art. 25, el arbitraje sujeto a acuerdo mutuo de las partes, quienes convendrán en el procedimiento a seguir, así como acatar el laudo arbitral, respondiendo al principio de que “(...) la voluntad de las partes debe quedar claramente expresada, siendo de estricta aplicación de que sin voluntad no puede haber arbitraje (...)”⁵³

La parte dispositiva del laudo contiene la resolución propiamente dicha de las cuestiones sometidas al arbitraje, debiendo aclarar que los árbitros solo deben laudar sobre el objeto de la litis, sin exceder los límites otorgados por las partes, corriendo el riesgo de que si actúa al contrario, lo emitido incurrirá en una causal de nulidad. En este aspecto se debe mencionar que las normas del derecho positivo en las que se funda la decisión, deben ser explicitadas en forma tal que quede claro al entendimiento de las personas las razones por las que toma tal o cual decisión. La claridad con que explique un árbitro tiene también como objetivo convencer a las partes de que la decisión tomada es la más adecuada, idónea y justa para ellas y, por lo tanto se deberá terminar el conflicto con esa decisión⁵⁴.

1.6.- Obligatoriedad y Notificación de Laudos

El párrafo dos del Artículo XIV del Acuerdo de Marrakech que establece la OMC dice: “Los Miembros que acepten el presente Acuerdo con posterioridad a su entrada en vigor

⁵³ E. Arturch Iberri, *Arbitraje Comercial Internacional*, p. 15.

⁵⁴ Roque J. Caivano, *Arbitraje*, obra cit., pág. 253.

pondrán en aplicación las concesiones y obligaciones establecidas en los Acuerdos Comerciales Multilaterales que hayan de aplicarse a lo largo de un plazo contado a partir de la entrada en vigor del presente Acuerdo como si hubieran aceptado este instrumento en la fecha de su entrada en vigor”. Partiendo de esta disposición, se deduce que a más de los Miembros que han aceptado el Acuerdo luego que entró en vigor y quienes son Miembros originales, pondrán en aplicación las concesiones y obligaciones que se establecieron en los Acuerdos Comerciales Multilaterales como si hubieran aceptado los mismos cuando desde el inicio, así también lo estipulado en el ESD, es decir el día treinta siguiente de la fecha de la aceptación. Se debe tomar en cuenta que al crearse la OMC se fortaleció la solución de controversias con carácter vinculante para todos sus miembros, por tanto cuando dispone acudir al arbitraje existe obligatoriedad de hacerlo según las condiciones que sus normas disponen⁵⁵.

Analizando las normas de los Artículos 21, 22 y 25 del ESD, se debe mencionar que se evidencia un tipo de arbitraje ad hoc con carácter jurisdiccional⁵⁶, pues en rigor no existe un centro permanente de arbitraje al interior del OSD o de la OMC en general y son las partes que pueden de común acuerdo designar los árbitros entre los miembros que formaron parte del grupo especial que conoció inicialmente la diferencia. No debemos olvidar que el OSD está permanentemente actuando en relación con procedimientos diversos de consultas y solución de diferencias, pero no es un centro de arbitraje que se ha institucionalizado.

Recordemos ahora el carácter jurisdiccional de la misión arbitral⁵⁷, en virtud de considerar al método precisamente como un modo jurisdiccional de resolución de los litigios, tratado de esta forma en todas las Convenciones internacionales en forma explícita o implícitamente. Justamente, de la naturaleza del arbitraje nace la decisión obligatoria para las partes

⁵⁵ Mathías Herdegen, *Derecho Internacional Económico*, pág. 184.

⁵⁶ Antonio Remiro Brotóns y otros, *Derecho Internacional*, McGraw W-Hill/Interamericana de España, S.A.U., Madrid, 1997.

⁵⁷ Manuel Medina de Lemus, *Contratos de Comercio Exterior*, Dykinson, 2ª edición, Madrid, 2000, pág. 559.

contendientes, lo que hace que si dos Miembros de la OMC están inmersos en una cuestión arbitral, tienen el deber de acatar la decisión de los árbitros nombrados, la que tiene fuerza ejecutiva, cualidad de cosa juzgada y capacidad para exigir su cumplimiento o ejecución en estricto sentido.

A pesar de mencionarse que el arbitraje en la OMC nace del acuerdo mutuo de las partes, puede afirmarse que se da un caso de arbitraje forzoso, es decir que está impuesto por una prescripción legal⁵⁸; en efecto el literal c) del párrafo 3 del Art. 21 del ESD que se refiere al plazo prudencial para cumplir las recomendaciones y resoluciones del OSD, dispone que el plazo prudencial será: “(...) “c) un plazo determinado mediante arbitraje vinculante dentro de los 90 días siguientes a la fecha de adopción de las recomendaciones y resoluciones”. Por lo tanto tenemos un caso de arbitraje forzoso como lo denominan los tratadistas, por cuanto no es ya “en el albedrío de los contendientes donde se sustenta la actuación de los árbitros, sino que su potestad deviene por imperativo legal”, que se hace efectiva cuando se presentan los casos concretos⁵⁹. Se constata lo afirmado por el citado Antonio Remiro Brotóns⁶⁰, quien manifiesta que la decisión es obligatoria según las normas que rigen el procedimiento, siendo que estas normas necesariamente no son las de la ley del país donde se pronunció; esta afirmación la hace en relación con los laudos emitidos en centros permanentes de arbitraje donde se realiza arbitraje administrado y se cuenta con reglamentos que determinan esa obligatoriedad.

Lo expuesto viene a confirmar lo manifestado por Bernhard Cansen en su obra *El Papel de la Unión Europea en la Solución de Diferencias Comerciales en la OMC*⁶¹, en el cual manifiesta que existe un predominio del Estado de Derecho en el sistema de solución de diferencias de la OMC, lo que no significa que se sustrae de dicho concepto del arbitraje por

⁵⁸ Fernández R. y Gómez Leo, citados por Alfredo Mohorade, en *Arbitraje*, obra cita., pág. 59.

⁵⁹ Alfredo Mohorade, *Arbitraje*, obra cit., pág. 63.

⁶⁰ Antonio Remiro Brotóns, *Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, Los Convenios internacionales y su aplicación en España*, Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., Madrid, 1980, p. 143.

⁶¹ Bernhard Cansen, *El Papel de la Unión Europea en las Soluciones de las Diferencias Comerciales en la OMC*, Traducción de Irene Blázquez Navarro, Universidad Autónoma de Madrid, pág. 147.

no consistir en un proceso judicial, sino más bien lo ratifica en virtud de que en el estado de derecho van tomando fuerza los métodos alternativos de solución de controversias que simplifiquen trámites, plazos y gastos.

Se confirma la obligatoriedad de acatar el laudo arbitral tanto en el párrafo 7 del Artículo 22 del ESD cuando manifiesta “Las partes aceptarán como definitiva la decisión del árbitro y no tratarán de obtener un segundo arbitraje”, así como en el párrafo 3 del Art. 25 del ESD que menciona “Las partes en el procedimiento convendrán en acatar el laudo arbitral”. Se concluye que al emitirse los laudos arbitrales en los procesos seguidos en el ámbito de diferencias entre Estados Miembros de la OMC, éstos deben aceptar y acatar los mismos, por tratarse de decisiones que tienen fuerza vinculante y obligatoria al responder a la encomienda que se le ha dado al árbitro de decidir sobre la diferencia. Al respecto, cabe destacar lo manifestado por Antonio Remiro Brotóns quien manifiesta que (...) “parece más razonable sustentar que la obligatoriedad del laudo se produce cuando no es éste ya susceptible de un recurso ordinario, aunque quepan contra él recursos extraordinarios.”⁶² Hay que mencionar que las normas del ESD establecen que una vez dictado un laudo arbitral no se intentará un nuevo arbitraje, por tanto la obligatoriedad de la decisión nace de las normas que rigen el procedimiento establecido al interior el OSD.

Adicionalmente hay que ratificar que el laudo va a concluir la actuación de los árbitros designados, por lo que los Estados miembros retomarán sus anteriores posiciones en la OMC, es decir seguirán teniendo la misma condición dentro de la misma, volverán a relacionarse económicamente y tendrán tratos comerciales, superando las diferencias que originaron el arbitraje.

Una vez emitido el laudo se debe notificar conforme lo manifestado en el párrafo 3 del Artículo 25 del ESD que dispone: “Los laudos arbitrales serán notificados al OSD y al

⁶² Antonio Remiro Brotóns, *Ejecución de Sentencias Extranjeras, Los Convenios internacionales y su aplicación en España*, Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., Madrid, 1980, p. 143.

Consejo o Comité de los acuerdos pertinentes, en los que cualquier Miembro podrá plantear cualquier cuestión con ellos relacionada”.

Me permitiré utilizar las palabras que usa el ESD en ciertas normas al manifestar que con relación a las notificaciones, se aplicarán *mutatis mutandis* el contenido del párrafo 6 del Art. 3 del ESD que dispone que las soluciones que se convienen de mutuo acuerdo y se plantean en cuanto a consultas y solución de diferencias de los acuerdos abarcados, se notificarán al OSD y a los Consejos y Comités que correspondan.

Partiendo de estas consideraciones, se arriba a la Decisión relativa a los Procedimientos de Notificaciones que contiene tres artículos que tratan de lo siguiente: i) El Artículo I de la “Obligación general de notificar”⁶³, que contiene convenciones sobre la publicación y notificación y señala en primer lugar el empeño de los Miembros para cumplir las obligaciones que establecen los Acuerdos Comerciales Multilaterales y Plurilaterales cuando proceda. El segundo párrafo menciona que los Miembros recuerdan compromisos asumidos en el Entendimiento relativo a las Notificaciones, las Consultas, la Solución de Diferencias y la Vigilancia que fue adoptado el 28 de noviembre de 1979, aclarando que las medidas comerciales que se adopten y que afecten a la aplicación del GATT de 1994, se notificarán según lo dispuesto en el Entendimiento mencionado. ii) El Artículo II titula “Registro central de notificaciones” y dispone que se establecerá aquel registro quedando bajo la responsabilidad de la Secretaría de la OMC. En el registro central deben inscribirse elementos de información que los Miembros proporcionen sobre la medida en cuestión, así como el fin que tuvo, el acuerdo del que se trate y la disposición de notificarla. El registro central tiene un sistema de remisión por Miembros y por obligaciones según clasificación de notificaciones escritas.

Se debe acudir como fuente de la obligación de notificación, sobre todo del laudo arbitral, a las normas convencionales y reglamentos de arbitraje que disponen en forma concreta la

⁶³ Textos Jurídicos de la OMC, p. 462.

obligación de notificarlo. Así el numeral 4 del Art. 31 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, establece: “4) Después de dictado el laudo, el tribunal lo notificará a cada una de las partes mediante entrega de una copia firmada por los árbitros de conformidad con el párrafo 1) del presente capítulo.” Se refiere el párrafo 1 de ese Art. 31 a que el laudo es dictado por escrito y firmado por él o los árbitros, y que si se trata de actuaciones en las que intervienen más de un árbitro, bastará la firma de la mayoría de sus miembros.

En concreto, el laudo arbitral una vez emitido debe ser conocido por los participantes en el proceso arbitral, por tanto los árbitros están en la obligación de darlo a conocer a cada uno de ellos⁶⁴, a fin de que puedan revisarlo, estudiarlo y decidir si lo aceptan o no. La revisión del laudo dará la oportunidad de apreciar si contiene vicios que pueden dar origen a la interposición de los recursos dispuestos en la normativa existente y aplicable al caso, tomándose en cuenta a la vez los plazos dentro de los cuales una parte puede presentar recursos ante un órgano o tribunal superior.⁶⁵

Ahora bien, el contenido de los laudos arbitrales emitidos en el OSD de la OMC, varía según el procedimiento arbitral elegido o dispuesto por el ESD, al que se someta la diferencia, como se analiza a continuación.

1.7.- Casos en que procede el Arbitraje en la OMC y se emite un Laudo Arbitral

Al establecer el Órgano de Solución de Diferencias y convenirse el Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias, se pretendió, al decir de Bernhard Canssen⁶⁶ “instaurar un procedimiento de solución de diferencias vinculante, cuyo agotamiento fuera un requisito previo para adoptar represalias

⁶⁴ Rubén Santos Belandro, *Seis Lecciones sobre el Arbitraje Privado*, obra cit., p. 152.

⁶⁵ Alan Redfern y Martín Hunter con Nigel Balckaby y Constantine Partasides, *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, 4ª edición, La Ley, 1ª edición en Argentina, Buenos Aires, 2007, p 537.

⁶⁶ Bernhard Hansen, *El Papel de la Unión Europea...*, obra cit., p. 147.

fuera del sistema”. Esto importa en gran medida al considerar los objetivos que persiguen los miembros de la OMC, así como la necesidad de implementar la funcionalidad del régimen instaurado; en efecto, es importante partir del contenido del Artículo 3 del ESD que establece las disposiciones generales sobre los principios que rigen la solución de diferencias en la OMC. Así en primer lugar, en el párrafo 2 del Artículo 3 se afirma que “El sistema de solución de diferencias de la OMC es un elemento esencial para aportar seguridad y previsibilidad al sistema multilateral de comercio”, lo que se relaciona con el fortalecimiento del comercio internacional y el afianzamiento de las relaciones entre los Estados Miembros en un marco jurídico estable y seguro.

El párrafo 3 del mismo Artículo, en cambio, expresa que para el funcionamiento eficaz de la OMC y el mantenimiento de un equilibrio adecuado entre los derechos y obligaciones de los Miembros, es esencial la pronta solución de las situaciones en las que un Miembro considere que las ventajas que le resultan a él aplicadas en forma directa o indirecta, sean menoscabadas por las medidas que toma otro miembro.

Principalmente destacado es el párrafo 7 que precisa el objetivo del mecanismo de solución de diferencias y plantea que “es hallar una solución positiva a las diferencias”, para luego manifestar “Se debe dar siempre preferencia a una solución mutuamente aceptable para las partes en la diferencia y que esté en conformidad con los acuerdos abarcados”.

Partiendo de las consideraciones anteriores, se debe calificar al arbitraje y en especial a los laudos arbitrales emitidos en la OMC, como una herramienta específica para concretar los principios recogidos en el Artículo 3 del ESD. Se debe recordar lo manifestado en el punto 1.4 de este trabajo, en el cual se explicó que en la OMC, en especial en el OSD se incluye al arbitraje como un método tanto voluntario como obligatorio, según lo establecido en sus normas. Así los casos en los que se emitirán laudos arbitrales son los enunciados a continuación.

1.7.1.- Caso según el Art. 21 del ESD.- Se procederá con un arbitraje cuando exista una diferencia sobre el plazo para dar cumplimiento o poner en aplicación las recomendaciones y resoluciones del Órgano de Solución de Diferencias. El literal c) del párrafo 3 del Artículo 21 del ESD en su párrafo 3⁶⁷ establece que el plazo prudencial será el establecido en tres casos y expresa “El plazo prudencial será: a) el plazo propuesto por el Miembro afectado, a condición de que sea aprobado por el OSD; de no existir tal aprobación, b) un plazo fijado de común acuerdo por las partes en la diferencia dentro de los 45 días siguientes a la fecha de adopción de las recomendaciones y resoluciones; o, a falta de dicho acuerdo, c) un plazo determinado mediante arbitraje vinculante dentro de los 90 días siguientes a la fecha de adopción de las recomendaciones y resoluciones.

Continúa mencionando que el árbitro considerará como “directriz para resolver que el plazo prudencial será de 15 meses desde la fecha de adopción del informe del grupo especial o del Órgano de Apelación”. Este plazo prudencial es para la aplicación de las recomendaciones del grupo especial o el Órgano de Apelación, sin embargo se considerará si se amplía o disminuye el plazo prudencial. Tenemos un arbitraje ad-hoc para resolver o establecer las infracciones de los Acuerdos, más no para resolver diferencias sobre las eventuales compensaciones o medidas de retorsión.

Para ilustrar la forma en que se lleva este tipo de arbitraje se debe remitir a un caso concreto, puesto que el ESD no redacta la forma de desarrollarse el mismo. Menciono el laudo emitido por el árbitro Florentino P. Feliciano en el caso “Argentina-Medidas que afectan a la exportación de bovino y a la importación de cueros acabados WT/DS155/10”, de fecha 31 de agosto de 2001(47). El laudo tiene un formato que difiere de las sentencias dictadas por los jueces y tribunales ordinarios, así podremos apreciar que inicia con el título de la controversia y como subtítulo menciona la norma en base a la cual se ha procedido al arbitraje. Adicionalmente en otro subtítulo se hace constar el nombre del árbitro o miembros

⁶⁷ ESD, pág. 437.

del tribunal arbitral. Al hacer una introducción se procede a un recuento de la forma en que se ha desarrollado la diferencia y sobre todo la referencia a la necesidad de un plazo prudencial, para aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD. Este plazo prudencial se lo requiere y solicita según lo determinado en el literal c) del párrafo 3 del Art. 21 del ESD. Esta parte del laudo constituye la redacción de los hechos que configuraron la diferencia, existiendo clara ilación que contribuye a apreciarlos de manera inequívoca.

Al detallar los argumentos de las partes se añade también la apreciación y análisis de los fundamentos de derecho, es decir las normas jurídicas que han sido vulneradas por el Miembro infractor y aquellas en las que basa sus alegaciones el Miembro afectado.

En segundo lugar se hace constar la motivación del laudo, es decir la explicación de los motivos en los que funda su decisión el árbitro designado. Claramente se aprecia que en los laudos emitidos por el ESD, éste requisito se cumple coincidiendo con lo aceptado por diversas legislaciones y aplicado por centros de arbitraje cuyos reglamentos disponen que el laudo arbitral sea motivado. El autor colombiano Luis Alfredo Barragán Arango expresa: “La ley colombiana exige que una decisión judicial y, por ende, un laudo arbitral, debe contener: a) un examen crítico de las pruebas; b) los razonamientos legales de equidad y doctrinarios necesarios para fundamentar las conclusiones; y, c) la cita de los textos legales que se apliquen al caso”.⁶⁸

Como se nota, existe una aplicación de los principios asumidos por legislaciones diversas como la de Francia y Rusia, en las que la motivación es obligatoria, al contrario de otros ordenamientos o reglamentos de arbitraje que disponen que el laudo debe ser motivado excepto si las partes disponen que no lo sea.

Según el autor citado, Luis Alfredo Barragán Arango, que el laudo sea motivado no significa que se equipare a un análisis de las pruebas o constituya la valoración de las

⁶⁸ Luis Alfredo Barragán Arango, en *El Contrato de Arbitraje*, Universidad del Rosario, Legis Editores S.A., 1ª edición, Colombia, 2005, p. 661.

mismas. Afirma que no es necesario referirse a todas las pruebas presentadas sino solo a aquellas que fundamentaron la resolución. Esta afirmación la sustenta en el siguiente texto: “La valoración de las pruebas, dentro de un proceso que deba ser fallado en derecho no puede quedarse en la íntima convicción del juez, dado que es esta valoración la que determina el sentido del fallo.”⁶⁹

En la OMC la práctica ha permitido que se vaya perfilando una redacción de laudos en que la motivación y la apreciación o examen de pruebas es importante, toda vez que las implicaciones del laudo arbitral son enormes, pues sus resoluciones afectan a todo un régimen existente en un Estado Miembro, incluyendo los campos jurídico, económico, tributario, social, etc. Para una ejecución inmediata y efectiva de lo resuelto por un laudo arbitral en el ESD es preciso un fundamento preciso y valoración amplia de pruebas y normas jurídicas aplicadas.

Parte del análisis que realiza el árbitro está determinar el alcance y significado de varias palabras o frases que tienen relación con la diferencia, y entre éstas de manera imprescindible está la de concretar qué se entiende por “plazo prudencial”, es decir establecer cuál es el tiempo en el cual el Estado Infractor debe poner en práctica los mecanismos adecuados para aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD en la diferencia.

Por último, el árbitro emite el laudo determinando el plazo prudencial para el objetivo mencionado y dispone que sea de 8 meses y 15 días, tiempo durante el cual en el caso de nuestro Anexo 1, Colombia debía aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD, considerando que la diferencia requería la adopción de medidas reglamentarias que podían ponerlas en práctica exclusivamente el Ejecutivo, más no acciones legislativas que podrían exigir mucho más tiempo.

⁶⁹ Luis Alfredo Barragán Arango, en *El Contrato de Arbitraje*, Universidad del Rosario, Legis Editores S.A., 1ª edición, Colombia, 2055, p. 662.

Se aprecia en el documento del Anexo 1, que al final del laudo se inserta el lugar de emisión del mismo y la fecha, así como el nombre y la firma del árbitro.

7.2.- Caso según el Art. 22 del ESD.- El segundo caso es aquel en que se designa un árbitro y se desarrolla un arbitraje según lo dispuesto en el párrafo 6 del Artículo 22 del ESD⁷⁰, y sirve para solucionar las diferencias derivadas de la impugnación del nivel de la suspensión de concesiones u obligaciones. Este caso procede cuando existe un incumplimiento de recomendaciones y resoluciones del OSD y éste autoriza la suspensión de concesiones u obligaciones; la diferencia surge cuando hay diferencias relativas al nivel de ésta suspensión y se presenta una impugnación. En este caso se aclara un poco más cuál va a ser la actuación del árbitro, mencionando en primer lugar que el arbitraje estará a cargo del grupo especial que haya entendido inicialmente en el asunto, si estuvieren disponibles sus miembros o de un árbitro nombrado por el Director General, entendiéndose que árbitro puede ser una persona o un grupo, es decir un tribunal arbitral. El párrafo 7 del mencionado Art. 22 del ESD⁷¹ determina que el árbitro⁷² que actúe no examinará la naturaleza de las concesiones u otras obligaciones que se hayan de suspender, “sino que determinará si el nivel de esa suspensión es equivalente al nivel de la anulación o el menoscabo”. Eso sí, establece que “las partes aceptarán como definitiva la decisión del árbitro y no tratarán de obtener un segundo arbitraje”.

En esta norma está claramente determinada la obligatoriedad de aceptar el laudo arbitral, al disponer que las partes la tendrán como definitiva; aunque no mencione que se trata de un laudo arbitral, por su naturaleza se asume que lo es y por tanto contendrá los requisitos exigidos para producir efectos entre las partes. Este laudo solamente puede determinar lo siguiente:

⁷⁰ ESD, pág. 441.

⁷¹ ESD, pág. 441

⁷² Nota explicativa a pie de página 441 que dice: “Se entenderá que el término “árbitro” designa indistintamente a una persona, a un grupo o a los miembros del grupo especial que haya entendido inicialmente en el asunto si actúan en calidad de árbitro.”

- Si el nivel de la suspensión es equivalente al nivel de la anulación o el menoscabo;
- Si la suspensión de concesiones u otras obligaciones propuesta está permitida en virtud del acuerdo abarcado;
- Por último examinará la reclamación de que no se han seguido los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3, es decir que la suspensión de concesiones u otras obligaciones deben relacionarse con el mismo sector en que el grupo especial u órgano de Apelación haya constatado una infracción o a su vez otra anulación o menoscabo. También se dará si no se pueden suspender concesiones u otras obligaciones relativas al mismo sector, es decir puede tratarse de suspender concesiones u otras obligaciones en otros sectores, todo esto siempre dentro del mismo acuerdo.

En este tipo de arbitraje es bueno introducir el procedimiento llevado a efecto dentro de un caso concreto, para verificar la forma como se tramita. El caso WT/DS46/ARB de 28 de agosto del año 2000, arbitraje de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD y párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC⁷³. Este laudo inicia también como todos, siguiendo el mismo formato, es decir con el título de la controversia y la norma conforme a la cual se ha desarrollado. Contiene la solicitud de arbitraje y elección de árbitros⁷⁴, así como la presentación de informe de actuaciones realizadas previamente al procedimiento. Esto coincide con lo dispuesto en diferentes ordenamientos jurídicos sobre arbitraje, en los que el procedimiento se inicia con la petición de los interesados para que se resuelva la diferencia por éste método. Por ejemplo la Ley de Arbitraje de Perú en su Art. 25 dispone: “Nombramiento por las Cámaras de Comercio. (...) 2. Para solicitar a una Cámara de Comercio el nombramiento de un árbitro, la parte interesada deberá señalar el nombre o la denominación social y domicilio de la otra parte, hacer una breve descripción de la

⁷³ www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/46-arb_s.doc. Recurso del Brasil al arbitraje previsto en el párrafo 6 del art. 22 del ESD y el párrafo 11 del art. 4 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias SMC.

⁷⁴ El párrafo 6 del Art. 22 del ESD dispone que “(...) El arbitraje estará a cargo del grupo especial que haya entendido inicialmente el asunto, si estuvieran disponibles sus miembros, o de un árbitro nombrado por el Director General, (...)”

controversia que será objeto de arbitraje y acreditar la existencia del convenio arbitral y de ser el caso de la solicitud de arbitraje efectuada a la otra parte.”

Existen legislaciones como la argentina en la cual suele utilizarse formularios para la solicitud de intervención de un tercero neutral, pues llama así al árbitro o tribunal arbitral; esto se lo puede apreciar en conflictos de consumo, entre consumidor y proveedor de bienes y servicios.

En segundo término el laudo contiene el título Cuestiones Preliminares, en las que se establece el calendario del arbitraje, la solicitud de reconocimiento de derechos en calidad de terceros en virtud de que las normas del ESD permiten la intervención de terceros en las diferencias, cuando sus intereses se han visto afectados por las actuaciones del Estado infractor. Así lo dispone claramente el párrafo 3 del Art. 25 que dice “Sólo podrán constituirse en parte en el procedimiento de arbitraje otros Miembros si las partes que han convenido en recurrir al arbitraje están de acuerdo en ello.”⁷⁵

Se refiere luego el laudo, a la Carga de la Prueba, la cual según lo disponen las normas del OSD le corresponde probar al Miembro que alega que otro ha actuado de manera incompatible con las normas de la OMC. Así los árbitros describen y evalúan las pruebas que las partes han aportado. Al llegar al punto de la Determinación de las Contramedidas Apropriadas se inicia con la descripción de las normas de las que nace su competencia o mandato como lo mencionan, para luego de examinar diversos conceptos, determinar cuál misma es la función de los árbitros en esta controversia. Analizan las normas jurídicas alegadas por las partes en la diferencia, términos utilizados, referencias a contratos que puedan influenciar en la decisión del caso, para arribar a la Metodología aplicada por ellos

⁷⁵ El párrafo 5 del Art. 17 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI expresa: “El tribunal arbitral podrá, a instancia de cualquier parte, permitir que uno o más terceros intervengan como partes en el arbitraje, siempre que el tercero invitado sea parte en el acuerdo de arbitraje, salvo que el tribunal entienda, tras oír a las partes y al tercero invitado a sumarse a las actuaciones, que esa intervención no debe ser permitida por poder resultar perjudicial para alguna de ellas. El tribunal arbitral podrá dictar uno o más laudos respecto de todas las partes que intervengan en el arbitraje.”

según la cual proceden para calcular el nivel apropiado de contramedidas, haciendo un análisis exhaustivo de los elementos que toman en consideración para su decisión final.

1.7.3.- Caso según el Art. 25 del ESD.- Se establece el arbitraje como un método residual⁷⁶ que puede ser puesto en aplicación en cualquier momento y siempre que los Estados involucrados en una controversia así lo acuerden. Lo establece claramente el párrafo 1 del Artículo 25 del ESD que dice textualmente⁷⁷: “1. Un procedimiento rápido de arbitraje en la OMC como medio alternativo de solución de diferencias puede facilitar la resolución de algunos litigios que tengan por objeto cuestiones claramente definidas por ambas partes”. Se refiere a un proceso de solución de diferencias considerado en su totalidad, no como un procedimiento para solucionar cuestiones conexas dentro de una diferencia, pues se entiende que se va a acudir al arbitraje cuando los Estados Miembros lo decidan así, eligiendo este mecanismo dentro de un grupo de alternativas consideradas en la normativa de la OMC. Siendo así, el laudo pronunciado resolverá todo tipo de diferencias surgidas dentro del ámbito de cualquier acuerdo abarcado por el Acuerdo que establece la OMC.

Este tipo de arbitraje, al tenor de lo dispuesto en el párrafo 2 del Art. 25 mencionado, se basa en un acuerdo mutuo entre las partes que deberá contener el procedimiento a seguir y, como el ESD no es muy generoso en cuanto a dar a conocer sobre cómo se lleva el proceso de arbitraje en la OMC ni existe un reglamento establecido para ello, se siguen los lineamientos generalmente aceptados sobre el contenido del acuerdo de arbitraje. Debemos remitirnos en principio a la reglamentación establecida por las normas convencionales internacionales, considerando en primer lugar que este acuerdo deberá ser por escrito y notificarse al OSD para que otros Miembros puedan intervenir y constituirse en parte en el proceso de arbitraje, si las partes que principalmente participan están de acuerdo. Esto se especifica en el párrafo 3, que continúa disponiendo que las partes que intervengan en el

⁷⁶ Alberto Zelada Castedo, *Solución de controversias en el Derecho Internacional Económico y en el Derecho de la Integración Económica Regional*, UASB, 1ª edición, Sucre, 1996, p. 17.

⁷⁷ ESD, Art. 25, p'443.

procedimiento arbitral convendrán en acatar el laudo arbitral, enfatizando así la obligatoriedad de aceptarlo y por tanto ejecutarlo, como se manifestó en el punto 1.4.

El procedimiento a seguirse según el arbitraje señalado en el Art. 25 del ESD, facilitará obviamente a los árbitros el pronunciamiento del respectivo laudo, pues va a contener los elementos de forma y fondo que se enunciaron en otro punto.

Cuando se produjo una diferencia sometida al arbitraje establecido en el Artículo 25 del ESD por primera vez en la OMC, en el caso para “Determinar el nivel de anulación o menoscabo de ventajas para las Comunidades Europeas resultante de la aplicación del Artículo 110(5)(B) de la Ley de Derecho de Autor de Estados Unidos”⁷⁸, los árbitros expusieron que las partes no tienen por qué notificar al OSD sobre su decisión de acudir al arbitraje; mientras que el OSD no tiene poder de decisión cuando aquellas decidan someter un asunto al arbitraje según lo establecido en el Artículo 25, por lo tanto al no existir un control del proceso por parte del ESD y por los otros Miembros, corresponde a los propios árbitros el control del procedimiento según las normas y principios que rige la normativa de la OMC, de conformidad con el acuerdo de las partes.

Generalmente un laudo arbitral con sujeción al Art. 25 del ESD también va a contener los elementos que se habían expuesto al examinar los casos anteriores, es decir se inicia con el título de la controversia, la norma jurídica en que se fundamenta, para luego arribar a la Introducción que contiene las actuaciones y hace mención al acuerdo de las partes para acudir al arbitraje lo que es imprescindible en este caso.

Se designan como árbitros a los miembros del Grupo Especial que conoció al inicio la diferencia, según lo señalado en el párrafo 6 del Art. 22 del ESD.

En segundo lugar se analizan las Cuestiones Procesales que surgieron en el curso de las actuaciones, en las que se incluyen respuestas a interrogantes que hicieron los árbitros a

⁷⁸ www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/160r-00.doc. Caso WT/DS160/ART25/1 de 9 de noviembre de 2001.

diversas organizaciones de administración colectiva de Estados Unidos de América. Se da paso al análisis de las pruebas presentadas por las partes junto con la información adicional. Recién en esta parte del laudo se pone de manifiesto la cuestión del origen de la jurisdicción de los árbitros, resuelta en primera instancia en base al contenido del mencionado Art. 25 del ESD, cuando menciona en el párrafo 2 “Salvo disposición en contrario del presente Entendimiento, el recurso al arbitraje estará sujeto al acuerdo mutuo de las partes, que convendrán en el procedimiento a seguir.”

A continuación, se analizan las cuestiones conceptuales, es decir se explica el significado y alcance de varios términos y conceptos que influyen en las consideraciones de los árbitros, así como profundiza el conocimiento de los fundamentos para laudo. Los árbitros utilizan además otros conocimientos adicionales, como en el caso mencionado, en el que hacen ejercicios de cálculo para explicar la metodología que aplicaron para determinar el nivel de las ventajas de las Comunidades Europeas anuladas o menoscabadas como consecuencia de la aplicación del Art. 110 (5) (B).

Al arribar a la decisión final determinan brevemente el valor que corresponde a ese nivel de ventajas de la CE que quedaron anuladas o menoscabadas, como producto de la aplicación de aquel Art. 110 (5) (B) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos en incompatibilidad con el Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio o ADPIC.

1.8.- EJECUCIÓN DE UN LAUDO ARBITRAL EMITIDO EN LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

Debemos recordar que el objetivo del arbitraje es lograr una decisión vinculante del conflicto para las partes. Como lo afirma Antonio Remiro Brotóns “(...) Es obvio que los laudos se dictan con el propósito de que sean cumplidos y con esperanza de que lo sean

espontáneamente.”⁷⁹ Por supuesto la condición implícita en todo acuerdo de arbitraje es que las partes aceptarán dicha decisión, por esta razón tanto las cláusulas compromisorias, los compromisos arbitrales, así como los reglamentos de arbitraje internacionales e institucionales contienen disposiciones expresas sobre este asunto. Si bien es cierto que el tribunal arbitral no desempeña papel alguno en la ejecución de su decisión, es también cierto que la mayoría de laudos se cumplen voluntariamente, pues de lo contrario se puede exigir su cumplimiento de diversas formas: presión comercial ejercida por la contraparte o terceros, invocando la potestad del Estado a través de tribunales nacionales para obtener un embargo de bienes de la parte perdedora, u obligarla de alguna forma a cumplir con el laudo.

El citado Antonio Remiro Brotóns incluye otras medidas de tipo moral, económico y social como la publicidad de la decisión condenatoria y su inobservancia, censura corporativa, privación de derechos o de una determinada condición en el seno de una asociación, sanción de no participación, boicot mercantil y multa. Si el perdedor en un conflicto solucionado a través de arbitraje, a pesar de cualquiera de las medidas antes mencionadas no cumple con lo establecido en el laudo, entonces se acudirá según este autor a la “*ejecución forzosa*”⁸⁰.

Antes de proceder a la ejecución de un laudo arbitral se debe solicitar el reconocimiento del mismo, es decir se pide a un tribunal que verifique las condiciones de validez del laudo determinando la competencia del órgano arbitral, la observancia del debido proceso en el procedimiento arbitral, el respeto al orden público de acuerdo a las normas del ordenamiento

⁷⁹ Antonio Remiro Brotóns, *Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, Los Convenios internacionales y su aplicación en España*, Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., Madrid, 1980, p. 13.

⁸⁰ Antonio Remiro Brotóns, *Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, Los Convenios internacionales y su aplicación en España*, Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., Madrid, 1980, p. 14.

jurídico del Estado y por último, si se han cumplido con exigencias de legalización y autenticación⁸¹.

Precisamente la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras o Convención de Nueva York, mencionada ya en otros acápites, se encargó de solucionar la cuestión que plantea ¿cuáles son las normas que regirán el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales emitidos al amparo de un convenio internacional? En efecto, superando los criterios surgidos de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, según el cual el tratado más antiguo debe aplicarse únicamente en la medida en que sea compatible con el más reciente, la Convención de Nueva York facilita al solicitante del reconocimiento y ejecución del laudo la facultad para elegir otras reglas convencionales o legales que estime convenientes, e incluso permite “el recurso a disposiciones singulares de otros cuerpos normativos, llamadas a actuar en el marco del Convenio multilateral”.⁸²

La Convención de Nueva York promueve el respeto por la ejecución de acuerdos arbitrales válidos, así como el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales que cumplen requisitos mencionados en la misma. También permite que los jueces nacionales rechacen peticiones sobre reconocimiento y ejecución por diversas causas, por ejemplo si el procedimiento arbitral no fue desarrollado conforme el acuerdo arbitral o si el laudo violó derechos relativos al debido proceso, entre otras mínimas. Visto de esta forma, se puede afirmar que los Estados Miembros de la OMC que hayan o no ratificado la Convención de Nueva York, tienen libertad para aplicar sus disposiciones y por lo tanto decidir sobre si el reconocimiento de un laudo arbitral emitido en la OMC es sujeto o no de procedimientos como el exequátur para luego proceder a su ejecución, todo esto tomando en cuenta las

⁸¹ Guido Santiago Tawil e Ignacio J. Minorini Lima, *El Estado y el Arbitraje: Primera aproximación*. En Revista Ecuatoriana de Arbitraje, Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, Cevallos editora jurídica, Quito, 2009, p. 136.

⁸² Antonio Remiro Brotons, *Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, Los Convenios internacionales y su aplicación en España*, Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., Madrid, 1980, p.233.

normas de su ordenamiento jurídico interno. El Artículo II de la Convención de Nueva York dispone:

“Las disposiciones de la presente Convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados Contratantes ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque.”

Para determinar la forma en que se reconocen y ejecutan los laudos arbitrales emitidos en la OMC, se debe recordar que el ESD tiene dos objetivos primordiales: establecer el equilibrio de las concesiones e inducir o incentivar a un Estado que infringe las normas de la OMC para que cumpla las resoluciones del OSD.

También es preciso aclarar la operación de la actividad al interior de la OMC. Los Estados miembros otorgan concesiones comerciales, por ejemplo la reducción de un arancel de cierto producto, y lo hace en relación a todos los Miembros de la OMC. También puede asumir una obligación como adoptar una decisión respecto al dumping, igualmente en relación a todos los Miembros de la OMC. De estas dos formas se benefician todos los Miembros de la Organización. Si se viola la concesión o se infringe la obligación se produce un daño al Estado llamado “afectado”, pues se lo priva de un beneficio que le reportaba la concesión o la obligación del otro Estado llamado “infractor”, teniendo el caso de anulación o menoscabo. Las medidas tomadas por el Estado infractor suelen concretarse a través de leyes o reglamentos expedidos con el fin de solucionar problemas internos que atraviesan los Miembros, sobre todo relacionados con su economía y finanzas. Igual perjuicio pueden causar las contramedidas, es decir las acciones que el Estado afectado puede realizar para suspender concesiones u obligaciones en relación con el Estado infractor.

Lo anterior sucede en virtud del principio de reciprocidad⁸³ constante en el tercer párrafo del Preámbulo del Acuerdo por el que se establece la OMC, que facilita las negociaciones.

Producido el conflicto y resuelto de conformidad con lo analizado en los puntos anteriores, una vez que se ha dictado el laudo arbitral, teniendo en cuenta que es vinculante y obligatorio para las partes quienes no pueden presentar más reclamos sobre el caso, el Estado infractor o reclamado debe proceder a realizar los actos administrativos o legislativos procedentes. Es decir se realizará el cambio de la norma jurídica que originó la anulación o menoscabo de los derechos del Estado reclamante o afectado, concretado a través de una reforma legislativa o la emisión de un reglamento administrativo que regule o reforme otro anterior hasta que restablezca el derecho afectado.

Para mayor comprensión me referiré al caso WT/DS366/13, asunto Colombia-Puertos de entrada, cuyo laudo arbitral se adjunta al presente trabajo como Anexo. El resumen del caso es el siguiente: El OSD adoptó el informe del Grupo Especial sobre el asunto con fecha 20 de mayo de 2009, y el 24 de julio de 2009 Panamá solicitó al Director General de la OMC que designara un árbitro de conformidad con el párrafo 3 c) del Art. 21 del ESD. El Director General solicitó al señor Giorgio Sacerdoti que actuara como árbitro en este caso, aceptando desempeñar el mismo con fecha 3 de agosto de 2009. El señor Sacerdote emitió su laudo el 2 de octubre del año 2009.

En este caso, Colombia había propuesto como plazo prudencial para aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD 15 meses desde la fecha de adopción del informe del Grupo Especial, plazo que concluiría el 20 de agosto de 2010. Solicitó este plazo afirmando que la modificación del mecanismo de precios indicativos y de la medida

⁸³ Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio. Las Partes en el presente Acuerdo (...) Deseosas de contribuir al logro de estos objetivos mediante la celebración de acuerdos encaminados a obtener, sobre la base de la reciprocidad y de mutuas ventajas, la reducción sustancial de los aranceles aduaneros y de los demás obstáculos al comercio, así como la eliminación del trato discriminatorio en las relaciones comerciales internacionales.

relacionada con los puertos de entrada para rectificar las incompatibilidades concretas constatadas por el Grupo Especial, implicaría varias etapas según la legislación de Colombia, a saber:

1.- Verificación preliminar de las normas legales que serían afectadas por las recomendaciones y resoluciones del OSD, así como la incidencia en el mecanismo de precios indicativos y sobre la medida relativa a los puertos de entrada.

2.- Existe un proceso de adopción de decisiones de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN) a los cuales se sujetarían las propuestas para un sistema de control aduanero revisado y la medida relativa a los puertos de entrada.

3.- Las medidas que se tomaren debían ser revisadas y aprobadas por varias instituciones: Departamento Administrativo de la función Pública, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y el Comité de Asuntos Aduaneros, Arancelarios y de Comercio Exterior (Comité Triple A).

4.- La Oficina Jurídica del Presidente examina las medidas revisadas por las instituciones mencionadas y luego de la firma del Presidente pasa para la publicación en el Diario Oficial colombiano.

Por último Colombia manifestó que tenía la intención de reformar normas de su Código de Comercio relativas a las garantías aduaneras para asegurarse que en el contexto de su mecanismo indicativo de precios revisado, los importadores se beneficien y puedan acceder a garantías de bancos o de compañías aseguradoras; estas reformas implicarían procesos legislativos que se desarrollarían en cuatro etapas, por lo que Colombia requería un plazo prudencial de 15 meses como mínimo.

Colombia estableció un Grupo de Trabajo Interinstitucional cuya labor era evaluar la forma de aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD así como establecer el marco institucional competente para proponer y coordinar el plan de acción administrativo

tendiente a dicha aplicación. Este Grupo habría concluido su trabajo y se esperaba que Colombia ponga en marcha el proceso jurídico necesario para poner en práctica las medidas dispuestas por el OSD. Sin embargo de esto, no lo hacía en forma oportuna a pesar de conocerse que Colombia puede adoptar decisiones de manera flexible, por contar con plazos no obligatorios que le facilitan cumplir las tareas legislativas y reglamentarias.

El árbitro determinó que el plazo prudencial para la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD en ese caso sea de 8 meses y 15 días, por considerar que Colombia no requería adoptar medidas legislativas que impliquen largos procesos, sino que bastaba con la decisión de su Gobierno, es decir que el Ejecutivo podía tomar las medidas necesarias para dicha aplicación.

Colombia ha puesto en práctica el Proyecto de Nuevo Estatuto Aduanero, que modifica el Decreto 2685 de 1999, primeramente para dar cumplimiento al Convenio Internacional para la Simplificación y Armonización de los Regímenes Aduaneros o Protocolo de Enmienda del Convenio de Kyoto, cuya observancia también se recoge en la Decisión 671 de la Comunidad Andina y pretende concretar las disposiciones impartidas por la OMC a través del laudo emitido en la diferencia mencionada.

CAPÍTULO II

PROPUESTA DE INSTRUMENTACIÓN DEL ARBITRAJE EN LA COMUNIDAD ANDINA

2.1. Introducción del Capítulo II

En este segundo capítulo, dada la naturaleza del arbitraje, considerándolo dentro de la organización regional denominada Comunidad Andina o CAN, se parte de un breve análisis de la Propuesta de Instrumentación del Arbitraje en la CAN cuya raíz está en lo dispuesto en los Artículos 38 y 39 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la CAN, que otorgan función arbitral al Tribunal Andino de Justicia y a la Secretaría General. A efectos de lograr la comparación que busca este trabajo investigativo, a partir de la normativa específica vigente que se aplica al desarrollo del arbitraje en la Organización Mundial del Comercio u OMC, así como la emisión de laudos arbitrales y la ejecución de los mismos en los Estados Miembros de su organización, se analizarán las disposiciones enunciadas y se pretenderá obtener recomendaciones que servirán al momento de instrumentar o más bien reglamentar la función arbitral establecida en esos Artículos 38 y 39.

En ese análisis propuesto se incluirá la apreciación de quiénes son los involucrados en este campo, que van adquiriendo cada vez mayor importancia dentro del ordenamiento jurídico de la CAN. Los participantes en el proceso de integración, que pasamos a ser todas las personas naturales y jurídicas que habitamos en los territorios de los Estados que conforman la CAN, podremos acceder a la función arbitral otorgada a esos dos organismos. Estos participantes son en primer lugar los órganos del Sistema Andino de Integración, en segundo lugar los Estados miembros, en tercer lugar las empresas y por último las personas naturales que estaremos en iguales condiciones para acceder a los órganos mencionados, todos

considerados como sujetos privados en la relación jurídica comercial. En especial, los particulares o ciudadanos que habitamos estos territorios de los Países Andinos en ejercicio de los derechos asignados por las normas comunitarias, podremos recurrir a un método efectivo y eficaz que solucione en forma ágil los conflictos suscitados, en toda clase de relaciones jurídicas.

Las situaciones que sirven de fundamento para acudir al arbitraje nacen del ordenamiento jurídico que rige a la CAN, que se va extendiendo de conformidad con el desarrollo de las acciones ejecutadas por los órganos de Sistema Andino de Integración que buscan precisamente alcanzar una integración subregional armónica, a la vez que intenta conseguir un sistema arbitral armónico y uniforme, de acuerdo con las necesidades del comercio regional. Las fuentes utilizadas para analizar este capítulo son las normas que conforman el Ordenamiento Jurídico de la CAN, partiendo del Acuerdo de Integración Subregional Andino conocido como Acuerdo de Cartagena, el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la CAN, el Protocolo Modificatorio al Tratado de Creación del Tribunal de Justicia en la CAN, el texto de la Propuesta de Instrumentación del Arbitraje en la CAN del Doctor Genaro Baldeón H., textos que tratan del Derecho Comunitario Europeo y Andino, textos que estudian las normas que rigen la Organización Mundial del Comercio, sentencias expedidas por el Tribunal Andino de Justicia, así como páginas importantes en internet que aportaron a la realización del presente trabajo.

2.2 ANTECEDENTES

Es necesario partir de los hechos que dieron origen al Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, siendo el antecedente histórico génesis del mismo la suscripción del inicialmente

llamado “Acuerdo de Integración Subregional Andino”, denominado de manera oficial por la Comisión como Acuerdo de Cartagena con fecha 26 de Mayo de 1969⁸⁴.

Posteriormente, el 8 de Agosto de 1978 se firmó la Declaración de Bogotá por los Presidentes de los países que suscribieron el Acuerdo de Integración Subregional Andino. La Declaración de Bogotá manifestaba “la impostergable necesidad de disponer de un Órgano Jurisdiccional que controle la legalidad de las normas emanadas de la Comisión y de la Junta, dirima las controversias sobre el cumplimiento de las obligaciones de los Países Andinos e interprete los principios que conforman la estructura jurídica del Acuerdo”. Los Presidentes solicitaron a las autoridades de los Países Andinos y a la Comisión del Acuerdo de Cartagena, que en un año se concluya y se suscriba el tratado para la Creación del Tribunal Andino de Justicia. Este Tratado se suscribió el 28 de Mayo de 1979, entrando en vigencia el 19 de Mayo de 1983, puesto que en esta fecha se formalizó el último instrumento de ratificación dando paso al inicio de actividades desde Enero de 1984.

De parte de los Países Andinos existió seguridad sobre el aporte jurídico que brindaría la actividad del Tribunal Andino de Justicia, en relación con el control de legalidad realizado a través de las acciones de nulidad e incumplimiento, así como en la facultad de interpretación prejudicial de normas que conforman el ordenamiento jurídico andino. Aunque en el inicio de sus actividades fueron pocos los casos que atendió y resolvió el Tribunal de Justicia, la jurisprudencia producida remarca la preeminencia del Derecho Andino, mirado como un requisito básico para los fines de la integración andina.

El 28 de Junio de 1996 se suscribe el Protocolo Modificador del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, llamado Protocolo de Cochabamba, que entró en vigor el 25 de Agosto de 1999, cuya Transitoria Tercera autorizó sea codificado en la Decisión 472 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena.

⁸⁴ Galo Pico Mantilla, *Código de la Comunidad Andina*, 2008, pag. 7.

Es importante anotar que de los países que inicialmente suscribieron el Acuerdo de Cartagena o que se adhirieron a él, Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, luego Chile, se retiraron del mismo éste último país el 10 de Octubre de 1976 y Venezuela el 19 de Abril del año 2006. El Presidente Hugo Chávez anunció el retiro de Venezuela de la CAN, como reacción a la suscripción de Tratados de Libre Comercio que suscribió Perú con Estados Unidos de América y las negociaciones colombianas para alcanzar sus propios acuerdos con éste país, que fueron considerados por el Presidente Chávez contrarios a la normativa e instituciones de la CAN. En el caso de Chile, el 20 de Septiembre del 2006, el Consejo Andino de Cancilleres reunido en Nueva York, aprobó su reincorporación como miembro asociado de la CAN. Esta aclaración es necesario hacerla, para saber que durante el desarrollo de este trabajo no incluiremos en los términos “Países Andinos, Estados Miembros, ordenamientos jurídicos andinos”, al Estado de Venezuela.

El Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones⁸⁵ introduce en la Sección Quinta, que titula “De la Función Arbitral”, en los Artículos 38 y 39, esta función arbitral como una nueva competencia –aparte de las ya enunciadas- atribuida al Tribunal de Justicia de la CAN y a la Secretaría General de la misma. El Artículo 38 del referido Tratado establece que “El Tribunal es competente para dirimir mediante arbitraje las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de contratos, convenios o acuerdos, suscritos entre órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración o entre éstos y terceros, cuando las partes así lo acuerden”.

Partiendo de la naturaleza del Tribunal de Justicia de la CAN constante en el Artículo 5 del Tratado de Creación del mismo, según el cual a éste se lo crea como un órgano jurisdiccional, con una organización y competencias que se establecen en el mismo Tratado y sus Protocolos Modificatorios, se considera como una nueva competencia aquella función

⁸⁵ Codificación aprobada por la Decisión 472 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, autorizada por la Disposición Transitoria del Protocolo Modificatorio.

arbitral del Artículo 38, a más de las dispuestas en todo el Tratado. Por lo tanto, junto a las competencias en acción de nulidad, acción de incumplimiento, interpretación prejudicial, recursos por omisión o inactividad y jurisdicción laboral, se agrega la función arbitral.

La asunción de la función arbitral por parte del Tribunal de Justicia y la Secretaría General, según los Artículos 38 y 39 del Tratado, conlleva varias consideraciones adicionales, a fin de determinar en qué mismo consistiría aquella en relación con los Estados Miembros de la CAN y los ciudadanos que formamos parte de ellos.

Hay que recordar y tener presente que en forma general, el Arbitraje es un método alternativo de solución de conflictos, según el cual una persona denominada árbitro – entendiéndose un árbitro o tribunal arbitral- decidirá mediante la emisión de una sentencia llamada laudo arbitral, un conflicto sometido a Él por acuerdo entre dos partes⁸⁶. Elementos fundamentales según este concepto son: por un lado la voluntad de las partes, quienes son libres para elegir el método arbitral, designar los árbitros, y por otro pueden disponer el procedimiento a seguirse y el tipo de arbitraje. En segundo lugar, las partes otorgan las competencias necesarias a los árbitros para que actúen y decidan sobre una controversia específica, luego de lo cual desaparecen esas competencias dejando en libertad a las partes frente a una nueva relación jurídica.

Parece que la disposición del Artículo 38 trastoca un tanto todo lo que la doctrina y los diferentes órdenes jurídicos han considerado y normado sobre el arbitraje. Sobre todo las normas convencionales, que han procurado alejar al arbitraje y su procedimiento de los órganos jurisdiccionales por las ventajas con las que se mira al primero frente a las desventajas que ofrece el segundo en la realidad de la práctica comercial y profesional⁸⁷.

⁸⁶ Alfredo Mohorade, *Arbitraje*, Marcos Lerner Editora Córdoba, Argentina, pa. 21.

⁸⁷ Juan Falcón Puig, *Arbitraje en Conflictos Civiles y Comerciales*, Corporación Editora Nacional, Quito, 1994, pp. 77-78

Sin embargo, cuando al final del primer inciso del Artículo 38 dispone “cuando las partes así lo acuerden”, está aclarando que este arbitraje por parte del Tribunal constituye una opción para las partes, las cuales están en libertad de elegir el procedimiento acorde a sus necesidades en las controversias enunciadas por ese artículo.

El segundo inciso del Artículo 38 dice textualmente: “Los particulares podrán acordar someter a arbitraje por el Tribunal, las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina”. Es decir, se abre la posibilidad de que los particulares puedan someter a arbitraje las controversias de carácter privado, siempre que sus aspectos estén contenidos en el ordenamiento jurídico andino, entendiéndose también en este punto, que debe existir el acuerdo de estos particulares para acudir a este mecanismo. Este aspecto tal vez es el más importante en la introducción de esta función arbitral, por cuanto los particulares podrán convertirse en los destinatarios y usuarios directamente favorecidos por la aplicación de la nueva competencia otorgada al Tribunal de Justicia.

Por último, el inciso final del Artículo 38 establece la posibilidad de elegir el tipo de arbitraje a desarrollarse, cuando menciona que “A elección de las partes, el Tribunal emitirá su laudo, ya sea en derecho o ya sea en equidad, y será obligatorio, inapelable y constituirá título legal y suficiente para solicitar su ejecución conforme a las disposiciones internas de cada País Miembro”. Al mencionar que el laudo puede ser emitido ya en derecho o ya en equidad, ratifica que son las partes que van a elegir libremente tanto la función arbitral del Tribunal de Justicia como el derecho aplicable al fondo de la controversia.

En cambio, el Artículo 39 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, por su parte, le atribuye también competencia para resolver mediante arbitraje, a la Secretaría General de la CAN y manifiesta en su primer inciso: “La Secretaría General es competente para dirimir mediante arbitraje administrando las controversias que le sometan particulares respecto de la

aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina”.

La competencia asignada a la Secretaría General, también constituye una novedad, pues la Secretaría General es según el Artículo 29 del Acuerdo de Cartagena, el órgano ejecutivo de la Comunidad Andina que brinda apoyo técnico a los demás órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración. Las funciones de la Secretaría General constan dispuestas en el Artículo 30 y, al encontrarnos directamente con el literal o) que establece “Ejercer las demás atribuciones que expresamente le confiere el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina”, nos conduce a determinar que la Secretaría General puede ejercer competencia en materia arbitral, toda vez que existe concordancia con lo que dispone el Artículo 39, que en forma expresa le otorga esa función arbitral, a pesar de que por naturaleza sus funciones son otras, introduciendo incluso el concepto de arbitraje administrado que va a desarrollar. Es decir, se hace referencia ya al arbitraje que es establecido y regulado por una institución o centro de arbitraje, así como a árbitros técnicos o con conocimientos técnicos en alguna ciencia o arte⁸⁸ que corresponda al litigio sometido a su conocimiento y resolución.

El segundo inciso del Artículo 39 dispone que el laudo que emita la Secretaría General será conforme a criterios de equidad y de procedencia técnica. Si se retoma el tema del acuerdo de las partes para acudir a la función arbitral que establece el Artículo 38, partiendo de un análisis teleológico, se debe aplicar en este caso también la voluntad de las partes, pues al establecer que los particulares pueden acudir y someter sus controversias al arbitraje de la Secretaría General, se entiende que son ellos quienes deciden qué tipo de arbitraje se desarrollará, siempre y cuando se lo haga dentro del marco que corresponde al ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

La parte final del inciso segundo del Artículo 39 del Tratado que se analizará, ordena además, que el laudo que emita la Secretaría General será obligatorio e inapelable, dejando la

⁸⁸ Rubén Santos Belandro, *Arbitraje Comercial Internacional*, obra cit., p. 280.

posibilidad de que las partes acuerden lo contrario. Establece aquí otra diferencia en relación con el arbitraje del Tribunal de Justicia de la CAN, pues de la norma del Artículo 38 nace la imposibilidad de apelar el laudo que emita pasando directamente a la fase de ejecución en cada País Miembro al cual correspondería el participante procesal que pierde la controversia; mientras que el laudo expedido por la Secretaría General podría ser apelado si las partes lo acuerdan, sin establecerse quién o qué organismo resolverá en caso de apelación.

El último aspecto imprescindible de mencionar es la coincidencia en disponer -en los Artículos 38 y 39- que los laudos emitidos tanto por el Tribunal de Justicia como por la Secretaría General, constituirán título legal y suficiente para solicitar su ejecución, conforme a las disposiciones internas de cada país. Es decir no haría falta para la ejecución de estos laudos, de exequátur, homologación o reconocimiento por parte del poder judicial de los Países Miembros, en cuyo territorio se deban ejecutar los mismos. Solamente un recurso de anulación del laudo impedirá que la ejecución se lleve a cabo⁸⁹.

Es importante dejar sentado desde ya, que las normas del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, al ser aceptadas y ratificadas por los Países Miembros de la CAN, son normas que formarían parte del ordenamiento jurídico comunitario, mismo que tiene supremacía, preeminencia, efecto directo en los ordenamientos jurídicos de los participantes, partiendo de normas conocidas de derecho originario, desarrolladas en normas de derecho derivado, las cuales tienen que ser aplicadas en forma directa⁹⁰.

En los temas a analizarse en este Capítulo se pretende incorporar los contenidos enunciados en el Capítulo I y que se refieren a la OMC, relacionándolos con el campo del ordenamiento jurídico comunitario denominado andino. Se tomará en cuenta la forma en que pueden desarrollarse procesos arbitrales en la CAN, para solucionar conflictos que podrían

⁸⁹ Rubén Santos Balandro, *Arbitraje Comercial...*, obra cit., p. 298.

⁹⁰ Calogero Pizzolo, *Problemas que plantea la Dimensión Jurídica*, en *Globalización e Integración*, Ediar, Buenos Aires, 2002, pp. 220-221.

surgir en las relaciones jurídicas entre los órganos e instituciones del SAI, terceros y particulares, por la aplicación o interpretación de contratos, convenios o acuerdos suscritos con base a ese ordenamiento jurídico andino.

2.3.- NATURALEZA JURÍDICA

En este punto es necesario referirse en forma especial a la competencia asignada al Tribunal de Justicia de la CAN, pero enmarcada en el denominado Derecho Comunitario. Este Derecho Comunitario, es considerado por Manuel Orellana Ayora como “el conjunto de normas por el que se rige la integración de los países miembros del Acuerdo de Cartagena”⁹¹, es decir consiste en el ordenamiento que está en vigor en la Comunidad Andina y forma una verdadera estructura jurídica que tiene como finalidad la integración y la disposición de elementos para alcanzar la misma.

Como características propias de este Derecho Comunitario que se lo llama Andino, para diferenciarlo del Derecho de la Unión Europea, tenemos: su identidad y autonomía propias, común o subregional que a la vez forma parte de los ordenamientos jurídicos de los Países Miembros de la CAN, es dinámico y evolutivo y tiende al empleo de técnicas supranacionales por lo que sus normas exigen aplicación inmediata y producen efecto directo en el derecho interno de esos países.

La identidad y autonomía propias son las características que definen al Derecho Comunitario Andino, que nace desde un Tratado Constitutivo configurado en el Acuerdo de Cartagena que se inspiró en la Declaración de los representantes de los países que lo suscribieron para fortalecer la unión de sus pueblos, alcanzar la integración y cooperación a fin de lograr un desarrollo económico, equilibrado, armónico y compartido de los mismos. El Acuerdo de Cartagena creó la Comunidad Andina, los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración o SAI y estableció la normativa inicial sobre la cual se desarrollaría

⁹¹ Manuel Orellana Ayora, *El ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena en El Derecho de la Integración en el grupo Andino, la CEE, el CAME y la ALADI*, Lima, Junta del Acuerdo de Cartagena, 1983.

ese proceso de integración y se emitirían las posteriores normas que lo regularían, sin perder de vista los ideales que dieron origen al mismo.

El Artículo 8 del Acuerdo de Cartagena dispone que “Los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración se rigen por el presente Acuerdo, sus respectivos tratados constitutivos y sus protocolos modificatorios”. Este artículo, en primer lugar denomina Sistema Andino de Integración, generando un marco de aplicabilidad de sus normas propias dirigiéndolo a un ente nuevo al que lo llama así, para caracterizarlo frente a otros sistemas de integración.

Al ser común y subregional el Derecho Comunitario Andino, se entiende que la normativa emanada de los órganos e instituciones del SAI rigen en el territorio que comprende la Comunidad Andina, ingresando en los ordenamientos jurídicos de cada uno de sus Estados Miembros dentro de los límites que establezca cada uno de ellos⁹². Esto es así porque el Derecho Comunitario es un verdadero Derecho de Integración que supone un derecho común aplicable en los territorios de aquellos Estados Miembros.

El Derecho Comunitario Andino es dinámico y evolutivo, por cuanto a medida que los objetivos de un programa de integración se van concretando, los ordenamientos jurídicos se van insertando en sus lineamientos y adecuándose según el desarrollo de las naciones y sus normas jurídicas internas. Partiendo del Acuerdo de Cartagena, que viene a constituir el tratado marco, este derecho va cambiando conforme cambian las estructuras sociales, políticas, económicas y sobre todo jurídicas, a fin de ir adecuándose a las nuevas realidades que esos campos van impregnando a sus miembros.

Cuando se habla de normas supranacionales se debe abordar el tema de una característica conocida como “supranacionalidad”, que consiste en que su ordenamiento jurídico es

⁹² Calogero Pizzolo, *Problemas que plantea la dimensión jurídica*, obra cit., p. 240.

directamente aplicable en la esfera interna de los Estados miembros sin necesidad de ningún acto de aceptación o recepción por parte de éstos⁹³.

El ordenamiento supranacional es vinculante para los Países Miembros, requiriendo para su existencia varios principios básicos, que son: atribución de ejercicio de competencias a organismos supranacionales-comunitarios, aplicación inmediata y efecto directo de las normas que emanan de dichos organismos y, preeminencia de las normas supranacionales sobre el ordenamiento jurídico interno de cada uno de los estados que conforman el esquema integracionista. Es así en la Comunidad Andina, si tenemos presente las normas contenidas en los Artículos 2 y 3 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, así como el Artículo 41. En efecto, según el Artículo 2 que manifiesta textualmente “Las Decisiones obligan a los Países Miembros desde la fecha en que sean aprobadas por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o por la Comisión de la Comunidad Andina”.

Las Decisiones son manifestaciones de contenido normativo que forman parte del ordenamiento jurídico comunitario, siendo fuente de derechos y obligaciones tanto para los Estados Miembros como para los particulares⁹⁴. Este criterio ha sido ratificado por el Tribunal Andino de Justicia en el Proceso 2-N-86 que siguió la República de Colombia en contra de la Resolución 253 de la Junta del Acuerdo de Cartagena y manifestó lo siguiente: “(...) Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico del Acuerdo de Cartagena. Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de modo alguno obstaculice su aplicación.”

El Artículo 3 en cambio, contiene una clara determinación de que las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión, así como las Resoluciones de la Secretaría General son directamente aplicables en los Países Miembros.

⁹³ Araceli Mangas Martín, Diego J. Liñán Noguera, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Editorial Tecnos, 3ª edición, Madrid, 2002, p. 371.

⁹⁴ Araceli Mangas, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, obra cit., p. 371.

Es decir que no existe un procedimiento previo al cual se deban someter las decisiones de estos órganos ejecutivos, para que sean aplicadas en el territorio de los Países Miembros, sino que se aplican directamente, cabe decir para aclarar, una vez que se publiquen en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena. En el evento de que sean las mismas Decisiones las que dispongan su incorporación al derecho interno de los Estados, se realizarán mediante un acto expreso, pero para que entren en vigor en cada país, más no para alterar o negar la aplicabilidad directa de las enunciadas Decisiones.

Todo lo manifestado tiene concordancia con lo dispuesto en el Artículo 41 del Tratado que expresa: “Para su cumplimiento las sentencias y laudos del Tribunal y los laudos de la Secretaría General no requerirán de homologación o exequátur en ninguno de los Países Miembros”. Por tanto, estas actuaciones de tipo jurisdiccional y arbitral deberían ingresar directamente a los ordenamientos jurídicos de los Países Miembros de la CAN, para ejecutarse sin otra formalidad que la publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, determinando así la fecha de su entrada en vigencia.

Lo anterior sucede así, pues las normas comunitarias poseen como características su incorporación automática e inmediata, como se dijo, generando derechos y obligaciones sin necesitar de la intervención de los órganos estatales⁹⁵. Una vez que los Estados formaron parte del Acuerdo de Cartagena y suscribieron las declaraciones pertinentes, atribuyeron a los organismos comunitarios parte del ejercicio de sus competencias, de tal modo que en el marco de las materias que son objeto de esa atribución, es incompetente toda intervención estatal que pretenda alterar el orden establecido por la norma comunitaria. Los Estados Miembros ceden parte del ejercicio de sus competencias al transferirlas a los órganos supranacionales encargados de vigilar por el interés común de ellos mismos.

La incorporación de las normas comunitarias se deberá realizar mediante un mecanismo directo en cada país andino, según el cual el Estado al manifestar su voluntad en forma

⁹⁵ Calogero Pizzolo, *Problemas que plantea la dimensión jurídica*, obra cit., p. 220.

expresa de integrarse a través de un tratado constitutivo, por el cual las normas generan varias obligaciones a nivel del derecho originario y derivado, pasa a formar parte del llamado Derecho intraestatal, provocando a su vez aplicación inmediata y eficacia directa⁹⁶. En esto consiste lo manifestado en el Artículo 3 del Tratado.

Al aceptar las normas comunitarias, un Estado Miembro tiene la obligación de respetar y cumplir lo dispuesto por esas normas, debido a una recepción automática del Tratado constitutivo⁹⁷ debe armonizar sus normas internas a fin de no contravenir las normas andinas, siendo que si éstas entran en conflicto con las normas del Derecho Interno, gana en aplicación la norma comunitaria, debiendo procederse a la armonización de la norma que causa conflicto. Las normas comunitarias tienen así preeminencia sobre las normas internas, sin tenerse en cuenta su rango o especialidad o jerarquía de las normas nacionales. Esto es básico por la validez uniforme e igual del Derecho Comunitario en todos los Estados Miembros, lo que no significa que va a derogar las normas nacionales –que corresponde al Estado dentro de sus competencias legislativas-, sino que exige una adecuación para armonizar el sistema de aplicación de las normas comunitarias. Se debe dejar sentado que las normas comunitarias no pueden entrar en conflicto con las normas constitucionales, las cuales siempre serán jerárquicamente superiores.

Las normas comunitarias, según principio generalmente aceptado, tienen efecto directo. Conocidas como normas operativas, corresponden en la doctrina anglosajona a la denominación “self executing”, y autorizan a exigir judicialmente el respeto de las mismas por parte del interesado en concretar su aplicación⁹⁸. El efecto directo consiste en la facultad que tienen las normas comunitarias para crear derechos y obligaciones para todos los participantes de la Comunidad Andina, es decir tanto los Estados Miembros, los Órganos e

⁹⁶ Calogero Pizzolo, *Problemas que plantea la dimensión jurídica*, obra cit., p. 222.

⁹⁷ Sentencia de 30.4.1974, Haegeman, 181/73, p. 459, citada por Araceli Mangas en *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 3ª edición, tecnos, Madrid, 2002, p. 371.

⁹⁸ Calogero Pizzolo, *Problemas que plantea la dimensión jurídica*, obra cit., p. 226.

Instituciones del Sistema Andino de Integración y los particulares, quienes pueden ejercer acciones ante sus jueces nacionales utilizando las normas andinas. Araceli Mangas Martín manifiesta que “integrada la norma convencional en el orden jurídico comunitario es coherente que en cuanto presente las características de claridad, precisión e incondicionalidad pueda gozar del “efecto directo”.⁹⁹ En conclusión, la norma comunitaria no requiere de procesos o actos especiales para ser incorporada al derecho interno de cada país miembro, como serían actos legislativos, reglamentarios, sentencias judiciales y menos exequátur. Su aplicación inmediata nace de una característica de incondicionalidad, que impide, así mismo, de actos futuros para proceder a su aplicación.

Comprendido el punto de que la norma comunitaria no necesita de procedimientos adicionales para ser aplicada en el territorio de la CAN, se procede a revisar la diferencia entre los laudos arbitrales emitidos dentro del Derecho Comunitario, y los llamados laudos extranjeros que son expedidos en el campo de la OMC. Conocemos ya el criterio aplicado por la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras o Convención de Nueva York de 1958, que delimita su ámbito de aplicación según el criterio progresivo, lo que significa que no importa la procedencia del laudo arbitral considerado como sentencia arbitral extranjera, pues todas las comprendidas dentro de su determinación normativa, serán tales. Por ende, es indiferente que los elementos de la relación o conflicto arbitral sean domésticos o se localicen fuera de los Estados contratantes. Los elementos referidos serían la nacionalidad o domicilio de los participantes en uno de los Estados contratantes, pero a su vez concretándose en estados diferentes.

La Convención de Nueva York establece la homologación de las sentencias arbitrales extranjeras dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución, según el párrafo 1 del Artículo 1 en el primer inciso; y, de las

⁹⁹ Araceli Mangas Martín, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 3ª edición, tecnos, Madrid, 2002, p. 372

sentencias que no sean consideradas como nacionales en el Estado en el que se solicita el exequátur, según el segundo inciso del párrafo 2 del Artículo 1. Consecuencia de lo señalado, resulta que todas las sentencias arbitrales extranjeras se someten al régimen del Convenio de Nueva York. Se concluyó al analizar el capítulo referente a la OMC, que cada Estado determinará si aplica o no procesos de homologación o exequátur de laudos arbitrales emitidos en otros territorios, según lo dispongan sus ordenamientos jurídicos.

Los laudos que se emitirían en el ámbito del Derecho Comunitario se sujetarían a una normativa propia, siendo considerados diferentes de los laudos arbitrales emitidos en la OMC. Esa normativa está constituida precisamente por las normas que regulan el funcionamiento de la CAN, lo que trae como ventaja que la ejecución de los laudos se realizaría en forma inmediata, sin acudir a procedimientos de reconocimiento, homologación o exequátur como se lo conoce. Otra ventaja que se considera es que tanto el Tribunal de Justicia como la Secretaría General, serían los órganos que podrían conocer las impugnaciones o peticiones de anulación, para que las partes no se sometan a los tribunales de justicia de los Estados Miembros para analizar la validez del laudo¹⁰⁰.

Es necesario diferenciar el mecanismo de solución de diferencias en los dos ámbitos que se analizan en este trabajo. Para este efecto se debe acudir a la comparación con lo que sucede en la Unión Europea y mencionar lo que Paolo Mengozzi manifiesta: (...) “contamos con dos sistemas funcionando paralelamente, el sistema de la OMC y el del Tribunal de Justicia”.¹⁰¹ Se refiere a que la OMC tiene una jurisdicción obligatoria destinada a solucionar las diferencias comerciales entre sus miembros, mientras se puede acudir al Tribunal de Justicia para que interprete y aplique las normas del ordenamiento jurídico comunitario. Lo mismo sucede con relación a los Estados miembros de la CAN, coexisten en sus ordenamientos jurídicos las normas de la OMC y las normas comunitarias andinas, lo que nos

¹⁰⁰ Genaro Baldeón, *Propuesta de Instrumentación del Arbitraje en la Comunidad Andina de Naciones*, p. 22.

¹⁰¹ Antonio Remiro Brotóns y Carlos Espósito, *La OMC y la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, en *La OMC y el Regionalismo Europeo*, Editora Dykinson, 2001, p. 109

lleva a asimilar la expresión de Mengozzi en el mismo sentido, pero acentuándose la problemática en el área andina por cuanto el Tribunal de Justicia asumirá una nueva función que es distinta para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

2.4.- ARBITRAJE ADMINISTRADO

La Secretaría General de la CAN asumió las funciones de la Junta del Acuerdo de Cartagena a partir del 1 de Agosto de 1997, teniendo capacidad para proponer, es decir formular Propuestas de Decisión al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y a la Comisión, también puede presentar iniciativas y sugerencias a la reunión ampliada del citado Consejo, a fin de facilitar o acelerar el cumplimiento del Acuerdo de Cartagena.

Las funciones de la Secretaría General están especificadas en el Art. 30 del Acuerdo de Cartagena, remitiéndome especialmente al literal o), que al manifestar “(...) Ejercer las demás atribuciones que expresamente le confiere el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina”, autoriza el contenido del Art. 39 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia que adjudica a la Secretaría General de una novedosa función arbitral.

Cuando el Artículo 39 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina manifiesta que “La Secretaría General es competente para dirimir mediante arbitraje administrando las controversias que le sometan los particulares respecto de la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina”, hace referencia a un concepto que no es extraño en el campo del arbitraje. Cuando la norma expresa “arbitraje administrando las controversias”, se refiere al arbitraje realizado por centros especializados ya sean de carácter nacional o internacional. Estos centros o instituciones que administran el arbitraje generalmente son privados y van tomando gran importancia, por cuanto su actividad está orientada a resolver también las dificultades que encuentran las partes en el proceso; en

efecto, los reglamentos de procedimiento son garantía de neutralidad, efectividad y cumplimiento.

El número 2 del Art. I del Convenio de Nueva York avaló¹⁰² el principio de su existencia y validez de estos centros de arbitraje, al establecer que “la expresión *sentencia arbitral* no sólo comprenderá las sentencias dictadas por los árbitros nombrados para casos determinados, sino también las sentencias dictadas por los órganos arbitrales permanentes a los que las partes se hayan sometido”.

Frente al arbitraje ad hoc que es aquel en que las partes intervienen en forma directa para regularlo, adaptándolo al caso concreto pero basándose en la confianza que tienen en el árbitro designado, está el arbitraje institucional o administrado que tiene varias ventajas en relación al primero nombrado. En primer término, se trataría de una institución privada dedicada solamente a procesos de arbitraje, contando con un Reglamento de Procedimiento al cual los solicitantes se someterían. En segundo lugar tendrían a su disposición un grupo de expertos en las materias a resolver, entre los cuales las partes podrían elegir libremente a los árbitros; en relación con esto, los expertos serán profesionales en derecho, peritaje, traducción, etc., y en tercer lugar se contará con todo tipo de personal administrativo competente para la atención de los usuarios.

Referente a este tema, en las Jornadas de Reflexión sobre el Arbitraje en la Comunidad Andina, se replanteó y afirmó que el arbitraje dispuesto en los Artículos 38 y 39 del Tratado mencionado, no instituían directamente la competencia para arbitrar fijándola en estos dos órganos del Sistema Andino de Integración, sino que al introducirse el término “administrando”, se hacía referencia al arbitraje administrado, dejando la función directa de resolución de controversias mediante arbitraje en centros de arbitraje cuyas sedes se ubican o

¹⁰² Convención sobre el Reconocimiento y ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, aprobada en Nueva York el 10 de junio de 1958.

ubicarían en los territorios de los Estados Miembros¹⁰³. De esta forma el Tribunal de Justicia conservaría sus funciones jurisdiccionales evitando la tendencia a aplicar criterios judiciales en la resolución de las controversias, que se daría al alterar la naturaleza de la “técnica arbitral” caracterizada por evadir los formalismos propios de la actividad judicial.

En cambio la Secretaría General conservaría sus facultades de órgano ejecutivo de la Comunidad Andina y no trataría de imponer su interés público-comunitario sobre los criterios que se asumen para resolver arbitrando controversias. Se debe acudir al contenido del Artículo 29 de Acuerdo de Cartagena, que determina en su primer inciso que la Secretaría General es el órgano ejecutivo de la Comunidad Andina y en tal carácter actúa únicamente en función de los intereses de la Subregión. Además, la Secretaría General brindará apoyo técnico cuando corresponda a los demás órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración; y, al final del Artículo indicado manifiesta que su actividad se expresará mediante Resoluciones, confirmando el marco de sus facultades. Por tanto, la Secretaría General juega un papel importantísimo como entidad encargada de administrar y hacer efectivo el proceso comunitario.

El Tratado de Creación del Tribunal incluye un procedimiento administrativo que culmina con una resolución designada como Dictamen que puede ser de cumplimiento o incumplimiento, Dictamen que debe ser motivado y contener las razones que condujeron a emitir tal o cual dictamen. El Tribunal de Justicia ha determinado en sus sentencias, como por ejemplo la Sentencia 51-AI-2000 citada por Marcel Tangarife¹⁰⁴ que “el dictamen que debe emitir la Secretaría General no conlleva efectos decisorios o resolutorios respecto de las actuaciones desplegadas en el procedimiento prejudicial”; tampoco tiene por objeto “declarar” un incumplimiento, pues ésta es una atribución que le corresponde de manera exclusiva al Tribunal de Justicia en la CAN. En consecuencia el dictamen de la Secretaría

¹⁰³ Genaro Baldeón H., *Propuesta de Instrumentación del Arbitraje en la Comunidad Andina*, p. 11.

¹⁰⁴ Marcel Tangarife Torres, *Derecho de la Integración en la Comunidad Andina*, Biblioteca Jurídica Diké, 1ª edición, Bogotá, 2002, p. 265.

General es un acto administrativo que contiene una opinión calificada más no constituiría una norma que forme parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina¹⁰⁵.

Teniendo en cuenta estas consideraciones breves sobre la misión y funciones de la Secretaría General, se considera, según la Propuesta mencionada,¹⁰⁶ que en principio ésta no cumpliría directamente las funciones arbitrales, sino lo haría a través de centros de arbitraje nacionales o internacionales. Los procedimientos arbitrales internacionales tienen su origen en normas convencionales de suma importancia, cuya incidencia se nota de la redacción de reglamentos de arbitraje que cumplen incluso a veces la función de modelo, lo que acentúa la importancia que tienen en los ordenamientos jurídicos vigentes que rigen la actividad comercial desarrollada en los actuales procesos globalizadores.

Los centros de arbitraje nacionales basan también su funcionamiento en Reglamentos de Arbitraje y concuerdan con lo dispuesto en los ordenamientos jurídicos que sobre el tema tienen cada Estado Miembro. Estos centros de arbitraje privados serían los encargados de organizar los procedimientos arbitrales, publicar las listas de árbitros y peritos, fijar costas y honorarios, en pocas palabras “administrar las controversias”, lo cual no significa que estos centros resuelvan las controversias sino los árbitros designados por las partes. Especial atención merecen los centros de arbitraje de las cámaras de comercio como los más adecuados para desarrollar el arbitraje andino. Sin embargo, considero que deberían crearse nuevos centros de arbitraje en razón de la especialización que debe alcanzarse en las materias tratadas por las normas andinas. Se entiende que se requeriría de cierto convenio de cooperación entre la Secretaría General y estos centros de arbitraje para que adquieran facultades tendientes a arbitrar controversias andinas, y según un Reglamento se regularía el procedimiento arbitral. Los laudos arbitrales serían puestos en conocimiento de la Secretaría

¹⁰⁵ Marcel Tangarife Torres, *Derecho de la Integración en la Comunidad Andina*, obra cit., p. 266.

¹⁰⁶ Genaro Baldeón H., *Propuesta de Instrumentación del Arbitraje en la Comunidad Andina*.

General para que disponga su publicación en la Gaceta Oficial de la CAN a fin de que se inicie el proceso de cumplimiento en el Estado respectivo.

Es importante tomar en cuenta que las controversias que administrarían los centros de arbitraje son aquellas que le sometan los particulares, respecto de la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina. Es decir, los actores especiales serían los particulares que podrían acudir a este sistema alternativo de solución de controversias, quienes por tener diversa capacidad económica para enfrentar a grandes empresas nacionales o extranjeras, no pueden iniciar otro proceso largo y costoso; sin embargo, se les facilitaría el acceso al arbitraje comunitario a través de los centros de arbitraje situados en los territorios de sus países, lo que además conllevaría la práctica más eficiente de los medios de prueba. El procedimiento arbitral desarrollado desde la sede donde se encuentra el domicilio de las partes en conflicto, ahorrará tiempo y dinero, en contraste con lo que sucedería si se debiera acudir a tribunales sean arbitrales o no con sedes en otros lugares del mundo.

Pues bien, se requerirá de un Reglamento que establezca los parámetros dentro de los cuales se cumpliría la función arbitral tanto del Tribunal de Justicia como de la administración de centros de arbitraje por la Secretaría General. Este Reglamento podría seguir los parámetros de la Ley Modelo de la CNUDMI¹⁰⁷ que ha sido y es base para la elaboración de otros reglamentos vigentes a nivel regional y mundial y, en el cual se han fundado algunas legislaciones incluso latinoamericanas. Las normas de la CNUDMI contienen cláusulas de reciprocidad, soluciones facultativas o alternativas, dando flexibilidad y facultando la adopción de estas normas en el Derecho interno o comunitario sin forzar los ordenamientos. Así, encontramos que el Reglamento de Procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial o CIAC sería un claro ejemplo de adaptación de las

¹⁰⁷ La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional es un modelo que puede ser aplicado por las legislaciones de cada país. Su objetivo es modernizar y lograr la unificación en el trato del arbitraje internacional.

normas de la CNUDMI, que no tiene carácter obligatorio pero que se puede aplicar tanto al arbitraje interno como al regional, pues su fin es facilitar el arbitraje de las controversias que surjan en las transacciones comerciales internacionales.

En este sentido, el Reglamento no exige que la cláusula compromisoria o compromiso arbitral disponga sobre diferencias de carácter internacional por cualquiera de los aspectos que inciden en el proceso. Para evitar el conflicto que originaría la falta de obligatoriedad en la aplicación de un Reglamento como el de la CIAC, partiendo del principio de la autonomía de las partes para elegir el procedimiento arbitral de la CAN, el Reglamento que se establezca en la subregión andina, al ser norma supranacional resolverá en forma directa las cuestiones importantes de aquél, es decir, aclarará puntos como la competencia de los árbitros, libertad para elegir el derecho de fondo, situación de árbitro amigable componedor, etc.

Un reglamento comunitario sobre arbitraje, que es conforme a las normas del tratado constitutivo y a las otras normas comunitarias aplicables, es capaz de desplegar sus efectos directamente en el ordenamiento jurídico interno. El Reglamento es el “instrumento de regulación jurídica más acabado dentro del sistema comunitario”¹⁰⁸, cuyas características son:

- i) Alcance general: es decir es diferente a aquel acto que tienen alcance individual. Su importancia radica en que los efectos que produce abarca una generalidad de sujetos en una esfera abstracta porque está destinado a situaciones objetivamente determinadas.
- ii) Obligatoriedad en todos sus elementos: al ser un acto vinculante, su obligatoriedad prima sobre la que operaría en base a los actos no vinculantes y además obliga a todos los destinatarios en cuanto al resultado desde que es aprobado válidamente.
- iii) El reglamento es aplicable directamente en los Estados miembros de la comunidad, es decir tiene la cualidad de generar derechos y obligaciones para todos los órganos y personas sujetas a ella y a su vez prohíbe cualquier acto que pueda poner en peligro esa misma aplicabilidad y efectividad.

¹⁰⁸ Araceli Mangas Martín, Diego J. Liñán Noguera, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 3ª edición, tecnos, Madrid, 2002, p.355

El Reglamento a prepararse se lo debe hacer a través de una Decisión. Por un lado, el Reglamento es un acto vinculante dentro del derecho comunitario, tiene un alcance general, es obligatorio en todos sus elementos y es directamente aplicable en cada Estado Miembro. Igualmente la Decisión, es considerada por el artículo 249 del Tratado de la Comunidad Europea, como “obligatoria en todos sus elementos para todos sus destinatarios” (sentencia de 18-12-1997, *Inter-Environnement Wallonie*, C-129/96, apdos. 36-37)¹⁰⁹. Las Decisiones de la CAN son normas directamente aplicables en los Países miembros desde la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, conforme lo establece el Art. 3 del Tratado del Tribunal. En este sentido, tanto el Reglamento como la Decisión dentro del derecho comunitario, son actos jurídicos individuales que están dirigidos a unos destinatarios que son los Estados Miembros y sus nacionales, a quienes obliga tanto en la forma y medios en que son expedidos tanto como en el resultado que estos pueden producir; en nuestro caso, la Decisión que emita la Comisión de la CAN debería contener el Reglamento de Arbitraje Comunitario, con las normas que guíen la función arbitral del Tribunal de Justicia y la administración de los centros de arbitraje por la Secretaría General.

En comparación con los procedimientos dispuestos por las normas del ESD en la OMC, dista mucho de lo que se podría aplicar en la CAN. Al contrario de lo que sucede en el MERCOSUR en donde se aplica el sistema de la OMC al establecer etapas previas para solucionar las controversias, y al final la posibilidad de constituir tribunales ad-hoc para cada caso concreto. En efecto, Según el Art. 19 del Protocolo de Brasilia “los árbitros deben resolver la controversia según el derecho originario y derivado del MERCOSUR. Ellos pueden recurrir a los principios y disposiciones de derecho internacional aplicables a la materia o, por último, resolver una controversia ex aequo et bono, si las partes estuvieren de

¹⁰⁹ Sentencia citada en Araceli Mangas Martín en *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, obra cit., p. 365.

acuerdo.”Se refiere la autora....., ¹¹⁰a que el derecho del MERCOSUR no ofrece respuestas a la solución de conflictos por ser un derecho oven, por lo que se acude al derecho internacional en general. Inicialmente las decisiones del tribunal arbitral del MERCOSUR se apoyaron en los principios del derecho internacional público y el derecho comunitario europeo, pero la decisión del segundo tribunal arbitral hizo alusión a normas de la OMC, es decir a reglas del comercio internacional.

En el ámbito de la CAN se puede asumir lo manifestado por el cuarto tribunal arbitral del MERCOSUR que expresó “(...) también mostró que el derecho de la OMC no es un “derecho aplicable” en el ámbito de la solución de controversias del MERCOSUR, y que constituye una herramienta importante para la solución de controversias, pero exclusivamente en ausencia de una norma equivalente del Bloque.”¹¹¹

Por tanto existe una clara diferencia entre el régimen aplicable en la OMC, que tiene como fin la liberalización comercial, con un mecanismo de solución de controversias diferente y exclusivo como es el proceso integrador de la CAN que tiene como objetivo formar un mercado común entre las economías de los actuales cuatro miembros que la conforman; es decir en la CAN existe una integración que pretende insertar en el arbitraje un nuevo mecanismo para solucionar diferencias de diversa índole, producidas entre variados actores, acudiendo a instancias a las que se les otorga facultades adicionales con ese propósito.

2.5.- FUNCION ARBITRAL

La competencia del Tribunal de Justicia y la Secretaría General de la Comunidad Andina, para dirimir mediante arbitraje controversias surgidas en el territorio de sus Estados Miembros, nace de lo dispuesto en los Artículos 38 y 39 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, como hemos mencionado en otros apartados. Esta competencia nacida así del

¹¹⁰ Deisy Ventura, *Las Asimetrías entre el MERCOSUR y la Unión Europea*, Honrad-Adenauer-Stiftung E.V., Montevideo, 2007, p. 272

¹¹¹ Deisy Ventura, *Las Asimetrías entre el MERCOSUR y la Unión Europea*, obra cit. p. 290.

ordenamiento jurídico comunitario andino abre la puerta para ingresar al contexto de mecanismos alternativos de solución de controversias, que busca asegurar un adecuado y oportuno cumplimiento de los compromisos adquiridos por los Estados Miembros en los acuerdos subregionales andinos. Se otorga una jurisdicción nueva –no en el sentido estricto, sino novedosa en la región- y un tanto extraña a las competencias judiciales del Tribunal y funciones ejecutivas de la Secretaría General. Así se afirma que se convertiría al Tribunal de Justicia en una Corte Arbitral Andina, pero solamente para que realice el control formal y por excepción material de los laudos¹¹² que emitan los centros de arbitraje privados en cada país, de igual forma que lo hace la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

Como conocemos, el Tribunal de Justicia, es el órgano jurisdiccional de la Comunidad Andina, que va a controlar la aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico andino, tanto de derecho originario como de derecho derivado¹¹³. Según el Art. 2 del Estatuto del Tribunal de Justicia en la CAN, codificado en la Decisión 500, que se titula “Naturaleza y características del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina”, éste ordenamiento se conforma de dos clases de normas: i) Normas fundamentales o de derecho primario; y, ii) Normas derivadas o de derecho secundario.

Las normas de derecho originario serían las contenidas en los tratados suscritos y ratificados por los Estados Miembros en relación con la integración de la Comunidad Andina, es decir en primer lugar el Acuerdo de Cartagena y el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia, así como las constantes en otros instrumentos equivalentes como los protocolos complementarios o modificatorios. Las normas de derecho derivado son las resultantes de los actos pertinentes de las instituciones del esquema de integración, por ejemplo las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión, las Resoluciones de la Secretaría General, los Convenios de Complementación Industrial, así

¹¹² Genaro Baldeón, *Propuesta de Instrumentación de Arbitraje en la CAN*, p. 21.

¹¹³ Calogero Pizzolo, *Problemas que plantea la dimensión jurídica*, obra cit., p. 222.

como otras resoluciones que se adopten en aras de la integración de la subregión andina. Así, el derecho originario y el derecho derivado tienen normas jurídicas que van a regular el comportamiento de los Estados participantes en el proceso de integración, en diversos y específicos campos, dirigidos a ejecutar este proceso.

De estas consideraciones, parte la facultad otorgada al Tribunal de Justicia para dirimir mediante arbitraje dos tipos principales de controversias:

2.5.1.- Conflictos surgidos entre los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración o entre estos y terceros, cuando se susciten por la aplicación o interpretación de contratos, convenios o acuerdos y las partes así lo acuerden¹¹⁴. Los órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración están detallados en el Artículo 6 del Acuerdo de Cartagena¹¹⁵. A continuación, el Artículo 7 expresa que el Sistema Andino de Integración tiene como finalidad permitir una coordinación efectiva de los órganos e instituciones que lo conforman, con el fin de profundizar la integración subregional andina; en efecto, la normativa jurídica comunitaria está establecida con esos fines y se entiende que debe existir armonía entre los órganos e instituciones para llevar adelante el proceso integrador. Sin embargo como en toda organización, cabe la posibilidad de diferencias.

En la subregión andina también existen diferencias nacidas obviamente por las posiciones de cada Estado Miembro, de sus ordenamientos jurídicos, de las decisiones internas que puedan estar en contraposición con los intereses comunitarios. Pero, no son las diferencias entre Estados las que son susceptibles de este arbitraje analizado, sino las que surjan entre órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración o SAI o entre éstos y terceros. Es importante que previamente exista un acuerdo entre las partes, lo cual ya es anuncio de la

¹¹⁴ Primer párrafo del Art. 38 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la CAN.

¹¹⁵ El Consejo Presidencial Andino, el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, la Comisión de la Comunidad Andina, la Secretaría General de la Comunidad Andina, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, el Parlamento Andino, el consejo Consultivo Empresarial, la Corporación Andina de Fomento, el Fondo Latinoamericano de Reservas, el Convenio Simón Rodríguez, los Convenios Sociales que se adscriban al Sistema Andino de Integración, la Universidad Andina Simón Bolívar, los Consejos Consultivos que establezca la Comisión y los demás órganos e instituciones que se creen en el marco de la integración subregional andina.

necesidad de un convenio arbitral mediante las formas de compromiso arbitral o cláusula compromisoria, la cual se hace constar -según la práctica-, ya en el texto del contrato ya como un anexo al mismo, según el principio de autonomía de la voluntad al que es preciso referirse nuevamente. Asumiendo la tesis de los autonomistas, la voluntad de las partes rompe la jurisdicción y los vínculos que existen entre la relación jurídica de ellas y las jurisdicciones de dos o más foros. La autonomía de la voluntad es la fuente normativa primaria en el arbitraje comercial internacional y se aplica ese mismo principio al final del primer párrafo del Art. 38 del Tratado, según el cual el acuerdo de las partes no solo sería una fuente normativa, sino una fuente normativa invariable.¹¹⁶

Para solucionar éstas y otras diferencias nacidas de contratos, convenios o acuerdos suscritos entre ellos o entre éstos y terceros, según el inciso primero del Artículo 38 del Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia, se prevé tres clases de documentos o actos que pueden originar conflictos, estos son contratos, convenios o acuerdos entre aquellos órganos e instituciones. A efectos del arbitraje, se entiende que son actos jurídicos realizados en materias susceptibles de aplicar este mecanismo de solución.

En este aspecto se nota una clara diferencia en cuanto a la materia tratada en el ESD y el contenido del Art. 38 antes referido. Pues bien, el ESD constituye el conjunto de disposiciones que regulan las consultas y solución de diferencias entre los Miembros de la OMC, llamado por Paolo Mengozzi “(...) como un sistema cuasi judicial”¹¹⁷, que se desarrolla para resolver diferencias nacidas de relaciones comerciales. En cambio, el Art. 38 del Tratado posibilita el arbitraje en diversas materias que se consideran o más bien denominan arbitrables y que en el caso que tratamos resultan variadas, no solamente referidas a órganos e instituciones del SAI, sino también respecto de los particulares que podrán

¹¹⁶ José Tadeo Martínez Campo, *Derecho Procesal Civil Internacional*, In memoriam TATIANA B. DE MAEKELT, Serie Estudios 88, Caracas, 2010, pp 760-761.

¹¹⁷ Paolo Mengozzi, *la OMC y la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, p. 108.

acceder a este mecanismo, pero siempre en relación con las normas del ordenamiento jurídico de la CAN.

2.5.2.- Conflictos surgidos entre particulares, relacionados con la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, según lo manifestado en el segundo inciso del Artículo 38¹¹⁸. Esto abre una gran posibilidad a los particulares en el Área Andina al tener facultad para acceder al mecanismo llamado arbitraje, que garantiza un ágil y efectivo procedimiento, así como un resultado justo, cuando se tiene un conflicto con actores de diferentes grupos sociales, políticos y económicos, resulta una gran ventaja. En efecto, los particulares prefieren la solución de controversias a través de métodos ágiles y eficaces como es el arbitraje, sobre todo en el campo del comercio internacional, en nuestro caso comunitario por la serie de diferencias que le aventajan frente a la justicia ordinaria. Además, en la gran mayoría de ocasiones los particulares se verán minimizados en las relaciones jurídicas, sobre todo comerciales, frente a empresas nacionales o extranjeras y, cuando estas relaciones se vean afectadas por el incumplimiento nacido de la aplicación o interpretación de una norma comunitaria en especial, tendrán una gran posibilidad de solucionar las diferencias en igualdad de condiciones al acudir al arbitraje.

Se puede aplicar la teoría de los riesgos que alcanza al arbitraje comercial internacional, según la cual la elección del foro (judicial o arbitral) y la elección del derecho a aplicar guardan estrecha relación. Es decir que a las operaciones de tráfico jurídico transfronterizo se adicionan los riesgos característicos de la transacción subyacente, riesgos legales nacidos de un elemento extraño que consiste en la dificultad que encuentran las parte para conocer sus derechos y obligaciones por un lado, y por otro lado las acciones y excepciones que pueden

¹¹⁸ Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia.

proponer. Así lo manifiesta José Tadeo Martínez Campo¹¹⁹, quien afirma que éste riesgo se manifiesta cuando concurren múltiples derechos y múltiples jurisdicciones para regular la misma situación jurídica; es así, una situación jurídica puede encontrar solución en varias leyes aplicables y en diversos foros siempre que tengan competencia a nivel internacional. La incertidumbre que causa esta situación se resuelve gracias a la libertad y capacidad que tienen las partes para elegir la ley aplicable y el foro en el cual se desarrollará el arbitraje.

Este mismo criterio se aplicaría con gran éxito en el arbitraje andino, pues los particulares gozan de libertad y capacidad para acudir ante el Tribunal Andino o la Secretaría General y podrían en éste ámbito solicitar que su litigio se resuelva mediante arbitraje. Esta sería una opción que tendrían estos operadores jurídicos en el amplio contexto de posibilidades que se encuentran en el medio ante tribunales nacionales y otros mecanismos de solución de diferencias. Su elección por el arbitraje andino también repercutiría en beneficio de la eficiencia y calidad de resultados. Así como sucede en el campo del arbitraje comercial internacional, según Martínez, porque hay libertad para elegir árbitros especializados, con culturas diversas, pero con la obligación de conocer las normas específicas del ordenamiento jurídico andino.

La determinación final del laudo arbitral por parte del Tribunal de Justicia de la CAN será garantía de equidad y justicia en el arbitramento de las diferencias, por considerar las siguientes ventajas: i) La correcta aplicación de las normas comunitarias; ii) El trato igualitario a las partes en conflicto, con iguales posibilidades de defensa pues se aplicaría el debido proceso garantizado por el control del Tribunal; iii) La ejecución directa e inmediata del laudo obtenido gracias a la aplicación de normas supranacionales.

¹¹⁹ José Tadeo Martínez Campo, *Derecho Procesal Civil Internacional*, In memoriam TATIANA B. DE MAEKELT, Serie Estudios 88, Caracas, 2010, pp 744-745.

Se debe necesariamente analizar la situación de los particulares dentro del ámbito comunitario. Hay que acudir irremediablemente a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, que ha tratado el tema en sus diferentes sentencias, aclarando el sentido del término “particulares”. Así, en la sentencia del caso *Comune di Carpaneto*, de 17 de Octubre de 1989, 231/87 y 129/88, aceptó el reclamo de un poder público como un Ayuntamiento que invocó una directiva para reclamar frente al poder central, considerándolo como “particular”¹²⁰, pues encontró una razón para considerar no solamente a los administrados, nacionales o particulares como los sujetos de las normas comunitarias, sino también a las personas jurídicas en relación jerárquica.

La razón para dictar la sentencia admitiendo la petición de un ayuntamiento como un particular, es que “lo relevante es el cumplimiento de una norma obligatoria y no el carácter público o privado del sujeto que alega el contenido obligacional que debe cumplir el Estado miembro”. Esta posición es fácil de aceptar si se comprende que las normas comunitarias contenidas en los Tratados y Derecho derivado solamente afectarían a los Estados suscriptores de los primeros, sin embargo cuando dijimos que estas normas comunitarias generan derechos y obligaciones, era en razón de que estos entran en el patrimonio jurídico de los particulares, les afecta también en forma directa al ser parte de esos Estados Miembros. Estos derechos y obligaciones de los particulares pueden nacer de dos formas: i) A través de las normas comunitarias que le atribuyen en forma explícita el derecho o le imponen la obligación; y ii) Mediante un Tratado que imponga de forma bien definida tanto a los Estados Miembros, a los particulares y a las instituciones u órganos comunitarios esos derechos y obligaciones.

En la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en el caso *Van Gend en Loos*, el efecto directo de las normas comunitarias sobre los particulares viene dado por las siguientes consideraciones: i) Hay una correlación necesaria entre obligaciones y derechos,

¹²⁰ Araceli Mangas Martín, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, obra cit., p. 397.

pues las normas que contienen los diferentes Tratados producen estos de forma inmediata, pues no se requiere de normas nacionales que faciliten o adecuen su aplicación, ya que nunca serán un obstáculo para ello. ii) Al suscribirse los Tratados por parte de los Estados Miembros, los poderes públicos nacionales tienen la obligación de asegurar a los particulares la correcta aplicación de las normas comunitarias, sobre todo porque con ellos mismos quienes deben empezar por respetar sus obligaciones asumidas y dar protección a los particulares frente a esa aplicación.

Por lo tanto, los particulares van a ser apreciados por el ordenamiento jurídico comunitario como actores a quienes se les otorgará la misma facilidad para acudir a los centros de arbitraje, en los cuales van a encontrar reglamentos que van a conducir los procedimientos arbitrales conforme con la norma andina, que será garantía de resultado transparente, acorde con la realidad jurídica de los participantes en cada controversia.

La misma posibilidad se otorga a los particulares según la redacción del Artículo 39 del Tratado al disponer “La Secretaría General es competente para dirimir mediante arbitraje administrando las controversias que le sometan particulares respecto de la aplicación o interpretación de aspectos contenidos en contratos de carácter privado y regidos por el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina”. Se aplica todo lo manifestado con relación al Tribunal de Justicia con la diferencia que este Artículo solamente se refiere a los particulares, acentuando la competencia arbitral con relación a estos y ya no considerando los conflictos entre órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración o entre éstos y terceros.

Con respecto a los particulares Deisy Ventura examina la relación entre éstos y la seguridad jurídica. En este sentido, manifiesta que América del Sur no dispone de jurisdicciones eficaces y por lo tanto la población tiene limitaciones para acceder a la justicia, las previsiones de éxito en los procesos son difíciles y se encuentran sujetos a plazos extensos

para arribar a las sentencias¹²¹. Es decir, en el MERCOSUR existe un sistema de arbitraje al que difícilmente acceden los particulares, por lo que considera que esa seguridad jurídica que requiere la organización no es totalmente posible, existiendo incapacidad para resolverse diversos tipos de conflictos.

Situación contraria ocurriría en la CAN al instrumentarse efectivamente el arbitraje, pues de las normas analizadas aparece claramente establecida la opción que tienen los particulares, quienes libremente podrían decidir someter las controversias al arbitraje por el Tribunal de Justicia o al arbitraje administrado de la Secretaría General. Si se habla de seguridad jurídica, se pretende confirmarla al tratar de cubrir todos los posibles casos que pueden quedar fuera de otros sistemas o convenciones que regulan la solución de diferencias.

En la práctica se aplicaría el mismo procedimiento que conocemos se lleva en los centros de arbitraje nacionales, partiendo del convenio arbitral entre las parte, se solicitaría el conocimiento y resolución de la diferencia, se elegiría a los árbitros o tribunal arbitral, el procedimiento a darse y se encaminaría éste hasta llegar a la emisión del laudo arbitral que se pondría en conocimiento de la Secretaría General para su publicación en la Gaceta de la CAN.

En ejercicio de la función arbitral atribuida tanto al Tribunal de Justicia como a la Secretaría General de la CAN, según los procedimientos sugeridos en este trabajo, podrán emitir laudos arbitrales, el primero de los nombrados “ya sea en derecho o ya sea en equidad” según dispone el párrafo tercero del Artículo 38; mientras que con relación a la Secretaría General emitirá su laudo “conforme a criterios de equidad y de procedencia técnica” conforme dispone el Art. 39.

Que el laudo se emita en derecho, quiere decir que los árbitros designados por las partes van a observar y aplicar en lo que sea posible el derecho positivo vigente. En cambio, el

¹²¹ Deisy Ventura, *Las asimetrías entre el MERCOSUR y la Unión Europea*, obra cit., pp 299-300.

laudo en equidad significa que se va a facultar al árbitro para “solucionar la contienda de acuerdo con lo que su prudencia y equidad le dicten, y atendiendo criterios de sana crítica”¹²²; éste es el llamado también amigable componedor, ex aequo et bono, fallos en conciencia o a verdad sabida y buena fe guardada, lo que no implica falta o ausencia de normas legales sino que se aleja un tanto de ellas para evitar que la decisión se vea afectada por la rigidez de las mismas.

Los criterios de equidad y procedencia técnica son aquellos dados por personas que tienen conocimientos técnicos en la materia a resolver¹²³, es decir son especializadas en las diferentes áreas en las que se aplicaría el arbitraje. Los conocimientos e incluso la experiencia que tengan los árbitros conducirían a la emisión de laudos técnicamente preparados, en sentido jurídico y práctico del asunto, convirtiendo al árbitro en un especialista en el campo solicitado. Obviamente, es necesaria la participación de los centros de arbitraje situados en los territorios de los Estados Miembros de la CAN porque ahí sí se podrán especializar los árbitros en las diferentes materias dentro de las cuales se presenten los casos a solucionar, lo que no podría suceder con los miembros de la Secretaría General que tienen otras funciones y conocimientos diversos a los necesarios para arbitrar diferencias en forma directa.

2.6.- FUNDAMENTOS DE LOS LAUDOS

Se tiene conocimiento que los fundamentos de una decisión arbitral constituyen los motivos que indujeron a los árbitros a emitirla. Pero hay que agregar que estos motivos deben encontrar asidero jurídico tanto en los hechos que constituyen la diferencia, como en los instrumentos jurídicos que regirían el arbitraje y el acuerdo de las partes para acceder al mismo en la CAN.

¹²² Ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador, Registro Oficial No. 145 de 4 de Septiembre de 1997.

¹²³ Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, Colombia, 1996, Art. 115.

Entendemos que no existiría un conflicto de leyes cuando se pretende solucionar mediante arbitraje en derecho un caso propuesto, pues es claro que se aplicarían inicialmente las normas de la Sección Quinta del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la CAN, es decir los Artículos 38 y 39, junto con las demás normas de derecho originario y derecho derivado,

En el campo del arbitraje comercial internacional, al cual se remite el derecho de la OMC, el conflicto de leyes se soluciona con la “determinación de la *lex arbitri*, a saber, el régimen jurídico aplicable al arbitraje comercial internacional como un todo, y a cada una de sus partes, resultante de la determinación y aplicación de la ley que servirá de fuente para cada una de las áreas de relevancia antes enunciadas”¹²⁴. Así, en la OMC existe un cuerpo normativo que inicialmente determina la aplicación del arbitraje. Me refiero al ESD que es parte de un grupo de acuerdos que a su vez constituyen las normas que rigen a una organización claramente establecida. Los Estados Miembros de esta organización, cuando se trata de conflictos o diferencias nacidas del incumplimiento de los Acuerdos OMC, se sujetan a los procedimientos de consultas y solución de diferencias que establece aquel ESD, por lo que sería inoportuno acudir a otros métodos o regímenes jurídicos para solucionarlos.

Hay que precisar nuevamente que las normas de la OMC tienen como objetivo la liberalización económica y no pretende ni contiene elementos de un proceso integrador. De esta forma en la aplicación inicial de normas como fundamento de un laudo arbitral en la OMC no existe conflicto pues la normativa está claramente determinada en el ESD.

Al referirse al arbitraje en la CAN, el fundamento de un laudo arbitral no implicaría tampoco un conflicto de leyes, pues se determinaría que son las normas de los Artículos 38 y 39 del Tratado del Tribunal de Justicia enunciado que otorgan competencia arbitral inicial a dos órganos que asumen facultades de resolución.

¹²⁴ José Tadeo Martínez Campo, *Derecho Procesal Civil Internacional*, In memoriam TATIANA B. DE MAEKELT, Serie Estudios 88, Caracas, 2010, p. 754.

Luis Alfredo Barragán Arango afirma que “Por lo general, las legislaciones dejan al arbitrio de las partes la determinación sobre si la decisión que ponga fin a su controversia debe ser motivada”¹²⁵, esto porque incluyen normas que reemplazan la falta de disposiciones sobre el acuerdo de las partes en relación con la motivación. Manifiesta este autor, que la Ley Modelo de la CNUDMI o UNCITRAL establece que el laudo arbitral debe ser motivado, salvo que las partes pacten que no se requiere esta motivación, lo que significa que las partes pueden decidir sobre este aspecto. Sin embargo, Eduardo Silva expresa que esta tendencia seguida por legislaciones modernas trae consigo varios problemas, entre ellos: i) Si las partes desconocen los fundamentos del laudo arbitral, la posibilidad de plantear recursos se ve reducida por falta de sustentación; ii) Se facilita que los árbitros cometan arbitrariedades en cuanto a desviar el fallo, es decir si es en derecho lo pueden redactar como si fuera en equidad o viceversa; y, iii) Puede perderse la facultad de utilizar los laudos como fundamento en otros casos porque no indican las normas aplicadas al caso y su interpretación.

Con respecto a la competencia otorgada al Tribunal de Justicia y a la Secretaría General, debe recordarse que se trata de una competencia que en segundo término será otorgada por las partes, quienes libre y voluntariamente han decidido recurrir a estos órganos de la CAN para que se solucionen sus problemas.

Luego se debe tener en cuenta lo dispuesto en el Artículo 41 del mismo Tratado de Creación, que textualmente dice “Para su cumplimiento las sentencias y laudos del Tribunal y los laudos de la Secretaría General no requerirán de homologación o exequátur en ninguno de los Países Miembros”.

Araceli Mangas Martín, en su obra *El Derecho Español* citada por Calogero Pizzolo¹²⁶ dice que “el orden jurídico comunitario dispone de un órgano judicial competente para controlar la legalidad o infracción de las normas de su sistema”, al referirse al control

¹²⁵ Luis Alfredo Barragán Arango en Eduardo Silva Romero, Fabricio Mantilla Espinosa y otros, *El Contrato de Arbitraje*, Legis Información & Soluciones, 1ª edición, Colombia, 2005, pp 660-662.

¹²⁶ Calogero Pizzolo, *Problemas que plantea la dimensión jurídica*, obra cit., p. 259.

constitucional que ejercen los jueces internos que en relación con el derecho comunitario de la Unión Europea, exige la aceptación del sistema de protección jurisdiccional propio del orden comunitario en las esferas de competencias atribuidas por los Estados. El sistema de protección jurisdiccional del orden comunitario lo ejerce en ese caso el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. De la misma forma, el Tribunal de la CAN, siendo su órgano jurisdiccional con funciones específicas,¹²⁷ no podría desviar las mismas para cumplir actividades de árbitro, más bien debería constituirse en un Tribunal Permanente de Revisión de laudos arbitrales comunitarios, revisando en la forma los emitidos por los centros de arbitraje privado y los venidos en consulta desde los centros de arbitraje administrados por la Secretaría General.

Las competencias que se atribuyen a los órganos comunitarios por voluntad de los Estados Miembros de la subregión, van a disminuir o retirar ciertas competencias a los órganos del Legislativo y Ejecutivo, en materias que son reguladas por los Tratados, Decisiones, Resoluciones, etc¹²⁸.

Por este motivo en el cumplimiento de sentencias y laudos que emita el Tribunal de Justicia y laudos que expida la Secretaría General, por disposición de la norma comunitaria del Artículo 41, no requieren ser revisados ni sometidos a un procedimiento especial para su ejecución como se conoce en el campo del arbitraje internacional.

En los Estados Miembros de la CAN no se desarrollaría un proceso para reconocer o no la eficacia de una sentencia emitida por el Tribunal de Justicia de la CAN, ni van a habilitar un camino para el cumplimiento forzoso en el territorio de cada Estado. Las normas que establezcan las condiciones para admitir el resultado de las funciones de sus órganos y la validez de sus actuaciones están supeditadas a la preeminencia de la norma supranacional

¹²⁷ Tratado de Creación del Tribunal Andino de Justicia Capítulo III que titula DE LAS COMPETENCIAS DEL TRIBUNAL, las mismas que son: De la Acción de Nulidad, De la acción de Incumplimiento, De la Interpretación Prejudicial, Del Recurso de Omisión o Inactividad, De la Función Arbitral y De la Jurisdicción Laboral.

¹²⁸ Calogero Pizzolo, *Problemas que plantea la dimensión jurídica*, obra cit., p. 260.

comunitaria. El procedimiento de exequátur, es decir la equiparación de la resolución extranjera con la nacional, a fin de nacionalizarla y declarar que tiene la misma o análoga validez en un Estado distinto al del Estado en que fue dictada, no será necesario cuando se trate de ejecutar la sentencia y el laudo ratificados por el Tribunal de Justicia o la Secretaría General. La capacidad de la justicia interna para controlar varios de los elementos y aspectos del laudo arbitral, con el objeto de determinar que tiene las condiciones exigidas por el orden jurídico interno, se ve completamente limitada por la cualidad de supremacía que rodea al laudo emitido en base a las normas comunitarias.

Según lo afirman Guido Santiago Tawil e Ignacio J. Minorimi Lima, “No procede el exequátur, por ejemplo, en casos en que un tratado internacional disponga que el laudo arbitral internacional o extranjero será reconocido automáticamente en los Estados Parte”¹²⁹. Esto en relación con el Convenio del CIADI que dispone un procedimiento automático de reconocimiento de laudos arbitrales y la exigencia de requisitos extrínsecos para tal efecto, de tal modo que elimina la posibilidad del análisis de la conformidad del laudo con las normas internas de los Estados Miembros. En la CAN es recomendable aplicar este mismo sistema, partiendo de lo analizado se concreta una nueva diferencia con lo que sucede en la OMC, donde sus miembros están sujetos a dos posibilidades según sean ratificantes o no de la Convención de Nueva York, y depende de este requisito para someter el laudo a un proceso de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros.

Lo anterior está justificado por lo establecido en el inciso primero del Artículo 42 del Tratado de Creación que manifiesta textualmente “Los Países Miembros no someterán ninguna controversia que surja con motivo de la aplicación de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la CAN a ningún tribunal, sistema de arbitraje o procedimiento alguno distinto de los contemplados en el presente Tratado”. Es decir se establece un sistema

¹²⁹ Guido Santiago Tawil e Ignacio J. Minorimi Lima, en Revista Ecuatoriana de Arbitraje, Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, Cevallos editora jurídica, Quito, 2009, p. 137.

exclusivo y excluyente; es exclusivo, no solo porque las normas supranacionales comunitarias andinas, tienen preeminencia sobre los ordenamientos jurídicos que rigen en sus Estados Miembros, sino porque se establece una función arbitral atribuida a dos órganos comunitarios que normalmente no ejercerían esta función en otras organizaciones. Es excluyente porque, si surgen controversias nacidas de la aplicación de sus normas, solo se someterán a los procedimientos de solución que establece el Tratado y no se podrá acudir a otros tribunales o centros de arbitraje.

Sin embargo, en el inciso segundo del Art. 41 se establece una facultad de los Países Miembros, órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración, al disponer que en sus relaciones con terceros países o grupos de países podrán someterse a lo previsto en ese Tratado. Entonces, cuando las relaciones se den con terceros países o grupos de países que se encuentren fuera de la subregión andina, se entendería que se puede o no someterse a los procedimientos de solución de controversias contemplados en el Tratado, de lo contrario se deja en libertad de elección.

Como corolario de lo anterior, se puede afirmar que el primer elemento que un árbitro del Tribunal o Secretaría General, o como se pretende los árbitros de centros de arbitraje, debe tomar en cuenta para emitir su laudo, será precisar si tiene o no competencia para ello según lo dispuesto en las disposiciones que se han enunciado, es decir según las normas comunitarias.

En segundo lugar, deberá verificar si el procedimiento nació de la decisión libre y voluntaria de las partes, pues al atender el texto del Art. 42 podría pensarse que es obligación de las partes acudir a todo mecanismo de solución de diferencias establecido en el Tratado, quieran o no. Sin embargo, se debe anotar que en todo proceso arbitral el punto de partida es el acuerdo de las partes, que puede constar como se conoce de dos formas: mediante la

cláusula compromisoria o un compromiso arbitral. Si no precede una de estas formas, no se puede acceder al procedimiento arbitral.

Se remite a la frase final del inciso primero del Artículo 38 del Tratado que dice “cuando las partes así lo acuerden”. Esto con relación al sometimiento a arbitraje de las controversias surgidas por la aplicación o interpretación de contratos, convenios o acuerdos entre los órganos e instituciones del SAI o entre éstos y terceros. Por lo tanto se toma en cuenta la voluntad y la libertad que tienen las partes para elegir el arbitraje por el Tribunal de Justicia. No todos los órganos e instituciones del SAI están facultados por el Acuerdo de Cartagena para suscribir contratos, convenios o acuerdos; cada uno tiene su ámbito de atribuciones, por lo que se entendería que se darán en cualquiera de los tres casos: ya contratos suscritos entre ellos, convenios celebrados entre sí o con terceros o acuerdos igualmente entre sí o con terceros. Estos terceros podrían ser otros Estados o grupos de países, como expresa el inciso segundo. Se debería establecer si entre estos órganos e instituciones del SAI, al momento de contratar o convenir, se debe acordar un convenio arbitral, expresado a través de las dos formas enunciadas, a fin de acudir a los órganos encargados de laudar en la CAN, analizando si dentro de las atribuciones podrían tener esta facultad o deben realizar trámites adicionales para obtener el consentimiento requerido.

Sea la modalidad de acuerdo arbitral que elijan las partes, se requiere de los elementos básicos de cualquier contrato, es decir capacidad, consentimiento y objeto que en este caso se denomina arbitrabilidad del litigio¹³⁰, es decir que pueda ser resuelto mediante arbitraje comunitario andino. Estos y otros requisitos deben estar contemplados en el Reglamento comunitario a ser aprobado y los reglamentos de los centros de arbitraje, que deberán estar en concordancia con éste, considerando el ordenamiento jurídico andino y las normas sustantivas que las partes decidan.

¹³⁰ E. Artuch Iberri, *Arbitraje Comercial Internacional*, obra cit., p. 16.

El mencionado tercer elemento que se debe tener en cuenta para motivar los laudos es la consideración de la arbitrabilidad del litigio, se refiere a la materia misma de ser susceptible de arbitraje andino. Para efectos de su análisis, se parte del mismo texto de los Artículos 38 y 39 del Tratado. Estas materias son: i) Contratos, convenios o acuerdos suscritos entre órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración: es decir cuando surjan controversias por la aplicación o interpretación de estos actos jurídicos. Estos actos pueden ser convenios de complementación industrial, de cooperación, acuerdos de complementación económica, agropecuaria, de promoción del comercio, asistencia financiera, técnica. En estos casos el arbitraje sería resuelto por el Tribunal de Justicia. ii) Contratos, convenios o acuerdos suscritos entre los órganos e instituciones del SAI y terceros, aclarando que estos terceros pueden o no ser particulares. El arbitraje estaría a cargo del Tribunal de Justicia.

iii) Diferencias entre Países Miembros o los órganos e instituciones del SAI, con terceros países o grupos de países, según lo dispuesto también en el inciso segundo del Artículo 41 del Tratado. Este arbitraje también lo llevaría el Tribunal. iii) Entre particulares: con mayor facilidad se podría aplicar el arbitraje andino a los contratos de carácter privado, campo en el cual los empresarios tendrían un medio adecuado para resolver sus diferencias sin tener que recurrir a foros diferentes como centros de arbitraje en Norteamérica o Europa. Las materias podrán ser numerosas o diversas, se pueden tratar incluso asuntos sobre trabajadores considerados en forma individual o colectiva, consumidores y medio ambiente. Este tipo de arbitraje podría ser llevado indistintamente por el Tribunal de Justicia o la Secretaría General.

CONCLUSIONES

En el campo del Arbitraje Comercial Internacional existe la denominada Organización Mundial del Comercio u OMC, que está conformada por los gobiernos de sus Estados Miembros y los representantes de las Comunidades Europeas que suscribieron el Acuerdo de Marrakech por el se la estableció, teniendo actualmente 153 Miembros que buscan fortalecer la economía mundial con miras a un crecimiento del comercio multilateral. La OMC se funda en diversos textos jurídicos, entre ellos los denominados Acuerdos y en especial el Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias o ESD, el cual establece el Órgano de Solución de Diferencias u OSD que es el encargado de las consultas y la solución de diferencias entre los Miembros.

Al aplicar las normas del ESD, al surgir diferencias entre los Miembros de la OMC, se designan árbitros o tribunales arbitrales, formados por personas que suelen ser las mismas que conocieron los asuntos formando parte de los grupos especiales que trataron la diferencia en la fase inicial de la misma.

Una vez que se ha analizado la naturaleza jurídica del laudo arbitral emitido en el seno de la OMC, más concretamente en el ESD, se puede concluir que es el producto de la actuación de los árbitros con la que termina un proceso arbitral, consistente en una sentencia arbitral extranjera, con que finaliza una diferencia surgida entre dos partes que consisten en Estados Miembros de la OMC, quienes libre y voluntariamente deciden acudir al método alternativo de solución de controversias denominado arbitraje, o se sujetan al mismo en el curso de otros procedimientos de solución de diferencias, establecidos en el ordenamiento jurídico que rige los Acuerdos de la OMC.

La Comunidad Andina o CAN, es una organización de la subregión andina conformada por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú y está inserta en el campo del Derecho Comunitario que tiene características propias, diferentes de las propias del ámbito del Derecho Internacional. En la CAN, el arbitraje es también considerado un método alternativo de solución de controversias, a través del cual dos partes en conflicto podrán acordar el acudir a la función arbitral establecida en su ordenamiento jurídico comunitario, surgida a raíz de la suscripción del Acuerdo de Cartagena. El arbitraje andino como se lo conoce, está previsto como un procedimiento que también debe terminar con un laudo arbitral que será una sentencia que pone fin al proceso arbitral.

Tanto en la OMC como en la CAN, el arbitraje tiene su origen en el acuerdo de las partes para acudir al mismo, el cual se concretará de un convenio arbitral que puede consistir en una cláusula compromisoria o en un compromiso arbitral, según aquello que los participantes decidan o las circunstancias del caso lo permitan.

Una semejanza a considerar, es que tanto en la OMC como en la CAN se ha dispuesto que una vez emitidos los laudos arbitrales, terminan los procesos sin que quepan otros procesos, pues al designar a los árbitros para un proceso arbitral se les otorga competencia única y exclusiva para ese proceso, es decir para solucionar una diferencia específica, luego de lo cual se termina su competencia. Esta disposición se basa en la consideración de que un laudo arbitral se asimila a una sentencia que pasa por autoridad de cosa juzgada y por lo tanto se ejecutoría perdiéndose la posibilidad de plantear diversos recursos.

El arbitraje en derecho y el arbitraje en equidad están presentes tanto en la OMC como en la CAN. El arbitraje en derecho consistirá siempre en fundamentar los procesos y las decisiones en las normas de derecho positivo vigente que cada organización tiene; en la OMC será el Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rigen la solución de Diferencias u OSD, mientras que en la CAN será el Tratado de Creación del Tribunal de

Justicia de la Comunidad Andina. El arbitraje en equidad siempre será el realizado en consciencia, fundado en la buena fe, o el basado en el leal saber y entender del árbitro, lo que no significa que se aparta de la ley, sino que evita aplicarla con rigurosidad adaptando la intención de las partes para encontrar la solución más justa y adecuada a sus intereses

Los laudos arbitrales que se emiten en la OMC y aquellos que llegaren a emitirse en la CAN, deberán tener en cuenta siempre los asuntos sometidos a la consideración de los árbitros designados, lo que quiere decir que ellos deberán laudar solamente sobre los puntos controvertidos y accesorios, más no sobre asuntos que no tienen conexión con la diferencia, existiendo sí la posibilidad de laudos que van resolviendo diversas situaciones durante la controversia.

En cuanto a la forma de los laudos arbitrales, estos deberán contener tres tipos de requisitos, a saber: formales, procesales y materiales. Los requisitos formales consisten en la exigencia de que el laudo debe constar por escrito y estar firmado por los árbitros, además de requisitos adicionales como el lugar y fecha de emisión. Entre los requisitos procesales, se dispone que el arbitraje debe respetar un debido proceso según el cual la citación de la diferencia a la otra parte es básica para evitar la nulidad del proceso; por otro lado el laudo arbitral pasará por autoridad de cosa juzgada, adquiriendo firmeza que es garantía de ejecución. Los requisitos materiales estarán dados por la compatibilidad de los laudos con los ordenamientos jurídicos de cada uno de los Estados Miembros en las dos organizaciones analizadas.

Al concluir un proceso arbitral en la OMC y emitirse el laudo respectivo, el árbitro deberá fundamentar su decisión en primer lugar en el acuerdo de las partes; en segundo lugar en las reglas del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rigen la solución de Diferencias o ESD, así como en los Acuerdos abarcados. En la CAN, los árbitros

van a fundar sus laudos en las normas comunitarias constantes en el Acuerdo de Cartagena, protocolos y tratados adicionales, en especial el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la CAN.

La obligatoriedad de cumplimiento de las normas de los Acuerdos que tanto en la OMC como en la CAN se debe concretar, nace de lo prescrito en ellos mismos. Así en el OSD se establece que los laudos deben cumplirse y no se buscará otro laudo, es decir cuando se obtiene la resolución arbitral ya no es posible acudir a otro mecanismo adicional, por cuanto el laudo es la sentencia definitiva; la obligatoriedad nace de lo ordenado en el Artículo 22 del ESD. El Tratado de Creación del Tribunal de la CAN, establece que no se someterán las controversias a otros procedimientos distintos de los establecidos en ese Tratado, siempre que se refieran a la aplicación de las normas del referido Tratado.

Existen ciertas diferencias que parten de la consideración de la norma comunitaria andina en relación con las normas de Derecho Internacional aplicadas en la OMC, pues la primera de las nombradas por su naturaleza es considerada supranacional, con características propias que nacen de la primacía que el orden jurídico comunitario tiene frente a los ordenamientos jurídicos internos de los Estados Miembros de la CAN. La norma comunitaria tiene supremacía normativa en el Derecho Comunitario, cuya naturaleza y características son propias de los procesos integradores, gracias a la autonomía del ordenamiento jurídico comunitario que permite la atribución del ejercicio de competencias a órganos comunitarios, en este caso órganos del Sistema Andino de Integración. Estas normas cubren un ámbito amplio de materias, según se vayan incluyendo en los tratados, decisiones y resoluciones.

En cambio, las normas que contienen los Acuerdos de la OMC son diferentes a las comunitarias, pues consisten en normas del Derecho Internacional Económico que regulan el comercio entre empresas privadas que pertenecen a los Estados Miembros, siendo el Estado mismo que está implicado en la relación jurídica con los demás Miembros de la OMC. El

ESD no es una norma jurídica que tenga supremacía sobre los ordenamientos jurídicos de los miembros de la OMC, sino que se lo aplica una vez que surge alguna controversia entre ellos. Las normas de los acuerdos comerciales ingresan al ordenamiento jurídico de los Estados Miembros y se ubican generalmente -en un orden jerárquico- luego de las Constituciones de los Estados, debiendo estar siempre en conformidad con ellas.

Existe una gran diferencia en este punto, puesto que se atribuye función arbitral a dos órganos del Sistema Andino de Integración o SAI, el Tribunal de Justicia y la Secretaría General. El Tribunal de Justicia de la CAN es un órgano jurisdiccional cuyas competencias están asignadas por el Tratado de Creación del mismo, en acción de incumplimiento, interpretación prejudicial, recurso por omisión o inactividad, jurisdicción laboral y la novedosa función arbitral. La Secretaría General de la CAN es el órgano ejecutivo de la misma, sus facultades constan establecidas en el Acuerdo de Cartagena y se resumen en el apoyo técnico que otorgue a los demás órganos e instituciones del Sistema Andino de Naciones o SAI; además se le atribuye también función arbitral a través del Arbitraje Administrado. El Arbitraje Administrado es el que se efectúa en centros de arbitraje nacionales o internacionales y, según lo manifestado en las Jornadas de Reflexión del Arbitraje, en la Comunidad Andina no se desarrollaría directamente en el Tribunal de Justicia o en la Secretaría General, sino en los centros de arbitraje que serían los encargados de preparar los laudos y los órganos comunitarios los emitirían en definitiva.

En cambio, en la OMC, el arbitraje está a cargo de árbitros que se designan para cada caso en concreto y generalmente son miembros de los grupos especiales u órgano de apelación que actúan previamente procurando una solución a la diferencia; por lo tanto no hay en la OMC y más concretamente en el Órgano de Solución de Diferencias un centro permanente de arbitraje, tampoco hay un órgano jurisdiccional o ejecutivo que se encargue de una función judicial.

La ejecución de los laudos arbitrales emitidos en el seno del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC, debe ser ejecutada luego de un proceso de homologación o exequátur si la legislación interna de cada Estado miembro lo estipula, en virtud de que consisten en laudos extranjeros y tienen un tratamiento especial de reconocimiento y ejecución.

Se puede afirmar, que cuando se reglamente la función arbitral en la CAN, los laudos que emitan el Tribunal de Justicia y la Secretaría General deben ser ejecutados en forma directa e inmediata, sin acudir a procedimientos de homologación o exequátur para su reconocimiento y ejecución, por cuanto pertenecen al ordenamiento jurídico comunitario andino y son de aplicación directa.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- Alan Redfern y Martin Hunter con Nigel Blackaby y Constantine Partasides, *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, 4ª edición, La Ley, 1ª edición Argentina, Buenos Aires, 2007.
- 2.- Alberto Zelada Castedo, *El Régimen sobre Medios para la Solución de Diferencias de la Organización Mundial de Comercio (OMC)*.
- 3.- Alberto Zelada Castedo, *Solución de controversias en el Derecho Internacional Económico y en el Derecho de la Integración Regional*, Universidad Andina Simón Bolívar, 1ª edición, Sucre, 1993.
- 4.- Alfredo Mohorade, *Arbitraje*, Marcos Lerner Editora Córdoba, Argentina.
- 5.- Antonio Remiro Brotóns y Carlos Espósito, *La Organización Mundial del Comercio y el Regionalismo Europeo*, Dykinson, Madrid, 2001.
- 6.- Antonio Remiro Brotóns, *Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, Los Convenios internacionales y su aplicación en España*, Editoriales de Derecho Reunidas S.A., Madrid.
- 7.- Antonio Remiro Brotóns y, Rosa M. Riquelme Castedo, Javier Díez-Hochleitner, Esperanza Orhuela Calatayud, Luis Pérez-Prat Durbán, *Derecho Internacional*, Mc Graw, Madrid, 1997.
- 8.- Araceli Mangas Martín, Diego J. Liñán Nogueras, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Editorial Tecnos, 3ª edición, Madrid, 2002.
- 9.- Bernhard Cansen, *El Papel de la Unión Europea en la Solución de las Diferencias Comerciales en la OMC*, Traducción de Irene Blázquez Navarro, Universidad Autónoma de Madrid.
- 10.- Calogero Pizzolo, *Globalización e Integración*, Ediar, Buenos Aires, 2002.
- 11.- Claudia Madrid Martínez, *Derecho Procesal Civil Internacinal*, In memoriam Rariana B. de Maekelt, Serie Estudios 88, Caracas, 2010.
- 12.- Derecho de los Tratados, 2ª edición, Editorial Leyes, Bogotá, 1995.
- 13.- Eduardo Silva Romnero y Fabricio Mantilla Espinosa, *El Contrato de Arbitraje*, Universidad del Rosario, Legis, 1ª edición, Colombia, 2005.
- 14.- Galo Pico Mantilla, *Código de la Comunidad Andina*, 2ª edición, EUMED.NET, Universidad de Málaga, 2008.
- 15.- Germán Ramírez-Bulla, *Política Exterior y Tratados Públicos*, Dvinni Editorial, 1ª edición, Bogotá-Colombia, 1999.
- 16.- Ileana Di Giovanni, *Derecho Internacional Económico y Relaciones Económicas Internacionales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.
- 17.- Introducción al Derecho Comunitario Andino, Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, Quito, 1985.
- 18.- Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, Cevallos editora jurídica, 2009, Quito.

- 19.- José Luis González-Montes Sánchez, *La asistencia judicial al arbitraje* (Ley 60/2003, de 23 de diciembre), 1ª edición, Editorial Reus, S.A., Madrid-España, 2009.
- 20.- Juan Falcón Puig, *Arbitraje en Conflictos Civiles y Comerciales*, Corporación Editora Nacional, Quito, 1994.
- 21.- Los Resultados de la Ronda Uruguay: una evaluación inicial. Documento de apoyo al Informe sobre el Comercio y el Desarrollo, 1994. UNCTAD/14. Supplement (Vol I), 14 de octubre de 1994, Español.
- 22.- Luis Sáchica C, *El Ordenamiento jurídico andino y su Tribunal de Justicia*, en el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, INTAL, Buenos Aires, 1985.
- 23.- Manuel Medina, *La Comunidad Europea y sus principios constitucionales*, Ed Tecnos, Madrid, 1974.
- 24.- Manuel Medina de Lemus, *Contratos de Comercio Exterior*, Dykinson, 2ª edición, Madrid, 2000.
- 25.- Marcel Tangarife Torres, *Derecho de la Integración en la Comunidad Andina*, Biblioteca Jurídica Diké, 1ª edición, Bogotá, 2002.
- 26.- María Blanca Noodt Taquela, *Arbitraje Internacional en el MERCOSUR*, Buenos Aires.
- 27.- Matthías Herdegen, *Derecho Económico Internacional*, Biblioteca Jurídica DIKE, 2ª edición española, Medellín-Colombia, 1998.
- 28.- Max-Planck-Institut, *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina*, Fundación de Cultura Universitaria, 1ª edición, Montevideo, Uruguay, 2002.
- 29.- Miguel A. Espino González, *La Organización Mundial del Comercio y sus Instrumentos Normativos, Presentación General e Introductoria de los Aspectos Jurídicos, Procedimentales y Estructurales del Comercio Internacional*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Santa Fé de Bogotá D.C., Colombia, 1998.
- 30.- Roque J. Caivano, *Arbitraje*, Editorial Ad-Hoc, Madrid, 2003.
- 30.- Rubén Santos Balandro, *Seis Lecciones sobre el Arbitraje Privado (interno e internacional)*, Asociación de Escribanos de Uruguay, 1ª edición, Monevideo, 2002.
- 31.- Rubén Santos Balandro, *Arbitraje Comercial Internacional*, Universidad Mayor de la República-Uruguay, Oxford University Press, 2ª edición, México, 2000.
- 32.- Susana Camila Navarrine y Rubén O. Asorey, *Arbitraje*, La Ley S.A., Buenos Aires, 1992.

TEXTOS JURÍDICOS CONSULTADOS

- 1.- Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio. Publicado por la Secretaría del GATT, Ginebra, 1994.
- 2.- Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, 1958.
- 3.- Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, Panamá, 30 de enero de 1975.
- 4.- Convención Internacional para la ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, Ginebra, 26 de septiembre de 1927.
- 5.- Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia, 2009.

- 6.- Constitución de Colombia.
- 7.- Constitución de la República del Ecuador, 2008.
- 8.- Constitución Política del Perú.
- 9.- Decisión relativa a los procedimientos de notificación. Textos Jurídicos de la OMC.
- 10.- Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias. Textos Jurídicos de la OMC.
- 11.- Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, Colombia, 1996.
- 12.- Ley de Arbitraje y Conciliación No. 1770, Bolivia.
- 13.- Ley de Mediación y Arbitraje, Ecuador.
- 14.- Ley Peruana de Arbitraje, Peru, 2008.
- 15.- Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil.

PÁGINAS DE INTERNET REVISADAS

www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/217-arb_s.doc.

www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/160r-00.doc.

www.uncitral.org

www.corte-arbitraje.org

www.pca.cpa.org

ANEXOS**BRASIL - PROGRAMA DE FINANCIACIÓN DE LAS
EXPORTACIONES PARA AERONAVES****RECURSO DEL BRASIL AL ARBITRAJE PREVISTO
EN EL PÁRRAFO 6 DEL ARTÍCULO 22 DEL ESD
Y EL PÁRRAFO 11 DEL ARTÍCULO 4
DEL ACUERDO SMC****DECISIÓN DE LOS ÁRBITROS**

La decisión de los Árbitros sobre *Brasil - Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves - Recurso del Brasil al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD) y el párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (SMC)* se distribuye a todos los Miembros de conformidad con el ESD. El informe se distribuye como documento de distribución general a partir del 28 de agosto de 2000 de conformidad con los Procedimientos para la distribución y supresión del carácter reservado de los documentos de la OMC (WT/L/160/Rev.1).

ÍNDICE

	<u>Página</u>
I. INTRODUCCIÓN	1
A. SOLICITUD DE ARBITRAJE Y ELECCIÓN DE LOS ÁRBITROS.....	1
B. PRESENTACIÓN DEL INFORME	1
II. CUESTIONES PRELIMINARES	2
A. CALENDARIO DEL ARBITRAJE	2
B. SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO DE DERECHOS EN CALIDAD DE TERCERO	4
C. CARGA DE LA PRUEBA.....	4
III. DETERMINACIÓN DE LAS "CONTRAMEDIDAS APROPIADAS"	6
A. ÁMBITO DEL MANDATO DE LOS ÁRBITROS	6
1. Disposiciones aplicables	6
a) Disposiciones de la OMC.....	6
b) Condición jurídica del Acuerdo Bilateral	7
2. Alegaciones y argumentos específicos formulados por el Brasil.....	9
3. Función de los Árbitros.....	10
B. ¿SON LAS CONTRAMEDIDAS PROPUESTAS POR EL CANADÁ UNAS "CONTRAMEDIDAS APROPIADAS"?	10
1. Resumen de la metodología aplicada por el Canadá y del planteamiento de la réplica del Brasil.....	10
a) Metodología del Canadá.....	10
b) Planteamiento de la réplica del Brasil	11
c) Observaciones preliminares sobre las consecuencias de estos planteamientos para la función de los Árbitros	12
2. ¿El término "contramedidas" que figura en los párrafos 10 y 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC es aplicable al tipo de contramedidas que el Canadá tiene previsto adoptar?	12
3. Significado de "apropiadas"	12
a) Cuestiones sometidas a los Árbitros	12
b) ¿La "subvención" que se utilizará como base para el cálculo del nivel de las contramedidas apropiadas será la parte de los pagos del PROEX que reducen el tipo de interés neto por debajo del tipo de referencia apropiado o la suma total de los pagos realizados a cargo del PROEX?	13
c) ¿Debe responder el nivel de las contramedidas a la cuantía de las subvenciones otorgadas por el Brasil o debe ser equivalente al nivel de la anulación o el menoscabo sufridos por el Canadá?.....	16
i) <i>Análisis de las disposiciones pertinentes</i>	16

ii) Efectos por lo que respecta al número de ventas de aeronaves que han de tenerse en cuenta para el cálculo de las contramedidas apropiadas.....	21
Tratamiento de las ventas de determinados modelos de aeronaves	21
Tratamiento de los contratos anteriores al 18 de noviembre de 1999	21
4. Metodología aplicada por los Árbitros.....	22
C. CÁLCULO DEL NIVEL APROPIADO DE LAS CONTRAMEDIDAS	23
1. Precio unitario medio por modelo	23
a) Elementos básicos	23
i) Precio de venta	23
ii) Piezas de repuesto	23
b) Resultados.....	24
2. Proyección de la producción anual de aeronaves, por modelo.....	24
3. Cálculo del valor actual de la subvención	27
a) Cálculo del valor actual de la subvención	27
i) Cuadros pertinentes.....	27
ii) Método de financiación	27
iii) Tasa de financiación.....	27
iv) Comisión del agente.....	27
v) Tipo de descuento	28
vi) Valor actual de la subvención por modelo de aeronave.....	29
b) Cálculo del valor actual total de la subvención	30
IV. LAUDO ARBITRAL.....	30
ANEXO	32

I. INTRODUCCIÓN

A. SOLICITUD DE ARBITRAJE Y ELECCIÓN DE LOS ÁRBITROS

1.1 El 10 de mayo de 2000 el Canadá, de conformidad con el párrafo 10 del artículo 4 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias ("Acuerdo SMC") y el párrafo del artículo 22 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias ("ESD") solicitó la celebración de una reunión especial del Órgano de Solución de Diferencias ("OSD"), para que éste autorizara al Canadá a adoptar contramedidas apropiadas por una cuantía de 700 millones de dólares canadienses ("\$Can") por año (WT/DS46/16). En la reunión que celebró el OSD el 22 de mayo de 2000, el Brasil solicitó que, de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, se sometiera la cuestión a arbitraje.¹³¹

1.2 En respuesta a la solicitud del Brasil, el OSD decidió someter la cuestión al arbitraje del Grupo Especial que había entendido inicialmente en el asunto, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD y el párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC. Los Árbitros debían determinar si las contramedidas solicitadas por el Canadá en el documento WT/DS46/16 eran apropiadas; quedó entendido que no se adoptaría ninguna contramedida en espera del informe del Órgano de Apelación y hasta que se hubiera distribuido el informe de los Árbitros en el presente asunto.¹³²

1.3 El arbitraje estuvo a cargo del Grupo Especial que había entendido inicialmente en el asunto ("los Árbitros"), integrado por las siguientes personas:

Presidente: Dr. Dariusz Rosati

Miembros: Profesor Akio Shimizu
Dr. Kajit Sukhum

B. PRESENTACIÓN DEL INFORME

1.4 La estructura del presente informe es la siguiente: nos ocupamos en primer lugar de varias cuestiones debatidas en el curso de este procedimiento y que considerábamos que debían ser adecuadamente analizadas en nuestro informe para información de los Miembros y en beneficio de la transparencia del procedimiento. Se trata del calendario concreto seguido por los Árbitros en el presente caso y de la solicitud de reconocimiento de derechos en calidad de tercero presentada por Australia. Se incluye además una sección sobre la carga de la prueba, en la que describimos la forma en que hemos tratado de examinar los diversos datos aportados por las partes, teniendo presente que este asunto se refiere a las exportaciones de una sola empresa, el fabricante brasileño de aeronaves *Empresa Brasileira de Aeronáutica S.A.* ("Embraer").

1.5 En segundo lugar, procedemos a la determinación de las "contramedidas apropiadas" en el presente caso, en el sentido de los párrafos 10 y 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC. A este respecto, delimitamos en primer lugar el ámbito de nuestra tarea. Seguidamente, pasamos a determinar si la suspensión de concesiones u otras obligaciones propuestas por el Canadá¹³³ está comprendida en la definición del término "contramedidas". A continuación, nos ocupamos de la cuestión de si las contramedidas propuesta por el Canadá son "apropiadas". A tal fin, determinamos en primer lugar el

¹³¹ Véase el documento WT/DSB/M/81, párrafo 10. El Brasil confirmó posteriormente su solicitud en una comunicación de fecha 7 de junio de 2000 (WT/DS46/18). En la reunión de 22 de mayo de 2000 del OSD, el Brasil notificó además al OSD su decisión de apelar ante el Órgano de Apelación con respecto a determinadas cuestiones de derecho tratadas en el informe del Grupo Especial, establecido de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD.

¹³² Véase el documento WT/DSB/M/81, párrafo 31.

¹³³ Véase el documento WT/DS46/16.

significado de la palabra "apropiadas" en relación con el *nivel* de las contramedidas que puede considerarse "apropiado". Para ello, abordamos las cuestiones del retiro de la "subvención prohibida" en su cuantía efectiva, de conformidad con el párrafo 7 del artículo 4 del Acuerdo SMC y de si las medidas del Canadá deben basarse en el nivel de anulación o menoscabo sufrido o en el importe total de las subvenciones en el marco de los pagos de equiparación de los tipos de interés del *Programa de Financiamento às Exportações* ("PROEX") del Brasil. A continuación aplicamos los criterios identificados y realizamos nuestros propios cálculos para determinar si el nivel de las contramedidas propuestas por el Canadá es apropiado.

1.6 En tercer lugar, establecemos en nuestra conclusión el nivel de las contramedidas que consideramos apropiado en el presente asunto.

II. CUESTIONES PRELIMINARES

A. CALENDARIO DEL ARBITRAJE

2.1 Los Árbitros se reunieron con las partes el 30 de mayo de 2000 para establecer sus procedimientos de trabajo y su calendario. El Canadá y el Brasil, por razones diferentes, formularon objeciones al calendario propuesto inicialmente por los Árbitros. Los Árbitros tuvieron en cuenta las observaciones de las partes y tomaron asimismo en consideración la complejidad de la situación jurídica y fáctica, que era consecuencia fundamentalmente de dos elementos:

- a) la existencia de un acuerdo bilateral entre las partes sobre el recurso a los artículos 21 y 22 del ESD y el artículo 4 del Acuerdo SMC ("Acuerdo Bilateral"), en el que se establecían plazos en relación con el recurso al artículo 22¹³⁴; y
- b) el hecho de que el Brasil había apelado ante el Órgano de Apelación contra determinadas constataciones del informe del Grupo Especial establecido de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD al tiempo que solicitaba que la cuestión fuera sometida a arbitraje de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, y de que estaba previsto que el informe del Órgano de Apelación en relación con el procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 se distribuyera el 21 de julio de 2000.

Los plazos mencionados en el Acuerdo Bilateral resultaban difíciles de conciliar con la situación creada por la apelación del Brasil.¹³⁵ También había de tenerse en cuenta el grado en que el Acuerdo Bilateral podía haber afectado a los derechos y obligaciones de las partes en el marco del ESD. La decisión del Órgano de Apelación podía tener influencia en la determinación de la medida en que podía considerarse que el Brasil había puesto su legislación en conformidad con sus obligaciones en virtud de la OMC. Las debidas garantías de procedimiento exigían que las partes estuvieran en condiciones de poder formular

¹³⁴ Véase el documento WT/DS46/13. Los Árbitros señalan a este respecto que el Acuerdo Bilateral no hace referencia expresamente a la posibilidad de que una parte apele contra el informe del Grupo Especial establecido de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD y observan además que el Brasil, en la reunión de 9 de diciembre de 1999, se reservó su derecho a apelar contra el informe de ese Grupo Especial, publicado de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 (WT/DSB/M/72, página 2).

¹³⁵ En la audiencia con los Árbitros, celebrada el 14 de julio de 2000, el Brasil declaró que el recurso por el Canadá al párrafo 2 del artículo 22 del ESD antes de que hubiera finalizado el procedimiento de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 constituía una violación grave del Acuerdo Bilateral. El Brasil, remitiéndose al artículo 60 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) (U.N. Doc. A/CONF. 39/27 (1969)) ("Convención de Viena"), declaró que daba por terminado el Acuerdo Bilateral. Nos ocupamos de esta cuestión en la sección III.A.1 *infra*.

observaciones significativas sobre el contenido del informe del Órgano de Apelación.¹³⁶ En consecuencia, los Árbitros adoptaron un calendario que, a su juicio, respetaba el espíritu de los artículos 21 y 22 del ESD y la finalidad del arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD y el artículo 4 del Acuerdo SMC¹³⁷, sin retrasar indebidamente la publicación del laudo.

2.2 Los Árbitros establecieron un calendario en el que se preveían dos fechas alternativas para la distribución de su informe. En caso de que el Órgano de Apelación se declarara incompetente para entender en el procedimiento sustanciado de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD o confirmara plenamente las conclusiones del Grupo Especial establecido de conformidad con ese párrafo, el informe se distribuiría el 26 de julio de 2000. En caso de que alguna de las partes considerara que las conclusiones del Órgano de Apelación requerían comunicaciones adicionales de las partes, se organizaría una segunda serie de comunicaciones y, posiblemente, una segunda audiencia, en cuyo caso el laudo de los Árbitros se emitiría el 23 de agosto de 2000.¹³⁸

2.3 Con arreglo al calendario mencionado, se invitó al Canadá a que el 5 de junio de 2000 a más tardar, presentara una comunicación en la que se explicara la metodología utilizada para calcular el nivel de las suspensiones propuesto. El Brasil formuló observaciones sobre la metodología del Canadá el 13 de junio de 2000. Las partes presentaron sus comunicaciones escritas iniciales el 26 de junio de 2000. Los Árbitros celebraron una reunión con las partes el 14 de julio de 2000. El 17 de julio de 2000 los Árbitros formularon preguntas a ambas partes y el Canadá formuló preguntas al Brasil. Ambas partes contestaron a las preguntas el 24 de julio. En esa misma fecha, el Brasil, tras examinar el informe del Órgano de Apelación distribuido el 21 de julio, presentó observaciones adicionales a los Árbitros. El Canadá formuló observaciones el 28 de julio. Los Árbitros, sobre la base de las respuestas dadas el 24 de julio por las partes a sus preguntas, formularon preguntas adicionales a las partes el 4 de agosto de 2000. Las partes dieron contestación a esas preguntas el 14 de agosto de 2000. Por las razones indicadas en el párrafo 2.14 *infra*, no se dio traslado del

¹³⁶ Coincidimos a este respecto con la declaración formulada por los Árbitros en *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos - Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD*, 9 de abril de 1999, WT/DS27/ARB ("CE - Banano (1999)"), párrafo 2.12:

"[...] dado que no cabe apelación contra nuestras decisiones, consideramos imprescindible conseguir el mayor grado posible de claridad con el fin de evitar futuras discrepancias entre las partes. Para alcanzar ese objetivo era preciso que las partes dispusieran de más tiempo para facilitarnos la información que necesitábamos para llevar a cabo nuestras tareas." (Véase también la nota 7 de pie de página a este párrafo.)

¹³⁷ Los Árbitros tienen también presente la cuestión de la "secuencia" de los recursos al párrafo 5 del artículo 21 y el párrafo 6 del artículo 22 del ESD y observaron que uno de los efectos del Acuerdo Bilateral era el establecimiento de esa "secuencia". Los Árbitros consideran que, al emitir su informe con posterioridad al informe del Órgano de Apelación, han respetado la intención de las partes. La cuestión de si el ESD requiere efectivamente esa secuencia no forma parte del mandato de los Árbitros. Los Árbitros han tomado nota además de la declaración hecha por el Canadá en la reunión de 22 de mayo de 2000 del OSD de que no aplicaría contramedidas antes de que se hubiera distribuido el informe del Órgano de Apelación.

¹³⁸ Los Árbitros desean recordar que el calendario adoptado en el presente caso, que difiere sustancialmente de los calendarios de arbitrajes anteriores realizados de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, venía impuesto por las circunstancias concretas del caso. Cabe aducir que, a consecuencia del informe del Órgano de Apelación en el presente asunto, ha quedado resuelta la cuestión de si una decisión de un grupo especial establecido de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 puede o no ser objeto de apelación. De ser así, es poco probable que en circunstancias similares se dé la inseguridad jurídica que llevó a los Árbitros a actuar de forma prudente y que el enfoque adoptado sienta un precedente. No obstante, los Árbitros entienden que el Órgano de Apelación no examinó la cuestión de su competencia en los procedimientos sustanciados de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, porque las partes no plantearon esa cuestión. Los Árbitros han de suponer que el Órgano de Apelación consideró que su competencia era evidente, por cuanto según un principio de derecho internacional público generalmente admitido, los tribunales deben examinar la cuestión de la competencia con independencia de que las partes la hayan planteado o no.

informe a las partes hasta el 21 de agosto de 2000. Posteriormente, el informe fue distribuido a los Miembros el 28 de agosto de 2000.

B. SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO DE DERECHOS EN CALIDAD DE TERCERO

2.4 El 5 de junio de 2000, Australia pidió a los Árbitros que, dada su participación en calidad de tercero en el procedimiento iniciado de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD y su interés sustancial y permanente en la diferencia, le reconocieran la condición de tercero.

2.5 A petición nuestra, las partes, dieron a conocer sus opiniones el 8 de junio de 2000. En esa misma fecha, informamos a Australia de que rechazábamos su petición. En nuestra decisión tuvimos en cuenta las opiniones expuestas por las partes, la inexistencia en el ESD de disposiciones relativas a la condición de tercero en el marco del artículo 22, y el hecho de que no consideramos que el presente procedimiento pueda afectar a los derechos de Australia.

2.6 Observamos a este respecto que, dentro de los arbitrajes previstos en el párrafo 6 del artículo 22, se reconocieron derechos en calidad de tercero en el arbitraje *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*¹³⁹ y no se reconocieron en el arbitraje *CE - Banano (1999)*.¹⁴⁰ No consideramos que, en el presente caso, Australia se halle, no ya en la misma situación que el Canadá y los Estados Unidos en los arbitrajes *CE - Hormonas*, sino ni siquiera en la misma situación que el Ecuador en los arbitrajes *CE - Banano (1999)*. De hecho, Australia no inició un procedimiento de solución de diferencias contra el Brasil con respecto al programa de financiación de las exportaciones en litigio. Tampoco señaló a la atención de los Árbitros ventajas resultantes para Australia o derechos de Australia en el marco del Acuerdo sobre la OMC a los que pudiera afectar su decisión.¹⁴¹

C. CARGA DE LA PRUEBA

2.7 Las partes se han ocupado en sus comunicaciones de la cuestión de la carga de la prueba. La necesidad de que los Árbitros se basen en datos que están sólo al alcance de una de las partes justifica asimismo que recordemos en este momento el trato que hemos dado a esos aspectos en el presente caso.

2.8 Conforme a la práctica establecida en la OMC en lo que respecta a la carga de la prueba en la solución de diferencias, incumbe al Miembro que alega que otro ha actuado de forma incompatible con las normas de la OMC la carga de probar esa incompatibilidad.¹⁴² En el presente caso, la medida en litigio es la propuesta del Canadá de suspender concesiones y otras obligaciones por una cuantía de 700 millones de dólares canadienses como "contramedidas apropiadas" en el sentido del párrafo 10 del artículo 4 del Acuerdo SMC.¹⁴³ El Brasil impugna la conformidad de esta propuesta con el artículo 22 del ESD y el párrafo 10 del artículo 4 del Acuerdo SMC. En consecuencia, corresponde al Brasil presentar pruebas suficientes para demostrar *prima facie* o establecer una "presunción" de que

¹³⁹Véase *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, reclamación inicial del Canadá, Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, 12 de julio de 1999, WT/DS48/ARB, párrafo 7; *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas)*, reclamación inicial de los Estados Unidos, Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, 12 de julio de 1999, WT/DS26/ARB, párrafo 7. En adelante denominaremos estas decisiones "*CE - Hormonas*".

¹⁴⁰ *Op. cit.*, párrafo 2.8.

¹⁴¹ Nuestra decisión tal vez hubiera sido distinto si Australia hubiera demostrado que las contramedidas que el Canadá proyecta adoptar pueden afectar a los derechos o ventajas derivados para Australia del Acuerdo sobre la OMC.

¹⁴² Véase también la forma en que se trata esta cuestión en la decisión de los Árbitros en *CE - Hormonas*, *op. cit.*, párrafos 8 a 11.

¹⁴³ Véase el documento WT/DS46/16.

las contramedidas que el Canadá se propone adoptar no son "apropiadas". Una vez que el Brasil lo haya hecho, corresponde al Canadá presentar pruebas suficientes para refutar esa "presunción". En caso de que las pruebas concernientes a una alegación determinada tengan igual peso, los Árbitros concluirían que la alegación no ha sido demostrada. En caso de que todas las pruebas tengan igual peso, el Brasil, en su calidad de parte a la que incumbe inicialmente la carga de la prueba, será la parte vencida.

2.9 Una cuestión distinta de la cuestión de a quién incumbe la carga de la prueba es la relativa a la obligación de ambas partes de aportar pruebas y colaborar en la presentación de pruebas a los Árbitros. Por esa razón, a pesar de que incumbe inicialmente al Brasil la carga de la prueba, podríamos pedir al Canadá que aportara pruebas que aclararan las razones por las que su propuesta representaba contramedidas apropiadas, y solicitamos a ese país que presentara un "documento de metodología" en el que se explicara la forma en que ha establecido el nivel de las contramedidas que propone.¹⁴⁴

2.10 Un problema conexo al que se enfrentaron los Árbitros en el presente caso consistía en que, en muchos casos, los datos iniciales necesarios para los cálculos o las evaluaciones obraban sólo en poder del Brasil. En los casos en que la fuente de esa información era el Gobierno brasileño, hemos dado por supuesta su buena fe y hemos aceptado la información y los datos justificativos facilitados por ese país, en la medida en que el Canadá también los ha aceptado o no ha aportado pruebas suficientes para poner en duda la exactitud de las declaraciones y/o los datos del Brasil.

2.11 No obstante, dado que el presente caso se refiere a subvenciones concedidas para la compra de aeronaves producidas por el fabricante brasileño de aeronaves Embraer, gran número de los datos esenciales para llevar a cabo nuestra tarea están únicamente al alcance de esa empresa. Hemos partido del supuesto de que Embraer era independiente del Gobierno del Brasil y, de que por esta razón, no podíamos dar a las declaraciones de esta empresa el mismo trato que habríamos dado a esas declaraciones si su fuente fuera un sujeto de derecho internacional.¹⁴⁵ En los casos en que el Brasil se limita a aportar declaraciones relativas a información que obraba únicamente en poder de Embraer, solicitamos que el Brasil apoyara esas declaraciones con documentos considerados habitualmente como pruebas, como artículos de la prensa especializada o declaraciones reproducidas en ella, informes anuales de la empresa o cualquier otra información certificada procedente de Embraer o de otras fuentes fiables. En los casos en que el Brasil no estaba en condiciones de aportar pruebas documentales, hemos solicitado una explicación detallada de las razones por las que no se disponía de esas pruebas y hemos manifestado que estábamos dispuestos a tener en cuenta las declaraciones escritas de directivos autorizados de Embraer, debidamente certificadas. Seguidamente hemos sopesado esas pruebas y las presentadas por el Canadá.

2.12 Con respecto a algunos puntos, como en el del precio unitario de cada uno de los modelos de aviones de transporte regional de Embraer, el Brasil manifestó que no estaba en condiciones de facilitar la información en cuestión o pruebas que la fundamentaran, pero que aceptaba los datos aportados por el Canadá. En esas circunstancias, aceptamos la información y las pruebas facilitadas por el Canadá.

¹⁴⁴ Este planteamiento es similar al adoptado por los Árbitros en los casos *CE – Banano (1999)* y *CE - Hormonas, op .cit.*

¹⁴⁵ Véase el párrafo anterior, en el que aplicamos una presunción de buena fe a las declaraciones y pruebas cuya fuente sea un sujeto de derecho internacional (sobre la presentación y evaluación de las pruebas, véanse, entre otros, los fallos de la Corte Internacional de Justicia de 9 de abril de 1949 en *Corfu Channel Case*, ICJ Reports 1949, página 32; de 11 de septiembre de 1992 en *Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador v. Honduras, Nicaragua intervening)*, ICJ Reports 1992, página 399, párrafo 63; y sobre el fondo del asunto *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)*, ICJ Reports 1986, página 40, párrafo 60.

2.13 Por último, en el curso del procedimiento el Brasil ha insistido en el carácter confidencial de determinados documentos que ha facilitado a los Árbitros. Éramos conscientes de los graves problemas que podía provocar la divulgación de determinada información comercial o financiera. Éramos asimismo conscientes del hecho de que la plena cooperación de los Miembros y de los particulares en el mecanismo de solución de diferencias de la OMC, que es imprescindible para evaluar objetivamente los hechos, depende en muchos casos de la protección adecuada de la información confidencial.

2.14 Por esta razón, decidimos preparar dos versiones del presente informe. De la primera, en la que se incluyen los detalles de nuestros cálculos y toda la información en la que se han basado, se ha dado traslado exclusivamente a las partes, de forma confidencial. La segunda, de la que se han eliminado la mayoría de los datos sensibles desde el punto de vista comercial, se ha distribuido a los Miembros¹⁴⁶. Aunque esta última versión no incluye algunos datos, es suficientemente detallada para que todos los Miembros puedan entender el razonamiento de los Árbitros y la metodología aplicada para determinar si las contramedidas propuestas por el Canadá son apropiadas. Los Árbitros consideran que, de esta forma, han respetado las obligaciones que les impone el ESD sin perjuicio de proteger adecuadamente el carácter confidencial de determinada información que las partes han solicitado que se considere como tal.

III. DETERMINACIÓN DE LAS "CONTRAMEDIDAS APROPIADAS"

A. ÁMBITO DEL MANDATO DE LOS ÁRBITROS

1. Disposiciones aplicables

a) Disposiciones de la OMC

3.1 Los Árbitros señalan que las disposiciones que establecen su mandato se examinan también en varias de las secciones siguientes. En consecuencia, en lugar de citarlas cada vez que se hace referencia a ellas, las reproducen a continuación, y se remiten a estos párrafos en caso necesario.

3.2 El párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC establece lo siguiente:

"En caso de que una parte en la diferencia solicite un arbitraje al amparo de lo dispuesto en el párrafo 6 del artículo 22 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias ("ESD"), el Árbitro determinará si las contramedidas son apropiadas." [Nota 10 de pie de página.]

El texto de la nota 10 de pie de página es el siguiente:

"Este término no permite la aplicación de contramedidas que sean desproporcionadas sobre la base de que las subvenciones a que se refieren las disposiciones del presente artículo están prohibidas."

3.3 El párrafo 11 del artículo 4 del *Acuerdo SMC* se refiere a un arbitraje solicitado al amparo de lo dispuesto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD. El texto de la parte pertinente de ese párrafo, es el siguiente:

"[...] No obstante, si el Miembro afectado impugna el nivel de la suspensión propuesta, o sostiene que no se han seguido los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3, en el caso de que una parte reclamante haya solicitado

¹⁴⁶ El texto de la versión distribuida a los Miembros es idéntico al texto de la versión confidencial entregada a las partes, con la salvedad de que la información que los Árbitros han considerado confidencial, habida cuenta de las observaciones de las partes, ha sido sustituida por la anotación "xxx".

autorización para suspender concesiones u otras obligaciones al amparo de lo dispuesto en los párrafos 3b) o 3c), la cuestión se someterá a arbitraje [...]."

3.4 El texto de la parte pertinente del párrafo 7 del artículo 22, que describe la función de los Árbitros que actúen en cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 7 del artículo 22, es el siguiente:

"El Árbitro [...] determinará si el nivel de esa suspensión es equivalente al nivel de la anulación o el menoscabo. El Árbitro podrá también determinar si la suspensión de concesiones u otras obligaciones propuestas está permitida en virtud del acuerdo abarcado. Sin embargo, si el asunto sometido a arbitraje incluye la reclamación de que no se han seguido los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3, el Árbitro examinará la reclamación. En el caso de que determine que no se han seguido dichos principios y procedimientos, la parte reclamante los aplicará de conformidad con las disposiciones del párrafo 3 [...]."

3.5 Los Árbitros son conscientes de que los párrafos 10 y 11 del artículo 4 tienen la naturaleza de "normas y procedimientos especiales o adicionales" en el sentido del párrafo 2 del artículo 1 del ESD. Tras examinar las opiniones expuestas por las partes, seguimos la práctica del Órgano de Apelación que se precisa en su informe sobre *Guatemala - Investigación antidumping sobre el cemento Portland procedente de México*.¹⁴⁷

b) Condición jurídica del Acuerdo Bilateral

3.6 Tanto el Canadá como el Brasil se han remitido al Acuerdo Bilateral, concluido el 23 de noviembre de 1999 y notificado al OSD en un anexo a una comunicación presentada por el Canadá.¹⁴⁸ En la audiencia con los Árbitros que se celebró el 14 de julio de 2000, el Brasil declaró que había dado por terminado el Acuerdo Bilateral por razón de la violación grave del mismo por el Canadá. El Brasil se remitió al artículo 60 de la Convención de Viena y manifestó que, de conformidad con el párrafo 7 del artículo 22 del ESD, los Árbitros deben determinar que las contramedidas propuestas no están permitidas en virtud del Acuerdo SMC debido a que ha expirado el período en el que podían ser autorizadas. El Canadá consideraba que los Árbitros no tenían facultades para interpretar el Acuerdo Bilateral. Añadió que ninguna disposición del Acuerdo SMC prevé que un Miembro haya de solicitar u obtener la autorización para adoptar contramedidas dentro de un plazo determinado. Además, el párrafo 6 del artículo 22 del ESD no prevé que un Miembro esté obligado a adoptar medidas dentro de un plazo determinado.

3.7 Con respecto al Acuerdo Bilateral, los Árbitros consideran que la primera cuestión que es preciso analizar es si el Acuerdo afecta a sus tareas. Sin entrar a interpretarlo, los Árbitros observan que la única disposición que podría considerarse que afecta a su labor es su párrafo 5¹⁴⁹, que establece

¹⁴⁷ Adoptado el 25 de noviembre de 1998, WT/DS60/AB/R ("*Guatemala - Cemento*"). Véanse, especialmente, los párrafos 65 y 66, en los que el Órgano de Apelación declaró que las normas y procedimientos especiales o adicionales a que se hace referencia en el párrafo 2 del artículo 1 del ESD se ensamblan con las normas y procedimientos de aplicación general del ESD en un sistema global, integrado, de solución de las diferencias (párrafo 66). Las normas y procedimientos especiales o adicionales prevalecerán sobre las disposiciones del ESD en la medida en que exista una discrepancia entre las dos series de disposiciones. Si no hay ninguna "discrepancia", se aplicarán conjuntamente las normas y procedimientos del ESD y las disposiciones especiales o adicionales de los acuerdos abarcados. Sólo podrá llegarse a la conclusión de que una norma o procedimiento especial o adicional prevalece sobre una disposición del ESD en el supuesto en que el cumplimiento de una disposición lleve aparejada la vulneración de la otra, es decir en caso de conflicto entre ellas (párrafo 65); véase también el informe del Órgano de Apelación en *Brasil - Medidas que afectan al coco desecado*, adoptado el 20 de marzo de 1997, WT/DS22/AB/R, página 14. En consecuencia, interpretamos globalmente esas disposiciones, dando a todas ellas un significado, en aplicación del principio de interpretación efectiva (*ut res magis valeat quam pereat*).

¹⁴⁸ WT/DS46/13.

¹⁴⁹ El texto del párrafo 5 del Acuerdo Bilateral es el siguiente:

un plazo para la adopción de medidas por el OSD a tenor de la primera frase del párrafo 6 del artículo 22 del ESD y un plazo de 30 días para la conclusión del arbitraje.

3.8 Los Árbitros observan que hay discrepancia entre las partes en cuanto al significado de la expresión "informe previsto en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD" del párrafo 5 del Acuerdo Bilateral. No obstante, recordamos que, en la reunión de 22 de mayo de 2000 del OSD, quedó convenido que no se trataría de adoptar contramedidas en espera del informe del Órgano de Apelación y hasta que se hubiera distribuido el informe del arbitraje en el presente caso.¹⁵⁰ Consideramos que, de esa forma, las partes modificaron los términos del párrafo 5 del Acuerdo Bilateral. Puesto que las partes no han formulado objeciones a la fecha de distribución del informe propuesta por los Árbitros, consideramos que hemos actuado de conformidad con las obligaciones que nos imponen las normas aplicables a nuestra tarea. En consecuencia, no consideramos necesario examinar la cuestión de si podíamos interpretar el Acuerdo Bilateral o de si ese Acuerdo dejó de aplicarse a las tareas de los Árbitros tras la supuesta aplicación por el Brasil del artículo 60 de la Convención de Viena¹⁵¹ el 14 de julio de 2000.

3.9 El Brasil ha alegado, además que, como consecuencia de la terminación del Acuerdo Bilateral, los Árbitros, de conformidad con el párrafo 7 del artículo 22 del ESD, debían determinar que las contramedidas propuestas no estaban permitidas en virtud del Acuerdo SMC, debido a que había expirado el período en el que podrían ser autorizadas.

3.10 Observamos que el artículo 60 de la Convención de Viena prevé la "terminación" de un tratado por una parte en respuesta a una "violación grave" de la otra parte. El artículo 70 de la Convención de Viena establece, no obstante, que la terminación de un tratado no afectará a ningún derecho, obligación o situación jurídica de las partes creados por la ejecución del tratado antes de su terminación. Concluimos que, aun suponiendo que el Brasil hubiera dado por terminado el Acuerdo Bilateral el 14 de julio de 2000, la solicitud formulada por el Canadá al amparo del párrafo 10 del artículo 4 del Acuerdo SMC, en la medida en que se haya presentado de conformidad con las cláusulas del Acuerdo Bilateral no ha quedado afectada por la terminación.¹⁵² En consecuencia, no consideramos necesario seguir analizando esta cuestión.

2. Alegaciones y argumentos específicos formulados por el Brasil

3.11 Las partes coinciden en que los Árbitros han de determinar si el *nivel* de las contramedidas es apropiado. Teniendo presente los términos del párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC y del párrafo 7 del artículo 22 del ESD, coincidimos con ellas en que, de conformidad con esas disposiciones, tenemos competencia para determinar si el *nivel* o la *cuantía* de las contramedidas propuestas por el Canadá son apropiados.

"De conformidad con la nota 6 del artículo 4 del Acuerdo SMC, el Brasil y el Canadá convienen en que el plazo máximo para que el OSD adopte medidas a tenor de la primera frase del párrafo 6 del artículo 22 del ESD será de 15 días a contar desde la distribución del informe previsto en el párrafo 5 del artículo 21 del ESD, y que el plazo máximo establecido en la tercera frase del párrafo 6 del artículo 22 del ESD para la conclusión del arbitraje será de 30 días a contar desde la fecha en que se sometió el asunto a arbitraje."

¹⁵⁰ WT/DSB/M/81, párrafo 31.

¹⁵¹ Véase *supra*, párrafo 3.6.

¹⁵² Además, señalamos que el OSD no ha seguido hasta el momento la interpretación de la primera frase del párrafo 6 del artículo 22 del ESD sugerida por el Brasil. Por ejemplo, la petición del Ecuador de suspender concesiones y otras obligaciones al amparo del párrafo 6 del artículo 22 del ESD en el asunto *Comunidades Europeas – Régimen para la importación, venta y distribución de bananos ("CE – Banano")*, informe adoptado el 25 de septiembre de 1997, WT/DS27/AB/R, se formuló el 8 de noviembre de 1999, varios meses después de la adopción (en la reunión de 6 de mayo de 1999 del OSD) del informe del Grupo Especial establecido de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21.

3.12 Más concretamente, observamos que el Brasil, en la reunión que celebró el OSD el 22 de mayo de 2000, en la que solicitó que se sometiera la cuestión a arbitraje de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD y el párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC, se opuso al nivel de la suspensión de concesiones y obligaciones propuesto por el Canadá. No obstante, observamos que, en el curso del procedimiento, el Brasil ha formulado determinadas alegaciones o argumentos cuya admisibilidad es preciso examinar en este momento.

3.13 En primer lugar, en una comunicación distribuida con la signatura WT/DS46/18, el Brasil ha sostenido que el Canadá no había seguido los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3 del artículo 22 del ESD. El Canadá ha objetado que esta alegación no está comprendida en el mandato de los Árbitros. En la audiencia de los Árbitros, el Brasil manifestó que "dado que la propuesta actual de retorsión del Canadá parece estar comprendida en el ámbito de las disposiciones del párrafo 3 a) del artículo 22, el Brasil no plantea en este momento ninguna cuestión en el marco de dicho párrafo. El Brasil se reserva su derecho a hacerlo en caso de que el Canadá modifique o amplíe las contramedidas solicitadas".

3.14 Tenemos competencia para determinar el ámbito de nuestro mandato. Consideramos que si la alegación del Brasil estuviera comprendida en él, el Brasil podría formularla en cualquier momento del procedimiento.¹⁵³ No obstante, deseáramos precisar, ante todo, que tenemos dudas de que el Canadá pudiera modificar o ampliar las contramedidas solicitadas en el curso del presente procedimiento. Observamos que, en el momento en que se publica el presente informe, el Canadá no ha hecho ninguna notificación en ese sentido.

3.15 Además, si examinamos el acta de la reunión de 22 de mayo de 2000 del OSD, en la que el OSD adoptó nuestro mandato, observamos que, en esa reunión, el Brasil declaró que tenía que:

"... objetar el nivel de suspensión de concesiones propuesto por el Canadá, que era completamente arbitrario"¹⁵⁴.

No obstante, no consideramos que haya pruebas claras de que, en esa reunión, el Brasil formulara efectivamente la alegación de que no se habían seguido los principios y procedimientos establecidos en el párrafo 3 del artículo 22 del ESD. En consecuencia, la declaración del Brasil concerniente a esa alegación que se hace en el documento WT/DS46/18 no se refiere a una alegación que forme parte de nuestro mandato, tal como se estableció en la reunión de 22 de mayo de 2000 del OSD. En consecuencia, no consideramos necesario seguir ocupándonos de este punto.

3.16 En segundo lugar, el Brasil ha aducido también en su exposición oral que determinadas medidas que el Canadá se propone adoptar en relación con determinadas obligaciones en el marco del párrafo 6 a) del artículo VI del GATT de 1994 y con determinadas obligaciones en el marco del Acuerdo sobre los Textiles y el Vestido y del Acuerdo sobre los Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación no eran apropiadas.¹⁵⁵

3.17 Aunque la alegación formulada por el Brasil parecería referirse a la naturaleza de las medidas en litigio, consideramos que está estrechamente relacionada con el *nivel* de las contramedidas. De hecho, según el Brasil, no está claro cómo se evaluará la repercusión de esas medidas en función del valor del comercio brasileño afectado por ellas. Dado que, como hemos indicado antes, las partes coinciden en que tenemos competencia para determinar si el nivel de las contramedidas es apropiado, consideramos que, en caso necesario, podríamos adoptar una decisión sobre la pertinencia de la aplicación de esas medidas por el Canadá.

¹⁵³ Véase el informe del Órgano de Apelación *CE – Banano*, *op. cit.* párrafos 145 a 147.

¹⁵⁴ WT/DSB/M/81, párrafo 10.

¹⁵⁵ Exposición oral del Brasil, 14 de julio de 2000, párrafo 3.

3. Función de los Árbitros

3.18 En cuanto a nuestra función, seguimos el planteamiento adoptado por los Árbitros designados anteriormente de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD.¹⁵⁶ Tendremos no sólo que determinar si la propuesta del Canadá representa unas "contramedidas apropiadas", sino también qué nivel de contramedidas consideraremos apropiado en caso de que constatemos que el nivel de las contramedidas propuestas por el Canadá no es apropiado, aplicando en caso necesario nuestra propia metodología.

B. ¿SON LAS CONTRAMEDIDAS PROPUESTAS POR EL CANADÁ UNAS "CONTRAMEDIDAS APROPIADAS"?

1. Resumen de la metodología aplicada por el Canadá y del planteamiento de la réplica del Brasil

a) Metodología del Canadá

3.19 A continuación se resume la metodología del Canadá, según ha sido interpretada por los Árbitros.¹⁵⁷ Según los cálculos del Canadá, el nivel de las contramedidas es directamente proporcional, tanto en su base anual como en su base total, al volumen de las subvenciones prohibidas con las que el Brasil presta apoyo a sus exportaciones de aeronaves para el transporte regional. El Canadá estima el monto de la subvención multiplicando la subvención media por aeronave exportada, por la tasa anual de producción de estas aeronaves anunciada por el Brasil. Las subvenciones totales acumuladas por el Brasil, en función de la cartera de pedidos de Embraer suman 4.100 millones de dólares canadienses, con un valor actual de 3.200 millones en función del gráfico anual de entregas de aeronaves para el transporte regional. Para realizar este cálculo, el Canadá ha tenido en cuenta lo siguiente:

a) el nivel medio de las subvenciones prohibidas que se ha constatado que el Brasil destina a las exportaciones de aeronaves para el transporte regional que se efectúen en cumplimiento de contratos concluidos antes del 18 de noviembre de 1999 que prevean la entrega de aeronaves después de esa fecha, de conformidad con el régimen PROEX aplicable a tales contratos;

b) el nivel medio de las subvenciones prohibidas a las aeronaves destinadas al transporte regional que se entregarán en virtud de contratos concluidos después del 18 de noviembre de 1999 de conformidad con el régimen PROEX modificado; y

c) las tasas de producción anunciadas por el Brasil de aeronaves ERJ-135/140/145 y ERJ 170/190.

3.20 Según el cálculo llevado a cabo por el Canadá, el resultado representa unas subvenciones anuales prohibidas equivalentes a 480 millones de dólares de los Estados Unidos (en adelante "dólares EE.UU."). A un tipo de cambio de 1,47 dólares canadienses por 1 dólar EE.UU., esta cifra equivale a 705,6 millones de dólares canadienses anuales.

3.21 Como alternativa, el Canadá presenta también un cálculo basado en el valor del daño causado a la rama de producción canadiense por la subvención. En ese cálculo, el Canadá estima que el valor

¹⁵⁶ Véanse los arbitrajes de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 sobre el caso *CE – Hormonas*, *op. cit.*, párrafo 12.

¹⁵⁷ Véase la explicación ofrecida por el Canadá de su metodología en el documento sometido a los Árbitros el 5 de junio de 2000. Esta metodología es explicada más detalladamente en el Anexo I de su comunicación escrita de 26 de junio de 2000.

actual del daño causado a la rama de producción canadiense de aeronaves para el transporte regional se eleva a 4.700 millones de dólares canadienses.

3.22 Sin embargo, el Canadá subraya que prefiere utilizar la opción basada en el monto de la subvención concedida por el Brasil.

b) Planteamiento de la réplica del Brasil

3.23 Según interpretan los Árbitros, la postura del Brasil puede resumirse del siguiente modo. El Brasil considera que los Árbitros han de determinar qué perspectivas anuales tendrían las exportaciones canadienses de aeronaves para el transporte regional si el Brasil hubiera excluido del PROEX las aeronaves no entregadas el 18 de noviembre de 1999 y las transacciones convenidas después del 18 de noviembre de 1999.¹⁵⁸

3.24 El Brasil diferencia las ventas de aeronaves efectuadas antes del 18 de noviembre de 1999 (fecha a partir de la cual se suponía que había cumplido las recomendaciones del OSD) y las ventas efectuadas después de esa fecha. El Brasil presenta cálculos diferenciados del nivel de menoscabo del comercio del Canadá a causa de las ventas de aeronaves que se produjeron antes del 18 de noviembre de 1999 pero que todavía no habían dado lugar a la entrega de la aeronave en esa fecha y a causa de las ventas efectuadas después del 18 de noviembre de 1999. En el caso de las ventas efectuadas después del 18 de noviembre de 1999, el Brasil basa las contramedidas apropiadas en tres elementos: el número de entregas de aeronaves realizadas por el Brasil cada año, el número de esas ventas que hubiera podido obtener el Canadá si se hubiera cancelado el PROEX el 18 de noviembre de 1999 y el monto probable de la subvención otorgada a cada aeronave.

3.25 En primer lugar, el Brasil parte del número previsto de entregas de aeronaves cada año, a saber, 168. A continuación, el Brasil considera cuántas de estas ventas hubiera podido obtener el Canadá si se hubiera cancelado el PROEX el 18 de noviembre de 1999. Al analizar la situación de las aeronaves no entregadas, el Brasil explicó que el Canadá no podía competir por la venta de varios tipos de aeronaves. Así pues, como el Canadá no producía aeronaves a reacción para el transporte regional de 37 asientos (y aparentemente no tenía previsto hacerlo), las ventas del modelo ERJ-135 no competían con la rama de producción canadiense y debían ser excluidas del cálculo. Igualmente, había una serie de contratos por los que no podían competir las aeronaves canadienses por varios motivos técnicos y operativos. El Brasil constataba que, de un total de 942 aeronaves no entregadas, el Canadá sólo hubiera competido por conseguir la venta de 44 de ellas, caso de que se hubiera cancelado el PROEX el 18 de noviembre de 1999. El Brasil suponía que las condiciones de la competencia y de carácter técnico serían las mismas en el caso de las ventas que se realizaran a partir del 18 de noviembre de 1999. Por consiguiente, multiplicó la producción anual de 168 aeronaves por el cociente entre las ventas de aeronaves no entregadas que el Canadá hubiera podido conseguir y el número total de ventas no entregadas (44/942). El resultado era que el Canadá hubiera podido obtener la venta de 8 aeronaves anuales en caso de que el PROEX hubiera sido cancelado el 18 de noviembre de 1999.

3.26 En segundo lugar, había que multiplicar este número de aeronaves por la cuantía media de la parte prohibida de la subvención por aeronave. El Brasil cifró esta cuantía en xxx dólares EE.UU. por aeronave. Multiplicando esta cuantía por 8 (el número de aeronaves que resulta de las explicaciones antes expuestas) el resultado es un nivel de menoscabo anual del comercio del Canadá de xxx dólares EE.UU. motivado por las ventas realizadas por el Brasil después del 18 de noviembre de 1999.

¹⁵⁸ El planteamiento del Brasil y las cifras a que se hace referencia a continuación pueden encontrarse fundamentalmente en los párrafos 66 a 72 de su comunicación escrita de 26 de junio de 2000 y en su respuesta de 24 de julio a la pregunta 21 de los Árbitros.

- c) Observaciones preliminares sobre las consecuencias de estos planteamientos para la función de los Árbitros

3.27 Los Árbitros observan que el Canadá no pide la aplicación de contramedidas conmensuradas con el nivel de la anulación o menoscabo que padece. Los Árbitros observan también que ambas partes han sugerido, aunque estuvieran en desacuerdo sobre las etapas posteriores, que el cálculo del nivel de las contramedidas apropiadas podía basarse en el monto de la subvención. En consecuencia, consideramos que el planteamiento del Canadá es un punto de partida y procedemos a determinar si este planteamiento da por resultado unas "contramedidas apropiadas", teniendo en cuenta los argumentos del Brasil, y en qué medida.

2. ¿El término "contramedidas" que figura en los párrafos 10 y 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC es aplicable al tipo de contramedidas que el Canadá tiene previsto adoptar?

3.28 El Canadá, mediante comunicación de fecha 10 de mayo de 2000, informó al OSD de que solicitaría su autorización para adoptar contramedidas, que adoptarían la forma de una suspensión de concesiones y otras obligaciones dimanantes del GATT de 1994 y otros acuerdos del Anexo 1A. El Canadá notificó también una lista de los productos cuyas exportaciones podrían ser objeto de una suspensión de las concesiones.¹⁵⁹ Con la salvedad de las alegaciones a que se ha hecho referencia en la sección anterior, el Brasil no ha presentado ninguna observación en el curso de las presentes actuaciones sobre las medidas previstas por el Canadá.

3.29 No creemos que tengamos que desarrollar más la cuestión. En particular, no necesitamos establecer una definición de "contramedidas" que sea de aplicación general. Por consiguiente, observamos que ambas partes están de acuerdo en que el término "contramedidas", utilizado en el artículo 4 del Acuerdo SMC, puede incluir la suspensión de concesiones u otras obligaciones. Hemos constatado que no hay ningún motivo para que debamos diferir de las partes.

3. Significado de "apropiadas"

- a) Cuestiones sometidas a los Árbitros

3.30 El punto central de los argumentos aducidos por las partes consiste en establecer qué debe considerarse un *nivel apropiado* de las contramedidas. El Canadá considera que las contramedidas son apropiadas si se corresponden con el monto de la subvención prohibida a las exportaciones que se haya concedido. El Brasil alega que el punto de partida para el cálculo del nivel apropiado de las contramedidas debe ser la subvención otorgada. Sin embargo, el Brasil considera que esta cantidad no equivale a la suma de los pagos realizados en el marco del programa de equiparación de los tipos de interés del PROEX. El Brasil considera que sólo es una subvención prohibida la parte de los pagos que se utilizó para "lograr una ventaja importante en las condiciones de los créditos a la exportación", según el significado dado a estos términos en el punto k) de la Lista ilustrativa de Subvenciones a la Exportación.¹⁶⁰ El Brasil considera además que como el Canadá decidió adoptar contramedidas bajo la forma de una suspensión de concesiones u otras obligaciones, las contramedidas adoptadas por el Canadá han de equivaler al nivel de la anulación o menoscabo, según establece el párrafo 4 del artículo 22 del ESD.

3.31 Los Árbitros consideran que los dos puntos principales que han de abordarse con respecto a esta cuestión en el presente caso son los siguientes:

- a) puesto que ambas partes están de acuerdo en que la determinación del nivel apropiado de las contramedidas puede basarse en la cuantía de la

¹⁵⁹ WT/DS46/16.

¹⁶⁰ Anexo I del Acuerdo SMC (denominado en adelante "Lista ilustrativa").

subvención otorgada, tenemos que determinar primero qué contenido tiene la subvención cuya retirada se ha recomendado;

b) la segunda cuestión es determinar si el nivel de las contramedidas debe responder a la cuantía de la subvención que ha de suprimirse o ser equivalente al nivel de la anulación o menoscabo causados al Canadá, lo que tiene consecuencias sobre el número de ventas de aeronaves que deben tenerse en cuenta.

Procedemos a abordar estos dos puntos principales y, a continuación, las cuestiones conexas.

b) ¿La "subvención" que se utilizará como base para el cálculo del nivel de las contramedidas apropiadas será la parte de los pagos del PROEX que reducen el tipo de interés neto por debajo del tipo de referencia apropiado o la suma total de los pagos realizados a cargo del PROEX?

3.32 Observamos que el Brasil ha alegado en su comunicación escrita de 26 de junio de 2000 que en el presente caso la determinación de las contramedidas apropiadas en función de la cuantía de la subvención prohibida debe limitarse a la diferencia entre el monto de las ayudas a cargo del PROEX recibidas en cada transacción y la referencia adecuada, es decir, el tipo de interés de los bonos del Tesoro de los Estados Unidos a 10 años más 20 puntos básicos ("bonos del Tesoro más 20"), que se utilizó en el programa PROEX revisado, o los tipos de interés comercial de referencia ("CIRR") establecidos de conformidad con el Acuerdo de la OCDE relativo a las directrices para los créditos a la exportación concedidos con apoyo oficial. El Brasil recordó en la audiencia con los Árbitros que esta cuestión estaba sometida a la decisión del Órgano de Apelación al formar parte de su apelación contra las constataciones del Grupo Especial que actuó de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD. El 24 de junio, tras la distribución del informe del Órgano de Apelación sobre el procedimiento seguido de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD¹⁶¹, el Brasil presentó unas observaciones en las que alegaba que el Órgano de Apelación había concluido que sólo la parte de los pagos del PROEX que reducían el tipo de interés neto por debajo del tipo de interés de referencia adecuado representaban una subvención prohibida. El Canadá se opuso a la interpretación del Brasil mediante unas observaciones que presentó el 28 de julio de 2000.

3.33 Recordamos que el primer grupo especial establecido en el presente caso (denominado en adelante, el "Grupo Especial inicial") concluyó que los *pagos PROEX* para las exportaciones de aeronaves brasileñas regionales constituían subvenciones en el sentido del artículo 1 del Acuerdo SMC que estaban supeditadas al resultado de exportación en el sentido del párrafo 1 a) del artículo 3 de dicho Acuerdo.¹⁶² Esta conclusión no fue modificada por el Órgano de Apelación en su informe sobre el caso inicial. También recordamos que el Grupo Especial inicial no diferenció en sus constataciones entre la parte de los "pagos" que no se utiliza "para lograr una ventaja importante en las condiciones de los créditos a la exportación", según los términos del punto k) de la Lista ilustrativa, y la parte que es o puede ser utilizada con ese fin. El Órgano de Apelación, en su informe inicial, no resolvió sobre ninguna de las dos cuestiones. Uno de los motivos para ello fue que la cuestión de si tales "pagos" estarían "permitidos" *a contrario* por el Acuerdo SMC no dio lugar a ninguna constatación del Grupo Especial inicial y no se apeló contra la ausencia de constataciones.¹⁶³

¹⁶¹ Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Brasil - Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves - Recurso del Canadá al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, adoptado el 4 de agosto de 2000, WT/DS46/AB/RW.

¹⁶² Informe del Grupo Especial *Brasil - Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves*, adoptado el 20 de agosto de 1999, WT/DS46/R, párrafo 7.14.

3.34 Sin embargo, el Grupo Especial, en las actuaciones iniciadas de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD (en adelante, el "Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21"), se enfrentó con una alegación específica del Brasil de que, a resultas de la Resolución 2667, de 19 de noviembre de 1999, los pagos PROEX ya no se utilizaban para lograr una ventaja importante en las condiciones de los créditos a la exportación y estaban, por consiguiente, "permitidos" por el primer párrafo del punto k) de la Lista ilustrativa.¹⁶⁴ El Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 consideró lo siguiente:

"[...] La defensa del Brasil en esta diferencia depende de la tesis de que el primer párrafo del punto k) pueda utilizarse para demostrar que una subvención a la exportación en el sentido del punto k) está 'permitida' por el *Acuerdo SMC*. Además, incumbe al Brasil demostrar a) que los pagos PROEX son 'pagos' en el sentido del punto k); y b) que los pagos PROEX no se 'utilizan para lograr una ventaja importante en las condiciones de los créditos a la exportación'¹⁶⁵."

3.35 En apelación, el Órgano de Apelación estableció lo siguiente:

"[...] estamos de acuerdo con el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 en que, para que el Brasil demuestre su presunta 'defensa afirmativa', debe esgrimir con éxito sus argumentos jurídicos y fácticos con respecto a *cada una* de las tres cuestiones examinadas por el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21."¹⁶⁶

3.36 El Órgano de Apelación procedió a continuación a examinar la última cuestión que había abordado el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21, es decir, si las subvenciones a cargo del PROEX se utilizan "para lograr una ventaja importante en las condiciones de los créditos a la exportación". Tras haber constatado que el Brasil no había demostrado que los pagos PROEX no se utilizaban "para lograr una ventaja importante en las condiciones de los créditos a la exportación", en el sentido del primer párrafo del punto k) de la Lista ilustrativa¹⁶⁷, el Órgano de Apelación indicó que no creía necesario examinar las otras dos cuestiones identificadas por el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21. El Órgano de Apelación declaró que las constataciones del Grupo Especial sobre estas dos cuestiones "son superfluas y, por lo tanto, no tienen ningún efecto jurídico".¹⁶⁸

¹⁶³ *Ibid.*, párrafos 7.18 y 7.37; Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Brasil - Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves*, adoptado el 20 de agosto de 1999, WT/DS46/AB/R, párrafo 187.

¹⁶⁴ Informe del Grupo Especial *Brasil - Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves - Recurso del Canadá al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, adoptado el 4 de agosto de 2000, WT/DS46/RW, párrafo 6.20.

¹⁶⁵ *Ibid.*, párrafo 6.22.

¹⁶⁶ Informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Brasil - Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves - Recurso del Canadá al párrafo 5 del artículo 21 del ESD*, *op. cit.* párrafo 58.

¹⁶⁷ *Ibid.*, párrafo 77.

¹⁶⁸ *Ibid.*, párrafos 78 y 81. Además, observamos que el Órgano de Apelación indicó, en el párrafo 80 de su informe que:

"Si el Brasil hubiese demostrado que los pagos efectuados en el marco del PROEX revisado no 'se [utilizaban] para lograr una ventaja importante en las condiciones de los créditos a la exportación', y que tales pagos eran 'pagos' efectuados por el Brasil de 'la totalidad o parte de los costes en que [incurren] los exportadores o instituciones financieras para la obtención de créditos', entonces podríamos haber estado dispuestos a considerar que los pagos efectuados en el marco del PROEX revisado están *justificados* en virtud del punto k) de la Lista ilustrativa." (Cursivas añadidas.)

3.37 Consideramos que, para llegar a una conclusión compatible con las diversas decisiones adoptadas en el curso del presente caso, hemos de empezar por las constataciones y conclusiones que formuló el Órgano de Apelación en su informe sobre el procedimiento iniciado de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21. Observamos que el Órgano de Apelación, en el párrafo 82 b) de su informe, "confirma las conclusiones del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 de que los pagos efectuados en el marco del PROEX revisado están prohibidos por el artículo 3 del Acuerdo SMC y no están justificados en virtud del punto k) de la Lista ilustrativa".¹⁶⁹ El Grupo Especial inicial y el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 dejaron claro en todo momento que cuando se referían a los "pagos PROEX" hacían referencia a los pagos PROEX para la equiparación de los tipos de interés en general, y no sólo a una parte de los pagos realizados en el marco del PROEX.¹⁷⁰

3.38 Si, como sugiere el Brasil, el Órgano de Apelación hubiera querido indicar en su informe sobre el procedimiento iniciado de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 que la subvención prohibida sólo era aquella parte que superaba el interés de referencia adecuado de conformidad con el punto k) de la Lista ilustrativa, lo hubiera tenido que hacer expresamente, ya que no se opuso en el procedimiento inicial a que los "pagos PROEX", entendiéndolos por ellos los pagos para la equiparación de los tipos de interés en su totalidad, se consideraran una subvención prohibida. Cabría alegar que el Órgano de Apelación no tenía que detallar si la prohibición se aplicaba a todos los pagos PROEX o sólo a una parte de ellos. Puesto que había constatado que el Brasil no había aportado pruebas de que la subvención no se utilizaba para lograr "una ventaja importante", era una subvención prohibida incluso la parte de los pagos PROEX que excedía del CIRR. Sin embargo, como antes se indicó, el significado atribuido por el Grupo Especial inicial y por el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 a los términos "los pagos PROEX" está claro. Si el Órgano de Apelación hubiera estado en desacuerdo con esa interpretación habría tenido que dar una explicación en su informe de conformidad con el párrafo 5 del artículo 21 del ESD. En ausencia de tal aclaración, sólo podemos concluir que cuando el Órgano de Apelación confirmó "las conclusiones del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 2 de que los pagos efectuados en el marco del PROEX revisado están prohibidos por el artículo 3 del Acuerdo SMC y no están justificados en virtud del punto k) de la Lista ilustrativa", entendía que el término "pagos" significaba todos los pagos para la equiparación de tipos de interés realizados en el marco del PROEX.

3.39 Además, la argumentación presentada por el Brasil en sus observaciones adicionales de 24 de julio de 2000 parece basarse en una confusión entre la noción de "beneficio" a que se hace referencia en el artículo 1 del Acuerdo de SMC y la noción de "ventaja importante" a que se hace referencia en el punto k) de la Lista ilustrativa, confusión contra la que previno cuidadosamente el Órgano de Apelación en su informe inicial.¹⁷¹ Aun en caso de que una subvención a la exportación esté "justificada" en virtud del punto k) porque no se utiliza para lograr una ventaja importante en las condiciones de los créditos a la exportación, seguirá no obstante atribuyendo un beneficio y no dejará de ser una subvención a la exportación.¹⁷² La existencia de una posible *justificación* al amparo del

Esto parece traer como consecuencia que, a pesar de la declaración que formula en el párrafo 58 de que "para que el Brasil demuestre su presunta 'defensa afirmativa', debe esgrimir con éxito sus argumentos jurídicos y fácticos con respecto a cada una de las tres cuestiones examinadas por el Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21", el Órgano de Apelación habría estado dispuesto a constatar que los pagos realizados en el marco del PROEX revisado están justificados en virtud del punto k) de la Lista ilustrativa si el Brasil hubiera demostrado dos de las tres cuestiones. El Órgano de Apelación también indicó que no interpretaba la nota 5 del Acuerdo SMC ni opinaba sobre el alcance de dicha nota ni sobre el significado de cualquier otro de los puntos de la Lista ilustrativa.

¹⁶⁹ Subrayado añadido. Cursivas del original.

¹⁷⁰ Véase por ejemplo, el informe del Grupo Especial, *op. cit.*, párrafos 7.14; 7.74; 8.1 y 8.2; informe del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21, *op. cit.*, sección VI.C.2 c), "Conclusiones y observaciones finales".

¹⁷¹ *Op. Cit.*, párrafo 179.

¹⁷² *Ibid.* Véase también el párrafo 180.

punto k), por ejemplo, una justificación al amparo del artículo XX del GATT de 1994, no modifica el carácter jurídico de la medida. Si no existiera la justificación, la subvención prohibida sería de la misma cuantía que la subvención para la que se buscó una justificación, ya que el hecho de que una subvención esté justificada no quiere decir que deje de ser una subvención. Simplemente quiere decir que no es una subvención *prohibida*.

3.40 Observamos también que el párrafo 7 del artículo 4 del Acuerdo SMC establece que "[s]i se llega a la conclusión de que la medida de que se trate es una subvención prohibida, el Grupo Especial recomendará que el Miembro que concede esa subvención la retire sin demora". Por consiguiente, opinamos que la subvención que ha de retirarse en términos del artículo 4 del Acuerdo SMC, y por consiguiente la subvención sobre la que tenemos que basar nuestros cálculos, es la suma total de los pagos PROEX para la equiparación de los tipos de interés respecto de las exportaciones de aeronaves brasileñas para el transporte regional, no la parte de esos pagos que sobrepasa el CIRR o cualquier otro tipo de referencia adecuado de conformidad con el punto k) de la Lista ilustrativa.

c) ¿Debe responder el nivel de las contramedidas a la cuantía de las subvenciones otorgadas por el Brasil o debe ser equivalente al nivel de la anulación o el menoscabo sufridos por el Canadá?

i) *Análisis de las disposiciones pertinentes*

3.41 El Canadá considera que, como podía haber propuesto más contramedidas basadas en el nivel de la anulación o el menoscabo sufridos, las medidas que proponía, basadas en la cuantía de la subvención por aeronave, eran *a fortiori* "apropiadas", puesto que su monto era mucho menor.¹⁷³ El Brasil ha alegado en sustancia que la anulación o menoscabo ha sido siempre el criterio utilizado en el GATT de 1947, y que se ha trasladado al Acuerdo sobre la OMC. El Brasil acepta que el Canadá pudo haber solicitado autorización para otorgar una subvención compensatoria. Sin embargo, como el Canadá ha decidido imponer contramedidas bajo la forma de una suspensión de concesiones u otras obligaciones, ha de cumplir los requisitos que establece el párrafo 4 del artículo 22 del ESD.

3.42 De conformidad con el párrafo 2 del artículo 3 del ESD, procedemos a analizar el significado del término "apropiadas" sobre la base del artículo 31 de la Convención de Viena.

3.43 Si sólo examinamos el sentido corriente del término "apropiadas" no podremos responder a la cuestión que se nos ha sometido ya que las definiciones de los diccionarios no son suficientemente específicas. En efecto, las definiciones pertinentes de los diccionarios del término "*appropriate*" (apropiadas) son "*especially suitable; proper*" (especialmente aptas; adecuadas).¹⁷⁴ Sin embargo, todas tienen un sentido de cumplir un objetivo concreto.

3.44 El primer contexto en que hay que situar el término "apropiadas" es el constituido por el término "contramedidas", al que adjetiva. Aunque las partes hayan hecho referencia a las definiciones de los diccionarios del término "contramedidas", consideramos que es más adecuado referirnos a su significado en el derecho internacional general¹⁷⁵ y a la labor de la Comisión de Derecho Internacional

¹⁷³ Véase el párrafo 3.21 *supra*.

¹⁷⁴ The New Shorter Oxford English Dictionary (1993), página 103; Webster's New Encyclopedic Dictionary (1994), página 48.

¹⁷⁵ Véase, por ejemplo, el laudo arbitral *Naulilaa* (1928), UN Reports of International Arbitral Awards, volumen II, página 1.028 y el *Case Concerning the Air Services Agreement of 27 March 1946 (France v. United States of America)* (1978), International Law Reports, volumen 54 (1979), página 338. Véase también, *inter alia*, Draft Articles on State Responsibility With Commentaries Thereto Adopted by the International Law Commission on First Reading (enero de 1997), en adelante "Proyectos de artículos" y el Proyecto de artículos aprobado provisionalmente por el Comité de Redacción en segunda lectura, A/CN.4/L 600, de 11 de agosto de 2000. Aunque estos últimos modifican una serie de disposiciones de los Proyectos de artículos, no afectan a los términos a que se hace referencia en el presente informe.

(CDI) sobre la responsabilidad de los Estados, en que se aborda la noción de contramedida.¹⁷⁶ Observamos que la CDI basa su trabajo en la práctica pertinente de los Estados así como en las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas, que son fuentes reconocidas del derecho internacional.¹⁷⁷ Si se considera la definición de "contramedidas" que contiene el artículo 47 de los Proyectos de artículos¹⁷⁸, observamos que el objetivo de las contramedidas es "inducir [al Estado que haya cometido un hecho internacional ilícito] al cumplir las obligaciones que le incumben con arreglo a los artículos 41 a 46". Observamos a este respecto que en el arbitraje de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 sobre el asunto *CE - Banano (1999)*, los Árbitros hicieron una declaración similar.¹⁷⁹ Nuestra conclusión es que una contramedida es "apropiada", entre otras cosas, si *efectivamente* induce al cumplimiento.

3.45 Recordamos a este respecto que la medida en relación con la cual se ha solicitado el reconocimiento del derecho a adoptar contramedidas es una subvención a la exportación prohibida, incluida en el ámbito del párrafo 1 a) del artículo 3 del Acuerdo SMC. El párrafo 7 del artículo 4 del Acuerdo SMC establece al respecto que si se llega a la conclusión de que una medida es una subvención prohibida, será retirada sin demora. En tal caso, "inducir al cumplimiento" efectivamente significa inducir la retirada de la subvención prohibida.

3.46 En cambio, no es necesario retirar sin demora otras medidas ilegales. Como especifica el párrafo 8 del artículo 3 del ESD, si una medida infringe una disposición de un acuerdo abarcado, se presumirá que dicha medida causa anulación o menoscabo. Sin embargo, si el demandado logra refutar la acusación, no se constatará que existe anulación o menoscabo a pesar de la infracción. En algunos casos puede ser imposible esta refutación. No obstante, esto no modifica el hecho de que no se encuentra en los artículos 3 y 4 del Acuerdo SMC el concepto de anulación o menoscabo. Los Árbitros opinan que ha de atribuirse significado al hecho de que los negociadores no incluyeran el concepto de anulación o menoscabo en esos artículos, mientras que está expresamente mencionado en el artículo 5 de dicho Acuerdo, referente a los efectos desfavorables de las subvenciones recurribles.

3.47 Un primer planteamiento posible sería considerar que el concepto de anulación o menoscabo no es aplicable al artículo 4 del Acuerdo SMC. Observamos a este respecto que, en lo que atañe a las subvenciones recurribles, el artículo 5 sólo hace referencia a la anulación o menoscabo como una de las tres categorías de efectos desfavorables. Esto podría significar que también cabría aplicar en el contexto del artículo 4 del Acuerdo SMC un criterio distinto del de la anulación o el menoscabo.

3.48 Dicho esto, observamos que el Grupo Especial inicial concluyó que, como se había constatado la existencia de una infracción, se había planteado un caso de presunción de anulación o

¹⁷⁶ Observamos también que, partiendo de la definición de "contramedidas" que contienen los Proyectos de artículos, la noción de "contramedidas apropiadas" sería más general que la de "equivalente al nivel de la anulación o el menoscabo". Básicamente incluiría a esta última. Limitar su significado al delimitado por los términos "equivalente al nivel de la anulación o el menoscabo" es contradictorio con el principio de efectividad en la interpretación de los tratados.

¹⁷⁷ Véase el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

¹⁷⁸ Observamos que el Canadá se opone a que utilicemos los Proyectos de artículos en este proceso de interpretación. El Canadá alega que los Proyectos de artículos no son ninguna "norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes", según los términos del párrafo 3 c) del artículo 31 de la Convención de Viena. Como ya se ha indicado, utilizamos los Proyectos de artículos como indicio del significado convenido de ciertos términos en el derecho internacional general.

¹⁷⁹ *Op. cit.*, párrafo 6.3. En aquel caso, los Árbitros tenían que determinar el nivel de la anulación o el menoscabo. Teniendo en cuenta que en el arbitraje de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 sobre el asunto *CE - Banano* los Árbitros consideraron que unas medidas equivalentes al nivel de la anulación o el menoscabo podían inducir al cumplimiento, cabe alegar que también en el presente caso unas contramedidas equivalentes al nivel de la anulación o el menoscabo deben bastar para inducir al cumplimiento. Sin embargo, los Árbitros que examinaron el caso *CE - Banano* estaban obligados por el párrafo 7 del artículo 22 a determinar si las medidas propuestas eran equivalentes al nivel de la anulación o el menoscabo.

menoscabo según los términos del párrafo 8 del artículo 3 del ESD, que el Brasil no había refutado. En este contexto, nos sentimos hoy más inclinados a considerar que en el artículo 4 del Acuerdo SMC no se hizo ninguna referencia expresa a la anulación o el menoscabo por los siguientes motivos:

- a) una infracción del artículo 3 del Acuerdo SMC lleva consigo la presunción irrefutable de anulación o menoscabo. Por consiguiente, no era necesario hacer referencia a ello;
- b) el objetivo del artículo 4 es lograr la *retirada* de la subvención prohibida. En este sentido, consideramos que la obligación de retirar una subvención prohibida tiene un carácter distinto de la de suprimir la anulación o el menoscabo causado a un Miembro por la medida.¹⁸⁰ La primera tiene por objetivo suprimir una medida que se presume, en virtud del Acuerdo sobre la OMC, que tiene efectos desfavorables para el comercio, con independencia de quién sufra esos efectos comerciales y en qué medida. La segunda tiene por objetivo eliminar los efectos de una medida sobre el comercio de un Miembro concreto;
- c) el hecho de que se haya establecido la existencia de anulación o menoscabo con respecto a una medida no quiere decir necesariamente que, si existe la obligación de retirar esa medida, el nivel de las contramedidas apropiadas deba basarse sólo en el nivel de la anulación o el menoscabo sufrido por el Miembro que haya solicitado autorización para adoptar contramedidas.

3.49 También observamos que, cuando los negociadores tuvieron el propósito de limitar las contramedidas al efecto causado por la subvención en el comercio de un Miembro, utilizaron términos distintos de "contramedidas apropiadas". En los párrafos 9 y 10 del artículo 7, que son unas disposiciones equivalentes a los párrafos 9 y 10 del artículo 4, referentes a las subvenciones prohibidas, sólo que referentes ahora a las subvenciones recurribles, se utilizan los términos "proporcionadas al grado y naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado". En este contexto, no consideramos que los argumentos presentados por el Brasil en su exposición oral, basados en la importancia fundamental de la noción de anulación en el GATT sean convincentes. Como hemos visto anteriormente, los términos "contramedidas apropiadas" no imponen semejantes límites.

3.50 Las partes han debatido también el significado de las notas 9 y 10 a los párrafos 10 y 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC, respectivamente. El contenido de estas notas es casi idéntico; las dos dicen lo siguiente:

"Este término no permite la aplicación de contramedidas [que sean] desproporcionadas sobre la base de que las subvenciones a que se refieren las disposiciones del presente artículo están prohibidas.

3.51 Estamos de acuerdo en que, tal y como están redactadas las notas, parece difícil establecer claramente cómo se relaciona la segunda parte de la oración ("sobre la base de que las subvenciones a que se refieren las disposiciones del presente artículo están prohibidas") con la primera parte ("Este término no permite la aplicación de contramedidas desproporcionadas"). Probablemente se deba a

¹⁸⁰ Observamos que el párrafo 7 del artículo 3 del ESD hace referencia a "la supresión de las medidas de que se trate" como primer objetivo. Sin embargo, observamos también que, en contradicción con el párrafo 7 del artículo 3 del ESD, el párrafo 7 del artículo 4 del Acuerdo SMC no prevé ninguna alternativa a la retirada de la medida una vez que se haya constatado que se trata de una subvención prohibida.

que se utilizan los términos "sobre la base de que". Sin embargo, como se supone que el texto del tratado es la expresión más lograda del propósito de las partes, nos abstendremos de sustituir a los negociadores en este punto. No obstante, cabe observar que la referencia al hecho de que las subvenciones en cuestión estén prohibidas, con mucha probabilidad se hace más a un factor agravante que a un factor atenuante. También consideramos interesante el uso del término "desproporcionada", (en inglés, "disproportionate") si se tiene en cuenta que en el artículo 49 de los Proyectos de artículos, en versión inglesa, se utilizan los términos "out of proportion" (sin proporción). No llegamos a ninguna conclusión firme sobre el significado de las notas 9 y 10. Sin embargo, observamos que las notas 9 y 10 confirman por lo menos que no debe darse al término "apropiadas" que figura en los párrafos 10 y 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC el mismo significado que al término "equivalente" que figura en el artículo 22 del ESD.¹⁸¹

3.52 El Brasil ha presentado en apoyo de su postura una serie de argumentos no basados en los textos jurídicos. Consideramos que nuestro análisis, que se basa en el texto del Acuerdo SMC, es suficientemente convincente. No obstante, para evitar lagunas, pasamos a debatir estos argumentos.

3.53 El Brasil convino con el Canadá en que las contramedidas debían guardar relación con la cuantía de la subvención.¹⁸² Con todo, alegó que unas contramedidas basadas en la cuantía total de los pagos de equiparación de los tipos de interés efectuados por el PROEX que no se circunscribieran exclusivamente al número de ventas de aeronaves con respecto al cual el Canadá sufre anulación o menoscabo serían desproporcionadas.

3.54 Nuestra interpretación del alcance de la expresión "contramedidas apropiadas" en el artículo 4 del Acuerdo SMC expuesta más arriba demuestra que no ocurrirá tal cosa. En efecto, el nivel de las contramedidas corresponde simplemente a la cuantía de la subvención que ha de retirarse. De hecho, dado que normalmente las subvenciones a la exportación tienen un efecto multiplicador (una cantidad dada permite a una empresa hacer una serie de ventas, que a su vez le permiten introducirse en un mercado específico, con la posibilidad de expandirse y capturar cuotas de mercado), opinamos que un cálculo basado en el nivel de la anulación o el menoscabo arrojaría, como sugiere el cálculo del Canadá basado en el perjuicio causado a su rama de producción, cifras más altas que un cálculo basado exclusivamente en la cuantía de la subvención. Por otro lado, si el nivel real de la anulación o el menoscabo es sustancialmente inferior a la subvención, una contramedida basada en el nivel real de la anulación o el menoscabo tendrá un efecto de estimulación menor o nulo, por lo que el país que concede la subvención tal vez no retire la medida impugnada.¹⁸³

3.55 El Brasil alegó asimismo que unas contramedidas basadas en la cuantía total de la subvención serían excesivamente punitivas. Entendemos la palabra "punitiva" en el sentido que se le da en los Proyectos de artículos.¹⁸⁴ Una contramedida es punitiva cuando no sólo tiene por objeto velar por que el Estado que haya incumplido sus obligaciones ponga su conducta en conformidad con sus

¹⁸¹ Somos conscientes del hecho de que, desde el punto de vista de una interpretación textual, no debe atribuirse el mismo significado a "equivalente" que a "apropiadas". Los intérpretes no están autorizados a suponer tal cosa. Lo que queremos decir es que el término "apropiadas" interpretado en función de las notas 9 y 10, puede permitir un margen de discrecionalidad mayor que el término "equivalente" cuando se trate de evaluar el nivel apropiado de las contramedidas. Las contramedidas seguirán siendo "apropiadas" en la medida en que no sean *desproporcionadas*, teniendo en cuenta también el hecho de que la medida en cuestión es una subvención prohibida.

¹⁸² Observaciones del Brasil sobre el documento de metodología presentado por el Canadá, 13 de junio de 2000, párrafo 2.

¹⁸³ Además, el enfoque del Brasil parece contradictorio en la medida en que combina el nivel de la subvención con sus efectos comerciales. Al utilizar el nivel de la subvención como punto de partida de su análisis, el Brasil pasa por alto el hecho de que los efectos comerciales pueden no guardar relación directa con la cuantía misma de la subvención.

¹⁸⁴ Véanse los Proyectos de artículos, página 307 de la versión inglesa.

obligaciones internacionales, sino que contiene un elemento adicional cuya finalidad es sancionar la actuación de ese Estado. Como no estimamos que un cálculo de las contramedidas apropiadas basado en la cuantía de la subvención otorgada sea desproporcionado, concluimos que, *a fortiori*, no puede ser punitivo.¹⁸⁵

3.56 Observamos que el Brasil alegó también que el Canadá no podía invocar el derecho a adoptar contramedidas por la cuantía de la subvención porque había decidido adoptar contramedidas en forma de suspensión de concesiones u otras obligaciones, y, de conformidad con el párrafo 4 del artículo 22 del ESD, esas medidas deben ser equivalentes al nivel de la anulación o el menoscabo.

3.57 Entendemos que las disposiciones del párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC son normas especiales o adicionales. De conformidad con el razonamiento del Órgano de Apelación en el asunto *Guatemala - Cemento*¹⁸⁶, debemos entender las disposiciones del ESD y las normas especiales o adicionales del Acuerdo SMC de modo que todas ellas tengan sentido, salvo que haya discrepancia y diferencias entre ellas. Aunque convenimos en que en la práctica pueden producirse situaciones en las que contramedidas equivalentes al nivel de la anulación o el menoscabo serían apropiadas, recordamos que el concepto de anulación o menoscabo brilla por su ausencia en los artículos 3 y 4 del Acuerdo SMC. Habida cuenta de ello, no hay obligación jurídica de que las contramedidas en forma de suspensión de concesiones u otras obligaciones sean equivalentes al nivel de la anulación o el menoscabo.

3.58 Por el contrario, requerir que las contramedidas en forma de suspensión de concesiones u otras obligaciones sean equivalentes al nivel de la anulación o el menoscabo sería contrario al principio de eficacia en tanto que limitaría significativamente la de las contramedidas en el caso de las subvenciones prohibidas. En efecto, como demuestra el presente asunto¹⁸⁷, la aplicación de medidas distintas de la suspensión de concesiones u obligaciones puede no ser siempre viable, debido a sus posibles efectos para otros Miembros. Tal sería el caso de una contrasubvención otorgada en un sector donde Miembros distintos de las partes compiten con los productos de éstas. En un caso así, el Miembro que adopta la contramedida puede no estar en condiciones de inducir el cumplimiento.

3.59 Somos conscientes de que nuestra interpretación puede, a primera vista, ocasionar algún riesgo de desproporcionalidad cuando hay varios demandantes. Sin embargo, en un caso así el Árbitro podría distribuir el valor de las contramedidas apropiadas entre los demandantes en proporción a su comercio del producto de que se trate. Es muy probable que el efecto de "estimulación" fuera muy parecido.

3.60 Por las razones arriba expuestas, concluimos que, para hacer frente a una subvención a la exportación prohibida, un valor de las contramedidas que corresponda a la cuantía total de la subvención es "apropiado".¹⁸⁸

¹⁸⁵ A este respecto recordamos nuestra observación, en la nota 43 *supra*, de que no debe darse a la palabra "apropiada" el mismo significado que a la palabra "equivalente", sino que debe entenderse en el sentido de que ofrece más libertad para evaluar el nivel de las contramedidas adoptadas en compensación de subvenciones prohibidas.

¹⁸⁶ *Op. cit.*, párrafo 65.

¹⁸⁷ El Canadá indicó que, aunque podía haber aplicado una contrasubvención, se abstuvo de hacerlo por varias razones.

¹⁸⁸ Los Árbitros examinaron también los argumentos y las pruebas presentados por las partes en relación con el enfoque basado en el nivel de la anulación o el menoscabo sufridos por el Canadá. Observan que ese enfoque entrañaba -como cualquier hipótesis distinta- muchas más presuposiciones que el basado en la cuantía de la subvención. A juicio de los Árbitros, si el cálculo de las contramedidas apropiadas basado en la cuantía de la subvención es compatible con el párrafo 10 del artículo 4 del Acuerdo SMC, resulta preferible aplicar ese enfoque, ya que puede arrojar un resultado más objetivo.

- ii) *Efectos por lo que respecta al número de ventas de aeronaves que han de tenerse en cuenta para el cálculo de las contramedidas apropiadas*

Tratamiento de las ventas de determinados modelos de aeronaves

3.61 En sus comunicaciones, el Brasil excluyó algunas ventas alegando que no conllevaban pagos en el marco del PROEX. Tal es el caso de las ventas del xxx xxxxxxxx a xxxxxxxx y xx xxxxxxxx. El Brasil excluyó también algunas ventas en las que la competencia se basaba en factores distintos del precio (como el peso o los costos de mantenimiento de la aeronave, la capacidad de pasaje y de carga y los certificados aeroportuarios). Por último, el Brasil excluyó las ventas del ERJ-135 alegando que no competían con los modelos turbohélice producidos por Bombardier.

3.62 Dado que como base de las contramedidas escogimos la cuantía de la subvención y no el nivel de la anulación o el menoscabo sufridos por el Canadá, es lógico y adecuado incluir en nuestro cálculo todas las ventas de aeronaves subvencionadas, tanto si competían con la producción de Bombardier como si no lo hacían. Sin embargo, en aplicación de nuestro criterio sobre la carga de la prueba, excluimos todas las ventas en las que el Brasil demostró que no se habían efectuado pagos de equiparación de los tipos de interés en el marco del PROEX, y dimos por supuesto que las futuras ventas de los xxx xxxxxxxx y xxx no se beneficiarían de esos pagos.

Tratamiento de los contratos anteriores al 18 de noviembre de 1999

3.63 El Brasil ha alegado que las entregas de aeronaves para las que se habían expedido cartas de compromiso del PROEX antes del 18 de noviembre de 1999 debían excluirse del cálculo de las contramedidas apropiadas, y que sólo debían tenerse en cuenta las ventas posteriores al período de aplicación de 90 días.

3.64 Observamos que el Órgano de Apelación, en su informe sobre los procedimientos en virtud del párrafo 5 del artículo 21 del ESD, hizo la siguiente constatación:

"[el Órgano de Apelación] confirma la conclusión del Grupo Especial del párrafo 5 del artículo 21 de que, como consecuencia de la continuación de la emisión por el Brasil de bonos NTN-I después del 18 de noviembre de 1999 en cumplimiento de cartas de compromiso emitidas antes de dicha fecha, el Brasil no ha aplicado la recomendación del OSD de que retire las subvenciones a la exportación prohibidas en el marco del PROEX en un plazo de 90 días".¹⁸⁹

3.65 Estimamos, por consiguiente, que en el cálculo de las contramedidas apropiadas debemos incluir las ventas en firme para las que se emitieron cartas de compromiso en el marco del PROEX antes del 18 de noviembre de 1999 y en las que aún no se había producido la entrega (dado que los bonos NTN-I se emiten en el momento de entrega de la aeronave).¹⁹⁰ Los argumentos basados en las obligaciones contractuales del Brasil no nos parecen convincentes. Las obligaciones establecidas por el derecho interno no justifican el incumplimiento de las obligaciones internacionales.¹⁹¹

¹⁸⁹ *Op. cit.*, párrafo 82 a).

¹⁹⁰ Esta aclaración se hace en relación con el uso por los Árbitros de los datos sobre entrega facilitados por el Brasil en lugar de la información específicamente relacionada con la emisión de los bonos NTN-I. Nuestra decisión es coherente con la constatación fáctica del Grupo Especial original (*op. cit.*, párrafo 7.71) y con el informe del Órgano de Apelación sobre el procedimiento original (*op. cit.*, párrafo 154).

¹⁹¹ Véase el artículo 27 de la Convención de Viena:

"Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado ..."

4. Metodología aplicada por los Árbitros

3.66 Observamos en primer lugar que las partes están de acuerdo en distinguir entre las ventas de aeronaves que tuvieron lugar antes y después del 18 de noviembre de 1999 en relación con el porcentaje de equiparación de los tipos de interés aplicado en el marco del PROEX. Basándonos en las consideraciones expuestas más arriba, hemos decidido calcular la cuantía apropiada de las contramedidas sobre la siguiente base:

a) Empezamos por la identificación del precio de venta medio de los modelos de aeronaves cuyas ventas están subvencionadas. Tenemos asimismo en cuenta el hecho de que las ventas de piezas de repuesto también han dado lugar a pagos en el marco del PROEX. Consideramos que la financiación PROEX de piezas de repuesto debe incluirse en nuestro cálculo de la subvención.

b) Hacemos seguidamente una proyección de la producción anual de aeronaves, por modelo, en el período 2000-2005 (seis años). Escogimos este período sobre todo porque corresponde al período en el que puede suponerse que las evaluaciones de la capacidad de producción de Embraer son razonablemente exactas. Observamos asimismo, basándonos en la información disponible, que Embraer no podrá satisfacer totalmente hasta 2005 los pedidos acumulados relacionados con ventas anteriores al 18 de noviembre de 1999 que no se habían entregado en esa fecha y con las ventas del ERJ-135 efectuadas entre el 19 de noviembre de 1999 y el 30 de junio de 2000.¹⁹²

c) El siguiente paso consiste en calcular el valor actual de la subvención por modelo de aeronave, utilizando el precio de venta de cada modelo, un tipo de financiación del xxx por ciento (para una financiación correspondiente al xxx por ciento del precio), la equiparación de los tipos de interés en el marco del PROEX aplicable (3,8 por ciento o 2,8 por ciento de la financiación, dependiendo de la venta o de la fecha en que tuvo lugar), la comisión del agente que nos pareció representativa de esos tipos de transacciones en el Brasil y un tipo de descuento igual al LIBOR.¹⁹³

d) Por último, para cada modelo multiplicamos la cantidad total de aeronaves vendidas con un tipo de equiparación de los tipos de interés del 3,8 por ciento por el valor actual de la subvención por modelo, y la cantidad total de aeronaves vendidas con un tipo de equiparación de los tipos de interés del 2,5 por ciento por el valor actual de la subvención por modelo. El total se distribuye en un período de seis años para que arroje el valor actual medio anual de la subvención para cada uno de los modelos subvencionados (ERJ-135 y ERJ-145). El total corresponde al nivel apropiado de las contramedidas basado en las premisas arriba expuestas.

C. CÁLCULO DEL NIVEL APROPIADO DE LAS CONTRAMEDIDAS

1. Precio unitario medio por modelo

a) Elementos básicos

i) *Precio de venta*

¹⁹² Véanse el cuadro 1 y las explicaciones conexas, *infra*.

¹⁹³ LIBOR significa "London Interbank Offer Rate" (Tipo de oferta interbancaria de Londres).

3.67 Utilizamos el precio de venta medio para los modelos ERJ-135 y ERJ-145. Por las razones arribas citadas, se han excluido las ventas de los modelos ERJ-170 y 190. Entre las transacciones consideradas no hubo ventas de ERJ-140. El Brasil no pudo facilitar a los Árbitros información sobre el precio de cada una de las ventas. Por consiguiente, teniendo en cuenta los argumentos de las partes, utilizamos los precios de venta medios indicados por el Canadá para cada uno de los modelos de que se trata. El Canadá establece el precio del ERJ-135 en xxx millones de dólares EE.UU., y el del ERJ-145 en xxx millones de dólares EE.UU.¹⁹⁴

ii) *Piezas de repuesto*

3.68 El precio neto de cada aeronave indicado por el Canadá se ha ajustado para tener en cuenta la financiación de piezas de repuesto en el marco del PROEX. El Brasil estima que el valor total de las piezas de repuesto financiadas en el marco del PROEX que no se habían entregado al 18 de noviembre de 1999 se cifra en xxx dólares EE.UU.¹⁹⁵ Según los datos proporcionados por el Brasil¹⁹⁶, en el marco del PROEX no se financian piezas de repuesto para el modelo ERJ-135. El Canadá no proporcionó información específica contraria a esa declaración. Aceptamos, en consecuencia, la indicación del Brasil de que en el marco del PROEX sólo se financian piezas de repuesto para el modelo ERJ-145. Aceptamos asimismo que la financiación para piezas de repuesto prevista en el marco del PROEX para la totalidad de las aeronaves ERJ-145 por entregar después del 18 de noviembre de 1999 se cifra en xxx dólares EE.UU. Después del 18 de noviembre de 1999 no hubo nuevas solicitudes de financiación de piezas de repuesto en el marco del PROEX.

3.69 Observamos que no es probable que todas las aeronaves ERJ-145 se beneficien de financiación PROEX por lo que respecta a las piezas de repuesto, pero la información facilitada no nos permite determinar qué ventas se beneficiarán y cuáles no. Por consiguiente, con objeto de tener en cuenta la subvención relativa a las piezas de repuesto no entregadas al 18 de noviembre de 1999, decidimos dividir la cifra de xxx dólares EE.UU. por el número total de aeronaves ERJ-145 por entregar entre 2000 y 2005 (es decir, 780 aeronaves). Ello arroja una cifra media aproximada de xxx dólares EE.UU. para piezas de repuesto por cada ERJ-145.

b) *Resultados*

3.70 Utilizamos, por tanto, el precio de venta indicado por el Canadá para cada aeronave ERJ-135/145, y asignamos el valor total del aprovisionamiento de piezas de repuesto no entregadas que se beneficiaron de apoyo en el marco del PROEX al número total de aeronaves ERJ-145 por entregar entre 2000 y 2005. Como se ha indicado más arriba, no hay financiación para piezas de repuesto del modelo ERJ-135. Por consiguiente, añadimos, únicamente para el modelo ERJ-145, xxx dólares EE.UU. por aeronave en concepto de piezas de repuesto financiadas en el marco del PROEX.

3.71 En consecuencia, el precio unitario medio por modelo de aeronave es, a efectos de nuestros cálculos, el siguiente:

- a) el precio medio de un ERJ-135 es xxx millones de dólares EE.UU.;

¹⁹⁴ Información sobre el precio de venta medio de los modelos ERJ-135 y ERJ-145 facilitada en el cuadro 8 del Anexo I de la comunicación escrita del Canadá fechada el 26 de junio de 2000. En la página 23 de su respuesta a la pregunta 9 de los Árbitros, de fecha 17 de julio de 2000, el Brasil "xxxxxxxx xxx xxxxxx xxxxxxxx xxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxx xxx xxxxxx xxxxxxxxxxx, y acepta el uso de las cifras proporcionadas por el Canadá xxx xxx xxxxxxx xxxxxxx xxx xxxxxx xx xxxxx x a efectos de calcular la cuantía de la subvención PROEX".

¹⁹⁵ Respuesta escrita del Brasil, fechada el 24 de julio de 2000, a la pregunta N° 18 de los Árbitros, páginas 32-33.

¹⁹⁶ Declaración del Banco do Brasil contenida en el documento probatorio Br-A-33.

- b) el precio medio de un ERJ-145 es xxx millones de dólares EE.UU. (xxx millones de dólares EE.UU. más xxx dólares EE.UU. para piezas de repuesto financiadas en el marco del PROEX).

3.72 Teniendo en cuenta los argumentos de las partes, estimamos procedente a efectos de calcular las contramedidas apropiadas, considerar que la financiación externa o bancaria sobre la base de la cual se calculan los pagos para equiparación de los tipos de interés efectuados por el PROEX cubre el xxx por ciento del precio de cada modelo de aeronave. Estimamos, por consiguiente, que la financiación para el ERJ-135 es un xxx por ciento del precio de xxx millones de dólares EE.UU. de la aeronave, lo que significa xxx dólares EE.UU. La financiación PROEX para el ERJ-145 es un xxx por ciento del precio de xxx millones de dólares EE.UU. de la aeronave, lo que significa xxx dólares EE.UU.

2. Proyección de la producción anual de aeronaves, por modelo

3.73 De conformidad con la metodología arriba descrita, hemos hecho una proyección de la producción anual de aeronaves, por modelo, en el período 2000-2005. Esa proyección figura en el cuadro 1. Seguidamente se explican los parámetros utilizados en ese cuadro y las fuentes en las que nos basamos para prepararlo.

3.74 En el cuadro 1 se comparan la capacidad de producción prevista y las entregas previstas de aeronaves ERJ-135 y ERJ-145 en el período 2000-2005. Como se ha puesto de relieve más arriba, tenemos en cuenta un período de seis años, es decir, 2000-2005, para analizar la estructura de producción por modelo de aeronave. Al elegir ese período tuvimos presente que las cifras sobre capacidad de producción facilitadas por el Brasil sólo llegan hasta 2004. Sin embargo, ese período de seis años corresponde al plazo que con arreglo a las cifras sobre capacidad de producción facilitadas a los Árbitros será necesario para satisfacer los pedidos acumulados de aeronaves ERJ-135/145. Esto debe suceder, según nuestra proyección, en 2004 en el caso del ERJ-145 y en 2005 en el caso del ERJ-135. Nos pareció, por consiguiente, que debíamos utilizar un período de tiempo que abarcara la producción previsible basada en pedidos en firme existentes y en conversiones de opciones existentes al 30 de junio de 2000.¹⁹⁷ No nos pareció razonable utilizar un período más largo porque sería demasiado especulativo en un sector en evolución tan rápida como el de la aviación comercial.

3.75 El cuadro 1 engloba tres categorías. La categoría A representa la capacidad de producción total por año de aeronaves ERJ-135 y ERJ-145 en el período 2000-2005. La categoría B representa la estructura de producción del modelo ERJ-135. La categoría C representa la estructura de producción del modelo ERJ-145. Se indica el total de entregas en cada una de esas categorías.¹⁹⁸

3.76 En la categoría A del cuadro 1 seleccionamos la previsión de producción anual de aeronaves, por modelo, hecha por el Brasil para los años 2000-2002¹⁹⁹ y por el Canadá para 2003-2005.²⁰⁰ De otro modo, si se aceptan las cifras de producción previstas por el Brasil para después de 2002, sería imposible satisfacer los pedidos acumulados de aeronaves en un período de tiempo prudencial. En condiciones de plena producción prevemos que los pedidos acumulados del modelo ERJ-135

¹⁹⁷ Observamos que el Brasil, en su respuesta a la pregunta 16 de los Árbitros, fechada el 24 de julio de 2000, indica que la producción de ERJ-135 y 145 debe irse abandonando gradualmente. En el documento probatorio Br-A-30, Embraer declara que su actual acumulación de pedidos debería reducirse sustancialmente para el año 2002, xxx xxxx cxxxxxxxxxxxx xxxxxxx xxxxx xxxxx xx xxxxx xxxxxxx xxx xxx xxx xxx xxx xxx. Tuvimos en cuenta esa información y la facilitada por el Canadá y llegamos a la conclusión de que era preferible basarnos en las opciones y pedidos actuales xxx xx xxxxxxx xxxxxxxxxxx xxxxxxx xx xxxxxx xx xxxxxx xx xxxxxxx.

¹⁹⁸ Los Árbitros se basaron en el documento probatorio Br-A-21.

¹⁹⁹ Comunicación escrita del Brasil, fechada el 24 de julio de 2000, página 32.

²⁰⁰ Anexo I de la comunicación escrita del Canadá, fechada el 26 de junio de 2000.

quedarán satisfechos en 2005, y los del modelo ERJ-145 en 2004. Por consiguiente, la cifra de producción total a plena capacidad para las aeronaves ERJ-135 y ERJ-145 en el período 2000 a 2005 es 1.118 aeronaves.

3.77 Observamos que el Brasil no pudo facilitar un desglose detallado de la producción de los modelos ERJ-135 y ERJ-145.²⁰¹ El Canadá presupuso un porcentaje del 20 por ciento para el ERJ-135, el 10 por ciento para el ERJ-140 y el 70 por ciento para el ERJ-145.²⁰² No encontramos pruebas fehacientes en apoyo de ese desglose de la producción. Decidimos, en consecuencia, aplicar la proporción 30/70 derivada de la estructura de la acumulación existente de pedidos de aeronaves ERJ-135 y ERJ-145, respectivamente, sobre la base de los datos facilitados por el Brasil.²⁰³

3.78 El número de aeronaves que se benefician del tipo de equiparación del 3,8 o el 2,5 por ciento aplicados en el marco del PROEX se desglosa por modelos en las categorías B y C. Esa estructura se basa en la comunicación del Brasil.²⁰⁴ Además, en nuestra previsión de las entregas de aeronaves supusimos probable que las beneficiarias del tipo PROEX de equiparación de los tipos de interés del 3,8 por ciento se ejecutarían antes. Por consiguiente, el número total de aeronaves ERJ-135 que se entregarán entre 2000 y 2005 con un tipo de equiparación del 3,8 por ciento es xxx, y el número total que se entregará con un tipo de equiparación del 2,5 por ciento es xxx. El número total de aeronaves ERJ-145 que se entregará entre 2000 y 2005 con un tipo de equiparación del 3,8 por ciento es xxx, y el número total que se entregará con un tipo de equiparación del 2,5 por ciento es xxx.

3.79 Para las categorías B y C, en el cuadro 1 se expone la conversión de las opciones en pedidos en firme para los modelos ERJ-135 y ERJ-145. Para los pedidos anteriores al 18 de noviembre de 1999 y los del período 18 de noviembre 1999-30 de junio de 2000 se presupone que las opciones existentes se convertirán en pedidos en firme en un 85 por ciento. El Canadá sugirió una tasa de conversión del 100 por ciento, debido a la gran demanda. Sugirió también una tasa de conversión del 80 por ciento a medida que madure el mercado para aviones a reacción regionales.²⁰⁵ El Brasil facilitó datos sobre cancelaciones de opciones, y afirma que la tasa de conversión no será superior al 84 por ciento.²⁰⁶ Habida cuenta de los datos facilitados por las partes, presupusimos una tasa de conversión de opciones en pedidos en firme del 85 por ciento en el período 2000-2005. Sin embargo, ese supuesto sólo es pertinente para determinar cuántas transacciones de aeronaves se benefician del tipo PROEX al 3,8 por ciento y cuántas se benefician del tipo PROEX al 2,5 por ciento, porque, en el contexto previsto de producción a plena capacidad, la tasa de conversión de opciones no afecta a la cantidad de entregas.

Cuadro 1: Proyección de la producción anual de aeronaves, por modelo, 2000-2005

Modelo	Enero-junio 2000	Julio-dic. 2000	2001	2002	2003	2004	2005	Total
A. Capacidad total de producción de los modelos ERJ-135/145	151		188	203	192	192	192	1118

²⁰¹ Documento probatorio Br-A-30, párrafo 7.

²⁰² Cuadro 9 de la comunicación escrita del Canadá, fechada el 26 de junio de 2000.

²⁰³ Documento probatorio del Brasil BR-A-21.

²⁰⁴ Documento probatorio del Brasil BR-A-15. Los Árbitros dieron por supuesto que el tipo PROEX aplicado después del 18 de noviembre de 1999 es un 2,5 por ciento.

²⁰⁵ Anexo I, párrafos 18 a 20 de la comunicación escrita del Canadá.

²⁰⁶ Declaración verbal del Brasil, 14 de julio de 2000, párrafo 60.

(Cifras proporcionadas por el Brasil)	(151)	(188)	(203)	(148)	(122)	(122)	(812)	
(Cifras proporcionadas por el Canadá)	(168)	(192)	(192)	(192)	(192)	(192)	(936)	
B. Total de entregas del modelo ERJ-135								
Pedidos anteriores al 18.11.99 (tasa de conversión del 85%)	25	22	56	61	58	58	77	338
Pedidos 18.11.99-30.6.00 (tasa de conversión del 85%)	25	22	56	61	58	31	-	253
Pedidos 18.11.99-30.6.00 (tasa de conversión del 85%)	-	-	-	-	-	27	6	33
Nuevos pedidos	-	-	-	-	-	-	52	52
Total ERJ-135 al 3,8%	xxx	xxx	xxx	xxx	xxx	xxx	xxx	xxx
Total ERJ-135 al 2,5%	xxx	xxx	xxx	xxx	xxx	xxx	xxx	xxx
C. Total de entregas del modelo ERJ-145								
Pedidos anteriores al 18.11.99 (tasa de conversión del 85%)	54	50	132	142	134	134	134	780
Pedidos anteriores al 18.11.99 (tasa de conversión del 85%)	54	50	132	81	-	-	-	317
Pedidos 18.11.99-30.6.00 (tasa de conversión del 85%)	-	-	-	61	134	129	-	324
Nuevos pedidos	-	-	-	-	-	5	134	139
Total ERJ-145 al 3,8%	xxx	xxx	xxx	xxx	xxx	xxx	xxx	xxx
Total ERJ-145 al 2,5%	xxx	xxx	xxx	xxx	xxx	xxx	xxx	xxx

3. Cálculo del valor actual de la subvención

a) Cálculo del valor actual de la subvención

i) Cuadros pertinentes

3.80 En el anexo del presente informe figura, para cada modelo de aeronave (ERJ-135 y ERJ-145), el cálculo del valor actual de la subvención por aeronave y por tipo de equiparación. Los resultados se exponen en el cuadro 2 *infra*. El cálculo se basa en los siguientes parámetros.

ii) Método de financiación

3.81 Observamos que las partes han basado sus cálculos en distintas formas de reembolso del préstamo. Presupusimos que el interés se pagaba sobre el saldo pendiente. Acordamos que en teoría podía ser posible aplicar un método de reembolso anual (es decir, cuotas iguales, incluidos pagos del principal y de los intereses, como hace el Canadá). Sin embargo, dimos por supuesto que el método sugerido por el Brasil correspondía a la forma de reembolso realmente utilizada cuando el PROEX efectúa pagos para la equiparación de los tipos de interés. Por consiguiente, en nuestros cálculos aplicamos cuotas constantes para el reembolso del capital.

3.82 Presuponemos, además, cuotas semestrales constantes para el reembolso del capital. Por consiguiente, se hacen 30 pagos en un período de 15 años, de conformidad con el período de vencimiento de los bonos MTN-I utilizados por el Brasil para financiar los pagos del PROEX para la equiparación de los tipos de interés.²⁰⁷ Esas cuotas se basan en la financiación PROEX del xxx por

²⁰⁷ En la sección II del informe del Grupo Especial original, *op. cit.*, se describe el funcionamiento del programa PROEX.

ciento del precio de las aeronaves (véase la sección C.1 *supra* por lo que respecta a los precios de las aeronaves).

iii) *Tasa de financiación*

3.83 Hemos tomado nota de que en la metodología propuesta por el Canadá se utilizaba una tasa de financiación del 7,79 por ciento. No necesitamos, sin embargo, tomar posición sobre la exactitud de esa tasa. En efecto, la tasa de financiación no afecta al nivel de la subvención, ya que se expresa como porcentaje de la porción financiada del precio de la aeronave, que no depende del nivel del tipo de interés. Nos abstenemos, por consiguiente, de abordar este aspecto de la financiación.

iv) *Comisión del agente*

3.84 El Canadá dio por sentado que los bancos comerciales participantes en la financiación de ventas de aeronaves en el contexto de los pagos del PROEX cobraban una comisión inferior al 1 por ciento. En contraste, el Brasil alegó que los bancos comerciales involucrados como agentes en los pagos PROEX cobraban comisiones xxxx xxxx. En apoyo de su alegación, el Brasil presentó información sobre las condiciones de financiación de transacciones específicas en el marco del PROEX en un período de 15 años.²⁰⁸

3.85 Aunque los datos presentados por el Brasil se referían a un número limitado de aeronaves, los consideramos suficientemente representativos, porque correspondían a transacciones reales. Por consiguiente, aceptamos la alegación del Brasil. Entendemos que la comisión del xxx por ciento del valor de los bonos NTN-I a que se hace referencia en la información presentada por el Brasil refleja el denominado "riesgo Brasil" inherente en los pagos PROEX a lo largo de un período de 15 años. Aunque esta comisión es muy elevada, aceptamos utilizarla por las siguientes razones:

- a) la liquidez de los bonos NTN-I es menor que la de otros bonos gubernamentales denominados en moneda convertible. Así lo demuestra el hecho de que, según el Brasil, sólo tres bancos participen en pagos PROEX;
- b) los bonos NTN-I se pagan en moneda nacional y están sujetos a los riesgos derivados de la convertibilidad; y
- c) el Brasil presentó dos ejemplos concretos de los xxx bancos que manejan el xxx por ciento de los bonos utilizados para financiación PROEX, ejemplos que demuestran que recientemente esos bancos han cobrado una comisión del xxx por ciento o más del valor de los bonos NTN-I.²⁰⁹

3.86 Utilizamos, en consecuencia, las cifras que figuran en la información presentada por el Brasil en las que se estipula una comisión del xxx por ciento del pago para equiparación de los tipos de interés (PROEX) en los primeros diez años y del xxx por ciento en los restantes cinco años a lo largo de un período total de financiación de 15 años. Al tipo PROEX del 3,8 por ciento, una comisión del xxx por ciento equivale a xxx puntos porcentuales del 3,8 por ciento de la financiación en los primeros diez años, y a xxx puntos porcentuales en los siguientes cinco años (es decir, 3,8% x xxx %

²⁰⁸ Documentos probatorios del Brasil Br-A-14, Br-A-22 y Br-A-30.

²⁰⁹ En la página 18 de la comunicación escrita del Brasil de 26 de junio de 2000, el Brasil hace referencia a una carta de un banco que propone una comisión del xxx por ciento. El Brasil afirma que:

"esta cuota de descuento representa xx xxxxxx xxxxxxxxxxxx xx xxxx xxxxxxxx xxxxx xxxxxxxx xx xxx xxxxxxxx xxxxxxxx xx xxxxx xxxxx x xxxxxxxx xxxxxxx, y es coherente con las operaciones comerciales normales en el Brasil. xxxx xxxxx xx xxx xxxxxxx xxx xxxxxxx xx xx xxxxxxxxxxx xxxxxxxxxxx xxxxx xx xxxxxxxx. El cálculo de este tipo figura en las hojas de cálculo adjuntas como documento probatorio Br-A-13."

= xxx puntos porcentuales; $3,8\% \times \text{xxx} \% = \text{xxx}$ puntos porcentuales). Al tipo PROEX del 2,5 por ciento, una comisión del xxx por ciento equivale a xxx puntos porcentuales en los primeros diez años y a xxx puntos porcentuales en los cinco años restantes.

v) *Tipo de descuento*

3.87 Observamos que en la metodología aplicada por el Canadá se utilizaba un tipo de descuento del 12 por ciento y una comisión del 0,15 por ciento. Entendemos que el Brasil ha incluido la comisión del xxx por ciento en su cálculo del tipo de descuento, como parte de su alegación de que la cantidad total percibida por el banco equivale a un tipo de descuento del xxx por ciento. Por consiguiente, el Brasil añade la comisión del xxx por ciento al tipo xxxx del xxx por ciento para llegar a lo que considera equivalente a un tipo de descuento del xxx por ciento.²¹⁰ Como se ha indicado más arriba, preferimos calcular el factor de riesgo específico, en su totalidad, como parte de la comisión del agente, ya que ésta parece ser la práctica habitual de los principales bancos involucrados en la financiación PROEX.

3.88 En consecuencia, para el tipo de descuento nos pareció adecuado utilizar un tipo xxxx para dólares de los Estados Unidos del xxx por ciento, como había sugerido el Brasil. Utilizamos un tipo xxxx para dólares de los Estados Unidos porque las transacciones se efectúan en dólares de los Estados Unidos. No utilizamos un tipo de descuento más elevado, como el sugerido por el Canadá, porque dimos por sentado que todos los factores de riesgo se reflejaban totalmente en la comisión del agente, como se explica más arriba.

vi) *Valor actual de la subvención por modelo de aeronave*

3.89 Como se expone en el cuadro 2, definimos la subvención PROEX neta por aeronave como una cifra independiente de la comisión del agente (es decir, total de financiación PROEX menos la comisión del agente). Esto es, a nuestro juicio, coherente con la definición de subvención en el artículo 1 del Acuerdo SMC.²¹¹

3.90 Hemos calculado el valor actual de la subvención para un ERJ-135 y un ERJ-145 con financiación PROEX para equiparación de los tipos de interés al 3,8 por ciento y con financiación PROEX para equiparación de los tipos al 2,5 por ciento. En consecuencia, el valor actual de un pago PROEX para equiparación de los tipos de interés al 3,8 por ciento del xxx por ciento del precio de venta de un ERJ-135 (xxx millones de dólares EE.UU.) es xxx dólares EE.UU.; y con un pago PROEX para equiparación al 2,5 por ciento es xxx dólares EE.UU. El valor actual de un pago PROEX para equiparación al 3,8 por ciento del xxx por ciento del precio de venta de un ERJ-145 (xxx millones de dólares EE.UU.) es xxx dólares EE.UU.; y con un pago PROEX para equiparación de los tipos de interés al 2,5 por ciento es xxx dólares EE.UU.

3.91 Los elementos arriba indicados se exponen en el cuadro 2 *infra*:

**Cuadro 2: Cálculo del valor actual de la subvención:
Reembolso en cuotas constantes (método utilizado por el Brasil)**

	Precio de venta (\$EE.UU.)	Tipo PROEX (puntos porcentuales)	Comisión del agente (%)	Tasa de subvención PROEX neta (tras deducción de la comisión del agente) (puntos porcentuales)	Valor actual de la subvención por modelo de aeronave (\$EE.UU.)
ERJ 135	xxx	3,8	xxx/xxx	$3,8\text{-xxx} = \text{xxx}$	xxx
	xxx	2,5	xxx/xxx	$2,5\text{-xxx} = \text{xxx}$	xxx

²¹⁰ Nuestros cálculos revelan que este tipo de descuento implícito es algo más bajo que el xxx por ciento utilizado por el Brasil. El tipo oscila entre el xxx y el xxx por ciento, dependiendo de los supuestos de los que se parta.

²¹¹ Véase también la Lista ilustrativa de subvenciones a la exportación, Anexo I del Acuerdo SMC.

					xxx
ERJ 145	xxx	3,8	xxx/xxx	3,8-xxx = xxx	xxx
	xxx	2,5	xxx/xxx	2,5-xxx = xxx	xxx

b) Cálculo del valor actual total de la subvención

3.92 Sobre la base de la información expuesta en los cuadros 1 y 2 *supra*, el valor actual medio de la subvención por aeronave se calcula multiplicando el número total de aeronaves, por modelo, al 3,8 por ciento PROEX y al 2,5 por ciento PROEX, producidas en el período 2000-2005 (véase el cuadro 1) por la subvención anual media por modelo (véase el cuadro 2). El cálculo es como sigue:

ERJ-135: xxx aeronaves @ 3,8% x xxx \$EE.UU. = xxx \$EE.UU.

MÁS:

xxx aeronaves @ 2,5% x xxx \$EE.UU. = xxx \$EE.UU.

IGUAL A:

405.046.838 \$EE.UU

ERJ-145: xxx aeronaves @ 3,8% x xxx \$EE.UU. =

MÁS:

xxx aeronaves @ 2,5% x xxx \$EE.UU. = xxx \$EE.UU.

IGUAL A:

996.266.316 \$EE.UU.

3.93 La cuantía total de la subvención por año se calcula seguidamente sumando las cifras *supra* para todas las aeronaves ERJ-135 y ERJ-145, es decir, 405.046.838 dólares EE.UU. más 996.266.316 dólares EE.UU., lo que arroja un total de 1.401.313.154 dólares EE.UU. en el período 2000-2005. Esa cifra se divide a continuación por seis (para el período de seis años) con objeto de determinar el valor actual medio de la subvención por año. Ese promedio en dólares de los Estados Unidos se convierte a continuación en dólares canadienses. Para ello utilizamos el tipo de cambio más reciente entre el dólar EE.UU. y el dólar canadiense.²¹² Aplicamos, por tanto, un tipo de cambio de 1,474 dólares canadienses por dólar EE.UU. El resultado final es el siguiente: 233.552.192,3 dólares EE.UU. multiplicados por 1,474 es igual a 344.255.931,4502 dólares canadienses. Esta cifra puede redondearse a 344,2 millones de dólares canadienses.

IV. LAUDO ARBITRAL

4.1 Por las razones arriba expuestas, los Árbitros deciden que, en el asunto *Brasil - Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves*, la suspensión por el Canadá de la aplicación al Brasil de concesiones arancelarias u otras obligaciones contraídas en virtud del GATT de 1994, el Acuerdo sobre los Textiles y el Vestido y el Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación que abarquen transacciones comerciales por una cantidad máxima de 344,2 millones de dólares canadienses anuales constituiría un caso de contramedidas apropiadas en el sentido del párrafo 10 del artículo 4 del Acuerdo SMC.

4.2 A ese respecto, los Árbitros instan al Canadá a que se asegure de que, si decide proceder, como se indica en el documento WT/DS46/16, a la suspensión de algunas de sus obligaciones para con el Brasil en lugar de aplicar el recargo del 100 por ciento, ello se haga en forma que respete la cuantía máxima de las contramedidas a que se hace referencia en el párrafo anterior.

²¹² Tipos de cambio cruzados, 18 de agosto de 2000, *Financial Times*, lunes 21 de agosto de 2000, página 22.

4.3 Por último, los Árbitros subrayan que el párrafo 8 del artículo 22 del ESD estipula que:

"La suspensión de concesiones u otras obligaciones será temporal y sólo se aplicará hasta que se haya suprimido la medida declarada incompatible con un acuerdo abarcado, hasta que el Miembro que deba cumplir las recomendaciones o resoluciones ofrezca una solución a la anulación o menoscabo de ventajas, o hasta que se llegue a una solución mutuamente satisfactoria. [...]"

ANEXO

ERJ-135, financiación PROEX al 2,5%

Precio de la aeronave		
Pago inicial	Tipo de equiparación PROEX	2,50%
Parte aplicable a la equiparación	Comisión del agente años	
Valor del pago inicial	Comisión del agente años	
Financiación total	Período de financiación - años	15
Tipo de descuento	Pagos semestrales	30

Año	Porción capital	Principal pendiente	Total equip.	Comisión agente	EQ neto	EQ/Año	VNA
-----	-----------------	---------------------	--------------	-----------------	---------	--------	-----

1							
2							
3							
4							
5							
6							
7							
8							
9							
10							
11							
12							
13							
14							
15							
		Comisión del agente					
		Valor nominal de la EQ					
		VNA de la EQ					

ERJ-135, financiación PROEX al 3,8%

Precio de la aeronave		
Pago inicial	Tipo de equiparación PROEX	3,80%
Parte aplicable a la equiparación	Comisión del agente años	
Valor del pago inicial	Comisión del agente años	
Financiación total	Período de financiación - años	15
Tipo de descuento	Pagos semestrales	30

Año	Porción capital	Principal pendiente	Total equip.	Comisión agente	EQ neto	EQ/Año	VNA
-----	-----------------	---------------------	--------------	-----------------	---------	--------	-----

1							
2							
3							
4							
5							
6							
7							
8							
9							
10							
11							
12							
13							
14							
15							
		Comisión del agente					
		Valor nominal de la EQ					
		VNA de la EQ					

ERJ-145, financiación PROEX al 2,5%

Precio de la aeronave		
Pago inicial	Tipo de equiparación PROEX	2,50%
Parte aplicable a la equiparación	Comisión del agente años	
Valor del pago inicial	Comisión del agente años	
Financiación total	Período de financiación - años	15
Tipo de descuento	Pagos semestrales	30

Año	Porción capital	Principal pendiente	Total equip.	Comisión agente	EQ neto	EQ/Año	VNA
-----	-----------------	---------------------	--------------	-----------------	---------	--------	-----

1							
2							
3							
4							
5							
6							
7							
8							
9							
10							
11							
12							
13							
14							
15							
		Comisión del agente					
		Valor nominal de la EQ					
		VNA de la EQ					

ERJ-145, financiación PROEX al 3,8%

Precio de la aeronave		
Pago inicial	Tipo de equiparación PROEX	3,80%
Parte aplicable a la equiparación	Comisión del agente años	
Valor del pago inicial	Comisión del agente años	
Financiación total	Período de financiación - años	15
Tipo de descuento	Pagos semestrales	30

Año	Porción capital	Principal pendiente	Total equip.	Comisión agente	EQ neto	EQ/Año	VNA
-----	-----------------	---------------------	--------------	-----------------	---------	--------	-----

1							
2							
3							
4							
5							
6							
7							
8							
9							
10							
11							
12							
13							
14							
15							
		Comisión del agente					
		Valor nominal de la EQ					
		VNA de la EQ					

WT/DS366/13

2 de octubre de 2009

(09-4614)

Original: inglés

COLOMBIA - PRECIOS INDICATIVOS Y RESTRICCIONES DE LOS PUERTOS DE ENTRADA

ARB-2009-1/25

Arbitraje

de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias

Laudo del Árbitro Giorgio Sacerdoti

WT/DS366/13

Página i

ÍNDICE

Página

I.	1	Introducción
II.	3	Argumentos de las partes
A.	3	Colombia
1.	4	Medios de aplicación previstos
a)	4	Precios indicativos
b)	7	Restricción de los puertos de entrada
2.	9	"Las circunstancias del caso"
a)	10	Necesidad de adoptar medidas legislativas y reglamentarias
b)	11	Complejidad de la medida
c)	12	Importancia de las medidas en el ordenamiento interno
d)	13	Condición de país en desarrollo
B.	14	Panamá
1.	16	Medios de aplicación previstos por lo que respecta a los precios indicativos y las restricciones de los puertos de entrada
2.	20	"Las circunstancias del caso"
a)	20	Necesidad de adoptar medidas legislativas y reglamentarias
b)	23	Complejidad de la medida
c)	23	Importancia de la medida en el ordenamiento interno
d)	24	Condición de país en desarrollo
III.	25	Plazo prudencial
A.	25	Cuestiones preliminares
1.	25	Cuestión de procedimiento
2.	26	Mandato del Árbitro
3.	29	Medidas cuya incompatibilidad constató el Grupo Especial
B.	31	Factores que afectan a la determinación del plazo prudencial con arreglo al párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD
1.	31	Medios de aplicación previstos
a)	31	Colombia
b)	34	Panamá
c)	35	Análisis
2.	39	Las circunstancias del caso
a)	39	Necesidad de adoptar medidas legislativas y administrativas
b)	42	Complejidad de las medidas de aplicación
c)	44	Importancia de la medida en el ordenamiento interno
d)	45	Condición de país en desarrollo
IV.	47	Laudo

WT/DS366/13

Página ii

ASUNTOS CITADOS EN EL PRESENTE LAUDO

Título abreviado

Título y referencia completos

Argentina - Piel y cueros (párrafo 3 c) del artículo 21)

Laudo del Árbitro, Argentina - Medidas que afectan a la exportación de pieles de bovino y a la importación de cueros acabados - Arbitraje de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD, WT/DS155/10, 31 de agosto de 2001

Australia - Salmón (párrafo 3 c) del artículo 21)

Laudo del Árbitro, Australia - Medidas que afectan a la importación de salmón - Arbitraje de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD, WT/DS18/9, 23 de febrero de 1999

Brasil - Neumáticos recauchutados (párrafo 3 c) del artículo 21)
 Laudo del Árbitro, Brasil - Medidas que afectan a las importaciones de neumáticos recauchutados - Arbitraje de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD, WT/DS332/16, 29 de agosto de 2008

Canadá - Patentes para productos farmacéuticos (párrafo 3 c) del artículo 21)
 Laudo del Árbitro, Canadá - Protección mediante patente de los productos farmacéuticos - Arbitraje de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD, WT/DS114/13, 18 de agosto de 2000

CE - Banano III (párrafo 3 c) del artículo 21)
 Laudo del Árbitro, Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos - Arbitraje de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD, WT/DS27/15, 7 de enero de 1998

CE - Hormonas (párrafo 3 c) del artículo 21)
 Laudo del Árbitro, CE - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (Hormonas) - Arbitraje de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD, WT/DS26/15, WT/DS48/13, 29 de mayo de 1998

CE - Preferencias arancelarias (párrafo 3 c) del artículo 21)
 Laudo del Árbitro, Comunidades Europeas - Condiciones para la concesión de preferencias arancelarias a los países en desarrollo - Arbitraje de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD, WT/DS246/14, 20 de septiembre de 2004

CE - Subvenciones a la exportación de azúcar (párrafo 3 c) del artículo 21)
 Laudo del Árbitro, Comunidades Europeas - Subvenciones a la exportación de azúcar - Arbitraje de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD, WT/DS265/33, WT/DS266/33, WT/DS283/14, 28 de octubre de 2005

CE - Trozos de pollo (párrafo 3 c) del artículo 21)
 Laudo del Árbitro, Comunidades Europeas - Clasificación aduanera de los trozos de pollo deshuesados congelados - Arbitraje de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD, WT/DS269/13, WT/DS286/15, 20 de febrero de 2006

Chile - Bebidas alcohólicas (párrafo 3 c) del artículo 21)
 Laudo del Árbitro, Chile - Impuestos a las bebidas alcohólicas - Arbitraje de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD, WT/DS87/15, WT/DS110/14, 23 de mayo de 2000

Chile - Sistema de bandas de precios (párrafo 3 c) del artículo 21)
 Laudo del Árbitro, Chile - Sistema de bandas de precios y medidas de salvaguardia aplicados a determinados productos agrícolas - Arbitraje de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD, WT/DS207/13, 17 de marzo de 2003

Colombia - Puertos de entrada
 Informe del Grupo Especial, Colombia - Precios indicativos y restricciones de los puertos de entrada, WT/DS366/R y Corr.1, adoptado el 20 mayo de 2009

Corea - Bebidas alcohólicas (párrafo 3 c) del artículo 21)
 Laudo del Árbitro, Corea - Impuestos a las bebidas alcohólicas - Arbitraje de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD, WT/DS75/16, WT/DS84/14, 4 de junio de 1999

Estados Unidos - Acero inoxidable (México) (párrafo 3 c) del artículo 21)
 Laudo del Árbitro, Estados Unidos - Medidas antidumping definitivas sobre el acero inoxidable procedente de México - Arbitraje de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD, WT/DS344/15, 31 de octubre de 2008

WT/DS366/13

Página iii

Título abreviado Título y referencia completos

Estados Unidos - Acero laminado en caliente (párrafo 3 c) del artículo 21)
 Laudo del Árbitro, Estados Unidos - Medidas antidumping sobre determinados productos de acero laminado en caliente procedentes del Japón - Arbitraje de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD, WT/DS184/13, 19 de febrero de 2002

Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor (párrafo 3 c) del artículo 21)
 Laudo del Árbitro, Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos - Arbitraje de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD, WT/DS160/12, 15 de enero de 2001

Estados Unidos - Juegos de azar (párrafo 3 c) del artículo 21)
 Laudo del Árbitro, Estados Unidos - Medidas que afectan al suministro transfronterizo de servicios de juegos de azar y apuestas - Arbitraje de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD, WT/DS285/13, 19 de agosto de 2005

Estados Unidos - Ley de 1916 (párrafo 3 c) del artículo 21)
 Laudo del Árbitro, Estados Unidos - Ley Antidumping de 1916 - Arbitraje de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD, WT/DS136/11, WT/DS162/14, 28 de febrero de 2001

Estados Unidos - Ley de compensación (Enmienda Byrd) (párrafo 3 c) del artículo 21)
 Laudo del Árbitro, Estados Unidos - Ley de compensación por continuación del dumping o mantenimiento de las subvenciones de 2000 - Arbitraje de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD, WT/DS217/14, WT/DS234/22, 13 de junio de 2003

Estados Unidos - Madera blanda IV

Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Determinación definitiva en materia de derechos compensatorios con respecto a determinada madera blanda procedente del Canadá, WT/DS257/AB/R, adoptado el 17 de febrero de 2004

Estados Unidos - Madera blanda IV (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá)

Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Determinación definitiva en materia de derechos compensatorios con respecto a determinada madera blanda procedente del Canadá - Recurso del Canadá al párrafo 5 del artículo 21 del ESD, WT/DS257/AB/RW, adoptado el 20 de diciembre de 2005

Estados Unidos - Reducción a cero (CE) (párrafo 5 del artículo 21 - CE)

Informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Leyes, reglamentos y metodología para el cálculo de los márgenes de dumping ("reducción a cero") - Recurso de las Comunidades Europeas al párrafo 5 del artículo 21 del ESD, WT/DS294/AB/RW y Corr.1, adoptado el 11 de junio de 2009

Indonesia - Automóviles (párrafo 3 c) del artículo 21)

Laudo del Árbitro, Indonesia - Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil - Arbitraje de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD, WT/DS54/15, WT/DS55/14, WT/DS59/13, WT/DS64/12, 7 de diciembre de 1998

Japón - DRAM (Corea) (párrafo 3 c) del artículo 21)

Laudo del Árbitro, Japón - Derechos compensatorios sobre memorias dinámicas de acceso aleatorio procedentes de Corea - Arbitraje de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD, WT/DS336/16, 5 de mayo de 2008

WT/DS366/13

Página iv

DECRETOS Y RESOLUCIONES DEL GOBIERNO DE COLOMBIA

CITADOS EN EL PRESENTE LAUDO

Abreviatura

Descripción

Decreto 403/1993

Decreto 403 del 3 de marzo de 1993 (Prueba documental 5 presentada por Colombia en este arbitraje)

Decreto 1071/1999

El Presidente de la República de Colombia, Decreto 1071 de 1999 (junio 26), Diario Oficial N° 43.615, de 26 de junio de 1999 (Prueba documental 12 presentada por Panamá en este arbitraje)

Decreto 2553/1999: Ministerio de Comercio Exterior, Decreto 2553 de 1999 (diciembre 23), Diario Oficial N° 43.827, de 23 de diciembre de 1999

Decreto 2685/1999: Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Decreto 2685 de 1999 (diciembre 28), Diario Oficial N° 43.834, de 30 de diciembre de 1999 (Prueba documental 1 presentada por Colombia al Grupo Especial)

Decreto 210/2003: Departamento Administrativo de la Función Pública, Decreto 210 de 2003 (febrero 3), Diario Oficial N° 45.086, de 3 de febrero de 2003

Decreto 4669/2005: Cámara de Representantes de Colombia, Decreto 4669 de 2005 (diciembre 21), Diario Oficial N° 46.130, de 22 de diciembre de 2005

Decreto 3303/2006: Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, Decreto 3303 de 2006 (septiembre 25), Diario Oficial N° 46.402, de 25 de septiembre de 2006

Decreto 4646/2006: Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Decreto 4646 de 2006 (diciembre 27), Diario Oficial N° 46.494, de 27 de diciembre de 2006

Decreto 4048/2008: Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Decreto 4048 de 2008 (octubre 22), Diario Oficial N° 47.150, de 22 de octubre de 2008

Resolución 4240/2000: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, Resolución 4240 de 2000 (junio 2), Diario Oficial N° 44.037, de 9 de junio de 2000 (Prueba documental 2 presentada por Colombia al Grupo Especial)

Resolución 12950/2006: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, Resolución 12950 de 2006 (octubre 30) (Prueba documental 1 presentada por Panamá en este arbitraje)

Resolución 12956/2006: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, Resolución 12956 de 2006 (octubre 30) (Prueba documental 1 presentada por Panamá en este arbitraje)

Resolución 13034/2006: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, Resolución 13034 de 2006 (octubre 31) (Prueba documental 1 presentada por Panamá en este arbitraje)

Resolución 7373/2007: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, Resolución 7373 de 2007 (junio 22), Diario Oficial N° 46.678, de 3 de julio de 2007 (Prueba documental 34 presentada por Panamá al Grupo Especial)

Resolución 7510/2007: Sustituida o modificada por la Resolución N° 11412/2007

Resolución 7511/2007: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, Resolución 7511 de 2007 (junio 26) (Prueba documental 10 presentada por Panamá al Grupo Especial)

WT/DS366/13

Página v

Abreviatura Descripción

Resolución 7512/2007: Sustituida o modificada por la Resolución N° 11415/2007

Resolución 7513/2007: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, Resolución 7513 de 2007 (junio 26) (Prueba documental 12 presentada por Panamá al Grupo Especial)

Resolución 7637/2007: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, Resolución 7637 de 2007 (junio 28), Diario Oficial N° 46.681, de 6 de julio de 2007 (Prueba documental 36 presentada por Panamá al Grupo Especial)

Resolución 11412/2007: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, Resolución 11412 de 2007 (septiembre 28) (Prueba documental 15 presentada por Panamá al Grupo Especial)

Resolución 11414/2007: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, Resolución 11414 de 2007 (septiembre 28) (Prueba documental 14 presentada por Panamá al Grupo Especial)

Resolución 11415/2007: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, Resolución 11415 de 2007 (septiembre 28) (Prueba documental 16 presentada por Panamá al Grupo Especial)

Resolución 457/2008: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, Resolución 457 de 2008 (noviembre 20), Diario Oficial N° 47.198, de 20 de noviembre de 2008 (Prueba documental 1 presentada por Colombia en este arbitraje)

Resolución 1749/2008: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, Resolución 1749 de 2008 (diciembre 17) (Prueba documental 5 presentada por Panamá en este arbitraje)

Resolución 5516/2009: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, Resolución 5516 de 2009 (mayo 22) (Prueba documental 4 presentada por Panamá en este arbitraje)

Resolución 6816/2009: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, Resolución 6816 de 2009 (junio 30) (Prueba documental 6 presentada por Panamá en este arbitraje)

Resolución 8812/2008: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, Resolución 8812 de 2008 (septiembre 17), Diario Oficial N° 47.124, de 26 de septiembre de 2008 (Prueba documental 3 presentada por Panamá en este arbitraje)

WT/DS366/13

Página vi

ABREVIATURAS UTILIZADAS EN EL PRESENTE LAUDO

Abreviatura

Descripción

Acuerdo sobre Valoración en Aduana

Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994

Código de Comercio Colombiano, Decreto 410 de 1971, Diario Oficial N° 33.339, de 16 de junio de 1971

Comité Triple A Comité de Asuntos Aduaneros, Arancelarios y de Comercio Exterior

Constitución Política de la República de Colombia de 1991

Decisión 571 de la Comunidad Andina - Valor en Aduana de las Mercancías Importadas (12 de diciembre de 2003) (publicada en la Gaceta Oficial, Año XX, N° 1023 (15 de diciembre de 2003) (Prueba documental 5 presentada por Colombia al Grupo Especial))

DIAN Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales

ESD Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias

GATT de 1994 Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994

Informe del Grupo Especial, Colombia - Precios indicativos y restricciones de los puertos de entrada, WT/DS366/R y Corr.1

Congreso de Colombia, Ley 5 de 1992 (junio 17), Diario Oficial N° 40.483, de 18 de junio de 1992

Congreso de Colombia, Ley 962 de 2005 (julio 8), Diario Oficial N° 46.023, de 6 de septiembre de 2005

Resolución 7373/2007, modificada por la Resolución 7637/2007

OMA Organización Mundial de Aduanas

OSD Órgano de Solución de Diferencias

Resolución 846 de la Comunidad Andina (6 de agosto de 2004), Reglamento Comunitario de la Decisión 571 - Valor en Aduana de las Mercancías Importadas (publicada en la Gaceta Oficial, Año XXI, N° 1103 (9 de agosto de 2004) (Prueba documental 6 presentada por Colombia al Grupo Especial))

WT/DS366/13

Página 1

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

LAUDO DEL ÁRBITRO

Colombia - Precios indicativos y restricciones de los puertos de entrada

Partes

Colombia

Panamá

ARB-2009-1/25

Árbitro:

Giorgio Sacerdoti

Introducción

1. Este arbitraje de conformidad con el párrafo 3 del artículo 21 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (el "ESD") concierne al "plazo prudencial" para la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del Órgano de Solución de Diferencias (el "OSD") en la diferencia Colombia - Precios indicativos y restricciones de los puertos de entrada.¹ Esta diferencia concierne a la utilización por Colombia de precios indicativos en los procedimientos aduaneros y a las restricciones de los puertos de entrada disponibles para las importaciones de textiles, confecciones y calzado procedentes de Panamá.

2. El 20 de mayo de 2009 el OSD adoptó el informe del Grupo Especial que examinó el asunto Colombia - Precios indicativos y restricciones de los puertos de entrada (el "informe del Grupo Especial").³ El informe del Grupo Especial contenía, entre otras cosas, las siguientes constataciones: i) el párrafo 5 e) del artículo 128 del Decreto 2685 de 28 de diciembre de 1999 ("Decreto 2685/1999")⁴ y el párrafo 7 del artículo 172 de la Resolución 4240 de 2 de junio de 2000 ("Resolución 4240/2000")⁵ publicada por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales ("DIAN"), así como las diversas resoluciones por las que se establecen precios indicativos, son incompatibles "en sí mismos" con los métodos de valoración establecidos en los artículos 1, 2, 3, 5 y 6 y los párrafos 2 b) y 2 f) del artículo 7 del Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (el "Acuerdo sobre Valoración en Aduana")⁶; y ii) la Resolución 7373 de 22 de junio de 2007 ("Resolución 7373/2007")⁷, modificada

1 WT/DS366.

2 WT/DS366/9.

3 WT/DS366/R y Corr.1.

4 Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Decreto 2685 de 1999 (diciembre 28), Diario Oficial N° 43.834, de 30 de diciembre de 1999 (Prueba documental 1 presentada por Colombia al Grupo Especial).

5 Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), Resolución 4240 de 2000 (junio 2), Diario Oficial N° 44.037, de 9 de junio de 2000 (Prueba documental 2 presentada por Colombia al Grupo Especial).

6 Informe del Grupo Especial, párrafos 8.1 y 8.2.

7 Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, Resolución 7373 de 2007 (junio 22), Diario Oficial N° 46.678, de 3 de julio de 2007 (Prueba documental 34 presentada por Panamá al Grupo Especial).

WT/DS366/13

Página 2 por la Resolución 7637 de 28 de junio de 2007 (la "medida relativa a los puertos de entrada") es incompatible con el párrafo 1 del artículo I, las frases primera y segunda del párrafo 2 del artículo V, la primera frase del párrafo 6 del artículo V y el párrafo 1 del artículo XI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (el "GATT de 1994").⁹ El Grupo Especial rechazó además la defensa de Colombia de que la medida relativa a los puertos de entrada estaba justificada al amparo del apartado d) del artículo XX del GATT de 1994 por tratarse de una medida necesaria para lograr la observancia de las leyes y reglamentos aduaneros de Colombia.¹⁰

3. En la reunión de 19 de junio de 2009 del OSD, Colombia indicó que tenía el propósito de aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD en esta diferencia, y afirmó que para hacerlo necesitaría un plazo prudencial.¹¹

4. El 7 de julio de 2009, Panamá comunicó al OSD que las consultas con Colombia no habían permitido llegar a un acuerdo sobre el plazo prudencial para la aplicación. En consecuencia, solicitó que ese plazo se determinara mediante arbitraje vinculante, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD.¹²

5. Panamá y Colombia no pudieron ponerse de acuerdo sobre la designación de un árbitro con arreglo a lo previsto en la nota 12 al párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD. Por consiguiente, Panamá, en carta fechada el 24 de julio de 2009, solicitó que el Director General designara a un árbitro en ejercicio de las facultades que le confiere esa disposición. El Director General, tras consultar a las partes, me designó árbitro el 30 de julio de 2009. En carta fechada el 3 de agosto de 2009 comuniqué a las partes mi aceptación de dicha designación.¹³

6. Panamá y Colombia han acordado que se considerará que el presente laudo será un laudo a los efectos del párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD a pesar de la expiración del plazo de 90 días estipulado en esa disposición.¹⁴

8 Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, Resolución 7637 de 2007 (junio 28), Diario Oficial N° 46.681, de 6 de julio de 2007 (Prueba documental 36 presentada por Panamá al Grupo Especial).

9 Informe del Grupo Especial, párrafo 8.5.

10 Informe del Grupo Especial, párrafo 8.7.

11 WT/DSB/M/270, párrafo 51.

12 WT/DS366/10.

13 WT/DS366/11.

14 El plazo de 90 días tras la adopción del informe del Grupo Especial expiró el 18 de agosto de 2009. Mediante carta conjunta fechada el 31 de julio de 2009, Panamá y Colombia acordaron que se considerará que cualquier laudo del árbitro en el presente caso que no se emita dentro de los 90 días siguientes a la adopción de las

recomendaciones y resoluciones del OSD será pese a ello un laudo del árbitro a los efectos del párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD (véase WT/DS366/12).

WT/DS366/13

Página 3

7. Colombia presentó su comunicación escrita el 10 de agosto de 2009. Panamá presentó su comunicación escrita el 17 de agosto de 2009. El 26 de agosto de 2009 se celebró una audiencia.

II. Argumentos de las partes

A. Colombia

8. Colombia me solicita que determine que el "plazo prudencial" para la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD en la presente diferencia sea de 15 meses desde la fecha de adopción del informe del Grupo Especial por el OSD, es decir, hasta el 20 de agosto de 2010.¹⁵

9. Como cuestión de principio, Colombia hace hincapié en que "la elección de los medios de aplicación es prerrogativa del Miembro al que incumbe la aplicación".¹⁶ Por consiguiente, un Miembro al que incumbe la aplicación disfruta de "una cierta discrecionalidad" para escoger los medios de aplicación, lo cual incluye la opción de "suprimir o modificar" la medida incompatible.¹⁷ Por tanto, la opinión expresada por anteriores árbitros de que "el plazo prudencial debe ser el plazo más breve posible que permite aplicar el sistema jurídico del Miembro"¹⁸ tiene que interpretarse como una obligación de aplicar "la nueva medida prevista"¹⁹ en el plazo más breve posible que permita ese sistema jurídico. Colombia, haciendo referencia a anteriores arbitrajes, destaca que pronunciarse sobre la manera en que el Miembro al que incumbe la aplicación tiene el propósito de lograr el cumplimiento no forma parte del mandato del árbitro en virtud del párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD.²⁰ Antes bien, mi mandato como Árbitro se limita a determinar si el plazo propuesto es "prudencial"²¹ habida cuenta del tipo de aplicación escogido.

¹⁵ Comunicación de Colombia, párrafos 3, 4, 45, 65 y 115.

¹⁶ Comunicación de Colombia, párrafo 23.

¹⁷ Comunicación de Colombia, párrafo 22 (donde se hace referencia al laudo del Árbitro, Brasil - Neumáticos recauchutados (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafos 57 y 58, en el que el Árbitro afirmó que el Brasil podía mantenerse "en el ámbito de las medidas admisibles que pueden adoptarse para aplicar" levantando la prohibición de la importación para suprimir la incompatibilidad con el artículo XI del GATT de 1994 o modificando la prohibición existente para rectificar las incompatibilidades con el preámbulo del artículo XX (donde a su vez se hace referencia al laudo del Árbitro, Japón - DRAM (Corea) (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 37; y laudo del Árbitro, Estados Unidos - Ley de compensación (Enmienda Byrd) (párrafo 3 c) del artículo 21, párrafo 50)).

¹⁸ Comunicación de Colombia, párrafo 23 (donde se cita el laudo del Árbitro, CE - Hormonas (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafos 25 y 26).

¹⁹ Comunicación de Colombia, párrafo 23. (no se reproducen las cursivas)

²⁰ Comunicación de Colombia, párrafos 25 y 26 (donde se hace referencia al laudo del Árbitro, CE - Subvenciones a la exportación de azúcar (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 69; y laudo del Árbitro, Japón - DRAM (Corea) (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 27). Colombia hace asimismo referencia a la declaración del Árbitro, en Brasil - Neumáticos recauchutados (párrafo 3 c) del artículo 21), de que su mandato concernía al "momento en el cual el Miembro que ha de aplicar las recomendaciones y resoluciones tiene que haber logrado el cumplimiento, no a la forma en que dicho Miembro logra hacerlo". No obstante, el Árbitro consideró que "la determinación de cuándo un Miembro tiene que cumplir no puede hacerse aisladamente de la forma de

WT/DS366/13

Página 4

10. Colombia también destaca que los dos conjuntos de medidas legislativas y reglamentarias concernientes al control aduanero y la observancia de las disposiciones aduaneras impugnados por Panamá en esta diferencia "están relacionados y son parte de una lucha en curso contra la subfacturación, el contrabando y el lavado de dinero y el tráfico de estupefacientes relacionados con el contrabando".²² Colombia, aunque está estudiando si sería posible aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD mediante "una sola medida revisada concerniente al control aduanero y la observancia de las disposiciones aduaneras que sea suficientemente eficaz y exhaustiva"²³, expone, por separado para cada uno de esos conjuntos de medidas, los medios de aplicación que se propone utilizar.

1 Medios de aplicación previstos

a) Precios indicativos

11. Por lo que respecta a las disposiciones del Decreto 2685/1999 y su principal norma de aplicación (Resolución 4240/2000) concernientes al uso de precios indicativos como mecanismo de control aduanero, Colombia tiene intención de aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD "revisando el diseño y la aplicación de su sistema de control aduanero basado en precios indicativos para separar más claramente la valoración en aduana del legítimo derecho a ejercer el control aduanero".²⁴ Según Colombia, este medio de aplicación requiere mucho tiempo de preparación y entraña un proceso jurídico complejo que conlleva las siguientes cuatro etapas esenciales.

12. En primer lugar, Colombia tiene intención de identificar y evaluar si, y en qué medida, varias disposiciones de las leyes, reglamentos y órdenes administrativas de Colombia²⁵ pueden verse afectados por las recomendaciones y resoluciones del OSD y por la modificación del mecanismo de precios indicativos.²⁶ En su análisis, Colombia tendrá también en cuenta la Decisión 571 de la Comunidad Andina²⁷ y la Resolución 846 de la Comunidad Andina²⁸, que guardan relación con el aplicación elegida", y en consecuencia está relacionada con la manera en que un Miembro tiene el propósito de cumplir. (Ibid., párrafo 25 (no se reproducen las cursivas) (donde se hace referencia al laudo del Árbitro, Brasil - Neumáticos recauchutados (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 47).)

21 Comunicación de Colombia, párrafo 26.

22 Comunicación de Colombia, párrafo 27.

23 Comunicación de Colombia, párrafo 28.

24 Colombia se refiere concretamente al Decreto 2685/1999, a la Resolución 4240/2000 y al Manual de Valoración - Orden Administrativa 0005 (DIAN), de fecha 28 de diciembre de 2004. (Comunicación de Colombia, párrafo 30.)

25 Comunicación de Colombia, párrafos 30-32.

28 Comunidad Andina, Decisión 571 - Valor en Aduana de las Mercancías Importadas (12 de diciembre de 2003) (publicado en la Gaceta Oficial, Año XX, N° 1023 (15 de diciembre de 2003) (Prueba documental 5 presentada por Colombia al Grupo Especial).

WT/DS366/13

Página 5 control aduanero y prevén el uso de precios de referencia como mecanismos de control, porque la legislación de la Comunidad Andina es de aplicación directa en virtud de la legislación colombiana.²⁹ Colombia estima que harán falta unos tres meses para completar esta etapa inicial de identificación y evaluación.

13. En segundo lugar, Colombia examinará distintas alternativas para modificar su actual sistema de precios indicativos. Esto incluirá: un análisis de varias normas internacionales que se ocupan de la valoración en aduana y el control aduanero; un examen de la experiencia de otros países que afrontan problemas similares y de si utilizan mecanismos de garantía; un examen del modo de administrar un sistema de garantías basado en depósitos en efectivo; y una evaluación de si es posible introducir un sistema generalizado de declaración de importación anticipada. Colombia se propone examinar la compatibilidad con la OMC de distintas alternativas y las prácticas de la Organización Mundial de Aduanas (la "OMA") sobre valoración en aduana y control aduanero. Tiene también intención de consultar a diversas entidades interesadas de los sectores público y privado de Colombia que tienen que hacer frente al comercio ilegítimo del que son víctimas.³⁰ Seguidamente la DIAN elaborará propuestas de redacción específicas para "un mecanismo de control aduanero que esté en consonancia con las obligaciones internacionales de Colombia, que se base en la práctica internacional y que sea eficaz para combatir el problema persistente de la subfacturación y el contrabando".³¹ Colombia estima que esta etapa de aplicación durará de seis a nueve meses.

14. En tercer lugar, Colombia integrará la nueva medida en su sistema computarizado de administración aduanera, que proporciona a los administradores de aduanas los programas informáticos para proceder al control y la verificación en aduana y permite la presentación electrónica de declaraciones de importación. Colombia considera que la integración de cualesquiera nuevos procedimientos en su "sofisticado y altamente integrado"³² sistema computarizado de administración aduanera, que es obligatoria en virtud de la legislación colombiana³³, requerirá probablemente hasta cuatro meses.

28 Comunidad Andina, Resolución 846 (6 de agosto de 2004), Reglamento Comunitario de la Decisión 571 - Valor en Aduana de las Mercancías Importadas (publicado en la Gaceta Oficial, Año XXI, N° 1103 (9 de agosto de 2004) (Prueba documental 6 presentada por Colombia al Grupo Especial).

29 Comunicación de Colombia, párrafo 30.

30 Comunicación de Colombia, párrafo 36. Colombia sostiene que esa consulta es obligada en virtud del principio constitucional de transparencia en la administración gubernamental enunciado en el artículo 209 de la Constitución de Colombia.

31 Comunicación de Colombia, párrafo 37.

32 Comunicación de Colombia, párrafo 39.

33 Comunicación de Colombia, párrafo 39. Colombia se refiere concretamente al artículo 5 del Decreto 2685/1999 y a la Resolución 457 de 20 de noviembre de 2008 ("Resolución 457/2008") (Dirección de WT/DS366/13

Página 6

15. Como cuarta y última etapa, Colombia tiene intención de formar a funcionarios de la DIAN, importadores y a otros usuarios de su sistema de control aduanero para familiarizarlos con el nuevo mecanismo.³⁴ Colombia estima que harán falta dos meses para la formación inicial de los funcionarios de la DIAN.

16. Además de adoptar medidas específicas para aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD sobre el uso de precios indicativos, Colombia tiene intención de introducir reformas legales para asegurarse de que en el contexto de su sistema de control aduanero revisado los importadores realmente tengan acceso a garantías aduaneras de los bancos o de las compañías aseguradoras. Aduce que las modificaciones de sus disposiciones

sobre garantías aduaneras estarían comprendidas en el ámbito de un procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 del ESD debido a su "relación suficientemente estrecha"³⁵ con las constataciones del Grupo Especial. Además, con objeto de evitar cualquier "omisión"³⁶ en el cumplimiento, Colombia considera que tiene que reformar su sistema de control aduanero para asegurarse de que los importadores realmente tengan acceso a esas garantías. Sostiene, por tanto, que el Árbitro, en su determinación, debe tener en cuenta el desarrollo de esas reformas legales, a fin de evitar "una desconexión injustificada entre el examen de [una] medida destinada al cumplimiento en un procedimiento del párrafo 5 del artículo 21 del ESD y medidas destinadas al cumplimiento que se tienen en cuenta para la determinación del plazo prudencial en un procedimiento del párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD".³⁷

17. Colombia observa que actualmente las garantías aduaneras están reguladas por el Código de Comercio colombiano³⁸, y que el proceso para modificar esa ley o para promulgar una nueva ley sobre garantías aduaneras comprenderá las siguientes etapas: exposición de motivos para modificar la ley; redacción de la propuesta de reforma concreta; presentación del proyecto de ley a la Oficina Jurídica del Presidente; examen por la Oficina Jurídica del Presidente y otros ministerios; modificaciones de proyecto de ley a la luz de las observaciones recibidas; nueva presentación del proyecto de ley revisado a los ministerios pertinentes; y examen por el Comité de Asuntos

Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), Resolución 457 de 2008 (noviembre 20), Diario Oficial N° 47.198 de 20 de noviembre de 2008 (Prueba documental 1 presentada por Colombia en este arbitraje)).

34 Según Colombia, esa formación es "esencial para la eficacia" de su sistema de control aduanero, que se basa en las declaraciones de los propios importadores y tiene que ser aplicado coherentemente por todas las autoridades aduaneras en todos los puertos de entrada. (Comunicación de Colombia, párrafo 40.)

35 Comunicación de Colombia, párrafo 42 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Madera blanda IV (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá), párrafo 77; e informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Reducción a cero (CE) (párrafo 5 del artículo 21 - CE), párrafo 203).

36 Comunicación de Colombia, párrafo 43 (donde se cita el informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Reducción a cero (CE) (párrafo 5 del artículo 21 - CE), párrafo 205, donde a su vez se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Madera blanda IV (párrafo 5 del artículo 21 - Canadá), párrafo 67).

37 Comunicación de Colombia, párrafo 42.

38 Decreto 410 de 1971, Diario Oficial N° 33.339 de 16 de junio de 1971.

WT/DS366/13

Página 7

Aduaneros, Arancelarios y de Comercio Exterior (el "Comité Triple A"). Seguidamente se iniciaría en el Parlamento de Colombia un proceso legislativo de cuatro etapas sucesivas³⁹, que conllevaría sucesivos debates en la Cámara de Representantes y en la Cámara del Senado, un debate en las comisiones especiales de cada Cámara y un debate en el pleno de la Cámara a efectos de adopción. Colombia aduce que en el caso de que se produjeran discrepancias entre las dos Cámaras del Parlamento podría ser necesaria otra etapa de procedimiento para conciliar esas diferencias. A juicio de Colombia, el tiempo necesario para reformar la legislación colombiana sobre garantías aduaneras oscilaría entre 12 y 24 meses.⁴⁰

b) Restricción de los puertos de entrada

18. Por lo que respecta a la medida relativa a los puertos de entrada⁴¹, Colombia tiene intención de elaborar una medida que no otorgue a las importaciones procedentes de Panamá un trato distinto del concedido a las que llegan directamente del país de origen y que no constituya una restricción de las importaciones prohibida, y garantice al mismo tiempo y de la manera más eficaz la observancia de sus leyes aduaneras. Esta medida incorporaría algunos "aspectos esenciales"⁴² de las medidas vigentes, como la declaración de importación anticipada, la exención para las mercancías en tránsito, y posiblemente algunas limitaciones, de aplicación generalizada, de los puertos de entrada.⁴³ Colombia prevé que aplicar esa medida conllevaría las siguientes etapas.

19. En primer lugar, Colombia evaluará las constataciones de incompatibilidad formuladas por el Grupo Especial por lo que respecta a distintos aspectos de la medida relativa a los puertos de entrada, así como el rechazo por el Grupo Especial de la defensa de Colombia al amparo del apartado d) del artículo XX del GATT de 1994. A la luz de la constatación del Grupo Especial de que la medida relativa a los puertos de entrada no contribuía suficientemente al logro de su objetivo de observancia de las disposiciones aduaneras, Colombia examinará qué otras medidas eficaces podrían concebirse y qué mejores métodos de evaluar su eficacia para combatir el contrabando podrían desarrollarse. Colombia se propone además elaborar un "inventario"⁴⁴ de todas las normas internas afectadas por las constataciones del Grupo Especial y realizar un estudio comparativo de distintos métodos para velar por la eficacia del control aduanero a la luz de los Acuerdos de la OMC y las directrices, decisiones y recomendaciones pertinentes de la OMA. Esto incluirá un examen del modo en que otros países con

39 Comunicación de Colombia, párrafo 44 (donde se hace referencia a la Ley 5 de 1992) (El Congreso de Colombia, Ley 5 de 1992 (junio 17), Diario Oficial N° 40.483 de 18 de junio de 1992)).

40 Comunicación de Colombia, párrafo 45.

41 Resolución 7373/2007, modificada por la Resolución 7637/2007.

42 Comunicación de Panamá, párrafo 47.

43 Comunicación de Colombia, párrafo 47.

44 Comunicación de Colombia, párrafo 50.

WT/DS366/13

Página 8 problemas similares aplican el control aduanero y las limitaciones relacionadas con la seguridad e imponen condiciones que afectan a los puertos de entrada de manera compatible con la OMC.⁴⁵ Colombia estima que esta etapa de evaluación inicial durará entre cuatro y seis meses.

20. Seguidamente, Colombia definirá y desarrollará, en consulta con los sectores público y privado, un mecanismo que sustituya a la medida relativa a los puertos de entrada vigente. Esto requerirá un "estudio integrado"⁴⁶ sobre cuestiones de seguridad a fin de preparar otros puertos de entrada que puedan despachar mercancías que conllevan un alto riesgo de contrabando y un examen del régimen de tránsito de Colombia. Colombia hace hincapié en que para proceder a esa "acción concertada"⁴⁷ será necesario tener en cuenta las distintas fases de desarrollo y la capacidad técnica de las autoridades aduaneras colombianas, así como las problemáticas cuestiones socioeconómicas y relacionadas con la violencia que Colombia afronta en determinadas regiones.⁴⁸ Colombia estima que la elaboración de una medida revisada podría completarse en un plazo de seis meses.

21. Por último, Colombia incorporará a su legislación nacional la nueva medida que sustituye a la medida relativa a los puertos de entrada. Según Colombia, ese proceso comprenderá los siguientes pasos: análisis de la necesidad de modificar la norma en cuestión e identificación de disposiciones pertinentes en instrumentos jurídicos relacionados que puedan verse afectados; redacción de la modificación; examen de su idoneidad jurídica y técnica; examen de cualesquiera cambios paralelos requeridos; intercambio de observaciones y sugerencias; y aprobación e inclusión de los ajustes correspondientes.⁴⁹ Colombia destaca que el proceso de adopción de decisiones de la DIAN implica la intervención de varios departamentos responsables de los aspectos técnicos, jurídicos y relacionados con las políticas de la modificación propuesta⁵⁰, la intervención de otros ministerios, y el examen por el Comité Triple A.

22. Además, Colombia previene contra la "sugerencia simplista"⁵¹, basada en la anterior y muy rápida eliminación en 2006, tras la conclusión del Protocolo de Cooperación Aduanera (Protocolo de Procedimiento de Cooperación e Intercambio de Información Aduanera entre las Autoridades Aduaneras de la República de Panamá y la República de Colombia) entre Panamá y Colombia, de una

45 Comunicación de Colombia, párrafo 51.

46 Comunicación de Colombia, párrafo 52.

47 Comunicación de Colombia, párrafo 53.

48 Colombia también sugiere que como la mayoría de los puertos opera en régimen de concesión privada, deberán tenerse debidamente en cuenta los derechos contractuales de los operadores portuarios. (Comunicación de Colombia, párrafo 53.)

49 Comunicación de Colombia, párrafo 56.

50 Colombia menciona la Subdirección de Gestión Técnica Aduanera, la Subdirección de Gestión de Comercio Exterior, la Dirección de Gestión Jurídica, la Dirección de Gestión de Aduanas y la Dirección General. (Comunicación de Colombia, párrafo 57.)

51 Comunicación de Colombia, párrafo 58.

WT/DS366/13

Página 9 medida relativa a los puertos de entrada, de que no sería necesario que el Árbitro concediera el plazo prudencial solicitado. Según Colombia, el acuerdo de cooperación aduanera "amplio y exhaustivo"⁵² suscrito con Panamá en esa fecha justificaba el "procedimiento abreviado extraordinario"⁵³ que permitió a Colombia eliminar la medida relativa a los puertos de entrada en un plazo más breve que el de los procedimientos ordinarios.⁵⁴ Colombia aduce que la situación objeto del presente arbitraje es distinta por cuanto Colombia no está obligada "a simplemente eliminar la medida relativa a los puertos de entrada".⁵⁵ Colombia, en lugar de ello, tiene la intención de diseñar una "medida nueva y más permanente"⁵⁶ que aplicará las recomendaciones y resoluciones del OSD garantizando al mismo tiempo la eficacia de la observancia de las disposiciones aduaneras. Colombia añade que la medida existente tiene que seguir vigente hasta que se haya diseñado la nueva medida.⁵⁷

2. "Las circunstancias del caso"

23. Colombia recuerda que el párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD establece un plazo de 15 meses como directriz para el plazo prudencial para la aplicación, pero que "las circunstancias del caso" pueden justificar un plazo más largo o más corto. Remitiéndose a anteriores arbitrajes, Colombia considera que incumbiría a Panamá indicar las circunstancias del caso que justificarían apartarse de la directriz de 15 meses.⁵⁸ Colombia reconoce que anteriores árbitros han constatado que la directriz ofrece "un límite superior o un máximo en el caso habitual"⁵⁹, y que no se trata de una norma de la que los árbitros sólo pueden apartarse en circunstancias "excepcionales".⁶⁰ Sin embargo, estima que el plazo de 15 meses debe considerarse una "referencia" o un "marco en el que" ha de realizarse el cálculo del plazo prudencial.⁶¹ Sugiere asimismo que la estructura del artículo 21 y las nociones de

52 Comunicación de Colombia, párrafo 59.

53 Comunicación de Colombia, párrafo 59. Según Colombia, ese procedimiento abreviado consistió en una decisión ejecutiva del Presidente de Colombia de eliminar unilateralmente la medida relativa a los puertos de entrada, en ejercicio de los poderes concretos que como autoridad suprema en las relaciones internacionales le confiere el artículo 189 de la Constitución Política de Colombia. (Constitución Política de la República de Colombia de 1991.)

54 Según Colombia, el hecho de que el Protocolo de Cooperación Aduanera no tuviera los resultados previstos, unido a la negativa de Panamá a cumplir las obligaciones que le correspondían en virtud de él, tuvo por consecuencia un rápido restablecimiento de lo que en lo fundamental era la misma medida. (Comunicación de Colombia, párrafos 60 y 61.)

55 Comunicación de Colombia, párrafo 61.

56 Comunicación de Colombia, párrafo 61.

57 Comunicación de Colombia, párrafo 62.

58 Comunicación de Colombia, párrafo 69 (donde se cita el laudo del Árbitro, CE - Banano III (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 19; y el laudo del Árbitro, CE - Hormonas (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 27).

59 Comunicación de Colombia párrafo 70 (donde se ha referencia al laudo del Árbitro, CE - Hormonas (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 25).

60 Comunicación de Colombia, párrafo 71.

61 Comunicación de Colombia, párrafos 71 y 72 (donde se hace referencia al informe del Órgano de Apelación, Estados Unidos - Madera blanda IV, párrafo 92, en el que el Órgano de Apelación interpretó el WT/DS366/13

Página 10 flexibilidad y equilibrio inherentes al término "prudencial" sugieren que, cuando el cumplimiento inmediato no es factible, el cumplimiento en un plazo "prudencial" también debe tener lugar con "prontitud".⁶²

24.Colombia aduce que las cuatro siguientes "circunstancias del caso" justifican un plazo prudencial igual como mínimo a la directriz de 15 meses enunciada en el párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD.

a) Necesidad de adoptar medidas legislativas y reglamentarias

25.Colombia sostiene que la aplicación de las constataciones del Grupo Especial sobre las medidas "en sí mismas" la obligará a modificar sus leyes y reglamentos y a promulgar nuevas normas de aplicación general. Refiriéndose a arbitrajes anteriores, aduce que sus medidas de aplicación conllevan "la adopción de decisiones legislativas y reglamentarias", lo que implica "establecer nuevas normas", y en consecuencia requiere más tiempo que la "adopción de decisiones administrativas", que simplemente conlleva la aplicación de reglamentos existentes.⁶³ Colombia destaca que no cabe esperar que los Miembros de la OMC recurran a "procedimientos 'extraordinarios'"⁶⁴, y que pueden atenerse a la "práctica uniforme"⁶⁵, aunque la ley no lo requiera, para modificar leyes y reglamentos. Añade que anteriores árbitros han reconocido la importancia de una "fase prelegislativa de consultas interinstitucionales"⁶⁶, que también puede requerir bastante tiempo.

26.Según Colombia, el proceso jurídico de modificación del Decreto 2685/1999 y su norma de aplicación (Resolución 4240/2000) tendrá las siguientes cuatro etapas: i) un proceso interno de la DIAN, en el que varios departamentos de la DIAN⁶⁷ analizarán la necesidad de modificar las términos "directriz" que figura en el artículo 14 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias como un "marco en el que ha de realizarse [el cálculo de un beneficio]").

62 Comunicación de Colombia, párrafo 73.

63 Comunicación de Colombia, párrafo 79 (donde se hace referencia al laudo del Árbitro, Estados Unidos - Juegos de azar (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 35).

64 Comunicación de Colombia, párrafo 81 (donde se cita el laudo del Árbitro, Brasil - Neumáticos recauchutados (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 73, donde a su vez se hace referencia al laudo del Árbitro, Japón - DRAM (Corea) (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 25; laudo del Árbitro, CE - Trozos de pollo (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 49; laudo del Árbitro, Corea - Bebidas alcohólicas (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 42; laudo del Árbitro, Chile - Sistema de bandas de precios (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 51; y laudo del Árbitro, Estados Unidos - Ley de compensación (Enmienda Byrd) (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 74).

65 Comunicación de Colombia, párrafo 80 (donde se cita el laudo del Árbitro, Japón - DRAM (Corea) (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 49; y laudo del Árbitro, CE - Trozos de pollo (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 79).

66 Comunicación de Colombia, párrafo 82 (donde se hace referencia al laudo del Árbitro, Estados Unidos - Acero laminado en caliente (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 38; y al laudo del Árbitro, Chile - Bebidas alcohólicas (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 43).

67 Así lo requiere el artículo 2 de la Resolución 457/2008. (Comunicación de Colombia, párrafo 87.) Por lo que respecta a los departamentos de la DIAN intervinientes, véase supra, nota 50.

WT/DS366/13

Página 11 Normas e instrumentos jurídicos conexos pertinentes (seis a nueve meses)⁶⁸; ii) evaluación de los nuevos procedimientos administrativos de control aduanero y liberación de garantías por varios departamentos⁶⁹ del Departamento Administrativo de Función Pública conforme a lo dispuesto en el Decreto 4669 de 21 de diciembre de 2005 ("Decreto 4669/2005")⁷⁰ y el párrafo 2 del artículo 1 de la Ley 962 de 2005⁷¹

(uno a dos meses)⁷²; iii) examen de la medida de aplicación por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Comité Triple A (dos a cuatro meses)⁷³; y iv) examen y aprobación de la medida de aplicación por la Oficina del Presidente y por la Oficina de Asuntos Jurídicos, publicación en el Diario Oficial y modificación de cualquier resolución a la que pueda afectar la medida de aplicación (hasta tres meses).⁷⁴

b) Complejidad de la medida

27. Colombia aduce que la complejidad de la modificación de medidas relacionadas con el control aduanero y la observancia de las disposiciones aduaneras es otra "circunstancia del caso" que justifica un plazo para la aplicación de como mínimo 15 meses. Destaca que anteriores árbitros han considerado que "la complejidad de las medidas de aplicación"⁷⁵ es un factor pertinente para la determinación del plazo prudencial de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD.

28. Colombia observa que la "lucha contra el contrabando" está muy regulada por una serie de reglamentos "interdependientes y superpuestos" que afectan a muchos sectores de actividad, y que debido a ello "se necesitará el tiempo suficiente para redactar los cambios, consultar a las partes

68 Comunicación de Colombia, párrafos 86 y 87. Véase también supra, párrafo 20.

69 Colombia aduce que los artículos 3-8 del Decreto 4669/2005 requieren que los nuevos procedimientos propuestos sean examinados por el Grupo de Racionalización y Autorización de Trámites y por los Comités Sectoriales y Comités Intersectoriales del Departamento Administrativo de Función Pública. (Comunicación de Colombia, párrafo 88.)

70 Cámara de Representantes de Colombia, Decreto 4669 de 2005 (diciembre 21), Diario Oficial N° 46.130 de 22 de diciembre de 2005.

71 El Congreso de Colombia, Ley 962 de 2005 (julio 8), Diario Oficial N° 46.023 de 6 de septiembre de 2005.

72 Comunicación de Colombia, párrafo 88.

73 Comunicación de Colombia, párrafos 89 y 90. Según Colombia, la función y las competencias del Comité Triple A están establecidas en los Decretos 403 de 3 de marzo de 1993; 2553 de 23 de diciembre de 1999, 210 de 3 de febrero de 2003, y 3303 de 25 de septiembre de 2006. (Comunicación de Colombia, nota 56 al párrafo 90 (donde se hace referencia a la Prueba documental 5 presentada por Colombia en este arbitraje).)

74 Comunicación de Colombia, párrafos 91 y 92. Con arreglo al párrafo 25 del artículo 189 de la Constitución de Colombia, incumbe al Presidente modificar las leyes y reglamentos que afectan al régimen aduanero y regular el comercio exterior.

75 Comunicación de Colombia, párrafo 94 (donde se cita el laudo del Árbitro, CE - Subvenciones a la exportación de azúcar (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 88, en el que a su vez se hace referencia al laudo del Árbitro, Canadá - Patentes para productos farmacéuticos (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 50; y laudo del Árbitro, Estados Unidos - Ley de compensación (Enmienda Byrd) (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 60).

WT/DS366/13

Página 12

afectadas y hacer las modificaciones consiguientes que se consideren necesarias".⁷⁶ Añade que la modificación tanto del mecanismo relativo a los precios indicativos como de la medida relativa a los puertos de entrada obligará a examinar las consecuencias de esas modificaciones en "todo el marco jurídico de lucha contra el contrabando".⁷⁷ Otro árbitro ha atribuido anteriormente "cierta importancia" a un "examen ... de la manera en que la legislación propuesta repercutirá en el régimen reglamentario existente" a efectos del proceso de aprobación de la legislación para la aplicación.⁷⁸ Colombia observa también analogías con la declaración de otro árbitro de que la "complejidad técnica"⁷⁹ de la aplicación de un régimen para la asignación de los derechos antidumping es pertinente en cuanto que "circunstancia del caso" para determinar el plazo prudencial.

29. Colombia rechaza el argumento de Panamá de que la medida de aplicación no es particularmente compleja porque es posible lograr el cumplimiento con una simple modificación del texto o la derogación de una disposición determinada. Recuerda que no corresponde al Árbitro pronunciarse sobre los medios de aplicación que ha escogido ni sobre si con un método de aplicación distinto podría haberse logrado el cumplimiento en un plazo más breve.⁸⁰ Sostiene además que su legislación para la aplicación puede, o bien aumentar el número de puertos por los que las importaciones procedentes de Panamá pueden entrar, o bien suprimir la declaración de importación anticipada, garantizando al mismo tiempo la eficacia del control aduanero y la observancia de las disposiciones aduaneras. Un árbitro ha observado que la necesidad de salvaguardar la moral pública y el orden público aumentaría "la complejidad de cualquier solución legislativa"⁸¹ que autorizara los juegos de azar o las apuestas por Internet. Colombia sugiere que, de manera análoga, en las circunstancias del presente caso, "cuantos más sean los puertos por los que se permita el acceso, más legislación de salvaguardia tendrá que promulgarse para velar por que el objetivo de lucha contra el contrabando no se vea anulado".⁸²

c) Importancia de las medidas en el ordenamiento interno

30. Colombia aduce también que en el caso concreto de Colombia la importancia de las medidas también justifica un plazo para la aplicación de como mínimo 15 meses. Recuerda que en el asunto

76 Comunicación de Colombia, párrafo 95 (donde se cita el laudo del Árbitro, Canadá - Patentes para productos farmacéuticos (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 50).

77 Comunicación de Colombia, párrafo 96.

78 Comunicación de Colombia, párrafo 96 (donde se cita el laudo del Árbitro, Estados Unidos - Juegos de azar (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 46).

79 Comunicación de Colombia, párrafo 97 (donde se cita el laudo del Árbitro, Estados Unidos - Acero inoxidable (México) (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 61).

80 Comunicación de Colombia, párrafo 98.

81 Comunicación de Colombia, párrafo 99 (donde se cita el laudo del Árbitro, Estados Unidos - Juegos de azar (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 47).

82 Comunicación de Colombia, párrafo 101.

WT/DS366/13

Página 13

Chile - Sistema de bandas de precios el Árbitro consideró que la "función singular [del sistema de bandas de precios] y su repercusión"⁸³ en la sociedad chilena era un factor pertinente para determinar el plazo prudencial.

31. Según Colombia, el Grupo Especial reconoció la existencia de un grave problema de contrabando originario de Panamá vinculado al lavado de dinero y el tráfico de estupefacientes, así como que la subfacturación y el contrabando representaba "para Colombia una realidad relativamente más importante que para muchos otros países".⁸⁴ Colombia aduce que las medidas relativas a los precios indicativos y los puertos de entrada eran parte del "conjunto de medidas reglamentarias"⁸⁵ adoptadas para combatir esos problemas, que socavan la estabilidad económica, social y política de Colombia. A juicio de Colombia, la importancia que reviste asegurarse de que las nuevas medidas aborden las complejas cuestiones económicas, sociales y políticas que Colombia afronta, y de que esas medidas "se integren con una perturbación mínima de la eficacia del régimen existente de lucha contra el contrabando"⁸⁶, justifica la determinación de un plazo más largo para la aplicación.

d) Condición de país en desarrollo

32. Por último, Colombia aduce que el párrafo 2 del artículo 21 del ESD requiere que la condición de país en desarrollo de Colombia se tenga en cuenta al determinar el plazo prudencial para la aplicación. Remitiéndose a anteriores arbitrajes, Colombia sostiene que el párrafo 2 del artículo 21 requiere que el árbitro "tenga presentes en general"⁸⁷ las dificultades que un país en desarrollo puede afrontar al aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD, tales como "graves problemas económicos y financieros".⁸⁸ Colombia también recuerda que en las "circunstancias inhabituales" del asunto Chile - Sistema de bandas de precios el Árbitro no creyó necesario optar por un plazo más largo o más corto⁸⁹, porque el Miembro al que incumbía la aplicación no había indicado ningún "obstáculo específico" que afrontara como país en desarrollo, y el Miembro reclamante (que también era un país en desarrollo) estaba experimentando "desalentadoras dificultades financieras" en aquel

83 Comunicación de Colombia, párrafo 103 (donde se cita el laudo del Árbitro, Chile - Sistema de bandas de precios (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 48).

84 Comunicación de Colombia, párrafo 104 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.566).

85 Comunicación de Colombia, párrafo 104.

86 Comunicación de Colombia, párrafo 106.

87 Comunicación de Colombia, párrafo 108 (donde se cita el laudo del Árbitro, Argentina - Pieles y cueros (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 51, donde a su vez se cita el laudo del Árbitro, Chile - Bebidas alcohólicas (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 45).

88 Comunicación de Colombia, párrafo 108 (donde se hace referencia al laudo del Árbitro, Argentina - Pieles y cueros (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 51 donde a su vez se cita el laudo del Árbitro, Indonesia - Automóviles (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 24).

89 Comunicación de Colombia, párrafo 111 (donde se hace referencia al laudo del Árbitro, Chile - Sistema de bandas de precios (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 56).

WT/DS366/13

Página 14

momento.⁹⁰ En contraste, en el presente caso, Colombia sostiene que es un país en desarrollo "afectado por la crisis económica mundial, en lucha continua contra el lavado de dinero y el tráfico de estupefacientes relacionados con el contrabando", y que no hay prueba alguna de que Panamá esté experimentando actualmente "desalentadoras dificultades financieras".⁹¹

33. Habida cuenta de lo anteriormente expuesto, Colombia me solicita que determine que el "plazo prudencial" para la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD en la presente diferencia sea de 15 meses contados desde la fecha de adopción del informe del Grupo Especial por el OSD, por lo que expiraría el 20 de agosto de 2010.⁹²

B. Panamá

34. Panamá me solicita que determine que el "plazo prudencial" para la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD en esta diferencia sea de 4 meses y 19 días desde la fecha de adopción del informe del Grupo Especial por el OSD, es decir, hasta el 9 de octubre de 2009.

35. Panamá aduce que una lectura conjunta de los párrafos 1 y 3 del artículo 21 del ESD sugiere que el "pronto" cumplimiento significa un cumplimiento "inmediato". Sin embargo, si "no es factible" cumplir inmediatamente,

el párrafo 3 c) del artículo 21 concede al Miembro al que incumbe la aplicación un plazo prudencial para hacerlo. Panamá sostiene que corresponde a Colombia, como Miembro al que incumbe la aplicación, la carga de demostrar que el plazo que está solicitando para la aplicación es "prudencial".⁹³ Panamá considera que Colombia no ha satisfecho esa carga.

36. Panamá sostiene que el Árbitro, al determinar en este caso el plazo prudencial para la aplicación, debe tener en cuenta los siguientes "principios generales"⁹⁴ detallados por anteriores árbitros al determinar el plazo prudencial para la aplicación: el Miembro al que incumbe la aplicación debe iniciarla desde la fecha de adopción de las recomendaciones y resoluciones del OSD⁹⁵; el Miembro al que incumbe la aplicación goza de discrecionalidad para elegir los medios de

90 Comunicación de Colombia, párrafos 111 y 112 (donde se cita el laudo del Árbitro, Chile - Sistema de bandas de precios (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 56).

91 Comunicación de Colombia, párrafo 113.

92 Comunicación de Colombia, párrafo 115.

93 Comunicación de Panamá, párrafo 26 (donde se hace referencia al laudo del Árbitro, Canadá - Patentes para productos farmacéuticos (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 47; laudo del Árbitro, Estados Unidos - Ley de 1916 (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 32; y laudo del Árbitro, Estados Unidos - Ley de compensación (Enmienda Byrd) (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 44).

94 Comunicación de Panamá, párrafo 28.

95 Comunicación de Panamá, párrafo 30 (donde se hace referencia al laudo del Árbitro, CE - Trozos de pollo (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 66).

WT/DS366/13

Página 15 aplicación⁹⁶, pero esa discrecionalidad no constituye un derecho "irrestricto" a elegir cualquier método de aplicación; el mandato del árbitro está limitado a determinar cuándo puede lograrse el cumplimiento, pero esa determinación está estrechamente relacionada con la cuestión de cómo se propone el Miembro proceder a la aplicación⁹⁷; el Miembro al que incumbe la aplicación debe establecer que el plazo propuesto es el "plazo más breve posible" en el marco de su ordenamiento jurídico interno para aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD⁹⁸; aunque no es obligado recurrir a procedimientos de cumplimiento "extraordinarios"⁹⁹, cabe esperar que el Miembro al que incumbe la aplicación aproveche toda la flexibilidad que le ofrece su ordenamiento jurídico interno para aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD¹⁰⁰; el Miembro al que incumbe la aplicación no debe incluir en su método de aplicación objetivos ajenos a las recomendaciones y resoluciones específicas del OSD¹⁰¹, como el objetivo más amplio de proceder a una reforma global del ordenamiento interno afectado¹⁰², si esa inclusión prolongaría el plazo para la aplicación; y el Miembro al que ésta incumbe no debe utilizar el plazo para la aplicación para realizar estudios o consultar a expertos a fin de demostrar la compatibilidad de una medida cuya incompatibilidad con la OMC ya se ha constatado.¹⁰³

37. A juicio de Panamá, el hecho de que Colombia tal vez necesite hacer frente a los problemas subyacentes de la lucha contra el fraude aduanero y el contrabando, el lavado de dinero y el tráfico de estupefacientes no es pertinente para determinar el plazo prudencial. Panamá destaca que la supresión o modificación de una medida en el proceso de aplicación es algo distinto de la supresión de las

96 Comunicación de Panamá, párrafo 30 (donde se hace referencia al laudo del Árbitro, Estados Unidos - Acero inoxidable (México) (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 41; y laudo del Árbitro, Brasil - Neumáticos recauchutados (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 48, donde a su vez se cita el laudo del Árbitro, CE - Hormonas (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 38).

97 Comunicación de Panamá, párrafo 30 (donde se hace referencia al laudo del Árbitro, Brasil - Neumáticos recauchutados (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 47).

98 Comunicación de Panamá, párrafo 30 (donde se hace referencia al laudo del Árbitro, Estados Unidos - Acero inoxidable (México) (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 43; y laudo del Árbitro, Brasil - Neumáticos recauchutados (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 51, donde a su vez se hace referencia al laudo del Árbitro, Estados Unidos - Ley de compensación (Enmienda Byrd) (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 44).

99 Comunicación de Panamá, párrafo 30 (donde se hace referencia al laudo del Árbitro, Estados Unidos - Acero inoxidable (México) (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 42; y laudo del Árbitro, Brasil - Neumáticos recauchutados (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 48, donde a su vez se hace referencia al laudo del Árbitro, Japón - DRAM (Corea) (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 25).

100 Comunicación de Panamá, párrafo 30 (donde se hace referencia al laudo del Árbitro, Estados Unidos - Acero inoxidable (México) (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 42; y laudo del Árbitro, Brasil - Neumáticos recauchutados (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 48, donde a su vez se hace referencia al laudo del Árbitro, Japón - DRAM (Corea) (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 25).

101 Comunicación de Panamá, párrafo 30 (donde se hace referencia al laudo del Árbitro, CE - Subvenciones a la exportación de azúcar (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 69).

102 Comunicación de Panamá, párrafo 30 (donde se hace referencia al laudo del Árbitro, CE - Preferencias arancelarias (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 48).

103 Comunicación de Panamá, párrafo 30 (donde se hace referencia al laudo del Árbitro, Australia - Salmón (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 35, donde a su vez se cita el laudo del Árbitro, CE - Hormonas (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 39).

WT/DS366/13

Página 16 "condiciones económicas, sociales o de otra naturaleza, subyacentes"¹⁰⁴ que justificaron la adopción de esa medida. Por tanto, para determinar el plazo prudencial para la aplicación no deben tenerse en cuenta "consideraciones extrajurídicas".¹⁰⁵ Si el Miembro al que incumbe la aplicación no establece que el plazo propuesto es el plazo más breve posible para la aplicación en el marco de su ordenamiento jurídico interno, el árbitro tiene que determinar el plazo más breve sobre la base de las pruebas presentadas por las partes.¹⁰⁶

1. Medios de aplicación previstos por lo que respecta a los precios indicativos y las restricciones de los puertos de entrada

38. Panamá critica a Colombia por no haber proporcionado al Árbitro información apropiada sobre el "alcance adecuado" y el "contenido específico" de su medida de aplicación.¹⁰⁷ Según Panamá, Colombia sigue simplemente reflexionando sobre la manera en que podría aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD.¹⁰⁸ Recuerda que incumbe al Miembro que ha de proceder a la aplicación indicar los medios de aplicación, porque "cuanta más información se tenga acerca de los detalles de la medida de aplicación, con más orientación contará un árbitro para elegir un plazo prudencial".¹⁰⁹ Al indicar que aún sigue "estudiando sus opciones", Colombia no ha proporcionado información ni siquiera sobre los "aspectos generales" de sus medidas de aplicación, lo que hace más difícil la tarea del Árbitro.¹¹⁰

39. Además, Panamá sostiene que Colombia no ha proporcionado información precisa sobre el tiempo que necesita para la aplicación. Aunque Colombia solicita inicialmente un plazo prudencial de 15 meses¹¹¹, después alude a un plazo prudencial de "como mínimo" 15 meses.¹¹² No obstante, Panamá sugiere que el número total de meses indicado por Colombia para la aplicación de las constataciones del Grupo Especial sobre las medidas relativas a los precios indicativos y los puertos

104 Comunicación de Panamá, párrafo 6 (donde se hace referencia al laudo del Árbitro, Argentina - Pielés y cueros (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 41).

105 Comunicación de Panamá, párrafo 7.

106 Comunicación de Panamá, párrafo 32 (donde se hace referencia al laudo del Árbitro, Estados Unidos - Acero inoxidable (México) (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 43; laudo del Árbitro, Brasil - Neumáticos recauchutados (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 51, donde a su vez se hace referencia al laudo del Árbitro, Estados Unidos - Ley de compensación (Enmienda Byrd) (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 44).

107 Comunicación de Panamá, párrafo 35.

108 Comunicación de Panamá, párrafo 35.

109 Comunicación de Panamá, párrafo 36 (donde se cita el laudo del Árbitro, Chile - Sistema de bandas de precios (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 37).

110 Comunicación de Panamá, párrafo 36.

111 Comunicación de Panamá, párrafo 37 (donde se hace referencia a la comunicación de Colombia, párrafo 3).

112 Comunicación de Panamá, párrafo 37 (donde se hace referencia a la comunicación de Colombia, párrafo 65). (las cursivas figuran en el original)

WT/DS366/13

Página 17 de entrada supera con mucho los 15 meses: entre 27 y 42 meses para los precios indicativos¹¹³, y entre 22 y 30 meses para la medida relativa a los puertos de entrada.¹¹⁴ Panamá añade que Colombia no ha aclarado suficientemente las etapas y el marco temporal necesarios para aplicar la constatación del Grupo Especial sobre los precios indicativos, y presenta estimaciones contradictorias del marco temporal necesario para aplicar la constatación del Grupo Especial relativa a las restricciones de los puertos de entrada.¹¹⁵

40. Panamá aduce asimismo que Colombia se ha abstenido de adoptar medidas concretas para la aplicación desde la adopción del informe del Grupo Especial por el OSD. Observa que el Miembro al que incumbe la aplicación debe iniciarla desde la fecha de adopción de las recomendaciones y resoluciones del OSD¹¹⁶, y que si el árbitro percibe que no lo ha hecho deberá tenerlo en cuenta al determinar el plazo prudencial.¹¹⁷ Si Colombia sólo ha emprendido un examen preliminar interno por lo que respecta a la aplicación, Panamá aduce que "un mero examen no constituye aplicación" y "tiene que haber algo más para demostrar que un Miembro está tomando medidas conducentes a la aplicación".¹¹⁸ En consecuencia, Panamá sostiene que ninguna demora causada por la inacción de Colombia hasta la fecha puede justificar un plazo más largo para la aplicación. Panamá destaca también que Colombia, después de la adopción de las recomendaciones y resoluciones del OSD, adoptó la Resolución 6816/2009¹¹⁹, que prorrogó la medida relativa a los puertos de entrada hasta el 31 de diciembre de 2009.¹²⁰ Según Panamá, de no ser por esa prórroga, la medida relativa a los puertos de entrada habría expirado, y Colombia se habría puesto en conformidad. Por tanto, Colombia, en lugar de adoptar medidas conducentes a la aplicación desde la adopción del informe del Grupo Especial por el OSD, ha "decidido mantener la medida incompatible con la OMC"¹²¹ y posponer el proceso de aplicación.

41. Panamá observa también que el párrafo 7 del artículo 3 del ESD dispone que "el primer objetivo del mecanismo de solución de diferencias será en general conseguir la supresión de las

113 Comunicación de Panamá, párrafo 37 (donde se hace referencia a la comunicación de Colombia, párrafos 30-45).

114 Comunicación de Panamá, párrafo 37 (donde se hace referencia a la comunicación de Colombia, párrafos 46-56 y 83-92).

115 Comunicación de Panamá, párrafo 38 (donde se hace referencia a la comunicación de Colombia, párrafos 37, 91 y 92).

116 Comunicación de Panamá, párrafo 39 (donde se hace referencia al laudo del Árbitro, CE - Trozos de pollo (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 66).

117 Comunicación de Panamá, párrafo 41 (donde se cita el laudo del Árbitro, Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 46).

118 Comunicación de Panamá, párrafo 42 (donde se cita el laudo del Árbitro, CE - Trozos de pollo (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 66).

119 Comunicación de Panamá, párrafo 43 (donde se hace referencia a la Prueba documental 6 presentada por Panamá en este arbitraje).

120 Comunicación de Panamá, párrafo 43.

121 Comunicación de Panamá, párrafo 44.

WT/DS366/13

Página 18 medidas de que se trate". Por tanto, según Panamá, la supresión de las medidas incompatibles debe ser el medio de aplicación preferido. Panamá, aunque reconoce que el Miembro al que incumbe la aplicación goza de "discrecionalidad al elegir los medios de aplicación que considere más adecuados"¹²², afirma que no tiene "un derecho irrestricto a elegir cualquier método de aplicación".¹²³ Por tanto, el Árbitro deberá considerar si "la medida de aplicación está comprendida en el ámbito de las medidas admisibles que pueden adoptarse para aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD".¹²⁴ Según Panamá, cualquier medida que no sea la supresión de las medidas relativas a los precios indicativos y los puertos de entrada quedaría fuera del ámbito admisible de medidas de aplicación. Esto es así porque cualquier medida adoptada para sustituir por un sistema obligatorio de "garantías" el "pago" estipulado por la medida relativa a los precios indicativos infringiría lo dispuesto en el artículo 13 del Acuerdo sobre Valoración en Aduana.¹²⁵ De manera análoga, cualquier medida que mantenga las restricciones de los puertos disponibles para la entrada de mercancías procedentes de Panamá sería incompatible con el artículo XI del GATT de 1994.¹²⁶ Además, cabe esperar que el Miembro al que incumbe la aplicación aproveche toda la flexibilidad que su ordenamiento jurídico interno le ofrece a esos efectos, sin recurrir a medios "extraordinarios".¹²⁷ Según Panamá, Colombia puede suprimir las medidas recurriendo a medios administrativos ordinarios.

42. Además, Panamá considera que Colombia, para aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD, no tiene que emprender una reforma exhaustiva de su régimen de control y observancia de las disposiciones aduaneras. Rechaza el argumento de Colombia de que las constataciones del Grupo Especial sobre el uso de precios indicativos "afectan a un gran número de disposiciones de la Ley de Aduanas y la Resolución 4240 relativas al proceso de importación, el control aduanero, el levante sujeto a garantías y la valoración en aduana".¹²⁸ A juicio de Panamá, las constataciones del Grupo Especial se centraron concretamente en el párrafo 5 e) del artículo 128 del Decreto 2685/1999, el párrafo 7 del artículo 172 de la Resolución 4240/2000 y las diversas resoluciones por las que se establecen precios indicativos para las mercancías procedentes de Panamá, cuya incompatibilidad con los artículos 1, 2, 3, 5 y 6 y los apartados b) y f) del párrafo 2 del artículo 7 del Acuerdo sobre

122 Comunicación de Panamá, párrafo 46 (donde se cita el laudo del Árbitro, Japón - DRAM (Corea) (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 25).

123 Comunicación de Panamá, párrafo 46 (donde se cita el laudo del Árbitro, Brasil - Neumáticos recauchutados (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 48, donde a su vez se cita el laudo del Árbitro, CE - Subvenciones a la exportación de azúcar (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 69).

124 Comunicación de Panamá, párrafo 46 (donde se cita el laudo del Árbitro, Brasil - Neumáticos recauchutados (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 48, donde a su vez se cita el laudo del Árbitro, Japón - DRAM (Corea) (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 27).

125 Comunicación de Panamá, párrafo 46.

126 Comunicación de Panamá, párrafo 46.

127 Comunicación de Panamá, párrafo 47 (donde se hace referencia al laudo del Árbitro, Brasil - Neumático recauchutados (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 48).

128 Comunicación de Panamá, párrafo 49 (donde se cita la comunicación de Colombia, párrafo 31).

WT/DS366/13

Página 19 Valoración en Aduana se constató. Por tanto, las obligaciones de aplicación de Colombia sólo afectan a esas medidas. Panamá también cuestiona la alegación de Colombia de que la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD exigirá la modificación de las disposiciones sobre garantías del Código de Comercio de Colombia. En opinión de Panamá, no está claro en qué modo esa modificación aseguraría que realmente los bancos y compañías de seguros ofrecieran garantías.¹²⁹ Según Panamá, el Grupo Especial declinó pronunciarse sobre si el pago previsto en el párrafo 5 e) del artículo 128 del Decreto 2685/1999

constituía una garantía en el sentido del artículo 13 del Acuerdo sobre Valoración en Aduana.¹³⁰ Además, si Colombia deseara modificar sus disposiciones sobre garantías a efectos aduaneros, no está claro por qué no podría hacerlo modificando sus reglamentos aduaneros.

43. Panamá rechaza asimismo el argumento de Colombia de que las constataciones del Grupo Especial pueden haber afectado al "fundamento jurídico básico"¹³¹ de la medida relativa a los puertos de entrada, a saber, el artículo 41 del Decreto 2685/1999, regulado por el artículo 39 de la Resolución 4240/2000, que permite limitar el número de puertos de entrada, de ser necesario, a efectos de control aduanero y observancia de las disposiciones aduaneras. Panamá observa que el artículo 41 del Decreto 2685/1999 no estaba comprendido en el mandato del Grupo Especial, por lo que Colombia no está obligada a modificar esa disposición para ponerse en conformidad. Aduce que la consideración pertinente es si las recomendaciones y resoluciones pertinentes del OSD requieren la medida de aplicación.¹³² Por tanto, aunque Colombia sigue estando libremente facultada para trabajar en la "tarea más amplia"¹³³ de revisar su régimen de control aduanero, a juicio de Panamá esa tarea no es una consideración pertinente por lo que respecta a la determinación por el Árbitro del plazo prudencial para la aplicación de las recomendaciones y resoluciones específicas del OSD.

44. Panamá destaca además que anteriores árbitros han declinado tener en cuenta "factores extrajurídicos"¹³⁴ que la legislación interna no considera concretamente necesarios para la supresión o modificación de las medidas en litigio. Por tanto, a juicio de Panamá, los siguientes "factores extrajurídicos" no son pertinentes para la determinación por el Árbitro del plazo prudencial: consultas con los sectores público y privado sobre la aplicación del nuevo sistema de control aduanero de

129 Comunicación de Panamá, párrafo 51 (donde se cita la comunicación de Colombia, párrafo 42).

130 Comunicación de Panamá, párrafo 52 (donde se hace referencia al informe del Grupo Especial, párrafo 7.79).

131 Comunicación de Panamá, párrafo 53 (donde se cita la comunicación de Colombia, párrafo 51).

132 Comunicación de Panamá, párrafo 53 (donde se cita el laudo del Árbitro, CE - Preferencias arancelarias (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 31).

133 Comunicación de Panamá, párrafo 54 (donde se hace referencia al laudo del Árbitro, Argentina - Piel y cueros (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 47).

134 Comunicación de Panamá, párrafo 56 (donde se hace referencia al laudo del Árbitro, Estados Unidos - Ley de compensación (Enmienda Byrd) (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 61; y al laudo del Árbitro, CE - Subvenciones a la exportación de azúcar (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 69).

WT/DS366/13

Página 20 Colombia¹³⁵; cambios del sistema computarizado de control aduanero de Colombia¹³⁶; y formación de los usuarios y los funcionarios de la DIAN en el nuevo mecanismo.¹³⁷

2. "Las circunstancias del caso"

45. Panamá recuerda asimismo que el párrafo 3 c) del artículo 21 contiene una directriz según la cual el plazo prudencial no debe exceder de 15 meses, pero los árbitros pueden apartarse de ella en función de las "circunstancias del caso". Según Panamá, anteriores árbitros, al determinar el plazo prudencial para la aplicación, han tenido en cuenta las siguientes circunstancias concretas: si los medios de aplicación son de carácter administrativo o legislativo¹³⁸; si los medios de aplicación previstos son complejos o simples; si en el proceso de aplicación hay etapas de carácter jurídicamente vinculante, en contraste con discrecionales¹³⁹; y si el Miembro ha promulgado en el pasado legislación similar para la aplicación.¹⁴⁰

a) Necesidad de adoptar medidas legislativas y reglamentarias

46. Panamá discrepa de Colombia en que la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD requiere adoptar medidas tanto legislativas como reglamentarias. Pone de relieve que tanto el Decreto 2685/1999 como la Resolución 4240/2000 son disposiciones administrativas del Poder Ejecutivo del Gobierno colombiano, y que en consecuencia no es preciso adoptar medidas legislativas para modificar o revocar disposiciones de esos instrumentos jurídicos.¹⁴¹ Además, como Colombia no está obligada a modificar las disposiciones sobre garantías de su Código de Comercio a fin de aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD, las demoras derivadas de los procedimientos legislativos no son pertinentes para la determinación del Árbitro.

135 Comunicación de Panamá, párrafo 55 (donde se hace referencia a la comunicación de Colombia, párrafo 36). Panamá aduce también que el artículo 209 de la Constitución de Colombia sólo enuncia principios generales de transparencia, y no requiere que se celebren consultas específicas con el sector privado. (Ibid., párrafo 56.)

136 Comunicación de Panamá, párrafo 55 (donde se hace referencia a la comunicación de Colombia, párrafo 39).

137 Comunicación de Panamá, párrafo 55 (donde se hace referencia a la comunicación de Colombia, párrafo 40).

138 Comunicación de Panamá, párrafo 31 (donde se hace referencia al laudo del Árbitro, CE - Hormonas (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 25).

139 Comunicación de Panamá, párrafo 31 (donde se hace referencia al laudo del Árbitro, CE - Hormonas (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafos 49-52).

140 Comunicación de Panamá, párrafo 31 (donde se hace referencia al laudo del Árbitro, Estados Unidos - Juegos de azar (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 55).

141 Comunicación de Panamá, párrafo 58.

WT/DS366/13

Página 21

47. Panamá recuerda que sólo tienen que ponerse en conformidad las medidas específicas cuya incompatibilidad ha sido constatada por el Grupo Especial.¹⁴² Sostiene que el plazo sugerido por Colombia para suprimir o modificar esos instrumentos no constituye el "plazo más breve posible" en el marco de su ordenamiento jurídico interno¹⁴³, porque no está claro si se necesitan todas las etapas esbozadas por Colombia.

48. En particular, Panamá rechaza el argumento de Colombia de que la modificación de artículos concretos del Decreto 2685/1999 requerirá un proceso interno de adopción de decisiones de la DIAN¹⁴⁴ de conformidad con el artículo 2 de la Resolución 457 de 20 de noviembre de 2008 ("Resolución 457/2008").¹⁴⁵ Panamá añade que el artículo 2 establece procedimientos para la introducción de una nueva prescripción¹⁴⁶, mientras que la modificación o supresión de las medidas relativas a los precios indicativos y los puertos de entrada no requeriría esa nueva prescripción. Panamá pone también en tela de juicio la estimación de Colombia de que el proceso interno de adopción de decisiones de la DIAN durará entre seis y nueve meses, porque ni la Resolución 457/2008 ni la Orden Administrativa N° 0002 de 8 de mayo de 2009¹⁴⁷ establecen marcos temporales específicos, salvo un plazo de 13 días laborables para la "formalización del procedimiento".¹⁴⁸ Panamá sugiere asimismo que ninguna modificación de los reglamentos en litigio tiene que someterse a examen por el Departamento de Administración Pública, de conformidad con el Decreto 4669/2005, ya que no parece que el artículo 2 de la Resolución 457/2008 requiera ese procedimiento de evaluación. En cualquier caso, Panamá señala que el Decreto 4669/2005 no prevé ningún marco temporal específico, a pesar de la estimación de Colombia de que su examen durará entre uno y dos meses.¹⁴⁹ Además, Panamá opina que Colombia no ha presentado ninguna prueba en

142 Panamá enumera el párrafo 5 e) del artículo 128 del Decreto 2685/1999; el párrafo 7 del artículo 172 de la Resolución 4240/2000; diversas resoluciones específicas por las que se establecen precios indicativos para determinados productos; y la Resolución 7373/2007, que constituye el fundamento jurídico para la medida relativa a los puertos de entrada. (Comunicación de Panamá, párrafo 64.)

143 Comunicación de Panamá, párrafo 72.

144 Comunicación de Panamá, párrafo 65 (donde se hace referencia a la comunicación de Colombia, párrafo 86). Según Panamá, esa disposición sólo es aplicable a actos administrativos, documentos y formularios de la DIAN, y en consecuencia no lo es a las modificaciones del Decreto 2685/1999, el cual es, antes bien, un Decreto emitido por el Presidente de Colombia.

145 Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, Resolución 457 de 2008 (noviembre 20), Diario Oficial N° 47.198 de 20 de noviembre de 2008 (Prueba documental 1 presentada por Colombia en este arbitraje).

146 Comunicación de Panamá, párrafo 66 (donde se hace referencia al artículo 2 de la Resolución 457/2008).

147 Dirección de Gestión Organizacional - Orden Administrativa 0002 (DIAN), de fecha 8 de mayo de 2009.

148 Comunicación de Panamá, párrafo 67 (donde se hace referencia al párrafo 3 del artículo 2 de la Resolución 457/2008; y al párrafo 4.4.6 de la Dirección de Gestión Organizacional - Orden Administrativa 0002 (DIAN), de fecha 8 de mayo de 2009).

149 Comunicación de Panamá, párrafo 68 (donde se hace referencia a la comunicación de Colombia, párrafo 88).

WT/DS366/13

Página 22 apoyo de sus afirmaciones de que: i) el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público estén obligados a examinar y aprobar la medida de aplicación¹⁵⁰; ii) la Oficina del Presidente tendrá que aprobar el proyecto de la nueva medida antes de su examen por la Oficina Jurídica del Presidente, su firma por el Presidente y la publicación en el Diario Oficial¹⁵¹; y iii) se necesitarían hasta tres meses para modificar las resoluciones pertinentes.¹⁵²

49. Panamá sostiene además que Colombia puede suprimir o modificar el párrafo 5 e) del artículo 128 del Decreto 2685/1999, relativo a los precios indicativos, recurriendo a medios administrativos ordinarios, porque el Presidente de Colombia está facultado para modificar el Decreto 2685/1999 tras oír las opiniones del Comité Triple A.¹⁵³ Aunque la legislación colombiana no establece un marco temporal específico para la modificación de ese Decreto, según el artículo 3 del Decreto 3303/2006 el Comité Triple A debe reunirse en sesión ordinaria cada tres meses, o en sesión extraordinaria en cualquier momento a petición de su Presidente (el Viceministro de Comercio).¹⁵⁴

50. De manera análoga, Panamá destaca que el párrafo 6 del artículo 28 del Decreto 4048/2008 confiere a la Subdirección de Gestión Técnica Aduanera de la Administración de Aduanas de Colombia facultades para establecer, modificar y retirar precios de referencia, incluidos los precios indicativos.¹⁵⁵ Sugiere asimismo que el párrafo 12 del artículo 6 del Decreto 4048/2008 confiere a la Dirección General de la DIAN "facultades plenas" para revocar o modificar tanto la Resolución 7373/2007 como la Resolución 4240/2000.¹⁵⁶ Ninguna de esas disposiciones establece un marco temporal específico, ni requiere la participación de otros organismos gubernamentales en el proceso de adopción de decisiones.

51. Además, Panamá sostiene que el hecho de que Colombia hubiera anteriormente derogado medidas similares relativas a los precios indicativos y los puertos de entrada como consecuencia de una solución mutuamente acordada con Panamá pone de manifiesto que las medidas objeto de la presente diferencia pueden suprimirse o modificarse casi inmediatamente. Panamá observa que,

150 Comunicación de Panamá, párrafo 69 (donde se hace referencia a la comunicación de Colombia, párrafo 89; Decreto 210/2003; y Decreto 4646/2006).

151 Comunicación de Panamá, párrafo 70 (donde se hace referencia a la comunicación de Colombia, párrafos 91 y 92).

152 Comunicación de Panamá, párrafo 71 (donde se hace referencia a la comunicación de Colombia, párrafo 92).

153 Panamá observa, en particular, que el Presidente disfruta de esas facultades en virtud del artículo 189.25 de la Constitución de Colombia, el artículo 3 de la Ley 6 de 1971 y el artículo 2 de la Ley 7 de 1991. (Comunicación de Panamá, párrafo 73.)

154 Comunicación de Panamá, párrafo 74.

155 Panamá señala que el párrafo 6 del artículo 28 del Decreto 4048/2008 sustituyó al artículo 23 del Decreto 1071/1999 como disposición que confiere esas facultades. (Comunicación de Panamá, párrafo 78.)

156 Panamá señala que el párrafo 12 del artículo 6 del Decreto 4048/2008 sustituyó al apartado i) del artículo 19 del Decreto 1071/1999 como disposición que confiere esas facultades. (Comunicación de Panamá, párrafos 81-83.)

WT/DS366/13

Página 23 cuando el 31 de octubre de 2006 llegó a una solución mutuamente acordada con Colombia, ésta suprimió las medidas relativas a los precios indicativos y los puertos de entrada el 1º de noviembre de 2006. Sostiene que Colombia está ahora, desde una perspectiva jurídica, en condiciones de adoptar medidas administrativas similares, sin recurrir a procedimientos extraordinarios. Rechaza el argumento de Colombia de que la actual situación es "fundamentalmente distinta", porque, a su juicio, el fundamento jurídico en el marco de la legislación colombiana para revocar o modificar las medidas en litigio es el mismo. 157 Panamá observa también que, contrariamente a lo que sugiere Colombia, la derogación, en 2006, de la medida relativa a los puertos de entrada no fue resultado de "procedimientos abreviados extraordinarios" en ejercicio de las facultades del Presidente en virtud del artículo 189 de la Constitución de Colombia, sino que fue, antes bien, dictada por el Director General de la DIAN en ejercicio de sus funciones ordinarias. 158

b) Complejidad de la medida

52. Panamá discrepa de Colombia en que la supuesta complejidad de las medidas relativas al control aduanero y la observancia de las disposiciones aduaneras de Colombia constituye una "circunstancia del caso" que justifica un plazo de aplicación de como mínimo 15 meses. 159 Panamá considera que las medidas no son complejas "en y por sí mismas" 160, y que el proceso para modificarlas no es complejo. A su juicio, lo que puede ser "complejo" es la "conflictividad" de esas medidas en Colombia. 161 Sin embargo, varios árbitros han descartado la "conflictividad" de una medida como "circunstancia del caso" en su determinación del plazo prudencial. 162

c) Importancia de la medida en el ordenamiento interno

53. Panamá rechaza también la importancia de las medidas relativas a los precios indicativos y los puertos de entrada en el ordenamiento interno de Colombia como "circunstancia del caso" que justifica un plazo prudencial de como mínimo 15 meses. Panamá diferencia los elementos de hecho que el Árbitro tuvo ante sí en el asunto Chile - Sistema de bandas de precios de los elementos de

157 Comunicación de Panamá, párrafo 87 (donde se hace referencia a la comunicación de Colombia, párrafo 61).

158 Comunicación de Panamá, párrafo 88. Según Panamá, el Director General de la DIAN estaba facultado en virtud de lo dispuesto en los Decretos 1071/1999 y 2685/1999.

159 Comunicación de Panamá, párrafo 91 (donde se hace referencia a la comunicación de Colombia, párrafo 93).

160 Comunicación de Panamá, párrafo 92. Panamá observa que el párrafo 5 e) del artículo 128 del Decreto 2685/1999 y el párrafo 7 del artículo 172 de la Resolución 4240/2000 sólo tienen un párrafo cada uno, y que la Resolución 7373/2007 sólo tiene dos páginas.

161 Comunicación de Panamá, párrafo 92.

162 Comunicación de Panamá, párrafo 92 (donde se hace referencia al laudo del Árbitro, Estados Unidos - Ley de compensación (Enmienda Byrd) (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 61; y laudo del Árbitro, Chile - Sistema de bandas de precios (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 47).

WT/DS366/13

Página 24

hecho de esta diferencia. En aquella, el hecho de que el sistema de bandas de precios de Chile hubiera sido uno de los "pilares más fundamentales de su política agraria durante casi 20 años" llevó al árbitro a constatar que estaba tan "esencialmente integrado" 163 en las políticas de Chile que "su función singular y su repercusión" en la sociedad chilena debía tenerse en cuenta como circunstancia pertinente. En contraste, las medidas relativas a los precios indicativos y los puertos de entrada de Colombia se han adoptado en el curso de los últimos cinco

años.164 Por tanto, Panamá sostiene que, al ser tan recientes esas medidas, Colombia no ha demostrado su "función singular y su repercusión" en la sociedad colombiana.165

d) Condición de país en desarrollo

54. Por último, Panamá sostiene que el Árbitro no debe tener en cuenta la condición de país en desarrollo de Colombia al determinar la duración del plazo autorizado para la aplicación.166 Destaca asimismo que si bien el Árbitro que se ocupó del asunto Chile - Sistema de bandas de precios reconoció que Chile, en cuanto país en desarrollo, podría haber tropezado con obstáculos en su aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD, también la Argentina afrontaba "dificultades" mientras se mantuviera la medida incompatible con las normas de la OMC, por lo que decidió no tener en cuenta la condición de Chile como país en desarrollo.167 Panamá sugiere, por tanto, que Colombia no ha demostrado que se encuentra en una situación "económica y financiera extremadamente grave", que justificaría que se le concediera un plazo más largo para la aplicación.168 Antes bien, lo que debe tenerse en cuenta es la condición del propio Panamá en cuanto país en desarrollo perjudicado durante los últimos cinco años por medidas que son incompatibles con las normas de la OMC.

55. A la luz de lo anteriormente expuesto, Panamá me solicita que determine que el plazo prudencial para la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD en esta diferencia sea de 4 meses y 19 días desde la adopción del informe del Grupo Especial por el OSD, de manera que expire el 9 de octubre de 2009.

163 Comunicación de Panamá, párrafo 92 (donde se hace referencia al laudo del Árbitro, Chile - Sistema de bandas de precios (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafos 46 y 48).

164 Comunicación de Panamá, párrafo 92 (donde se hace referencia a la comunicación de Colombia, párrafo 104).

165 Comunicación de Panamá, párrafo 92.

166 Comunicación de Panamá, párrafo 93 (donde se cita el laudo del Árbitro, Indonesia - Automóviles (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 24). Panamá aduce que en el asunto Indonesia - Automóviles la circunstancia del caso que llevó al Árbitro a conceder más tiempo para la aplicación fue la "situación económica y financiera extremadamente grave" que afrontaba Indonesia, y no su condición de país en desarrollo.

167 Comunicación de Panamá, párrafo 94 (donde se cita el laudo del Árbitro, Chile - Sistema de bandas de precios (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 56).

168 Comunicación de Panamá, párrafo 95.

WT/DS366/13

Página 25

56. Subsidiariamente, Panamá me solicita que determine dos plazos prudenciales separados para la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD: un plazo más largo para la medida relativa a los precios indicativos, habida cuenta de que una modificación del Decreto 2685/1999 puede requerir la intervención presidencial y el examen por el Comité Triple A; y un plazo más breve para la medida relativa a los puertos de entrada, dado que la Resolución 7373/2007 y sus posteriores prórrogas pueden ser modificadas exclusivamente por la DIAN mediante procedimientos administrativos ordinarios.169

III. Plazo prudencial

A. Cuestiones preliminares

1. Cuestión de procedimiento

57. Antes de pasar a la cuestión del plazo prudencial para la aplicación procederé a abordar una cuestión preliminar planteada durante la audiencia en este procedimiento de arbitraje. Adjuntas a la versión escrita de su declaración inicial, Colombia presentó sus Pruebas documentales 6 a 11, que contenían pruebas no presentadas anteriormente con su comunicación escrita. Panamá se opuso a la introducción de esas pruebas en la etapa de la audiencia. Adujo que la introducción de nuevas pruebas en una etapa tan tardía del procedimiento podría menoscabar su derecho al debido proceso, ya que no disponía de tiempo suficiente para examinarlas y comentarlas. Colombia respondió que las pruebas presentadas en la audiencia tenían por objeto refutar alegaciones formuladas por Panamá en su comunicación escrita, por lo que no planteaban ningún problema por lo que respecta a las debidas garantías procesales.

58. Tras examinar las pruebas presentadas por Colombia durante la audiencia determiné que la Prueba documental 6 de Colombia contenía un gráfico en el que se esbozaban de manera resumida las etapas concretas previstas por Colombia, en su comunicación escrita, para la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD. Panamá había presentado un gráfico similar en el párrafo 37 de su comunicación escrita. Decidí, por consiguiente, aceptar el gráfico que figuraba en la Prueba documental 6 presentada por Colombia como prueba en el presente procedimiento. Para llegar a mi determinación no estimé necesario recurrir a las pruebas que figuraban en las Pruebas documentales 7 a 11 presentadas por Colombia.

169 Comunicación de Panamá, párrafos 99-101 (donde se hace referencia al laudo del Árbitro, Estados Unidos - Juegos de azar (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 41). Panamá observa que en aquel caso el árbitro estudió si con arreglo al párrafo 3 c) del artículo 21 podía determinarse más de un plazo prudencial, aunque en última instancia no adoptó ninguna decisión al respecto.

WT/DS366/13

Página 26

59. Durante la audiencia también pedí a Colombia que presentara pruebas en apoyo de su afirmación de que el 17 de abril de 2009 se había establecido un Grupo de Trabajo Interinstitucional con objeto de examinar distintas alternativas para la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD. En respuesta, Colombia presentó un Ayuda Memoria elaborado por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo de Colombia, que contenía el acta de la primera reunión del Grupo de Trabajo y una lista de quiénes asistieron a ella. Decidí aceptar ese documento como prueba pertinente en este procedimiento.

2. Mandato del Árbitro

60. El informe del Grupo Especial sobre esta diferencia fue adoptado por el OSD el 20 de mayo de 2009. El 19 de junio de 2009 Colombia comunicó al OSD que tenía intención de cumplir sus recomendaciones y resoluciones, pero afirmó que para hacerlo necesitaría un plazo prudencial.¹⁷⁰ Como las partes no consiguieron llegar a un acuerdo sobre el plazo para la aplicación, el 30 de julio de 2009 el Director General consultó a las partes y me designó Árbitro para determinar un plazo prudencial. Acepté esa designación el 3 de agosto de 2009.

61. El párrafo 3 del artículo 21 del ESD estipula que si no es "factible" que un Miembro cumpla "inmediatamente" las recomendaciones y resoluciones del OSD, ese Miembro "dispondrá de un plazo prudencial para hacerlo". Mi función como Árbitro en este procedimiento es determinar ese plazo prudencial, teniendo debidamente en cuenta las disposiciones pertinentes del ESD y, concretamente, las siguientes orientaciones enunciadas en el párrafo 3 del artículo 21:

... El plazo prudencial será:

c) un plazo determinado mediante arbitraje vinculante ... En dicho arbitraje, una directriz para el árbitro ha de ser que el plazo prudencial para la aplicación de las recomendaciones del grupo especial o del Órgano de Apelación no deberá exceder de 15 meses a partir de la fecha de adopción del informe del grupo especial o del Órgano de Apelación. Ese plazo podrá, no obstante, ser más corto o más largo, según las circunstancias del caso. (no se reproducen las notas de pie de página)

62. Tengo presente el contexto en el que figura el párrafo 3 c) del artículo 21. El párrafo 1 del artículo 21 del ESD dispone que el "pronto cumplimiento" es esencial para la eficaz solución de las diferencias en la OMC. Además, la parte introductoria del párrafo 3 del artículo 21 indica que sólo se dispondrá de un "plazo prudencial" si "no [es] factible cumplir inmediatamente" las recomendaciones y resoluciones del OSD. Coincidió con el Árbitro que se ocupó del asunto CE - Hormonas en que esos

¹⁷⁰ WT/DSB/M/270, párrafo 51.

WT/DS366/13

Página 27

elementos contextuales sugieren que el "plazo prudencial", en el sentido del párrafo 3 del artículo 21 del ESD, "debe ser el plazo más breve posible, en el marco del ordenamiento jurídico del Miembro [al que incumbe la aplicación]".¹⁷¹

63. En general se acepta que mi mandato en este procedimiento del párrafo 3 c) del artículo 21 se limita a determinar el "plazo prudencial" para la aplicación en la diferencia subyacente planteada en la OMC. En cumplimiento de ese mandato limitado, reconozco que el Miembro al que incumbe la aplicación disfruta de una cierta discrecionalidad para escoger los medios de aplicación que considere más adecuados. Como antes que yo han hecho otros árbitros, considero que mi mandato guarda relación con el momento en que el Miembro al que incumbe la aplicación debe haber logrado el cumplimiento, no con la manera en la que ese Miembro lo logra.¹⁷² Sin embargo, el momento en que un Miembro tiene que haber cumplido no puede determinarse aislándolo de los medios escogidos para la aplicación. A fin de "determinar cuándo debe cumplir un Miembro, es posible que sea necesario considerar cómo se propone hacerlo".¹⁷³ Por tanto, los medios de aplicación a los que puede recurrir el Miembro de que se trate constituyen una consideración pertinente para mi determinación con arreglo al párrafo 3 c) del artículo 21.¹⁷⁴

64. Aunque un Miembro al que incumbe la aplicación está facultado para escoger los medios de aplicación, esas facultades no constituyen un "derecho irrestricto a elegir cualquier método de aplicación".¹⁷⁵ A mi juicio, la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD en este caso es una "obligación de resultado", y en consecuencia los medios de aplicación elegidos deben ser por su forma, naturaleza y contenido aptos para lograr el cumplimiento, y además deben ser compatibles con los acuerdos abarcados.¹⁷⁶ Por tanto, aunque soy consciente de que la evaluación de si las

¹⁷¹ Laudo del Árbitro, CE - Hormonas (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 26.

¹⁷² Véase el laudo del Árbitro, Estados Unidos - Acero Inoxidable (México) (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 41; laudo del Árbitro, Brasil - Neumáticos recauchutados (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 47; laudo del Árbitro, Japón - DRAM (Corea) (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 26; laudo del Árbitro, CE - Trozos de pollo (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 49; y laudo del Árbitro, Canadá - Patentes para productos farmacéuticos (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 41.

¹⁷³ Laudo del Árbitro, Japón - DRAM (Corea) (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 26. (las cursivas figuran en el original)

¹⁷⁴ Laudo del Árbitro, Japón - DRAM (Corea) (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 27.

¹⁷⁵ Laudo del Árbitro, CE - Subvenciones a la exportación de azúcar (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 69.

176 Véase el laudo del Árbitro, CE - Hormonas (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 38. Véase también el laudo del Árbitro, Estados Unidos - Acero inoxidable (México) (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 41; laudo del Árbitro, Brasil - Neumáticos recauchutados (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 48; laudo del Árbitro, Japón - DRAM (Corea) (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 25 (donde se hace referencia al laudo del Árbitro, CE - Trozos de pollo (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 49, donde a su vez se hace referencia al laudo del Árbitro, Canadá - Patentes para productos farmacéuticos (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafos 41-43; laudo del Árbitro, Chile - Sistema de bandas de precios (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 32; laudo del Árbitro, CE - Preferencias arancelarias (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 30; laudo del Árbitro, Estados Unidos - Exámenes por extinción respecto de los artículos tubulares para campos
WT/DS366/13

Página 28

medidas finalmente destinadas a cumplir son compatibles con las normas de la OMC es propia de un procedimiento del párrafo 5 del artículo 21, al hacer mi determinación con arreglo al párrafo 3 c) del artículo 21 debo tomar en consideración "si la medida de aplicación está comprendida en el ámbito de las medidas admisibles que pueden adoptarse para aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD".¹⁷⁷ Además, coincido con el Árbitro que se ocupó del asunto CE - Subvenciones a la exportación de azúcar en que "el método elegido debe ser tal que se pueda aplicar en un plazo prudencial de conformidad con las directrices que figuran en el párrafo 3 c) del artículo 21".¹⁷⁸ Por lo demás, aunque el Miembro al que incumbe la aplicación es libre de iniciar reformas más amplias de su legislación interna en el proceso de aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD, esos objetivos no justifican un plazo más largo para la aplicación. Mi determinación por lo que respecta al plazo prudencial para la aplicación de esas recomendaciones y resoluciones debe centrarse en el plazo más breve posible que en virtud del ordenamiento jurídico del Miembro al que incumbe la aplicación se necesite para poner las medidas concretas cuya incompatibilidad se ha constatado en conformidad con las obligaciones que corresponden a ese Miembro en el marco de la OMC.¹⁷⁹

65. Al igual que en el pasado han hecho otros árbitros, también considero que cabe esperar que el Miembro al que incumbe la aplicación aproveche cuanta flexibilidad le ofrezca su ordenamiento jurídico para aplicar con prontitud las recomendaciones y resoluciones del OSD.¹⁸⁰ Así lo justifica la importancia que reviste satisfacer la obligación de cumplir inmediatamente las recomendaciones y resoluciones del OSD, que han establecido que determinadas medidas son incompatibles con las obligaciones que corresponden a un Miembro en el marco de la OMC. Esto, sin embargo, no incluye necesariamente un recurso a procedimientos "extraordinarios".¹⁸¹ petrolíferos (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 26; laudo del Árbitro, Estados Unidos - Juegos de azar (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 33; y laudo del Árbitro, CE - Subvenciones a la exportación de azúcar (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 69).

177 Laudo del Árbitro, Japón - DRAM (Corea) (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 27.

178 Laudo del Árbitro, CE - Subvenciones a la exportación de azúcar (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 69.

179 Véase el laudo del Árbitro, CE - Preferencias arancelarias (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 31.

180 Véase el laudo del Árbitro, Estados Unidos - Acero inoxidable (México) (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 42; laudo del Árbitro, Brasil - Neumáticos recauchutados (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 48; laudo del Árbitro, Japón - DRAM (Corea) (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 25 (donde se hace referencia al laudo del Árbitro, CE - Trozos de pollo (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 49, donde a su vez se hace referencia al laudo del Árbitro, Chile - Sistema de bandas de precios (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 39; laudo del Árbitro, CE - Preferencias arancelarias (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 36; y laudo del Árbitro, Estados Unidos - Ley de compensación (Enmienda Byrd) (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 64).

181 Véase el laudo del Árbitro, Estados Unidos - Acero inoxidable (México) (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 42 (donde se hace referencia al laudo del Árbitro, Brasil - Neumáticos recauchutados (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 48, donde a su vez se hace referencia al laudo del Árbitro, Japón - DRAM (Corea) (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 25; laudo del Árbitro, CE - Trozos de pollo (párrafo 3 c) del

WT/DS366/13

Página 29

66. Observo, además, que las partes han expresado opiniones divergentes sobre la asignación de la carga de la prueba en el marco de lo dispuesto en el párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD. Colombia aduce que incumbía a Panamá, como parte que solicita un apartamiento de la directriz de 15 meses enunciada en el párrafo 3 c) del artículo 21, demostrar que las "circunstancias del caso" justifican un plazo más breve para la aplicación.¹⁸² Panamá responde que Colombia, como Miembro al que incumbe la aplicación, está obligada a demostrar que el plazo que solicita para la aplicación es "prudencial".¹⁸³

67. Me oriento en laudos de anteriores árbitros que asignan al Miembro al que incumbe la aplicación la obligación de demostrar que, si el cumplimiento inmediato no es factible, el plazo que propone constituye un "plazo prudencial".¹⁸⁴ Esto, sin embargo, no dispensa al otro Miembro de presentar pruebas que respalden su afirmación de que el plazo solicitado por el Miembro al que incumbe la aplicación no es "prudencial" y de que un plazo más breve para la aplicación está justificado.

3. Medidas cuya incompatibilidad constató el Grupo Especial

68.A los efectos de este procedimiento de arbitraje con arreglo al párrafo 3 c) del artículo 21 me remito a las siguientes constataciones del Grupo Especial: el inciso e) del párrafo 5 del artículo 128 del Decreto N° 2685/1999 y el párrafo 7 del artículo 172 de la Resolución N° 4240/2000, así como las diversas resoluciones por las que se establecen precios indicativos¹⁸⁵, al requerir el uso de precios indicativos a efectos de valoración en aduana, son incompatibles "en sí mismos" con la obligación establecida en el Acuerdo sobre Valoración en Aduana de aplicar, en orden artículo 21), párrafo 49; laudo del Árbitro, Corea - Bebidas alcohólicas (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 42; laudo del Árbitro, Chile - Sistema de bandas de precios (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 51; y laudo del Árbitro, Estados Unidos - Ley de compensación (Enmienda Byrd) (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 74).

182 Comunicación de Colombia, párrafo 69.

183 Comunicación de Panamá, párrafo 27.

184 Véase el laudo del Árbitro, Japón - DRAM (Corea) (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 28 (donde se hace referencia al laudo del Árbitro, Canadá - Patentes para productos farmacéuticos (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 47; y al laudo del Árbitro, Estados Unidos - Ley de 1916 (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 33).

185 Resolución N° 7510/2007, modificada por la Resolución N° 11412/2007; Resolución N° 7511/2007; Resolución N° 7509/2007, modificada por la Resolución N° 11414/2007; Resolución N° 7512/2007, modificada por la Resolución N° 11415/2007 y la Resolución N° 7513/2007. (Véase el informe del Grupo Especial, párrafo 7.36.) En el curso de la audiencia, las partes confirmaron que algunas de las medidas por las que se establecen precios indicativos habían sido sustituidas por las Resoluciones 8812/2008 (Prueba documental 3 presentada por Panamá en este arbitraje) y 5516/2009 (Prueba documental 4 presentada por Panamá en este arbitraje).

WT/DS366/13

Página 30

secuencial, los métodos de valoración previstos en los artículos 1, 2, 3, 5 y 6 del Acuerdo¹⁸⁶; el inciso e) del párrafo 5 del artículo 128 del Decreto N° 2685/1999 y el párrafo 7 del artículo 172 de la Resolución N° 4240/2000, así como las diversas resoluciones por las que se establecen precios indicativos, al requerir el uso del más alto de dos valores o de un precio mínimo como valor en aduana de las mercancías de que se trate, son incompatibles "en sí mismos" con los apartados b) y f) del párrafo 2 del artículo 7 del Acuerdo sobre Valoración en Aduana¹⁸⁷; y la Resolución 7373/2007, modificada por la Resolución 7637/2007¹⁸⁸ (la "medida relativa a los puertos de entrada") es incompatible con el párrafo 1 del artículo I, las frases primera y segunda del párrafo 2 del artículo V, la primera frase del párrafo 6 del artículo V y el párrafo 1 del artículo XI del GATT de 1994.¹⁸⁹

69. El Grupo Especial rechazó además la defensa de Colombia de que la medida relativa a los puertos de entrada estaba justificada al amparo del apartado d) del artículo XX del GATT de 1994 como medida necesaria para lograr la observancia de las leyes y reglamentos aduaneros de Colombia.¹⁹⁰ El Grupo Especial, aunque estimó que la medida relativa a los puertos de entrada estaba destinada a lograr la observancia del Decreto 2685/1999 y la Resolución 4240/2000¹⁹¹, y reconoció la importancia de la lucha contra la subfacturación y el lavado de dinero asociados al tráfico de estupefacientes¹⁹², constató que Colombia no había establecido que la medida relativa a los puertos de entrada contribuía a la lucha contra el fraude aduanero y el contrabando en Colombia.¹⁹³

70. El 15 de abril de 2009 se dio traslado a las partes del informe del Grupo Especial¹⁹⁴, que fue distribuido a los Miembros de la OMC el 27 de abril de 2009 y adoptado por el OSD el 20 de mayo de 2009. El Grupo Especial recomendó a Colombia que pusiera sus medidas en conformidad con las

186 Informe del Grupo Especial, párrafos 7.512 y 8.1.

187 Informe del Grupo Especial, párrafos 7.153 y 8.2.

188 La vigencia de la Resolución 7373/2007 fue prorrogada hasta el 30 de junio de 2009 por la Resolución 1749/2008 (Prueba documental 5 presentada por Panamá en este arbitraje) y hasta el 31 de diciembre de 2009 por la Resolución 6816/2009 (Prueba documental 6 presentada por Panamá en este arbitraje).

189 Informe del Grupo Especial, párrafo 8.5.

190 Informe del Grupo Especial, párrafo 8.7.

191 Informe del Grupo Especial, párrafo 7.543.

192 Informe del Grupo Especial, párrafo 7.566.

193 Informe del Grupo Especial, párrafos 7.585, 7.588 y 7.618. Habida cuenta de esas constataciones, el Grupo Especial no analizó la cláusula introductoria del artículo XX del GATT de 1994.

194 Informe del Grupo Especial, párrafo 1.8. Observa asimismo que el Grupo Especial dio traslado de su informe provisional a las partes el 4 de marzo de 2009.

WT/DS366/13

Página 31

obligaciones que le corresponden en virtud del Acuerdo sobre Valoración en Aduana y el GATT de 1994.¹⁹⁵

B. Factores que afectan a la determinación del plazo prudencial con arreglo al párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD

1. Medios de aplicación previstos

a) Colombia

71. Por lo que respecta al uso de precios indicativos a efectos de valoración en aduana, Colombia se propone aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD en el marco del Acuerdo sobre Valoración en Aduana "revisando el diseño y la aplicación de su sistema de control aduanero basado en precios indicativos para separar más claramente la valoración en aduana del legítimo derecho a ejercer el control aduanero".¹⁹⁶ Según Colombia, es probable que esto incorpore "un sistema revisado de control aduanero basado en precios de bases de datos que no servirán como base para la valoración en aduana".¹⁹⁷ Colombia aduce que el proceso de modificación de su sistema de control aduanero conllevaría la siguiente secuencia de etapas: identificación y evaluación de si diversas disposiciones de las leyes, reglamentos y órdenes administrativas de Colombia pueden verse afectadas, y en qué forma, por las resoluciones del Grupo Especial y por la modificación del mecanismo de precios indicativos.¹⁹⁸ Colombia estima que esta etapa podría completarse en tres meses; examen de posibles alternativas para reformar el sistema de control aduanero de Colombia¹⁹⁹, consultas²⁰⁰, y elaboración de una propuesta de redacción concreta para modificar el Decreto 2685/1999 y la Resolución 4240/2000. La elaboración de una

195 Informe del Grupo Especial, párrafo 8.10.

196 Comunicación de Colombia, párrafo 28.

197 Ibid.

198 Comunicación de Colombia, párrafos 30-32.

199 Según Colombia, esta etapa incluye lo siguiente: análisis de diversas normas internacionales sobre valoración en aduana y control aduanero, incluida la experiencia de países que afrontan problemas similares; un examen de la manera de administrar un sistema de control aduanero basado en depósitos en efectivo; un examen de si podría imponerse "otro medio apropiado" como mecanismo de garantía con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13 del Acuerdo sobre Valoración en Aduana y el párrafo 1 del artículo 51 de la Resolución 846 de la Comunidad Andina por la que se aplica la Decisión 571 de la Comunidad Andina; un examen de la compatibilidad con la OMC de diversos planteamientos; un examen de las prácticas de la Organización Mundial de Aduanas ("OMA") en materia de valoración en aduana, control y observancia de las disposiciones aduaneras; y un examen de si puede diseñarse un sistema generalizado de declaración de importación anticipada. (Comunicación de Colombia, párrafos 33-35.)

200 Colombia aduce que el principio constitucional de transparencia en la administración pública previsto en el artículo 209 de la Constitución de Colombia obliga a consultar a los sectores público y privado sobre un nuevo sistema de control aduanero. (Comunicación de Colombia, párrafo 36.)

WT/DS366/13

Página 32

propuesta de redacción concreta estaría sujeta al proceso interno de adopción de decisiones de la DIAN, de conformidad con el artículo 2 de la Resolución 457/2008 y la Orden Administrativa 0002 de 8 de mayo de 2009 (seis a nueve meses)²⁰¹ examen de los procedimientos aduaneros revisados por el Departamento Administrativo de Función Pública, de conformidad con el Decreto 4669/2005 (uno a dos meses)²⁰²; examen de las modificaciones propuestas del Decreto 2685/1999 y la Resolución 4240/2000 por el Comité de Asuntos Aduaneros, Arancelarios y de Comercio Exterior (el "Comité Triple A") (Decreto 3303/2006), el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (Decreto 210/2003) y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (Decreto 4646/2006) (dos a cuatro meses)²⁰³; examen de las modificaciones del Decreto 2685/1999 y la Resolución 4240/2000 por la Oficina Jurídica del Presidente, firma del Presidente, y publicación de las modificaciones en el Diario Oficial²⁰⁴ (un mes); modificación de resoluciones específicas por las que se establecen precios indicativos (tres meses)²⁰⁵; integración de la nueva medida en el sistema computarizado de administración aduanera de Colombia (cuatro meses)²⁰⁶; y formación interna de funcionarios de la administración de aduanas (dos meses).²⁰⁷

201 Según Colombia, el proceso interno de adopción de decisiones de la DIAN comprende las siguientes etapas: preparación de un proyecto inicial de texto modificado; examen de su idoneidad jurídica y técnica; examen de cambios paralelos propuestos por lo que respecta a normas jurídicas conexas; intercambio de observaciones y sugerencias; y aprobación e inclusión de los ajustes correspondientes en una nueva propuesta definitiva. Colombia aduce que este proceso requiere la intervención de varios departamentos de la DIAN, incluidas la Subdirección de Gestión Técnica Aduanera, la Subdirección de Gestión de Comercio Exterior, la Dirección de Gestión Jurídica, la Dirección de Gestión de Aduanas y la Dirección General. (Comunicación de Colombia, párrafos 86 y 87.)

202 Comunicación de Colombia, párrafo 88, y Prueba documental 4 presentada por Colombia en este arbitraje.

203 Comunicación de Colombia, párrafos 89 y 90.

204 Comunicación de Colombia, párrafos 91 y 92, y Prueba documental 6 presentada por Colombia en este arbitraje.

205 Comunicación de Colombia, párrafo 92.

206 Comunicación de Colombia, párrafo 39. Colombia aduce que el artículo 5 del Decreto 2685/1999 y la Resolución 457/2008 requieren concretamente esta etapa.

207 Comunicación de Colombia, párrafo 40.

WT/DS366/13

Página 33

72. Además de las etapas arriba descritas, Colombia tiene intención de reformar las disposiciones de su Código de Comercio relativas a las garantías aduaneras a fin de asegurarse de que en el contexto de su sistema revisado de control aduanero los importadores tengan efectivamente acceso a garantías de bancos o de compañías aseguradoras. Según Colombia, el proceso para modificar el Código de Comercio comprendería las siguientes etapas: elaboración de la exposición de motivos para la modificación de la ley; redacción de la propuesta efectiva de reforma; presentación del proyecto de ley a la Oficina Jurídica del Presidente; examen por la Oficina Jurídica del Presidente y por otros ministerios; modificaciones del proyecto de ley a la luz de las observaciones recibidas; nueva presentación del proyecto ley revisado a los ministerios competentes; y examen por el Comité Triple A.²⁰⁸ Seguidamente se iniciaría en el Parlamento de Colombia un proceso legislativo compuesto por cuatro etapas sucesivas.²⁰⁹ Colombia estima que la modificación de sus leyes sobre garantías aduaneras requeriría entre 12 y 24 meses.

73. Por lo que respecta a la medida relativa a los puertos de entrada, Colombia se propone aplicar las constataciones del Grupo Especial en el marco del GATT de 1994 modificando su medida de manera que no otorgue a las importaciones procedentes de Panamá un trato distinto del concedido a las que proceden directamente del país de origen, si bien garantizando al mismo tiempo la observancia de sus leyes aduaneras. Con ese fin Colombia estudia la posibilidad de incorporar en su medida modificada algunos "aspectos esenciales" de la medida relativa a los puertos de entrada, como la declaración de importación anticipada, la exención para mercancías en tránsito, y posiblemente determinadas limitaciones de los puertos de entrada, en una medida de "aplicación generalizada".²¹⁰

74. Colombia aduce que el proceso de revisión de su medida relativa a los puertos de entrada comprendería las siguientes etapas: una etapa de evaluación preliminar, consistente en una evaluación de las constataciones del Grupo Especial y de la repercusión de su aplicación en distintas leyes y reglamentos, así como un estudio comparativo de distintos métodos para velar por el control aduanero, a la luz de los Acuerdos de la OMC y las directrices, decisiones y recomendaciones pertinentes de la OMA (cuatro a seis meses)²¹¹;

²⁰⁸ Comunicación de Colombia, párrafo 44.

²⁰⁹ Comunicación de Colombia, párrafo 44 (donde se hace referencia a El Congreso de Colombia, Ley 5 de 1992 (junio 17), Diario Oficial N° 40.483 de 18 de junio de 1992 (Ley 5 de 1992)).

²¹⁰ Comunicación de Colombia, párrafo 47.

²¹¹ Comunicación de Colombia, párrafos 49-51.

WT/DS366/13

Página 34 definición y desarrollo de un mecanismo para sustituir la medida relativa a los puertos de entrada en consulta con los sectores público y privado.²¹² La elaboración de una propuesta de redacción concreta estaría sujeta al proceso interno de adopción de decisiones de la DIAN, de conformidad con el artículo 2 de la Resolución 457/2008 y la Orden Administrativa 0002 de 8 de mayo de 2009 (seis meses)²¹³; examen de los nuevos procedimientos propuestos por el Departamento Administrativo de Función Pública, de conformidad con el Decreto 4669/2005 (uno a dos meses)²¹⁴; examen del nuevo mecanismo propuesto por el Comité Triple A (Decreto 3303/2006), el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (Decreto 210/2003), y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público (Decreto 4646/2006) (dos a cuatro meses)²¹⁵; Y firma del Presidente, examen por la Oficina Jurídica del Presidente y publicación de las modificaciones en el Diario Oficial (un mes).²¹⁶

75. Colombia explicó en la audiencia que, si bien con arreglo a sus estimaciones la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD podría requerir entre 15 y 28 meses, estaba dispuesta a aprovechar toda la flexibilidad que le ofrece su ordenamiento jurídico para lograr el cumplimiento con arreglo a la directriz de 15 meses enunciada en el párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD.

b) Panamá

76. Panamá aduce que "cualquier medida de aplicación que no sea la supresión de la medida quedaría fuera del ámbito admisible de medidas de aplicación".²¹⁷ Recuerda que a tenor de lo dispuesto en el párrafo 7 del artículo 3 del ESD la supresión de las medidas incompatibles es el medio de aplicación preferido. Reconoce que Colombia está libremente facultada para escoger el medio de

²¹² Según Colombia, esta etapa comprende lo siguiente: un estudio integrado de la seguridad portuaria y aeroportuaria; un examen de los posibles beneficios de la generalización de la declaración de importación anticipada; un examen del régimen de tránsito de Colombia para velar por el cumplimiento de las obligaciones internacionales de Colombia; y un examen de las distintas etapas de desarrollo y de la capacidad técnica de las autoridades aduaneras, así como de determinadas condiciones socioeconómicas conexas. (Comunicación de Colombia, párrafos 52-54.)

²¹³ En la nota 200 al párrafo 71 supra figura una descripción del proceso interno de adopción de decisiones de la DIAN.

²¹⁴ Comunicación de Colombia, párrafo 88, y Pruebas documentales 4 y 6 presentadas por Colombia en este arbitraje.

²¹⁵ Comunicación de Colombia, párrafos 89 y 90, y Prueba documental 6 presentada por Colombia en este arbitraje.

²¹⁶ Comunicación de Colombia, párrafo 91, y Prueba documental 6 presentada por Colombia en este arbitraje.

217 Comunicación de Panamá, párrafo 46.

WT/DS366/13

Página 35

aplicación, pero mantiene que los medios de aplicación previsto por Colombia no están comprendidos en "el ámbito de las medidas admisibles que pueden adoptarse para aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD". 218 Panamá aduce que cualquier medida que sustituya el pago de derechos en virtud de lo dispuesto en el inciso e) del párrafo 5 del artículo 128 del Decreto 2685/1999 por un sistema de garantías obligatorio sería incompatible con el artículo 13 del Acuerdo sobre Valoración en Aduana. De manera análoga, sostiene que cualquier medida que mantenga cualquier restricción de los puertos de entrada infringiría el artículo XI del GATT de 1994. Panamá subraya que en 2006 Colombia revocó medidas similares en un plazo muy breve, y en consecuencia considera que una semana después de la publicación del presente laudo, es decir, 4 meses y 19 días desde la fecha de adopción del informe del Grupo Especial, sería suficiente para que Colombia completara la aplicación en el presente caso.

c) Análisis

77. Observo, en primer lugar, que el párrafo 7 del artículo 3 del ESD dispone que "el primer objetivo del mecanismo de solución de diferencias será en general conseguir la supresión" de las medidas incompatibles con las normas de la OMC. Por consiguiente, estoy de acuerdo con Panamá en que la supresión de las medidas incompatibles es el medio de aplicación "preferido", y en que dicho método ciertamente está comprendido en el ámbito de las medidas admisibles. No excluyo, sin embargo, que Colombia pudiera ponerse en conformidad con las recomendaciones y resoluciones del OSD modificando tanto el mecanismo de precios indicativos como la medida relativa a los puertos de entrada en una forma que rectifique las incompatibilidades específicas con las normas de la OMC identificadas por el Grupo Especial. A mi juicio, la modificación tanto del mecanismo de precios indicativos como de la medida relativa a los puertos de entrada está comprendida en "el ámbito de las medidas admisibles" 219 a las que Colombia puede recurrir para aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD en esta diferencia. Sigo las orientaciones del Árbitro que se ocupó del asunto Estados Unidos - Ley de compensación (Enmienda Byrd), que afirmó que el Miembro al que incumbe la aplicación puede "optar entre suprimir o modificar" 220 la medida incompatible con la OMC en ejercicio de su facultades para elegir el medio de aplicación adecuado. Por lo demás, la cuestión de la compatibilidad con la OMC de las medidas que pueda adoptar Colombia para cumplir las recomendaciones y resolución del OSD trasciende mi mandato en este procedimiento y estaría comprendida en el ámbito de un procedimiento del párrafo 5 del artículo 21.

218 Comunicación de Panamá, párrafo 46 (donde se cita el laudo del Árbitro, Brasil - Neumáticos recauchutados (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 48, donde a su vez se cita el laudo del Árbitro, Japón - DRAM (Corea) (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 27).

219 Laudo del Árbitro, Japón - DRAM (Corea) (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 27.

220 Laudo del Árbitro, Estados Unidos - Ley de compensación (Enmienda Byrd) (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 50. (no se reproducen las cursivas)

WT/DS366/13

Página 36

78. Por consiguiente, hago mi determinación basándome en el plazo más breve posible, en el marco del ordenamiento jurídico de Colombia, para modificar el mecanismo de precios indicativos y la medida relativa de los puertos de entrada con objeto de ponerlos en conformidad con las obligaciones de Colombia en el marco de la OMC. Al hacerlo sigo la orientación del Árbitro que se ocupó del asunto Canadá - Patentes sobre productos farmacéuticos de que "debe tenerse en cuenta el carácter jurídicamente vinculante, y no discrecional, de las etapas componentes del proceso de aplicación" 221, y he ponderado en consecuencia cada uno de los plazos y etapas componentes que Colombia ha propuesto.

79. Al hacer mi determinación también tengo en cuenta la declaración del Árbitro, en Chile - Sistema de bandas de precios, de que el Miembro al que incumbe la aplicación debe "como mínimo" adoptar sin demora medidas concretas para la aplicación desde la fecha de adopción de los informes del grupo especial o del Órgano de Apelación por el OSD. 222 Por consiguiente, al determinar el plazo prudencial para la aplicación debo tener en cuenta cualquier acción o inacción de Colombia en el plazo comprendido entre la fecha de adopción del informe del Grupo Especial por el OSD y la iniciación de este procedimiento de arbitraje.

80. Desde la adopción del informe del Grupo Especial, Colombia ha establecido un Grupo de Trabajo Interinstitucional, compuesto por representantes del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y de la DIAN, para evaluar cómo aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD. Esa iniciativa, en mi opinión, va más allá de unos meros "debates internos" 223, como aduce Panamá, en la medida en que establece un marco institucional competente para proponer y coordinar un plan de acción administrativo para la aplicación. Como ha observado otro árbitro, "las consultas ... con instituciones públicas ... suelen formar parte del proceso de elaboración de las leyes en las comunidades políticas contemporáneas" 224, y en consecuencia deben tenerse en cuenta al establecer el plazo prudencial para la aplicación. Considero, por tanto, que la labor de ese Grupo de Trabajo Interinstitucional es pertinente por lo que respecta a mi determinación.

81. Observo asimismo que en la audiencia Colombia comunicó que el Grupo de Trabajo Interinstitucional ha concluido su labor. Estoy, por consiguiente, persuadido de que Colombia ha

221 Laudo del Árbitro, Canadá - Patentes para productos farmacéuticos (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 51. (no se reproducen las cursivas)

222 Laudo del Árbitro, Chile - Sistema de bandas de precios (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 43. Véase también el laudo del Árbitro, Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 46.

223 Comunicación de Panamá, párrafo 42 (donde se cita el laudo del Árbitro, CE - Trozos de pollo (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 66).

224 Laudo del Árbitro, Chile - Sistema de bandas de precios (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 42.
WT/DS366/13

Página 37

completado todas las etapas preliminares de evaluación esbozadas en su propuesta de aplicación²²⁵, y en consecuencia se espera que ponga rápidamente en marcha el proceso jurídico necesario para poner en conformidad las medidas cuya incompatibilidad se ha constatado.

82. Por lo que respecta al proceso jurídico necesario para modificar las medidas cuya incompatibilidad constató el Grupo Especial, Colombia ha establecido a mi satisfacción que varias de las etapas componentes del proceso de aplicación parecen ser administrativamente obligatorias. Concretamente, Colombia ha demostrado que el proceso para modificar tanto el mecanismo de precios indicativos como la medida relativa a los puertos de entrada consiste en: i) un proceso interno de adopción de decisiones de la DIAN, de conformidad con la Resolución 457/2008 y la Orden Administrativa 0002226; ii) un examen de cualesquiera nuevos procedimientos aduaneros por el Departamento Administrativo de Función Pública, de conformidad con el artículo 2 del Decreto 4669/2005²²⁷; iii) un examen de las nuevas medidas por el Comité Triple A, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de conformidad con los Decretos 3303/2006, 210/2003 y 4646/2006²²⁸; y iv) la firma del Presidente de Colombia y la publicación en el Diario Oficial.²²⁹

83. Observo, sin embargo, que no parece que los diversos reglamentos destacados por Colombia establezcan plazos mínimos obligatorios, y que cuando lo hacen, esos plazos son bastante breves. Por ejemplo, como destaca Panamá, el párrafo 3 del artículo 2 de la Resolución 457/2008 establece un plazo de 13 días laborables para la "formalización de procedimientos" dentro de la DIAN, pero por lo demás no parece que fije plazos mínimos para el proceso de adopción de decisiones de la DIAN. De manera análoga, Colombia no ha demostrado que los Decretos 4669/2005, 210/2003 y 4646/2006 prevean plazos específicos para los exámenes por el Departamento Administrativo de Función Pública, el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, respectivamente. Los artículos 3 y 4 del Decreto 3303/2006, por su parte, establecen que el Comité Triple A puede reunirse entre sesiones ordinarias en cualquier momento transcurridos cinco

225 Esto incluye la evaluación de las leyes internas afectadas por la aplicación de las constataciones del Grupo Especial, los estudios comparativos, los estudios de la compatibilidad con la OMC de posibles alternativas, las prácticas de la OMA y la compatibilidad de las medidas de aplicación con la legislación de la Comunidad Andina.

226 Comunicación de Colombia, párrafos 86 y 87, y Pruebas documentales 1 y 2 presentadas por Colombia en este arbitraje.

227 Comunicación de Colombia, párrafo 88 (donde se hace referencia a la Prueba documental 4 presentada por Colombia en este arbitraje).

228 Comunicación de Colombia, párrafos 89 y 90 (donde se hace referencia a la Prueba documental 5 presentada por Colombia en este arbitraje). Véase también la Prueba documental 11 presentada por Panamá en este arbitraje.

229 Comunicación de Colombia, párrafos 91 y 92.

WT/DS366/13

Página 38

días desde una reunión convocada por su Presidente.²³⁰ Considero, por tanto, que el proceso de adopción de decisiones administrativas de Colombia parece "caracterizarse por un grado considerable de flexibilidad"²³¹, y espero que Colombia aproveche esa flexibilidad para asegurar el pronto cumplimiento de las recomendaciones y resoluciones del OSD.

84. Además, algunas de las etapas esbozadas por Colombia parecen duplicativas, y muchas podrían desarrollarse en paralelo, en la medida en que no sean secuenciales. Un examen pormenorizado del artículo 2 del Decreto 3303/2006, por ejemplo, revela que representantes del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, así como el Director General de la DIAN, son miembros del Comité Triple A. Esto, a mi juicio, reduce de manera significativa el tiempo necesario para recabar un examen adicional de las medidas de aplicación por esos Ministerios, cuyas opiniones es probable se tengan en cuenta en el ámbito del Comité Triple A. De manera análoga, considero que no se necesitará más tiempo para la elaboración de resoluciones específicas de la DIAN que modifiquen el mecanismo de precios indicativos vigente, porque esas modificaciones podrían prepararse al mismo tiempo que la reforma del Decreto 2685/1999 y la Resolución 4240/2000 subyacentes, y simplemente promulgarse poco después de la publicación de las medidas modificadas en el Diario Oficial.

85. Por otro lado, no estoy persuadido de que una reforma amplia de numerosas disposiciones del Código de Comercio de Colombia concernientes a las garantías aduaneras sea pertinente para mi determinación, como sugiere Colombia. Es perfectamente posible que Colombia considere conveniente reformar sus disposiciones sobre garantías aduaneras a fin de asegurarse de que éstas estén efectivamente disponibles en el contexto de su sistema de control aduanero revisado. No obstante, las recomendaciones y resoluciones del OSD pertinentes conciernen al uso de precios indicativos a efectos de valoración en aduana y a determinadas restricciones de los puertos de entrada. En mi opinión, esta situación es análoga a la que tuvo ante sí el Árbitro encargado del asunto CE - Preferencias arancelarias, en el que las Comunidades Europeas propusieron una reforma más amplia del Sistema Generalizado de Preferencias ("SGP") como parte de su aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD en aquella diferencia.²³² Al rechazar la pertinencia de esa reforma más amplia para su determinación, el Árbitro sostuvo que su "determinación en cuanto al plazo prudencial para la aplicación en este arbitraje debe tener en cuenta únicamente el plazo más breve posible en el marco del ordenamiento jurídico de las Comunidades Europeas para poner el

230 A ese respecto no considero que la convocación de una reunión del Comité Triple A entre sesiones trimestrales periódicas equivalga a un recurso a "procedimientos extraordinarios".

231 Laudo del Árbitro, Estados Unidos - Ley de 1916 (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 39.

232 Véase el laudo del Árbitro, CE - Preferencias arancelarias (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 29.

WT/DS366/13

Página 39

Régimen Droga en conformidad con sus obligaciones en el marco de la OMC".²³³ Por tanto, "[e]l simple hecho de que las Comunidades Europeas hayan decidido incorporar la tarea de aplicación dentro del objetivo más amplio de reformar el conjunto de su esquema SGP no puede llevar a la determinación de un plazo más corto o más largo".²³⁴

86. De manera análoga, el mero hecho de que Colombia contemple una reforma más amplia de sus leyes sobre garantías aduaneras junto con la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD no puede llevar a una determinación de un plazo más largo, en tanto en cuanto las medidas que tienen que ponerse en conformidad son el mecanismo de precios indicativos y la medida relativa a los puertos de entrada. En cualquier caso, aun suponiendo que la reforma de las disposiciones legales sobre garantías aduaneras de Colombia fuera pertinente para mi consideración, Colombia ha explicado en la audiencia que esas reformas legislativas pueden promulgarse dentro del mismo marco temporal estimado para ultimar el resto de sus medidas reglamentarias y administrativas de aplicación.

87. Por último, etapas como la integración de las medidas modificadas en el sistema computarizado de control aduanero de Colombia y la formación de funcionarios de la DIAN para familiarizarlos con el mecanismo de control aduanero revisado no me parecen significativas. Esas etapas concretas parecen ser consecuencia, y no requisitos previos, de la promulgación de las medidas modificadas de Colombia. En ese contexto coincido con la declaración del Árbitro que se ocupó del asunto Canadá - Patentes para productos farmacéuticos de que "la determinación sobre el 'plazo prudencial' ha de ser un juicio basado en el examen jurídico de las disposiciones legales pertinentes"²³⁵ para la promulgación de las medidas de aplicación. Las etapas de la incorporación por Colombia de sus medidas revisadas a su sistema computarizado de control aduanero y la formación de funcionarios en el nuevo sistema son meramente derivativas o consecuencia de la finalización del proceso jurídico necesario para la promulgación de las medidas de aplicación, y por lo tanto, a mi juicio, no justifican un plazo más largo para la aplicación.

2. Las circunstancias del caso

a) Necesidad de adoptar medidas legislativas y administrativas

88. Paso ahora a las "circunstancias del caso" concretas que, según Colombia, justifican un plazo prudencial de "como mínimo" 15 meses para aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD.

233 Laudo del Árbitro, CE - Preferencias arancelarias (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 31.

234 Laudo del Árbitro, CE - Preferencias arancelarias (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 31.

235 Laudo del Árbitro, Canadá - Patentes para productos farmacéuticos (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 52.

WT/DS366/13

Página 40

Colombia aduce, inicialmente, que la aplicación de las constataciones del Grupo Especial sobre las medidas "en sí mismas" la obligarán a modificar sus leyes y reglamentos y a publicar nuevas normas de aplicación general. Remitiéndose a lo indicado por anteriores árbitros, Colombia aduce que su aplicación requerirá "la adopción de decisiones legislativas y reglamentarias", lo que conlleva "el establecimiento de nuevas normas", y en consecuencia requiere más tiempo que la "adopción de decisiones administrativas", que simplemente implica la aplicación de los reglamentos existentes.²³⁶

89. Panamá responde que Colombia dispone de la flexibilidad necesaria para aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD exclusivamente por medios administrativos. Observa que todas las medidas que el Grupo Especial ha declarado incompatibles con las obligaciones de Colombia en el marco de la OMC son actos administrativos del Poder Ejecutivo del Gobierno colombiano. En consecuencia, destaca que las autoridades

administrativas de Colombia están debidamente facultadas para modificar el Decreto 2685/1999, la Resolución 4240/2000 y la Resolución 7373/2007, así como las diversas resoluciones por las que se establecen precios indicativos.²³⁷ Panamá añade que la rapidez con que Colombia derogó medidas similares tras haber llegado a una solución mutuamente acordada con Panamá el 31 de octubre de 2006 pone de manifiesto que Colombia puede revocar las medidas objeto de esta diferencia casi inmediatamente.

90. En principio estoy de acuerdo con la distinción hecha por Colombia, siguiendo la orientación del Árbitro que se ocupó del asunto Estados Unidos - Juegos de azar, de que "[p]or lo general, las medidas legislativas requerirán más tiempo que las simplemente reglamentarias, la cuales a su vez, normalmente requerirán más tiempo que la aplicación que puede lograrse por medio de una decisión administrativa".²³⁸ Por tanto, al hacer mi determinación considero que los medios legislativos requieren por lo general más tiempo que la adopción de normas reglamentarias, lo que a su vez requiere más tiempo que la mera actuación administrativa. Habida cuenta de los medios de aplicación previstos esbozados por Colombia, parece razonable suponer que ésta tendrá que proceder en cierta medida a adoptar normas reglamentarias a fin de modificar tanto su sistema de control aduanero como su medida relativa a los puertos de entrada. Esa actuación, a mi juicio, puede requerir más tiempo que el necesario para la adopción de una mera decisión administrativa basada en normas existentes.

236 Comunicación de Colombia, párrafo 78 (donde se hace referencia al laudo del Árbitro, Estados Unidos - Juegos de azar (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 35).

237 Según Panamá, de conformidad con el párrafo 25 del artículo 189 de la Constitución de Colombia el Presidente de Colombia está facultado, tras oír las opiniones del Comité Triple A, para modificar el inciso e) del párrafo 5 del artículo 128 del Decreto 2685/1999; el párrafo 12 del artículo 6 del Decreto 4048/2008 faculta al Director General de la DIAN para enmendar la Resolución 7373/2007 y el párrafo 7 del artículo 172 de la Resolución 4240/2000; y el párrafo 6 del artículo 28 del Decreto 4048/2008 faculta a la Subdirección de Gestión Técnica Aduanera para modificar varias resoluciones por las que se establecen precios indicativos. (Comunicación de Panamá, párrafos 73, 76, 81 y 83.)

238 Laudo del Árbitro, Estados Unidos - Juegos de azar (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 35.

WT/DS366/13

Página 41

91. Sin embargo, no estoy persuadido de que la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD en esta diferencia requerirá también la adopción de medidas legislativas. La única medida que según Colombia conllevaría un proceso legislativo es una modificación de las disposiciones de su Código de Comercio concernientes a las garantías aduaneras. Como ya he indicado, no considero que ese elemento de una reforma más amplia del sistema de control aduanero de Colombia pueda llevar a determinar un plazo más largo para la aplicación, en la medida en que las recomendaciones y resoluciones del OSD conciernen al uso de precios indicativos a efectos de valoración en aduana y a determinadas restricciones de los puertos de entrada.

92. Con excepción del proceso legislativo necesario para la modificación del Código de Comercio de Colombia, todas las demás etapas previstas por Colombia para la aplicación requieren medidas reglamentarias o administrativas, en el sentido de que pueden lograrse exclusivamente por el Poder Ejecutivo del Gobierno colombiano.²³⁹ Es más, como destaca Panamá, las facultades para modificar las medidas cuya incompatibilidad ha constatado el Grupo Especial residen o bien en el Presidente de Colombia, en virtud del párrafo 25 del artículo 189 de la Constitución Política de Colombia, o en varios funcionarios de la DIAN, de conformidad con el Decreto 4048/2008. Considero, por consiguiente, que la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD puede lograrse en un plazo más breve del que habría sido necesario de requerirse la adopción de medidas legislativas.

93. Colombia adujo en la audiencia que algunas de las medidas cuya incompatibilidad ha constatado el Grupo Especial, en particular el Decreto 2685/1999, tienen en su legislación interna la condición de "Leyes Marco". Según Colombia, esas Leyes Marco tienen carácter legislativo con arreglo a la normativa colombiana, por lo que su modificación conlleva un proceso más prolongado. Aunque el Decreto 2685/1999 pueda tener una condición determinada en virtud de la legislación colombiana, no estoy persuadido de que la modificación de esas Leyes Marco no pueda ser competencia del Poder Ejecutivo. Es más, Colombia no ha aducido que se requiera tal acción legislativa para modificar el Decreto 2685/1999; antes bien, ha aducido que lo que se requiere es la actuación presidencial.

94. Además, coincido con Panamá en que la derogación de medidas similares en 2006 demuestra que Colombia dispone de considerable flexibilidad para aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD exclusivamente por medios administrativos. Colombia aduce con razón que las circunstancias que rodean a la anterior derogación de medidas similares eran "fundamentalmente

239 Por lo que respecta a la distinción entre procesos legislativos y administrativos, véase el laudo del Árbitro, CE - Trozos de pollo (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 67.

WT/DS366/13

Página 42

distintas"²⁴⁰, en tanto en cuanto las medidas se revocaron como consecuencia de la ejecución de un Protocolo de Cooperación Aduanera entre Colombia y Panamá. Además, como ya he indicado, estoy de acuerdo con Colombia en que la aplicación mediante la modificación -en lugar de la supresión- de las medidas en litigio está

comprendida en el ámbito de las medidas que pueden adoptarse para aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD. Sin embargo, al mismo tiempo, y salvo por lo que respecta a las facultades necesarias para modificar el Decreto 2685/1999, considero que Panamá ha demostrado que las facultades legales para modificar las medidas cuya incompatibilidad ha constatado el Grupo Especial no son sustancialmente distintas de las ejercidas por Colombia para derogar medidas similares en 2006.²⁴¹ Por ese motivo, para llegar a mi determinación atribuyo alguna importancia a la anterior derogación de medidas similares.²⁴²

b) Complejidad de las medidas de aplicación

95. Colombia aduce también que la complejidad que conlleva la modificación de medidas relativas al control aduanero y la observancia de las disposiciones aduaneras es una "circunstancia del caso" que justificaría un plazo más largo para la aplicación. Sugiere que la lucha contra el contrabando está muy regulada por una serie de reglamentos "interdependientes y superpuestos"²⁴³ que tal vez habría que modificar como consecuencia de la aplicación. Añade que la modificación tanto del mecanismo de precios indicativos como de la medida relativa a los puertos de entrada puede repercutir en "todo el marco jurídico de lucha contra el contrabando"²⁴⁴, al tiempo que el objetivo concurrente de que las medidas de aplicación garanticen el control aduanero y la observancia de las disposiciones aduaneras hace que la aplicación sea especialmente compleja.

96. Panamá discrepa de Colombia en que la supuesta complejidad de las medidas relativas al control aduanero y la observancia de las disposiciones aduaneras de Colombia constituye una "circunstancia del caso" que justifica un plazo más largo para la aplicación. Estima que las medidas

240 Comunicación de Colombia, párrafo 61.

241 De hecho, Colombia derogó en 2006 medidas similares mediante las Resoluciones 12950/2006 y 12956/2006, y la Resolución 13034/2006. Esas Resoluciones fueron adoptadas por diversos funcionarios de la DIAN en ejercicio de las facultades que les otorgaban el artículo 23 y el inciso i) del artículo 19 del Decreto 1071/1999. Esas disposiciones fueron sustituidas por el párrafo 12 del artículo 6 y el párrafo 6 del artículo 28 del Decreto 4048/2008, que actualmente facultan al Director General de la DIAN y al Subdirector de Gestión Técnica Aduanera para reglamentar cuestiones aduaneras y modificar los precios de referencia. Colombia confirmó en la audiencia que esas disposiciones constituyen el fundamento actual de las facultades anteriormente otorgadas a los funcionarios de la DIAN por el Decreto 1071/1999. (Comunicación de Panamá, párrafos 75-84, y Pruebas documentales 12 y 13 presentadas por Panamá en este arbitraje.)

242 En sentido similar, véase el laudo del Árbitro, Estados Unidos - Juegos de azar (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 55.

243 Comunicación de Colombia, párrafo 95.

244 Comunicación de Colombia, párrafo 96.

WT/DS366/13

Página 43

no son complejas "en y por sí mismas"²⁴⁵, como tampoco lo es el proceso para modificarlas. A juicio de Panamá, los argumentos de Colombia guardan relación con la "conflictividad" de esas medidas en Colombia, factor que varios árbitros han descartado como "circunstancia del caso" en su determinación del plazo prudencial.²⁴⁶

97. En respuesta a preguntas formuladas en la audiencia, Colombia presentó una lista de disposiciones jurídicas en las que a su juicio puede repercutir la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD. Figuran en la lista varias disposiciones distintas del Decreto 2685/1999 y la Resolución 4240/2000²⁴⁷, así como la Resolución 7373/2007, en su forma modificada. A mi juicio, el hecho de que la modificación de las disposiciones concretas cuya incompatibilidad ha sido constatada por el Grupo Especial pueda repercutir en diversas disposiciones del Decreto 2685/1999 y la Resolución 4240/2000 no hace que la aplicación sea especialmente compleja. No estoy persuadido de que la modificación de distintas disposiciones de los mismos instrumentos jurídicos no pueda tener lugar en el marco del mismo proceso jurídico, con independencia de que éste concierna a unas pocas o a muchas disposiciones de dichos instrumentos jurídicos. Por el contrario, el hecho de que las modificaciones de las medidas incompatibles con la OMC puedan repercutir en otras disposiciones de los instrumentos jurídicos en las que figuran parece ser parte integrante de cualquier proceso de adopción de decisiones reglamentarias.

98. Colombia ha identificado preocupaciones en materia de control aduanero y observancia de las disposiciones aduaneras en las esferas del contrabando, el tráfico de estupefacientes y la subfacturación como un elemento que añade complejidad a su aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD.²⁴⁸ Aunque reconozco, como hizo el Grupo Especial, la importancia de esos objetivos legítimos, Colombia no ha identificado en qué otras leyes y reglamentos podrían repercutir las modificaciones de las medidas cuya incompatibilidad con sus obligaciones en el marco de la OMC se ha constatado, ni ha explicado suficientemente la naturaleza o el efecto de esa repercusión o interconexión. A falta de una demostración concreta de que la aplicación repercutiría en "una miríada de leyes interconectadas y superpuestas"²⁴⁹ concernientes al control aduanero y la observancia de las disposiciones aduaneras, no puedo llegar a la conclusión de que el proceso de aplicación sería tan

245 Comunicación de Panamá, párrafo 92.

246 Comunicación de Panamá, párrafo 92 (donde se hace referencia al laudo del Árbitro, Estados Unidos - Ley de compensación (Enmienda Byrd) (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 61; y laudo del Árbitro, Chile - Sistema de bandas de precios (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 47).

247 Colombia enumera, entre otras disposiciones, los artículos 121, 237, 253, 254, 502, el párrafo 1 del artículo 502 y el artículo 548 del Decreto 2685/1999, y el artículo 170, los párrafos 1 y 2 del artículo 431 y los artículos 503 y 507 de la Resolución 4240/2000.

248 Comunicación de Colombia, párrafo 93.

249 Laudo del Árbitro, Estados Unidos - Juegos de azar (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 46.

WT/DS366/13

Página 44

complejo como Colombia sugiere. Por consiguiente, atribuyo poca importancia a este elemento como "circunstancia del caso" que justifique un plazo más largo para la aplicación.

c) Importancia de la medida en el ordenamiento interno

99. Colombia hace referencia a la importancia de las medidas en su ordenamiento jurídico interno como tercera "circunstancia del caso" que justifica un plazo más largo para la aplicación. Según Colombia, el Grupo Especial reconoció la existencia de un grave problema de contrabando procedente de Panamá vinculado al lavado de dinero y el tráfico de estupefacientes, y reconoció que la subfacturación y el contrabando son "para Colombia una realidad relativamente más importante que para muchos otros países".²⁵⁰ A juicio de Colombia, la importancia que reviste asegurarse de que las nuevas medidas aborden las complejas cuestiones económicas, sociales y políticas que afronta, y de que esas medidas "se integren con una perturbación mínima de la eficacia del régimen de lucha contra el contrabando existente"²⁵¹ justifica la determinación de un plazo más largo para la aplicación.

100. Panamá descarta la importancia del mecanismo de precios indicativos y la medida relativa a los puertos de entrada en el ordenamiento interno de Colombia como una "circunstancia del caso" que justifica un plazo más largo para la aplicación. Diferencia los elementos de hecho de esta diferencia de los que prevalecían en el asunto Chile - Sistema de bandas de precios, en el que el Árbitro constató que el sistema de bandas de precios estaba tan "esencialmente integrado"²⁵² en las políticas agrícolas de Chile durante 20 años que su "función singular y su repercusión" en la sociedad chilena debía tenerse en cuenta como "circunstancia del caso". En contraste, el mecanismo de precios indicativos y la medida relativa a los puertos de entrada de Colombia se han adoptado en el curso de los últimos cinco años, por lo que Colombia no ha demostrado su "función singular y su repercusión" en la sociedad colombiana.²⁵³

101. Reconozco, para empezar, que la lucha contra la subfacturación, el contrabando y el lavado de dinero asociados al tráfico de estupefacientes reviste la mayor importancia para Colombia. Recuerdo que el Grupo Especial observó que "la lucha contra la subfacturación y el lavado de dinero asociados al tráfico de estupefacientes es para Colombia una realidad relativamente más importante que para muchos otros países".²⁵⁴ Al mismo tiempo, observo que el Grupo Especial no pudo llegar a la

250 Comunicación de Colombia, párrafo 104 (donde se cita el informe del Grupo Especial, párrafo 7.566).

251 Comunicación de Colombia, párrafo 106.

252 Comunicación de Panamá, párrafo 92 (donde se hace referencia al laudo del Árbitro, Chile - Sistema de bandas de precios (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 47.

253 Comunicación de Panamá, párrafo 92.

254 Informe del Grupo Especial, párrafo 7.566.

WT/DS366/13

Página 45

conclusión de que la medida relativa a los puertos de entrada contribuía a la lucha contra el fraude aduanero y el contrabando en Colombia.²⁵⁵

102. En apoyo de su solicitud de un plazo más largo para la aplicación debido a la importancia de las medidas en litigio, Colombia recurre al laudo del Árbitro en el asunto Chile - Sistema de bandas de precios, en el que el Árbitro estimó que la importancia del sistema de bandas de precios para la sociedad chilena era una "circunstancia del caso" que justificaba un plazo más largo para la aplicación. El Árbitro constató que:

... dada la permanencia a lo largo del tiempo del [sistema de bandas de precios], la integración esencial de ese sistema en las políticas agrícolas fundamentales de Chile, su posición reguladora de la determinación de los precios en la política agrícola chilena y su complejidad, considero que su función singular y su repercusión en la sociedad chilena constituyen un factor pertinente a mi determinación del "plazo prudencial" para la aplicación.²⁵⁶

Estas consideraciones me parecen convincentes, y estimo que incumbe a Colombia demostrar la "función singular y [la] repercusión"²⁵⁷ que las medidas impugnadas tienen en el régimen de control aduanero y observancia de las disposiciones aduaneras de Colombia para que pueda justificarse un plazo más largo.

103. Colombia, sin embargo, no ha establecido en qué modo el mecanismo de precios indicativos y la medida relativa a los puertos de entrada operan como "pilares fundamentales"²⁵⁸ del régimen reglamentario que ha adoptado para luchar contra la subfacturación y el contrabando. Aunque así fuera, Colombia no ha demostrado en qué modo la importancia relativa de esas medidas en su régimen global de control aduanero y observancia de

las disposiciones aduaneras para combatir la subfacturación y el contrabando repercute en el proceso de aplicación de manera que justifique la determinación de un plazo prudencial más largo para la aplicación.

d) Condición de país en desarrollo

104. Por último, tanto Colombia como Panamá aducen que el párrafo 2 del artículo 21 del ESD requiere que tenga en cuenta su respectiva condición de países en desarrollo al determinar el plazo prudencial para la aplicación. Colombia aduce que su condición de "país en desarrollo afectado por la crisis económica mundial, en lucha continua contra el lavado de dinero y el tráfico de estupefacientes

255 Véase el informe del Grupo Especial, párrafos 7.588 y 7.618.

256 Laudo del Árbitro, Chile - Sistema de bandas de precios (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 48.

257 Laudo del Árbitro, Chile - Sistema de bandas de precios (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 48.

258 Comunicación de Colombia, párrafo 8.

WT/DS366/13

Página 46

relacionados con el contrabando"259 justifica la determinación de un plazo prudencial más largo, mientras que la condición de país en desarrollo de Panamá es irrelevante porque Panamá no ha demostrado que esté experimentando actualmente "desalentadoras dificultades financieras".260 En contraste, Panamá considera que Colombia no ha demostrado que se encuentra en una "situación económica y financiera extremadamente grave"261 que justificaría un plazo más largo para la aplicación; por el contrario, lo que debe tenerse en cuenta es la condición del propio Panamá en cuanto país en desarrollo desfavorablemente afectado por medidas incompatibles con la OMC.

105. El párrafo 2 del artículo 21 del ESD dispone lo siguiente:

Se prestará especial atención a las cuestiones que afecten a los intereses de los países en desarrollo Miembros con respecto a las medidas que hayan sido objeto de solución de diferencias.

106. Reconozco que la condición de país en desarrollo de Colombia podría afectar al plazo dentro del cual puede aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD. No obstante, al igual que otros árbitros, considero que el párrafo 2 del artículo 21 del ESD encomienda a los árbitros que actúan conforme a lo dispuesto en el párrafo 3 c) del artículo 21 que presten "'especial atención' a 'las cuestiones que afecten a los intereses' tanto del país o países en desarrollo Miembros que han de proceder a la aplicación como del país o países en desarrollo Miembros reclamantes"262, dado que el alcance de esta disposición no está limitado por el texto a alguna de esas partes. Por esa razón, en los casos en que tanto el Miembro al que incumbe la aplicación como el Miembro reclamante son países en desarrollo la prescripción establecida en el párrafo 2 del artículo 21 tiene poca importancia, salvo que una de las partes pueda demostrar que está afectada más gravemente que la otra por dificultades relacionadas con su condición de país en desarrollo. En el presente caso estimo que ni Colombia ni Panamá han demostrado que las dificultades que afrontan en cuanto países en desarrollo son relativamente más graves que los que afronta la otra parte.

107. Por esa razón, la condición de países en desarrollo de ambas partes no me ha llevado a determinar un "plazo prudencial" más largo o más breve.

108. Tomo nota, por último, de la solicitud subsidiaria de Panamá de que determine dos "plazos prudenciales" separados: un plazo más largo para el mecanismo de precios indicativos, habida cuenta

259 Comunicación de Colombia, párrafo 113.

260 Comunicación de Colombia, párrafo 113 (donde se cita el laudo del Árbitro, Chile - Sistema de bandas de precios (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 56.

261 Comunicación de Panamá, párrafo 95 (donde se hace referencia al laudo del Árbitro, Indonesia - Automóviles (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 24.

262 Laudo del Árbitro, CE - Subvenciones a la exportación de azúcar (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 99.

WT/DS366/13

Página 47

de que la modificación del Decreto 2685/1999 puede requerir la actuación presidencial y el examen por el Comité Triple A; y un plazo más breve para la medida relativa a los puertos de entrada, porque la Resolución 7373/2007 y sus ulteriores prórrogas pueden ser modificadas exclusivamente por la DIAN mediante procedimientos administrativos ordinarios.263

109. En el asunto Estados Unidos - Juegos de azar el Árbitro no excluyó la posibilidad de que un árbitro pueda establecer plazos prudenciales separados para medidas separadas.264 Con independencia de que el párrafo 3 c) del artículo 21 me permita o no establecer dos plazos prudenciales distintos para las dos medidas en litigio distintas, no considero adecuado determinar en este arbitraje plazos separados para poner en conformidad el mecanismo de precios indicativos y la medida relativa a los puertos de entrada.

IV. Laudo

110. Considero, en suma, que Colombia ha iniciado sin demora, y ya ha finalizado, las etapas preliminares de evaluación en los 4 meses y 12 días transcurridos hasta la fecha desde la adopción de las recomendaciones y resoluciones del OSD, y que debería haber iniciado rápidamente el proceso reglamentario necesario para

modificar sus medidas incompatibles con las normas de la OMC.²⁶⁵ Además, concluyo que Colombia dispone de flexibilidad suficiente para modificar su mecanismo de precios indicativos y su medida relativa a los puertos de entrada, incluido un examen de sus medidas de aplicación por distintos órganos de su Poder Ejecutivo, en un plazo de pocos meses. Posteriormente, Colombia necesitará un tiempo limitado para recabar la firma de sus medidas de modificación por el Presidente y su ulterior publicación en el Diario Oficial. Por las razones arriba expuestas, otras medidas, como la integración de las medidas modificadas en el sistema computarizado de administración aduanera de Colombia y la formación de los funcionarios de la DIAN, no justifican la determinación de un plazo prudencial más largo. Habida cuenta de ello, considero que Colombia puede aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD a más tardar a principios de febrero de 2010.

263 Comunicación de Panamá, párrafos 99-101.

264 Laudo del Árbitro, Estados Unidos Juegos de azar (párrafo 3 c) del artículo 21), párrafo 41. En particular, el Árbitro no estaba persuadido de que el mero uso del artículo indefinido "un" en las palabras "un plazo prudencial" fuera suficiente para establecer definitivamente que un árbitro sólo está facultado para determinar un único plazo prudencial para la aplicación en una diferencia. Tampoco estaba persuadido de que fuera posible determinar dos plazos prudenciales separados con respecto a la misma medida. (las cursivas figuran en el original)

Como ya he indicado, cualquier medida de carácter legislativo que Colombia desee adoptar para modificar sus leyes sobre garantías aduaneras, aunque no sea estrictamente necesaria para aplicar las recomendaciones y resoluciones del OSD, puede ser adoptada en el mismo plazo estimado por Colombia para su modificación reglamentaria de las medidas en litigio (véase supra, párrafos 85, 86 y 91).

WT/DS366/13

Página 48

111. Por consiguiente, determino que el plazo prudencial para que Colombia aplique las recomendaciones y resoluciones del OSD en la presente diferencia es de 8 meses y 15 días contados desde la fecha de adopción del informe del Grupo Especial. El plazo prudencial expirará, por tanto, el 4 de febrero de 2010.

Firmado en el original, en Ginebra, el 15 de septiembre de 2009 por:

Giorgio Sacerdoti
Árbitro

ESTADOS UNIDOS - ARTÍCULO 110(5) DE LA LEY DE DERECHO DE AUTOR DE LOS ESTADOS UNIDOS

RECURSO AL ARBITRAJE PREVISTO EN EL ARTÍCULO 25 DEL ESD

LAUDO ARBITRAL

El presente laudo arbitral sobre el asunto *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos - Recurso al arbitraje previsto en el artículo 25 del ESD* se notifica al Órgano de Solución de Diferencias y al Consejo de los ADPIC, donde cualquier Miembro puede plantear cualquier cuestión con él relacionada, conforme al párrafo 3 del artículo 25 del ESD. El laudo se distribuye como documento de distribución general a partir del 9 de noviembre de 2001 de conformidad con los Procedimientos para la distribución y la supresión del carácter reservado de los documentos de la OMC (WT/L/160/Rev.1).

ÍNDICE

Página

I.	INTRODUCCIÓN	1
	A. ACTUACIONES	1
	B. CUESTIONES PROCESALES QUE SURGIERON EN EL CURSO DE LAS ACTUACIONES	3
	1. Trato dado a las respuestas a las preguntas hechas por los Árbitros a algunas organizaciones de administración colectiva de los Estados Unidos.....	3
	2. Admisibilidad de algunas pruebas presentadas por los Estados Unidos	5
	3. Trato de la información comercial confidencial presentada por las partes.....	6
II.	ALCANCE DEL MANDATO DE LOS ÁRBITROS	7
	A. JURISDICCIÓN CON ARREGLO AL ARTÍCULO 25 DEL ESD PARA EXAMINAR LA CUESTIÓN SOMETIDA A LOS ÁRBITROS POR LAS PARTES.....	7
III.	CUESTIONES CONCEPTUALES	9
	A. NATURALEZA Y NIVEL DE LAS VENTAJAS ANULADAS O MENOSCABADAS	10
	B. REGALÍAS RECAUDADAS O REGALÍAS DISTRIBUIDAS	19
IV.	CÁLCULO	25
	A. EXPOSICIÓN GENERAL DE LA METODOLOGÍA APLICADA POR EL ÁRBITRO	25
	1. Enfoque "orientado de abajo arriba" o enfoque "orientado de arriba abajo" .	25
	2. Momento al que debe referirse la evaluación de las ventajas anuladas o menoscabadas	28
	3. Elementos que no se han tomado en consideración en el cálculo	31
	a) Enfoque de los Árbitros	31
	b) Elementos que no se han tenido en consideración en el cálculo.....	32
	i) <i>Perjuicio "indirecto" o "potencial" a otros derechos de los titulares de derechos de las CE</i>	32
	ii) <i>Actividades de SESAC</i>	32
	iii) <i>Transmisión de música a través de Internet</i>	33
	B. CÁLCULO.....	33
	1. Observaciones generales.....	33
	2. Regalías totales pagadas a los titulares de derechos de las CE.....	34
	3. Regalías correspondientes a los establecimientos de servicios de comidas, de servicios de bebidas y de comercio minorista.....	37
	4. Regalías imputables a la difusión de música de la radio o de la televisión	38
	5. Regalías correspondientes a los establecimientos que cumplen los requisitos de la exención legal	38
	6. Reajustes ulteriores.....	41
V.	LAUDO DEL ÁRBITRO	41
	ANEXO I	42
	ANEXO II	44

INTRODUCCIÓN

ACTUACIONES

El 23 de julio de 2001, las Comunidades Europeas (CE)²¹³ y los Estados Unidos (entidades a las que en adelante se denominará también, en el presente laudo, las "partes") notificaron al Órgano de Solución de Diferencias (OSD) su acuerdo mutuo en recurrir al arbitraje con arreglo al artículo 25 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (al que en adelante se denominará, en el presente laudo, el "ESD").²¹⁴ El objetivo expreso del arbitraje era determinar el nivel de anulación o menoscabo de ventajas para las Comunidades Europeas resultante de la aplicación del artículo 110(5)(B) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos.

Las partes han recurrido a este arbitraje después de que el OSD adoptase el informe del Grupo Especial en el que, a petición de las Comunidades Europeas, se examinaba la compatibilidad del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos²¹⁵, modificada por la Ley sobre la lealtad en la concesión de licencias sobre obras musicales de 1998²¹⁶, con el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.²¹⁷ Las conclusiones y recomendaciones del Grupo Especial²¹⁸ son las siguientes:

²¹³ A los efectos de estas actuaciones, las referencias a las "Comunidades Europeas" se entenderán hechas, siempre que proceda, a las Comunidades Europeas y a sus Estados miembros.

²¹⁴ Véase WT/DS160/15. El artículo 25 del ESD dispone lo siguiente:

- "1. Un procedimiento rápido de arbitraje en la OMC como medio alternativo de solución de diferencias puede facilitar la resolución de algunos litigios que tengan por objeto cuestiones claramente definidas por ambas partes.
2. Salvo disposición en contrario del presente Entendimiento, el recurso al arbitraje estará sujeto al acuerdo mutuo de las partes, que convendrán en el procedimiento a seguir. El acuerdo de recurrir al arbitraje se notificará a todos los Miembros con suficiente antelación a la iniciación efectiva del proceso de arbitraje.
3. Sólo podrán constituirse en parte en el procedimiento de arbitraje otros Miembros si las partes que han convenido en recurrir al arbitraje están de acuerdo en ello. Las partes en el procedimiento convendrán en acatar el laudo arbitral. Los laudos arbitrales serán notificados al OSD y al Consejo o Comité de los acuerdos pertinentes, en los que cualquier Miembro podrá plantear cualquier cuestión con ellos relacionada.
4. Los artículos 21 y 22 del presente Entendimiento serán aplicables *mutatis mutandis* a los laudos arbitrales."

²¹⁵ Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos de 1976, Ley de 19 de octubre de 1976, *Pub.L. 94-553, 90 Stat. 2541* (con sus modificaciones).

²¹⁶ Ley sobre la lealtad en la concesión de licencias sobre obras musicales de 27 de octubre de 1998, *Pub.L. 105-298, 112 Stat. 2830, 105th Cong., 2nd Session (1998)*, a la que en adelante se denominará, en el presente laudo, la "Enmienda de 1998".

²¹⁷ Al que en adelante se denominará, en el presente laudo, el "Acuerdo sobre los ADPIC".

²¹⁸ Véase el informe del Grupo Especial que se ocupó del asunto *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos* (al que en adelante se denominará, en el presente laudo, "*Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor*"), WT/DS160/R, adoptado el 27 de julio de 2000. El Grupo Especial que entendió inicialmente en el asunto se denominará en adelante, en el presente laudo, el "Grupo Especial".

"7.1 Habida cuenta de las constataciones que figuran en los párrafos 6.92-6.95, 6.133, 6.159, 6.211, 6.219, 6.266 y 6.272 *supra*, el Grupo Especial llega a la conclusión de que:

la parte A) del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos cumple los requisitos del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC y, en consecuencia, es compatible con el punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* y con el punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11 del Convenio de Berna (1971) incorporados en el Acuerdo sobre los ADPIC en virtud del párrafo 1 del artículo 9 de dicho Acuerdo.

la parte B) del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos no cumple los requisitos del artículo 13 del Acuerdo sobre los ADPIC y en consecuencia es incompatible con el punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* y con el punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11 del Convenio de Berna (1971) incorporados en el Acuerdo sobre los ADPIC en virtud del párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo.

7.2 El Grupo Especial *recomienda* que el Órgano de Solución de Diferencias solicite a los Estados Unidos que ponga la parte B) del artículo 110(5) en conformidad con sus obligaciones con arreglo al Acuerdo sobre los ADPIC."²¹⁹

Las partes solicitaron al Presidente del OSD que se pusiera en contacto con los miembros del Grupo Especial que había entendido inicialmente en la diferencia, a fin de determinar su disponibilidad para actuar como árbitros en este procedimiento.²²⁰ La Presidenta del Grupo Especial inicial, Sra. Carmen Luz Guarda, y un miembro del mismo, el Sr. A.V. Ganesan, ya no estaban disponibles. Conforme al procedimiento convenido que para la selección de los árbitros se establecía en el documento WT/DS160/15, el Director General nombró a dos árbitros²²¹ para sustituirlos.

El 13 de agosto de 2001, se informó a los Miembros de que los nombres de los Árbitros eran los siguientes²²²:

Presidente: Sr. Ian F. Sheppard

Miembros: Sra. Margaret Liang
Sr. David Vivas-Eugui.

Tras una reunión de organización celebrada con las partes el 13 de agosto de 2001, los Árbitros prepararon un procedimiento de trabajo y un calendario basándose en el procedimiento convenido y el plazo para el arbitraje en virtud del artículo 25 que figuraba en el anexo a la comunicación dirigida por las partes al Presidente del OSD sobre su recurso al artículo 25 del ESD.²²³

La jurisdicción de los Árbitros se determina en el documento WT/DS160/15, que en su parte pertinente dispone lo siguiente:

²¹⁹ Informe del Grupo Especial *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor*, *supra*, párrafos 7.1 y 7.2.

²²⁰ Véase WT/DS160/15.

²²¹ El grupo de tres árbitros se denominará en adelante, en el presente laudo, los "Árbitros".

²²² Véase WT/DS160/16.

²²³ Véase WT/DS160/15.

"Los Estados Unidos y las Comunidades Europeas (CE), habiendo decidido de común acuerdo, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 25 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (ESD), solicitar arbitraje para determinar el nivel de anulación o menoscabo de ventajas para las CE resultante del artículo 110(5)(B) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos, solicitan respetuosamente que se ponga en contacto con los integrantes del Grupo Especial que entendió inicialmente en la diferencia "Estados Unidos – Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos" (WT/DS160), para determinar su disponibilidad para actuar como árbitros en este procedimiento. [...]

Las partes acuerdan que el laudo del árbitro será definitivo y que lo aceptarán como el nivel de la anulación o menoscabo a los efectos de cualquier futuro procedimiento en virtud del artículo 22 del ESD en relación con la presente diferencia."

Con arreglo al calendario establecido, las Comunidades Europeas presentaron el 14 de agosto de 2001 un documento sobre el método que se iba a seguir. Ambas partes presentaron comunicaciones simultáneamente el 21 de agosto de 2001. Las partes presentaron simultáneamente réplicas por escrito el 28 de agosto de 2001. Los Árbitros se reunieron con las partes el 5 de septiembre de 2001. Las respuestas a las preguntas hechas por los Árbitros se recibieron el 11 de septiembre. Cada una de las partes estaba autorizada a hacer observaciones sobre las respuestas de la otra parte hasta el 14 de septiembre de 2001.²²⁴

Los Árbitros dieron a conocer su laudo a las partes el 12 de octubre de 2001. El laudo fue notificado al OSD y al Consejo de los ADPIC el 9 de noviembre de 2001, en cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 25 del ESD.

CUESTIONES PROCESALES QUE SURGIERON EN EL CURSO DE LAS ACTUACIONES

Trato dado a las respuestas a las preguntas hechas por los Árbitros a algunas organizaciones de administración colectiva de los Estados Unidos

El 5 de septiembre de 2001, los **Árbitros** decidieron obtener más información de dos de las organizaciones de administración colectiva²²⁵ de los Estados Unidos: la Sociedad Estadounidense de Compositores, Autores y Editores (ASCAP) y la Broadcast Music Inc. (BMI).²²⁶ Los Árbitros consultaron a las partes sobre las preguntas hechas a esas OAC. Las partes no se opusieron a que los Árbitros solicitaran tal información.²²⁷ Los Árbitros convinieron en que las partes podrían hacer observaciones sobre cualquier información presentada por las organizaciones estadounidenses de administración colectiva. Se dio a la ASCAP y a la BMI un plazo que expiraba el 14 de septiembre para que contestasen. Sin embargo, en esa fecha no se había recibido ninguna respuesta.

²²⁴ Los Estados Unidos hicieron observaciones en esa fecha. Las Comunidades Europeas no hicieron observaciones, pero posteriormente impugnaron la admisibilidad de ciertas pruebas presentadas por los Estados Unidos. En cuanto a las cuestiones procesales planteadas posteriormente, véase la sección I.B.1. *infra*.

²²⁵ A las que en adelante se denominará, en el presente laudo, "OAC".

²²⁶ Hay una tercera OAC que opera en este sector: la Society of European Stage Authors and Composers (SESAC). Sin embargo, por las razones que se explican más abajo, las partes no incluyeron en sus cálculos las actividades de la SESAC. La SESAC no cooperó en las actuaciones realizadas ante el Grupo Especial. Teniendo en cuenta las explicaciones dadas por las partes, los Árbitros no juzgaron necesario pedir información a la SESAC.

²²⁷ La solicitud de información se trasmitió por carta dirigida a la Presidenta y Jefa Ejecutiva de la ASCAP y al Presidente y Jefe Ejecutivo de la BMI. El texto de la carta puede consultarse en el anexo I del presente laudo.

Los Árbitros tenían presente que podía haber habido circunstancias particulares que hubieran retrasado cualquier respuesta y consideraron que, si la ASCAP y/o la BMI proporcionasen más adelante cualquier información que pudiera influir considerablemente en los cálculos que había que realizar, los Árbitros pedirían a las partes que formularan observaciones sobre tal información antes de ultimar su laudo. La BMI presentó alguna información el 25 de septiembre de 2001. Sin embargo, la BMI impuso cierto número de condiciones a la utilización de esa información, en particular la obligación de que los Árbitros presentasen a la asesoría jurídica de la BMI "cualquier documento público propuesto" a fin de que la asesoría confirmase que estaba efectivamente protegida la confidencialidad de la información presentada por la BMI. Los Árbitros entendieron que la expresión "cualquier documento público propuesto" podía aplicarse a su laudo. Teniendo en cuenta su Procedimiento de trabajo y la práctica generalmente seguida en el derecho internacional público, consideraron que tal condición era incompatible con la confidencialidad de sus deliberaciones, que se extiende al contenido de su informe hasta que éste se hace público. Los Árbitros también temían que tales condiciones, si se aceptaban, pudieran hacer más difícil el acceso a las pruebas en los asuntos que se planteasen en el futuro con arreglo al ESD. En consecuencia, decidieron no utilizar la información presentada por la BMI el 25 de septiembre de 2001.

La ASCAP presentó sus respuestas el 3 de octubre de 2001. El 4 de octubre, los Árbitros recabaron las opiniones de las partes sobre si se debía tomar en consideración la información presentada. Las **Comunidades Europeas** consideraron que la información recibida de la ASCAP no hacía más que repetir y confirmar información ya presentada por las partes a los Árbitros y al Grupo Especial y no justificaba que se demorase la emisión del laudo. Los **Estados Unidos** declararon que no se opondrían a que los Árbitros tuvieran en cuenta la información proporcionada por la ASCAP, pero también dijeron que la nueva información meramente confirmaba que los cálculos de los Estados Unidos eran razonables.

La BMI informó a los Árbitros, el 10 de octubre de 2001, de que presentaría más información sin imponer las condiciones que habían llevado a los Árbitros a prescindir de la información que la BMI había presentado anteriormente.²²⁸ Los Árbitros pidieron a las partes que expusieran su opinión sobre la conveniencia de tener en cuenta la nueva información presentada por la BMI. Las **Comunidades Europeas** declararon que esa información no se debía tener en cuenta si al proceder así se retrasaba aún más la emisión del laudo. Los **Estados Unidos** consideraron que los Árbitros disponían de suficiente información para adoptar una decisión imparcial sobre el nivel de anulación o menoscabo de ventajas resultante del artículo 110(5)(B). No obstante, si los Árbitros preferían esperar a recibir la información que pudiera presentar la BMI, los Estados Unidos no tenían nada que objetar. Con todo, los Estados Unidos recordaron que el "plazo prudencial" para la aplicación expiraba en la primera de las dos fechas siguientes: la fecha en que finalizase la actual legislatura del Congreso de los Estados Unidos o el 31 de diciembre de 2001. Teniendo en cuenta esa limitación de tiempo y los esfuerzos que estaban haciendo las partes para solucionar por consenso la diferencia, los Estados Unidos tenían interés en que se adoptase rápidamente una decisión imparcial.

Los **Árbitros** recuerdan que uno de los principales intereses expresados por las partes cuando se sometió este asunto a arbitraje era que actuásemos rápidamente. Señalamos que, si hubiéramos tenido en cuenta la información proporcionada por la ASCAP y por la BMI, habríamos tenido que retrasar considerablemente la fecha de emisión de nuestro laudo. Subrayamos a este respecto que las Comunidades Europeas han expresado la opinión de que la información proporcionada por la ASCAP y por la BMI no justifica ninguna demora. Observamos también que los Estados Unidos no nos han pedido expresamente que consideremos las cifras dadas por la ASCAP o por la BMI. Por consiguiente, nos sentimos reacios a aplazar la emisión de nuestro laudo. Señalamos a este respecto que todo retraso en la publicación de nuestro informe hace que se reduzca el plazo de que disponen ambas partes para llegar a una solución mutuamente satisfactoria antes de que expire el plazo prudencial acordado por el OSD.

²²⁸ La información se recibió el 11 de octubre de 2001.

Teniendo en cuenta estas consideraciones procesales, concluimos que no debemos tener en cuenta la información proporcionada por la ASCAP y por la BMI.

Admisibilidad de algunas pruebas presentadas por los Estados Unidos

El 17 de septiembre de 2001, las Comunidades Europeas enviaron al Presidente de los Árbitros una carta en la que se oponían a la presentación de ciertas pruebas que los Estados Unidos habían adjuntado a sus observaciones de 14 de septiembre de 2001 sobre las respuestas de las partes a las preguntas de los Árbitros. El 19 de septiembre, el Presidente de los Árbitros envió a las partes una carta cuyos pasajes pertinentes dicen lo siguiente:

"En la carta que las Comunidades Europeas (CE) me han dirigido con fecha 17 de septiembre de 2001, como Presidente de los Árbitros en el asunto mencionado más arriba, las CE hacen referencia al párrafo f) de nuestro Procedimiento de trabajo de 16 de agosto de 2001 y afirman que las pruebas documentales US ARB-25 y US ARB-26, que los Estados Unidos acompañan a sus observaciones de 14 de septiembre de 2001, se han presentado tarde y que "no se han aducido razones válidas" para que se conceda una excepción. Las Comunidades Europeas concluyen que los Árbitros deben hacer caso omiso de las pruebas documentales en cuestión. Además, las CE hacen algunas observaciones sobre el fondo de la prueba documental US ARB-26.

Los Árbitros recuerdan que el párrafo f) dispone lo siguiente:

'f) Las partes presentarán a los Árbitros todas las pruebas fácticas a más tardar con las primeras comunicaciones escritas dirigidas a los Árbitros, excepto en lo que se refiere a las pruebas necesarias a los efectos de los escritos de réplica. Podrán establecerse excepciones a este procedimiento por causas justificadas. En tal caso, se dará a la otra parte un plazo para formular observaciones, según proceda.'

Los Árbitros señalan que los Estados Unidos han presentado nueva documentación, consistente en las pruebas documentales US ARB-25 y US ARB-26, en el contexto de las observaciones que cada una de las partes estaba autorizada a hacer sobre las respuestas de la otra parte a las preguntas de los Árbitros. Los Árbitros señalan también que las CE han formulado observaciones tanto sobre la admisibilidad como sobre el fondo de esas pruebas documentales. Los Árbitros concluyen que, sin perjuicio de cualquier decisión que en último término puedan adoptar sobre la petición de las CE, no se ha privado a las CE de la posibilidad de hacer observaciones con arreglo al párrafo f) de nuestros Procedimientos de Trabajo.

En estas circunstancias, los Árbitros consideran procedente abordar en el laudo arbitral las cuestiones planteadas por las alegaciones hechas por las CE en la carta de 17 de septiembre de 2001."

El 20 de septiembre de 2001, los Estados Unidos, haciendo observaciones sobre la carta de las CE de 17 de septiembre, declararon que tenían razones válidas para presentar las pruebas documentales en litigio, puesto que éstas tenían por finalidad refutar las afirmaciones hechas por las CE en su respuesta a las preguntas escritas de los Árbitros. En opinión de los Estados Unidos, esas declaraciones de las CE planteaban nuevas cuestiones fácticas. Los Estados Unidos también impugnaron el derecho de las CE a aducir nuevos argumentos que no respondían a las réplicas.

Los Árbitros señalan que los Estados Unidos, cuando presentaron las pruebas documentales US ARB-25 y US ARB-26, no trataron de justificar su presentación desde el punto de vista de las prescripciones del párrafo f). Los Estados Unidos no afirmaron que tenían razones válidas para presentar esas pruebas documentales más que en una carta posterior, de 20 de septiembre de 2001. Los Árbitros opinan que el

párrafo f) debe interpretarse normalmente en el sentido de que exige que se aduzcan razones válidas a más tardar cuando se presenten nuevas pruebas, en el momento o después del momento en el que se presente la réplica. Sin embargo, las circunstancias que rodean este asunto, las condiciones en que se presentaron las pruebas documentales y la reacción de las CE son especiales y justifican que se interprete el párrafo f) con alguna flexibilidad limitada.

Primero, en un asunto en el que la información pertinente era escasa, y dados los plazos dentro de los cuales habían de concluir su labor los Árbitros, cualquier información adicional era acogida con satisfacción en cualquier momento y *a priori* era importante habida cuenta de la obligación de los Árbitros de hacer una evaluación objetiva de los hechos.

Segundo, la información adicional era presentada por los Estados Unidos como parte de una réplica a los argumentos aducidos por las CE en su respuesta a las preguntas de los Árbitros, como se había acordado con los Árbitros en la audiencia. Los Árbitros señalan que las CE no afirmaron que las pruebas documentales no estuvieran relacionadas con la refutación de los argumentos aducidos por las CE en su respuesta a las preguntas de los Árbitros.

Finalmente, aunque los Estados Unidos justificaron tardíamente su presentación de las pruebas documentales US ARB-25 y US ARB-26, en su respuesta las Comunidades Europeas abordaron de hecho el fondo de esas pruebas documentales. Así pues, como señaló el Presidente en su carta de 19 de septiembre a las partes, no se ha privado a las CE de su oportunidad de hacer observaciones sobre las pruebas documentales de los Estados Unidos.

Dadas estas circunstancias especiales, los Árbitros deciden admitir en el procedimiento las pruebas US ARB-25 y US ARB-26. En lo que se refiere al fondo de esas pruebas, los Árbitros volverán a él cuando sea necesario en el curso del presente laudo.

Trato de la información comercial confidencial presentada por las partes

Ambas partes han presentado con carácter confidencial alguna información que han pedido que no se comunique a los particulares.²²⁹

Los Árbitros recuerdan que el Grupo Especial convino en tratar como confidencial alguna información presentada por las CE y por los Estados Unidos, y recuerdan también que la designación de información como confidencial no ayudaba al Grupo Especial a cumplir su obligación de formular las constataciones que mejor permitieran al OSD desempeñar sus funciones en materia de solución de diferencias.²³⁰

Al no haber hecho las partes ninguna petición específica sobre la forma de preservar la confidencialidad de la información comercial confidencial, los Árbitros se basarán en general en la práctica seguida por el Órgano de Apelación a este respecto.²³¹ Dado que la información confidencial puede aparecer como tal en el laudo a fin de respaldar las constataciones de los Árbitros, los Árbitros decidieron preparar dos versiones de su laudo. Una, destinada a las partes, contendría toda la información utilizada en apoyo de las determinaciones de los Árbitros. La otra, que se distribuiría a todos los Miembros, sería modificada para no incluir la información con respecto a la que los Árbitros, después de consultar a las partes, llegasen a la conclusión de que no estaba suficientemente garantizada la confidencialidad por razones

²²⁹ Primera y segunda comunicaciones escritas de los Estados Unidos, pruebas documentales EE.UU. ARB-5, 7, 8, 9, 10 y 12.

²³⁰ Véase el informe del Grupo Especial *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor*, *supra*, párrafo 6.208 y nota 192, y párrafo 6.233 y nota 209.

²³¹ Véase, en particular, el informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Canadá - Medidas que afectan a la exportación de aeronaves civiles*, WT/DS70/AB/R, adoptado el 20 de agosto de 1999, párrafos 141 a 147.

comerciales. La información que los Árbitros considerasen que era información comercial confidencial sería sustituida por "x".²³²

ALCANCE DEL MANDATO DE LOS ÁRBITROS

JURISDICCIÓN CON ARREGLO AL ARTÍCULO 25 DEL ESD PARA EXAMINAR LA CUESTIÓN SOMETIDA A LOS ÁRBITROS POR LAS PARTES

1. Los Árbitros señalan que, desde que se creó la OMC, esta es la primera vez que los Miembros han recurrido al arbitraje previsto en el artículo 25 del ESD.²³³ Así como el OSD establece grupos especiales o remite los asuntos a otros órganos de arbitraje, el artículo 25 establece un procedimiento diferente. Las partes en esta diferencia sólo tenían que *notificar* al OSD su recurso al arbitraje. El OSD no tiene que adoptar ninguna decisión para que se someta un asunto a arbitraje con arreglo al artículo 25. Al no existir un control multilateral del recurso a esa disposición, incumbe a los propios Árbitros cerciorarse de que esa disposición se aplica de conformidad con las normas y principios que rigen el sistema de la OMC.²³⁴ Como recordó el Órgano de Apelación en el asunto *Estados Unidos - Ley Antidumping de 1916*²³⁵, es una norma universalmente aceptada que un tribunal internacional puede considerar de oficio la cuestión de su propia competencia. Los Árbitros creen que este principio se aplica también a los órganos de arbitraje.²³⁶ En los casos en que haya cualquier duda sobre la jurisdicción de los Árbitros para entender en esta diferencia, expondremos brevemente las razones en que se base nuestra conclusión de que tenemos la jurisdicción necesaria.

Los Árbitros recuerdan que este arbitraje se ha solicitado para que examinemos una cuestión concreta resultante de la aplicación de las resoluciones y recomendaciones del OSD basadas en el informe del Grupo Especial que se ocupó del asunto *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor*. En ese contexto, nuestro mandato consiste en "determinar el nivel de anulación o menoscabo de ventajas para las CE resultante del artículo 110(5)(B) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos".²³⁷

Los Árbitros señalan primero que, conforme al texto del párrafo 1 del artículo 25, el arbitraje previsto en el artículo 25 es un "medio *alternativo* de solución de diferencias".²³⁸ La expresión "solución de diferencias" se utiliza generalmente en el Acuerdo sobre la OMC en el sentido de la totalidad del proceso de solución de diferencias²³⁹ con arreglo al ESD, no a un solo aspecto de él, tal como la

²³² Este procedimiento fue seguido en un arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 y no parece que tropezara con objeciones en el OSD. Véase la decisión de los Árbitros en el asunto *Brasil - Programa de financiación de las exportaciones para aeronaves - Recurso del Brasil al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD y el párrafo 11 del artículo 4 del Acuerdo SMC* (al que en adelante se denominará, en el presente laudo, "*Brasil - Aeronaves (22.6)*"), WT/DS46/ARB, 28 de agosto de 2000, párrafo 2.14.

²³³ Los Árbitros recuerdan que raras veces se recurrió al arbitraje en el marco del GATT de 1947.

²³⁴ En particular, los Árbitros creen que este arbitraje no debe aplicarse de forma que se eludan las disposiciones del párrafo 6 del artículo 22 del ESD (véase el párrafo 2 c) del artículo 23 del ESD).

²³⁵ Véase el informe del Órgano de Apelación sobre el asunto *Estados Unidos - Ley Antidumping de 1916*, WT/DS136/AB/R y WT/DS162/AB/R, adoptado el 26 de septiembre de 2000, párrafo 54, nota 30.

²³⁶ Así lo demuestra el artículo 21 del Reglamento Facultativo de la Corte Permanente de Arbitraje para el arbitraje de controversias entre organizaciones internacionales y Estados, que entró en vigor el 1º de julio de 1996, Oficina Internacional de la Corte Permanente de Arbitraje, La Haya, Países Bajos.

²³⁷ WT/DS160/15.

²³⁸ Sin cursivas en el original.

²³⁹ En una nota de la Secretaría del GATT sobre el concepto, modalidades y efectos del arbitraje, MTN. GNG/NG13/W/20, de 22 de febrero de 1988, la expresión "diferencia" se define como una desavenencia

determinación del nivel de las ventajas anuladas o menoscabadas como resultado de una infracción. Se puede sostener que el procedimiento establecido en el artículo 25 es, de hecho, una alternativa al procedimiento de los grupos especiales. Así parecen confirmarlo los términos del párrafo 4 del artículo 25, que disponen que "Los artículos 21 y 22 del presente Entendimiento serán aplicables *mutatis mutandis* a los laudos arbitrales."²⁴⁰ El párrafo 2 del artículo 22, a diferencia del párrafo 3 c) del artículo 21, no se refiere al arbitraje como procedimiento que puede sustituir a la negociación de una compensación mutuamente aceptable. Así pues, cabe sostener que el arbitraje, con arreglo al artículo 25, no está destinado a "determinar el nivel de anulación o menoscabo de ventajas para las CE resultante del artículo 110(5)(B) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos.

Aun teniendo en cuenta estos elementos de interpretación, los Árbitros estiman que tienen más peso otros elementos basados en el hecho de que ninguna de las disposiciones de que se trata excluye expresamente el recurso al arbitraje con arreglo al artículo 25 en el contexto particular en que se aplican. El propio párrafo 2 del artículo 25 dispone que el recurso al arbitraje estará sujeto al acuerdo mutuo de las partes, que convendrán en el procedimiento a seguir, "Salvo disposición en contrario del presente Entendimiento". El artículo 25 no dispone expresamente que se deba descartar el recurso al arbitraje previsto en el artículo 25 cuando se determine el nivel de anulación o menoscabo sufrido por un Miembro. Por el contrario, los términos del párrafo 1 del artículo 25, en el que se hace referencia a "la resolución de algunos litigios que tengan por objeto cuestiones claramente definidas por ambas partes", pueden respaldar la opinión de que el artículo 25 debe entenderse como un mecanismo de arbitraje al que los Miembros pueden recurrir siempre que sea necesario en el marco de la OMC. Señalamos también que en el párrafo 2 del artículo 22 se hace referencia a las "negociaciones [...] con miras a hallar una compensación mutuamente aceptable". En esa disposición no hay términos que hagan imposible considerar el arbitraje como medio de llegar a una compensación mutuamente aceptable.

Además, el recurso al arbitraje con arreglo al artículo 25 es, en esta situación, plenamente compatible con el objeto y el fin del ESD. Es probable que el arbitraje contribuya a la pronta solución de una diferencia entre los Miembros, como lo exige el párrafo 3 del artículo 3 del ESD. De hecho, puede facilitar la solución de una divergencia en el contexto de la negociación de unas compensaciones, preparando así el camino para la aplicación sin que suspendan concesiones u otras obligaciones.

En general, el recurso al arbitraje con arreglo al artículo 25 refuerza el sistema de solución de diferencias al complementar las negociaciones previstas en el párrafo 2 del artículo 22. La posibilidad de que las partes en una diferencia traten de recurrir al arbitraje para negociar una compensación de mayor eficacia a esa posibilidad prevista en el párrafo 2 del artículo 22. Incidentalmente, los Árbitros señalan que, en su opinión, la compensación siempre es preferible a la adopción de contramedidas de cualquier tipo, puesto que refuerza el comercio en vez de restringirlo o desviarlo. Finalmente, tal aplicación del artículo 25 no afecta, al menos en el asunto que se examina, a los derechos que confiere a otros Miembros el ESD.²⁴¹

concreta relativa a una cuestión de hecho, de derecho o de política en la que a la demanda o reivindicación de un derecho de una parte responde otra por una negativa, contrademanda o repulsa.

²⁴⁰ El texto del artículo 25 del ESD es esencialmente idéntico al de los párrafos 1, 2 y 3 de la sección E de la Decisión de 1989 sobre mejoras de las normas y procedimientos de solución de diferencias del GATT (IBDD 36S/66). Hay que señalar que, en esa Decisión, la sección E sigue a otras secciones sobre los medios de solución de diferencias, tales como las consultas (sección C) y los buenos oficios, conciliación y mediación (sección D). Además, en el GATT de 1947 no se establecían medios tan estudiados como en el ESD para hacer valer los derechos. En la nota MTN.GNG/NG13/W/20, de 22 de febrero de 1988, mencionada más arriba, también se presenta el arbitraje "como alternativa al procedimiento normal de solución de diferencias" (párrafo 12) o "como alternativa al procedimiento de los grupos especiales" (párrafo 17).

²⁴¹ De hecho, puede afectarlos favorablemente, dado el carácter *erga omnes* de la compensación.

Teniendo en cuenta el objetivo del arbitraje solicitado por las partes y el hecho de que los derechos que confiere a otros Miembros el ESD no se ven afectados por la decisión de las CE y de los Estados Unidos de recurrir al arbitraje previsto en el artículo 25, los Árbitros consideran que deben declarar, mientras los Miembros no hagan una interpretación más a fondo, que tienen jurisdicción con arreglo al artículo 25 para determinar el nivel de las ventajas para las CE que se están anulando o menoscabando en este asunto.²⁴²

CUESTIONES CONCEPTUALES

1. Como este procedimiento de arbitraje es el primero en que se confía a un órgano jurisdiccional de la OMC la función de determinar el nivel de las ventajas anuladas o menoscabadas como consecuencia de la infracción de obligaciones impuestas por el Acuerdo sobre los ADPIC, es necesario examinar con algún detenimiento dos cuestiones conceptuales antes de realizar efectivamente ningún cálculo del nivel de la anulación o menoscabo sufridos por las Comunidades Europeas en este asunto.

A. NATURALEZA Y NIVEL DE LAS VENTAJAS ANULADAS O MENOSCABADAS

La primera cuestión que pasan a examinar los Árbitros es la naturaleza y el nivel de las ventajas que se están anulando o menoscabando en este asunto.

Las **Comunidades Europeas** afirman que este asunto es especial por cuanto entraña la denegación, por los Estados Unidos, de derechos exclusivos que los Estados Unidos están obligados, en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC, a conceder a los nacionales de otros Miembros de la OMC. Las Comunidades Europeas señalan que, en cambio, en ninguno de los anteriores procedimientos de arbitraje entablados con arreglo al párrafo 6 del artículo 22 del ESD disfrutaba de derecho exclusivo alguno ninguna de las entidades afectadas por las medidas en cuestión en cada asunto que eran incompatibles con las normas de la OMC. En vez de ello, solamente tenían expectativas sobre el marco jurídico y las condiciones fácticas en que podrían proseguir sus actividades económicas. Las Comunidades Europeas consideran que, como el Acuerdo sobre los ADPIC garantiza derechos exclusivos específicos y no meramente expectativas, la forma correcta de medir la anulación o menoscabo de ventajas en este asunto es evaluar el valor económico de los derechos exclusivos denegados.

En relación con la diferencia que se examina, las Comunidades Europeas sostienen que no se puede proceder a una evaluación correcta del valor de los derechos de autor exclusivos que se están denegando a los titulares de derechos de autor de las CE como resultado del artículo 110(5)(B), a menos que se suponga que tienen licencia todos los establecimientos que utilizan obras amparadas por el derecho de autor de titulares de derechos de las CE. Las Comunidades Europeas señalan que, de no ser así, esos establecimientos estarían cometiendo actos de piratería. Por consiguiente, las Comunidades Europeas estiman que el valor económico de los derechos de autor en litigio en esta diferencia corresponde a los ingresos por concepto de licencias *potencialmente* no percibidos por los titulares de derechos de autor de las CE como resultado del artículo 110(5)(B).

Los **Estados Unidos** consideran que el nivel de la anulación o menoscabo de ventajas causados a las Comunidades Europeas es igual a las ventajas no percibidas anualmente por los titulares de derechos de autor de las CE como resultado del artículo 110(5)(B). Al igual que las Comunidades Europeas, los Estados Unidos creen que el nivel de la anulación o el menoscabo deben medirse haciendo referencia a

²⁴² El hecho de que los Árbitros reconozcan su jurisdicción en este asunto no constituye una ampliación unilateral de la jurisdicción de la OMC, puesto que depende de que las partes en una diferencia acuerden recurrir al artículo 25 del ESD. Esta decisión ha de entenderse sin perjuicio de la compatibilidad con el ESD de la decisión de las partes de aceptar el presente laudo como nivel de anulación o menoscabo a los efectos de cualesquiera actuaciones que se emprendan en el futuro con arreglo al artículo 22 del ESD en relación con este asunto. También ha de entenderse sin perjuicio de cualquier interpretación de las disposiciones de los artículos 22 y 25 del ESD que hagan la Conferencia Ministerial o el Consejo General.

las regalías que por concepto de concesión de licencias hayan dejado de percibir los titulares de derechos de autor de las CE. Sin embargo, los Estados Unidos no están de acuerdo con la afirmación de las Comunidades Europeas de que han perdido unos beneficios iguales al total de las regalías por concesión de licencias que hipotéticamente podrían haber percibido. A juicio de los Estados Unidos, para cuantificar las ventajas perdidas, la forma más exacta y más basada en los hechos consiste en determinar las ventajas que los titulares de derechos de autor de las CE estaban obteniendo antes de que se promulgase el artículo 110(5)(B).

Según los Estados Unidos, se debe rechazar el método propuesto por las Comunidades Europeas porque, con él, las regalías que en concepto de concesión de licencias no se hayan percibido se calculan como si los titulares de los derechos de autor percibiesen regalías de *todos* los usuarios de obras musicales difundidas por radio o televisión afectados por el artículo 110(5)(B). Los Estados Unidos sostienen que, antes de que se promulgase el artículo 110(5)(B), muchos bares, restaurantes y establecimientos de comercio minorista en los Estados Unidos que podrían haber difundido música de la radio o de la televisión no tenían licencia para hacerlo. Los Estados Unidos afirman que es de suponer que no haya un ciento por ciento de licencias, ya que las OAC de los Estados Unidos que administran los derechos de los titulares de derechos de autor tienen que hacer unos gastos considerables para conceder licencias a los bares, restaurantes y establecimientos de comercio minorista. Los Estados Unidos argumentan que, dada la dispersión geográfica de la base de usuarios en los Estados Unidos, no es económicamente racional que las OAC de los Estados Unidos localicen todos los establecimientos que difunden música de la radio o de la televisión y traten de obtener y administrar licencias para cada uno de ellos. En consecuencia, los Estados Unidos estiman que el método propuesto por las Comunidades Europeas, dado que prescinde del costo de la percepción y la distribución de las regalías, permite obtener unos beneficios excepcionales que serían contrarios a las normas de la OMC y penalizarían injustificadamente a los Estados Unidos.

Las **Comunidades Europeas** rechazan el argumento de los Estados Unidos de que sería "demasiado costoso" obtener licencias para ciertas categorías de empresas o para las empresas de ciertas zonas de los Estados Unidos. Las Comunidades Europeas afirman que eso equivale a decir que un Miembro de la OMC en el que los índices de piratería sean muy altos o en el que es particularmente difícil o costoso hacer que se respeten los derechos de propiedad intelectual está, en la práctica, liberado de las obligaciones sustantivas que le impone el Acuerdo sobre los ADPIC.

Los **Árbitros** señalan que en este asunto se les ha pedido que determinen el nivel de anulación o menoscabo de ventajas para las CE resultante de la continuación de la aplicación del artículo 110(5)(B). Con respecto al artículo 110(5)(B), el Grupo Especial llegó a la conclusión de que era "[...] incompatible con el punto 3º del párrafo 1) del artículo 11*bis* y con el punto 2º del párrafo 1) del artículo 11 del Convenio de Berna (1971) incorporados en el Acuerdo sobre los ADPIC en virtud del párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo".²⁴³ Ninguna de las partes en esta diferencia niega que el artículo 110(5)(B), tal como está actualmente en vigor, continúe siendo incompatible con las disposiciones de los mencionados artículos.

Es evidente, en consecuencia, que las ventajas que el artículo 110(5)(B) está menoscabando o anulando son las ventajas que deberían obtener las Comunidades Europeas y otros Miembros con arreglo a las disposiciones del punto 3º del párrafo 1) del artículo 11*bis* y del punto 2º del párrafo 1) del artículo 11 del Convenio de Berna (1971)²⁴⁴, incorporados en el Acuerdo sobre los ADPIC en virtud del párrafo 1 del artículo 9 de ese Acuerdo.

²⁴³ Informe del Grupo Especial *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor*, *supra*, apartado b) del párrafo 7.1.

²⁴⁴ El punto 3º del párrafo 1) del artículo 11*bis* y el punto 2º del párrafo 1) del artículo 11 del Convenio de Berna (1971) se denominarán en adelante, en el presente laudo, "punto 3º del párrafo 1) del artículo 11*bis* y punto 2º del párrafo 1) del artículo 11".

De las comunicaciones de las partes se desprende evidentemente que estas difieren no tanto en lo que se refiere a la *naturaleza* de las ventajas que deben obtener las Comunidades Europeas con arreglo a lo dispuesto en el punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* y en el punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11 cuanto en lo que se refiere al *nivel* de las ventajas que las Comunidades Europeas pueden creer que obtendrán en virtud de esas disposiciones. Los Árbitros abordarán sucesivamente cada una de estas cuestiones.²⁴⁵

11. En lo que se refiere, primero a la *naturaleza* de las ventajas que obtendrían las Comunidades Europeas si el artículo 110(5)(B) se pusiera en conformidad del punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* y con el punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11, conviene recordar desde el primer momento lo que disponen efectivamente esos artículos.

El punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* dispone lo siguiente:

Los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar:

[...]

3º) la comunicación pública mediante altavoz o mediante cualquier otro instrumento análogo transmisor de signos, de sonidos o de imágenes de la obra radiodifundida.

El punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11 dispone lo siguiente:

Los autores de obras dramáticas, dramático-musicales y musicales gozarán del derecho exclusivo a autorizar:

[...]

2º) la transmisión pública, por cualquier medio, de la representación y de la ejecución de sus obras.

En virtud de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre los ADPIC²⁴⁶, las disposiciones del punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* y del punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11 "[...] se han convertido en parte del Acuerdo sobre los ADPIC y, en tanto que disposiciones de dicho Acuerdo, deben considerarse aplicables a los Miembros de la OMC".²⁴⁷

A los efectos de esta diferencia, esto significa que los Estados Unidos tienen la obligación de reconocer a los titulares de derechos de autor de las CE los derechos exclusivos establecidos en el punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* y en el punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11.²⁴⁸ No obstante, es

²⁴⁵ Los Árbitros señalan que, en los casos en que los usuarios de obras amparadas por el derecho de autor están comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 110(5)(B), las Comunidades Europeas no obtienen actualmente *ninguna* ventaja de las disposiciones del punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* y del punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11. Por consiguiente, carece de importancia que la cuestión sometida a los Árbitros se formule como "¿cuál es el nivel de las ventajas resultantes para las Comunidades Europeas que se están anulando o menoscabando como resultado del artículo 110(5)(B)?" o como "¿cuál es el nivel de las ventajas que obtendrían las Comunidades Europeas si el artículo 110(5)(B) se pusiera en conformidad con el punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* y con el punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11?"

²⁴⁶ El párrafo 1 del artículo 9 del Acuerdo sobre los ADPIC dispone, en la parte pertinente, que "Los Miembros observarán los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna (1971) y el Apéndice del mismo".

²⁴⁷ Informe del Grupo Especial *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor*, *supra*, párrafo 6.18.

²⁴⁸ El párrafo 1 del artículo 1 del Acuerdo sobre los ADPIC dispone claramente que "Los Miembros aplicarán las disposiciones del [...] Acuerdo [sobre los ADPIC]". Por consiguiente, los Miembros han de incorporar en su

importante tener presente que, aunque incumbe a los *Estados Unidos reconocer* a los titulares de derechos de autor de las CE los derechos exclusivos establecidos en el punto 3º del párrafo 1) del artículo 11*bis* y en el punto 2º del párrafo 1) del artículo 11, incumbe a los *titulares de derechos de autor de las CE* determinar si procede *ejercer* o *explotar* esos derechos y la forma en que se vayan a *ejercer* o *explotar* esos derechos.

Aunque puede haber diversas formas en que los titulares de derechos de autor de las CE ejerzan o exploten los derechos exclusivos que los Estados Unidos han de reconocerles, las partes están de acuerdo en que, en la práctica, tales derechos exclusivos se explotan y se explotarían mediante la concesión de licencias. Los Árbitros no ven ninguna razón para diferir de las partes a este respecto.²⁴⁹

Si se supone, pues, que los titulares de derecho de autor explotan sus derechos exclusivos mediante la concesión de licencias para la utilización de sus obras, una de las ventajas dimanantes de esos derechos consiste en las regalías que los titulares de derechos de autor percibirían por la concesión de licencias. Así, los derechos exclusivos tales como los establecidos en el punto 3º del párrafo 1) del artículo 11*bis* y en el punto 2º del párrafo 1) del artículo 11 se traducirán normalmente en ventajas económicas para los titulares de los derechos de autor.

En sus comunicaciones a los Árbitros, las partes se han centrado en este tipo de ventajas que obtienen los titulares de los derechos de autor. Los Árbitros convienen con las partes en que, a los efectos de este procedimiento de arbitraje, las ventajas de que se trata son de carácter económico.²⁵⁰ Esto es coherente con las decisiones anteriores de los árbitros que han actuado con arreglo al párrafo 6 del artículo 22 del ESD.²⁵¹ Además, al igual que las partes en esta diferencia, los Árbitros partirán de la

legislación nacional los medios de dispensar la protección exigida por el Acuerdo sobre los ADPIC. Además, el párrafo 3 del artículo 1 del Acuerdo sobre los ADPIC dispone, en la parte pertinente, que "Los Miembros concederán a los nacionales de los demás Miembros el trato previsto en el presente Acuerdo" (no se reproduce la nota de pie de página). Esto confirma que han de concederse a los titulares de derechos de autor de las CE los derechos exclusivos conferidos por el punto 3º del párrafo 1) del artículo 11*bis* y por el punto 2º del párrafo 1) del artículo 11.

²⁴⁹ La hipótesis de que los derechos exclusivos en litigio en esta diferencia se explotan mediante la concesión de licencias ha de entenderse, desde luego, sin perjuicio de ninguna hipótesis que se pueda hacer válidamente en otros asuntos en que estén en juego otros derechos exclusivos garantizados por el Acuerdo sobre los ADPIC.

²⁵⁰ Esta opinión se basa en el objetivo de este procedimiento, que es cuantificar el perjuicio económico sufrido por las Comunidades Europeas al haberse seguido aplicando el artículo 110(5)(B). De ello no se desprende necesariamente que los Miembros que recurran al artículo 64 del Acuerdo sobre los ADPIC tengan que demostrar la anulación o el menoscabo de las ventajas *económicas* que les corresponden en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC. Los Árbitros consideran que su opinión está respaldada por la siguiente declaración hecha por los árbitros en el asunto *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos - Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD*: "el derecho de un Miembro a iniciar un procedimiento de solución de diferencias en el marco de la OMC puede fundarse tanto en los intereses potenciales de ese Miembro en el comercio de bienes o servicios como en su interés por obtener una declaración de derechos y obligaciones en virtud de los Acuerdos de la OMC. En cambio, el interés jurídico de un Miembro en el cumplimiento de las normas por otros no conlleva automáticamente, a nuestro parecer, el derecho de ese Miembro a obtener una autorización para suspender concesiones al amparo del artículo 22 del ESD". Véase la Decisión de los Árbitros sobre el asunto *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos - Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD* (al que en adelante se denominará, en el presente laudo, "*CE - Bananos III (22.6) (EE.UU.)*"), WT/DS27/ARB, 9 de abril de 1999, párrafo 6.10.

²⁵¹ Véanse, por ejemplo, las decisiones de los árbitros sobre los asuntos *CE - Bananos III (22.6) (EE.UU.)*, *supra*, párrafo 6.12 (ventajas anuladas o menoscabadas: pérdidas de exportaciones estadounidenses de mercancías y pérdidas de suministro de servicios sufridas por los proveedores estadounidenses de servicios); *Comunidades Europeas - Régimen para la importación, venta y distribución de bananos - Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD*, WT/DS27/ARB/ECU, 24 de marzo de 2000, nota 52 (ventajas anuladas o menoscabadas: pérdidas de comercio efectivo y de oportunidades potenciales

hipótesis de que las regalías que pueden obtener los titulares de derechos de autor por concepto de concesión de licencias constituyen una medida adecuada de las ventajas económicas resultantes del punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* y del punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11.

Por consiguiente, en este asunto los Árbitros evaluarán el nivel de las ventajas de las CE que el artículo 110(5)(B) está anulando o menoscabando, ventajas consistentes en ingresos por concepto de regalías no percibidos por los titulares de derechos de autor de las CE. Al hacer esta observación, los Árbitros tienen presente que su función en este asunto consiste en determinar las ventajas que se niegan a las *Comunidades Europeas* y no en determinar las ventajas que se niegan a los *titulares de derechos de autor de las CE*. Ahora bien, no puede haber ninguna duda de que las ventajas que se niegan a las Comunidades Europeas incluyen las ventajas que se niegan a los titulares de derechos de autor de las CE.²⁵² Lo que es más, las Comunidades Europeas no han alegado que el artículo 110(5)(B) esté anulando o menoscabando ventajas que se sumen a las que los titulares de derechos de autor de las CE podrían si no obtener del punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* y del punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11. En consecuencia, a los efectos de estas actuaciones es procedente determinar el nivel de las ventajas de las CE que el artículo 110(5)(B) está anulando o menoscabando, ventajas consistentes en beneficios no obtenidos por los titulares de derechos de autor de las CE.

Habiendo examinado la naturaleza de las ventajas que deberían obtener las Comunidades Europeas con arreglo al punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* y al punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11, los Árbitros pasan a estudiar la cuestión del *nivel* de las ventajas que las Comunidades Europeas podrían esperar obtener de conformidad con esas disposiciones. En otras palabras, la cuestión que tienen que estudiar a continuación los árbitros es el nivel de los ingresos por concepto de regalías que los titulares de derechos de autor de las CE podrían creer que van a recibir si los Estados Unidos cumplieran las obligaciones que les imponen el punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* y el punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11.²⁵³

Las Comunidades Europeas consideran que, como esta diferencia se refiere a derechos exclusivos, el nivel de las ventajas que los titulares de derechos de autor de las CE podrían esperar obtener debe determinarse haciendo referencia al valor económico de los derechos exclusivos que les confieren el punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* y el punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11. Las Comunidades Europeas afirman que el valor económico de esos derechos corresponde a los ingresos en concepto de regalías que *potencialmente* obtendrían los titulares de derechos de autor de las CE. Las

de comercio de bananos por el Ecuador y pérdidas de suministro reales y potenciales de servicios de distribución); *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas) - Reclamación inicial de los Estados Unidos - Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD* (al que en adelante se denominará, en el presente laudo, *CE - Hormonas (22.6) (EE.UU.)*), WT/DS26/ARB, 12 de julio de 1999, párrafo 41 (ventajas anuladas o menoscabadas: exportaciones estadounidenses no realizadas de carne de bovino y productos de carne de bovino tratada con hormonas); *Comunidades Europeas - Medidas que afectan a la carne y los productos cárnicos (hormonas) - Reclamación inicial del Canadá - Recurso de las Comunidades Europeas al arbitraje previsto en el párrafo 6 del artículo 22 del ESD* (al que en adelante se denominará, en el presente laudo, *CE - Hormonas (22.6) (Canadá)*), WT/DS48/ARB, 12 de julio de 1999, párrafo 40 (ventajas anuladas o menoscabadas: exportaciones canadienses no realizadas de carne de bovino y productos de carne de bovino tratada con hormonas).

²⁵² De hecho, como ya se ha señalado, los derechos establecidos en el punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* y en el punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11 han de concederse, conforme a lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 1 del Acuerdo sobre los ADPIC, a los titulares de derechos de las CE.

²⁵³ Hay que señalar que no se discute que el nivel de las ventajas que los titulares de derechos de autor de las CE podrían pensar en obtener si el artículo 110(5)(B) se pusiera en conformidad con el Acuerdo sobre los ADPIC dependería, ante todo y sobre todo, de la competitividad de los titulares de derechos de autor de las CE en el mercado estadounidense. De hecho, ambas partes han tratado de estimar qué porcentaje de los ingresos totales por concepto de regalías generados en los Estados Unidos obtendrían los titulares de derechos de autor de las CE si el artículo 110(5)(B) se pusiera en conformidad con el punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* y con el punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11.

Comunidades Europeas recuerdan, a este respecto, que todos los bares, restaurantes y establecimientos de comercio minorista estadounidenses que difunden música de la radio y de la televisión tendrían que pagar derechos de licencia y que toda utilización no autorizada de obras musicales amparadas por el derecho de autor por tales establecimientos sería ilegal.

Los Árbitros tienen conciencia de que los derechos establecidos en el punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* y en el punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11 tienen el carácter de derechos exclusivos. Esos derechos, si los reconocieran los Estados Unidos, darían a los titulares de derechos de autor de las Comunidades Europeas la seguridad de que, con arreglo a la legislación de los Estados Unidos, cualquier utilización no autorizada de esas obras sería ilegal. También es cierto que, como señalan las CE, cualquier utilización no autorizada de obras amparadas por el derecho de autor, aparte de ser ilegal, privaría a los titulares de derechos de autor de las CE de ingresos consistentes en regalías. Sin embargo, la cuestión es si el nivel de los ingresos consistentes en regalías que los titulares de derechos de autor de las CE podrían esperar obtener *incluye* los ingresos consistentes en regalías de los que se verían privados por todos los usuarios no autorizados de sus obras.

Las Comunidades Europeas responden a esta cuestión afirmativamente. En esencia, afirman que, como los titulares de derechos de autor de las CE *deben* percibir regalías en concepto de licencias de *todos* los usuarios de sus obras amparadas por el derecho de autor -es decir, tanto los usuarios legales como los ilegales-, las ventajas que las Comunidades Europeas podrían esperar obtener son iguales a los ingresos consistentes en regalías que *deberían* percibir los titulares de derechos de autor de las CE.²⁵⁴

Los Árbitros consideran que las ventajas que deben tener en cuenta en este asunto son las ventajas que las Comunidades Europeas podrían razonablemente pensar que iban a obtener con arreglo al punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* y al punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11.²⁵⁵ A este respecto, los Árbitros ciertamente toman nota con interés de la afirmación de las Comunidades Europeas de que, conforme a la legislación de los Estados Unidos, todos los usuarios de obras de titulares de derechos de autor de las CE amparadas por el derecho de autor *deben* obtener una licencia y *deben* pagar derechos de licencia. Ahora bien, ¿es razonable, en las circunstancias de la diferencia que se examina, que las Comunidades Europeas piensen que todos los usuarios de las obras de titulares de derechos de autor de las CE *obtendrían* una licencia y *pagarían* derechos de licencia?

Al estudiar esta cuestión, es importante recordar que los derechos establecidos en el punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* y en el punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11 no se ejercen por sí mismos ni se hacen respetar por sí mismos. A este respecto, los Árbitros señalan que ninguna de las partes en esta diferencia ha afirmado que, en el caso de que la legislación estadounidense reconociera esos derechos, los Estados Unidos desempeñarían alguna función en lo que se refiere a la forma en que se ejercerían esos derechos. Tampoco se ha afirmado que los Estados Unidos tendrían la obligación de hacer respetar esos derechos en nombre de los titulares de derechos de las CE. A juicio de los árbitros,

²⁵⁴ A juicio de las Comunidades Europeas, los ingresos por concepto de regalías que *deberían* percibir los titulares de derechos de autor de las CE -es decir, los ingresos por concepto de regalías potencialmente obtenibles por los titulares de derechos de autor de las CE- representan el valor económico de los derechos exclusivos en litigio en esta diferencia. Incluso suponiendo que esto sea correcto (cuestión que los Árbitros no resuelven aquí), los Árbitros señalan que, en este asunto, no se les ha pedido que juzguen el valor económico de los *derechos* establecidos en el punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* y en el punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11. Antes bien, el mandato de los Árbitros consiste en determinar el valor económico de las *ventajas* que reportarían esos derechos anualmente. Véase el documento WT/DS160/15. Por consiguiente, los Árbitros no consideran procedente, en el contexto de estas actuaciones, hablar del "valor económico de los derechos establecidos en el punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* y en el punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11".

²⁵⁵ En este contexto, se debe recordar que es de carácter hipotético la investigación del nivel de las ventajas que las Comunidades Europeas podrían pensar que obtendrían *si* el artículo 110(5)(B) se pusiera en conformidad con el Acuerdo sobre los ADPIC. Los Árbitros consideran que en tal situación es necesario proceder con cautela, de forma que se constate que se han anulado o menoscabado solamente las ventajas que las Comunidades Europeas podrían, de buena fe y teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes, pensar que obtendrían del punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* y del punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11.

está claro que el ejercicio y la observancia de los derechos conferidos por el punto 3º) del párrafo 1) del artículo 11*bis* y por el punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11 no incumbirían a los Estados Unidos sino a los titulares de derechos de autor de las CE.²⁵⁶

De hecho, se está de acuerdo en que, en la práctica, los titulares de derechos de autor confían a las OAC la función de ejercer y hacer respetar los derechos exclusivos que están en litigio en esta diferencia.²⁵⁷ Los titulares de derechos de autor autorizan a tales OAC a identificar a las personas o entidades que utilicen sus derechos, a conceder licencias para la utilización de sus derechos y a ejercer acciones judiciales para hacer que se respeten las licencias o para procesar a los usuarios que no hayan obtenido licencias.

Los Estados Unidos afirman que las OAC de los Estados Unidos, al desempeñar las funciones indicadas más arriba, tienen que hacer unos gastos considerables. Los Estados Unidos recuerdan a este respecto que, en los Estados Unidos, la base potencial de usuarios de obras musicales amparadas por el derecho de autor -es decir, bares, restaurantes y establecimientos de comercio minorista- es amplia, se encuentra geográficamente dispersa y está cambiando casi constantemente, ya que los usuarios entran en el mercado y salen del mercado continuamente. De estas consideraciones, los Estados Unidos infieren que no es económicamente racional que las OAC de los Estados Unidos -que los Estados Unidos afirman que en general tratan de maximizar los beneficios que pueden obtener los titulares de derechos de autor a los que representan²⁵⁸- traten de identificar a *todos* los usuarios de obras amparadas por el derecho de autor y de obtener licencias para ellos.²⁵⁹ A juicio de los Estados Unidos, las estimaciones

²⁵⁶ Hay que indicar, no obstante, que el Acuerdo sobre los ADPIC impone de hecho a los Estados Unidos ciertas obligaciones con respecto a la observancia de los derechos de propiedad intelectual en su territorio. Esas obligaciones se establecen en los artículos 41 y siguientes del Acuerdo sobre los ADPIC. La obligación general se establece en el artículo 41, que dispone, en la parte pertinente, que "Los Miembros se asegurarán de que en su legislación nacional se establezcan procedimientos de observancia de los derechos de propiedad intelectual [...] que permitan la adopción de medidas eficaces contra cualquier acción infractora de los derechos de propiedad intelectual a que se refiere el presente Acuerdo [...]". Ante el Grupo Especial, las Comunidades Europeas no alegaron que se hubiera infringido ninguna de las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC relativas a la observancia. Véase el informe del Grupo Especial *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor*, *supra*, párrafo 3.2. Por consiguiente, los Árbitros han de suponer que los Estados Unidos están actuando de forma compatible con las obligaciones impuestas por el Acuerdo sobre los ADPIC en lo que se refiere a la observancia.

²⁵⁷ Véase el informe del Grupo Especial *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor*, *supra*, párrafo 2.17. Los titulares de derechos de autor de las CE podrían teóricamente tratar de conceder una licencia a los usuarios de sus obras amparadas por el derecho de autor directamente, es decir, sin ninguna participación de OAC de los Estados Unidos. No obstante, los Árbitros consideran que, a los efectos de estas actuaciones, está justificado prescindir de la posibilidad de que los titulares de derechos de autor de las CE concedan licencias directamente. Por los elementos de prueba que figuran en el expediente, los Árbitros estiman que, dados los costos de transacción tan elevados que entraña la concesión directa de licencias, no es probable que los titulares de derechos de autor de las CE otorguen directamente licencias de sus derechos en medida considerable. En todo caso, ninguna de las partes ha pedido expresamente que en los cálculos de los Árbitros se tengan en cuenta los ingresos por concepto de regalías procedentes de la concesión directa de licencias.

²⁵⁸ Los Estados Unidos también señalan, no obstante, que las propias OAC de los Estados Unidos pueden, en algunos casos, estar organizadas como organizaciones sin fines lucrativos. Los Estados Unidos afirman que ese es el caso, por ejemplo, de la ASCAP.

²⁵⁹ Los Estados Unidos señalan que, en la práctica, lo que más interesa a las OAC de los Estados Unidos es obtener licencias para los usuarios de los que se espera percibir los mayores ingresos con los menores gastos de recaudación. Según los Estados Unidos, sería más probable, por ejemplo, que las OAC de los Estados Unidos hicieran los gastos necesarios a fin de obtener una licencia para un gran almacén en la ciudad de Nueva York que los gastos probablemente mayores que entrañarían la identificación de un pequeño bar en una zona rural de Kansas y la obtención de una licencia para ese bar.

relativas a la época anterior a la entrada en vigor del artículo 110(5)(B) corroboran su opinión de que los titulares de derechos de autor no conceden licencias a *todos* los usuarios potenciales de sus obras.²⁶⁰

Las Comunidades Europeas no niegan que el ejercicio de los derechos exclusivos de los titulares de derecho de autor entraña costos. Tampoco han impugnado expresamente las Comunidades Europeas el argumento de los Estados Unidos de que tal vez no fuera económicamente racional que las OAC de los Estados Unidos trataran de obtener una licencia para todos y cada uno de los usuarios de obras amparadas por el derecho de autor. No obstante, las Comunidades Europeas consideran que los gastos que entraña administrar y hacer respetar derechos exclusivos no deben tenerse en cuenta al calcular el nivel de las ventajas de las CE que se están anulando o menoscabando como resultado de la aplicación del artículo 110(5)(B). Las Comunidades Europeas afirman que hacer eso significaría que los titulares de derechos de autor de las CE tendrían que aceptar, pese al Acuerdo sobre los ADPIC, cierto nivel de lo que las CE denominan "piratería".

Los Árbitros creen que tiene fuerza el argumento de los Estados Unidos de que el número de usuarios para los que las OAC de los Estados Unidos tratarán de obtener una licencia es función del costo y de los ingresos previstos por licencia. Los Árbitros también estiman convincente la afirmación de que el costo y los ingresos por licencia varían según las características de la base de usuarios, incluyendo factores tales como el número, tamaño y situación de los usuarios que difunden música de la radio o de la televisión, así como la medida en que los usuarios difunden tal música.²⁶¹

²⁶⁰ Los Estados Unidos estiman que, antes de que entrase en vigor el artículo 110(5)(B), entre el xx por ciento (estimación correspondiente a 1996) y el 19 por ciento (estimación correspondiente a 1997) de los restaurantes de los Estados Unidos tenían licencia para difundir música. Por otra parte, los Estados Unidos han declarado ante el Grupo Especial que aproximadamente el 74 por ciento de los restaurantes de los Estados Unidos difunden música. Véase el informe del Grupo Especial *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor, supra*, anexo 2.3 (respuesta de los Estados Unidos a la pregunta 11 b) hecha por el Grupo Especial a los Estados Unidos).

²⁶¹ A diferencia de las Comunidades Europeas, los Árbitros no creen que en el párrafo 6.247 del informe del Grupo Especial haya nada que indique que, en las circunstancias y a los efectos de *esta* diferencia, sería improcedente tomar en consideración factores tales como los costos de transacción que entraña la concesión de licencias y las características de la base de usuarios. Tampoco está claro para los Árbitros cómo el hecho de tener en cuenta esos factores podría ser "contrari[o] al alcance y al efecto vinculante" del Acuerdo sobre los ADPIC. El párrafo 6.247 trata de la cuestión de si un Miembro podría de manera justificable limitar los derechos exclusivos establecidos en el punto 3º del párrafo 1) del artículo 11*bis* y en el punto 2º del párrafo 1) del artículo 11 basándose en que los titulares de los derechos no estarían, desde el punto de vista de las pérdidas reales y no de las pérdidas potenciales, en peor situación después de introducirse la limitación que antes de introducirse ésta. Véase el informe del Grupo Especial *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor, supra*, párrafo 6.247. Esta cuestión es totalmente diferente de las cuestiones que examinan los Árbitros en este asunto.

Análogamente, la afirmación que hace el Grupo Especial en el párrafo 6.196 de su informe en el sentido de que las prácticas seguidas en materia de licencias por las OAC no son, necesariamente, plenamente indicativas de una "explotación normal" de los derechos exclusivos, no es, en forma alguna, contraria a la opinión de los Árbitros de que el nivel de concesión de licencias que las OAC de los Estados Unidos tratan de conseguir es función de los costos y de los ingresos previstos por licencia. La cuestión examinada por el Grupo Especial era si el hecho de que la Enmienda de 1998 no modificase en general las prácticas seguidas en materia de otorgamiento de licencias por las OAC de los Estados Unidos en relación con los establecimientos que ya estaban exonerados en virtud de la antigua exención de uso hogareño era un indicador fiable de una explotación normal de los derechos exclusivos. El Grupo Especial constató que no era así, porque era evidente que, a causa de la exención de uso hogareño ya existente, esos establecimientos no podían disponer de licencias. Véase el informe del Grupo Especial *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor, supra*, párrafo 6.196. De la constatación del Grupo Especial no se desprende que los gastos inherentes a la concesión de licencias no tengan ninguna repercusión sobre el nivel de las licencias. De hecho, el Grupo Especial reconoció "[...] que la medida en que los titulares de los derechos ejerzan o no ejerzan sus derechos exclusivos en un determinado momento es de gran importancia para evaluar lo que constituye la explotación normal con respecto a un determinado derecho exclusivo en un determinado mercado". Véase el informe del Grupo Especial *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor, supra*, párrafo 6.188.

Además, de la información proporcionada por las partes sobre las características de la base de usuarios estadounidenses resulta claro que las OAC de los Estados Unidos tendrían que hacer gastos muy considerables si tratasen de alcanzar un nivel de licencias del 100 por ciento. Por consiguiente, es de todo punto razonable que las OAC de los Estados Unidos podrían obtener mayores ingresos netos por concepto de licencias con un nivel de licencias inferior. De hecho, las pruebas de que hay constancia en el expediente respaldan la afirmación de los Estados Unidos de que, en la práctica, las OAC de los Estados Unidos perciben solamente una proporción de los ingresos por concepto de regalías que podrían obtener los titulares de los derechos de autor y que no obtienen licencias para todos los usuarios de obras amparadas por el derecho de autor.²⁶²

En contra de la opinión de las Comunidades Europeas, el hecho de tener en cuenta los costos de transacción a que tienen que hacer frente las OAC de los Estados Unidos y las repercusiones de esos costos sobre el nivel de concesión de licencias no implica que los titulares de derechos de autor "tengan" que aceptar cierto nivel de "piratería". Los titulares de derechos de autor, o las OAC que los representan, tienen libertad para tratar de expedir licencias a todos los usuarios de sus obras. Sin embargo, como debe resultar claro de los párrafos precedentes, si las OAC lo hicieran, no maximizarían necesariamente los ingresos por concepto de regalías obtenidos por los titulares de derechos de autor a los que representan.

En respuesta al argumento de las Comunidades Europeas relativo a la "piratería", los Árbitros desean señalar también que el término "piratería" es, desde luego, una palabra emotiva cuando se utiliza en el contexto de la infracción de derechos de autor. En los sectores de la utilización de derechos de autor a los que no se aplican las exenciones previstas en el artículo 110(5), sería sorprendente que actualmente se percibiera el ciento por ciento de las regalías potencialmente debidas. Antes de que se promulgase la enmienda de 1998, era sumamente improbable que todas las empresas que actualmente pueden acogerse a las exenciones establecidas en la enmienda hubieran obtenido una licencia o, en el caso de que la hubieran obtenido, hubieran pagado efectivamente todos los derechos de licencia debidos. No obstante, como se ha indicado anteriormente, las Comunidades Europeas no han alegado formalmente que se haya infringido ninguna de las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC relativas a la observancia. Si no se hubiera aprobado la enmienda de 1998, parece improbable que no se hubiera presentado al OSD reclamación alguna por el hecho de que los Estados Unidos no tomaran medidas para asegurar el pleno cumplimiento de las normas. Esto hace pensar que, en aquel momento, las Comunidades Europeas aceptaron la realidad de que nunca se podría lograr que la percepción de los derechos llegase al 100 por ciento.

A la vista de lo que antecede, los Árbitros consideran que las Comunidades Europeas no podían razonablemente pensar que, en los Estados Unidos, todos los usuarios de obras amparadas por el derecho de autor de titulares de derechos de las CE obtendrían licencias y pagarían regalías por concepto de licencias. En consecuencia, el nivel de los ingresos por concepto de regalías que las Comunidades Europeas podrían razonablemente esperar que percibieran los titulares de derechos de las CE se limita, a juicio de los Árbitros, a los ingresos por concepto de licencias procedentes de los usuarios que *obtendrían* licencias.

Así pues, los Árbitros no pueden aceptar la opinión de las Comunidades Europeas de que el nivel de las ventajas que las Comunidades Europeas podrían razonablemente pensar que obtendrían en virtud de lo dispuesto en el punto 3º del párrafo 1) del artículo 11*bis* y en el punto 2º del párrafo 1) del artículo 11

²⁶² Las Comunidades Europeas no ponen en duda expresamente la exactitud de las estimaciones hechas por los Estados Unidos sobre el nivel de licencias al que probablemente se llegaría en los Estados Unidos si el artículo 110(5)(B) se pusiera en conformidad con el Acuerdo sobre los ADPIC. Por otra parte, los datos proporcionados por las Comunidades Europeas hacen pensar que el nivel de obtención de licencias en algunos Estados miembros de las CE es considerablemente más elevado que en los Estados Unidos. Hay que recordar, no obstante, que ante el Grupo Especial las Comunidades Europeas no alegaron formalmente que los Estados Unidos estuvieran actuando de forma incompatible con las obligaciones que en materia de observancia se imponen en el Acuerdo sobre los ADPIC. Véase *supra*, nota 44.

es igual a los ingresos por concepto de regalías que podrían obtener los titulares de derechos de autor de las CE. De hecho, si los Árbitros adoptasen la posición de las Comunidades Europeas, el nivel de las ventajas de las CE que quedarían *anuladas o menoscabadas* como resultado de la aplicación del artículo 110(5)(B) sería *más alto* que el nivel de las ventajas que *obtendrían efectivamente* las Comunidades Europeas si el artículo 110(5)(B) se pusiera en conformidad con el Acuerdo sobre los ADPIC.²⁶³ Los Árbitros consideran que tal resultado sería incongruente y estaría injustificado. Sería de todo punto improcedente que los Árbitros concediesen a las Comunidades Europeas ventajas que las CE no estén perdiendo efectivamente por el hecho de que se continúe aplicando el artículo 110(5)(B).²⁶⁴

En conclusión, en este asunto los Árbitros determinarán el nivel de las ventajas de las Comunidades Europeas anuladas o menoscabadas como resultado de la aplicación del artículo 110(5)(B) haciendo referencia a los ingresos por concepto de regalías que los titulares de derechos de autor de las CE podrían razonablemente esperar obtener si los Estados Unidos reconociesen los derechos establecidos en el punto 3º del párrafo 1) del artículo 11*bis* y en el punto 2º del párrafo 1) del artículo 11. Por las razones indicadas más arriba, los Árbitros consideran que los ingresos por concepto de regalías que los titulares de derechos de autor de las CE podrían razonablemente esperar obtener no incluyen los ingresos por concepto de regalías que los titulares de derechos de autor de las CE dejasen de percibir al no ejercer o al no hacer que se respetasen sus derechos exclusivos.

REGALÍAS RECAUDADAS O REGALÍAS DISTRIBUIDAS

3.36 Como se ha indicado ya, los Árbitros, antes de ocuparse de los detalles de la forma de calcular el nivel de las ventajas de las CE anuladas o menoscabadas como consecuencia del artículo 110(5)(B), han de resolver aún otra cuestión conceptual distinta. Se trata de si los ingresos que cabría razonablemente prever que obtuvieran en concepto de regalías los titulares de derechos de las CE equivalen al monto de las regalías por concesión de licencias que habrían *recaudado* las OAC de los Estados Unidos de los usuarios de obras de esos titulares o al monto de las regalías que dichas organizaciones habrían *distribuido* a estos.

3.37 Las **Comunidades Europeas** consideran que los Árbitros deben basar su determinación en el monto de las regalías que habrían de pagar los usuarios de obras amparadas por el derecho de autor y no en el monto de las regalías que las OAC de los Estados Unidos distribuirían a los titulares de derechos de las CE. Las Comunidades Europeas señalan que los servicios prestados por las OAC de los Estados Unidos a los titulares de derechos de las CE entrañan para estos últimos costos que disminuyen sus ingresos netos, pero reiteran su opinión de que lo que hay que calcular en el presente caso es el valor de los derechos exclusivos que se niegan a los titulares de derechos de las CE. En opinión de las Comunidades Europeas, ni los eventuales gastos que se originen a las OAC de los Estados Unidos al administrar los derechos de los titulares de las CE ni los ingresos netos obtenidos por estos últimos son pertinentes a la

²⁶³ Esto se debe a que los ingresos por concepto de regalías que podrían obtener los titulares de derechos de autor de las Comunidades Europeas- que las CE afirman que es lo que los Árbitros deben evaluar en esta diferencia- exceden de los ingresos efectivos por concepto de regalías que los titulares de derechos de las CE pueden razonablemente esperar obtener una vez que los Estados Unidos reconozca en su legislación los derechos a que se refieren el punto 3º del párrafo 1) del artículo 11*bis* y el punto 2º del párrafo 1) del artículo 11.

²⁶⁴ Por la misma razón, los Árbitros no pueden estar de acuerdo con las Comunidades Europeas en que sería absurdo que el nivel de anulación o menoscabo fuese inferior en el caso de los Miembros en los que se otorgan pocas licencias (por ejemplo, a causa del alto costo de la concesión de licencias) que en el caso de los Miembros en los que se otorgan muchas licencias (por ejemplo, a causa del bajo costo de la concesión de licencias). Análogamente, el nivel de las ventajas que de hecho obtendrían otros Miembros sería más bajo en el caso de los Miembros en los que se otorgan pocas licencias que en el caso de los Miembros en los que se otorgan muchas licencias.

determinación del valor económico de los derechos exclusivos de los titulares de derechos de las CE.

3.38 Las Comunidades Europeas señalan además que el cobro de créditos ocasiona gastos a *todos* los agentes económicos, que necesitan destinar personal a ese fin o utilizar los servicios de empresas especializadas. Las Comunidades Europeas aducen que, a pesar de ello, en anteriores procedimientos de arbitraje de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD nunca se han utilizado los costos relacionados con el cobro de créditos derivados de transacciones de bienes o servicios para reducir el nivel de las ventajas que se ha constatado que han resultado menoscabadas o anuladas a consecuencia de un incumplimiento de obligaciones en el marco de la OMC.

3.39 Los **Estados Unidos** aducen que las ventajas perdidas por los titulares de derechos de las CE a consecuencia del artículo 110(5)(B) son las distribuciones que de no ser por ese artículo habrían recibido de las OAC de los Estados Unidos. Sostienen que las ventajas perdidas por los titulares de derechos de las CE no son las regalías brutas por concesión de licencias que las OAC de los Estados Unidos habrían recaudado de los usuarios titulares de licencias. Según los Estados Unidos, la razón de ello es que las OAC de los Estados Unidos sólo distribuirían a los titulares de derechos de las CE regalías *netas* por licencias. Los Estados Unidos definen las regalías netas por licencias como "las regalías por licencias percibidas por las entidades recaudadoras menos los gastos que se hayan originado a éstas". Dichos gastos comprenden los gastos derivados de la recaudación y administración de las cantidades adeudadas en concepto de derechos a los titulares del derecho de autor.

3.40 Los Estados Unidos añaden que las Comunidades Europeas, al centrarse exclusivamente en el pago de derechos por los titulares estadounidenses de licencias a las OAC de los Estados Unidos, pasan por alto el hecho de que el presente asunto es un asunto comercial. Lo que importa, según los Estados Unidos, son los pagos transfronterizos que deberían recibir los titulares de derechos de las CE. Así pues, a juicio de los Estados Unidos, el nivel de anulación o menoscabo sufrido por las Comunidades Europeas equivale a los ingresos no percibidos en sus transacciones por cuenta corriente con los Estados Unidos por razón de la incompatibilidad constatada entre la legislación estadounidense y el Acuerdo sobre los ADPIC. Los Estados Unidos recuerdan a este respecto que la transacción por cuenta corriente es la distribución de una OAC de los Estados Unidos a un titular de derechos de las CE y no el pago de un derecho por un titular de una licencia en los Estados Unidos a una OAC de los Estados Unidos.

3.41 Los **Árbitros** toman nota de que las OAC de los Estados Unidos no distribuyen a los titulares del derecho de autor el importe total de las regalías por licencias que perciben de los usuarios bajo licencia, debido a que han de cubrir los costos que se les originan en la cesión bajo licencia de los derechos de los titulares del derecho de autor, así como los gastos generales de explotación. De ello se desprende que el monto total de las regalías que las OAC de los Estados Unidos distribuirían a los titulares de derechos de las CE si los Estados Unidos otorgaran a éstos los derechos enumerados en el punto 3º del párrafo 1) del artículo 11*bis* y en el punto 2º del párrafo 1) del artículo 11 sería inferior al monto total de las regalías por concesión de licencias pagadas a las OAC de los Estados Unidos por los usuarios bajo licencia de obras de los titulares de derechos de las CE.

3.42 Se plantea así la cuestión de si el nivel de las ventajas de las CE anuladas o menoscabadas a consecuencia del artículo 110(5)(B) debería calcularse tomando como base el monto de las regalías por licencias que de no ser por ese artículo habrían sido *recaudadas* por

las OAC de los Estados Unidos de los titulares de licencias en los Estados Unidos o el monto de las regalías que habrían sido *distribuidas* a los titulares de derechos de las CE por esas organizaciones.

3.43 Al examinar esta cuestión, es conveniente analizar más detenidamente la relación entre los titulares del derecho de autor, las OAC de los Estados Unidos y los usuarios de obras amparadas por el derecho de autor. En lo que respecta, en primer lugar, a los titulares de derechos, éstos están vinculados a las OAC de los Estados Unidos por acuerdos de incorporación o afiliación.²⁶⁵ En virtud de esos acuerdos, los titulares de los derechos otorgan a las OAC de los Estados Unidos el derecho (no exclusivo) de conceder licencias a los usuarios de sus obras amparadas por el derecho de autor.²⁶⁶ A cambio, los titulares de los derechos reciben de las OAC pagos en concepto de regalías de conformidad con las políticas y métodos de distribución de esas organizaciones.²⁶⁷ A su vez, las OAC negocian acuerdos de concesión de licencias con los usuarios de las obras de los titulares de derechos a los que representan. Esas negociaciones se refieren, en especial, a las regalías que los usuarios titulares de una licencia han de pagar a las OAC.

3.44 Del párrafo anterior se deduce claramente que los titulares de derechos de las CE, cuando autorizan a las OAC de los Estados Unidos a ceder sus derechos bajo licencia, no pueden esperar razonablemente obtener directamente de los usuarios bajo licencia de sus obras ninguna ventaja.²⁶⁸ Las ventajas que los titulares de derechos de las CE, y, por consiguiente, las Comunidades Europeas, obtendrían de los derechos exclusivos enumerados en el punto 3º del párrafo 1) del artículo 11 *bis* y el punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11 serían las resultantes de los acuerdos concertados por los titulares de derechos de las CE con OAC de los Estados Unidos.

3.45 Para dar respuesta a la cuestión de qué ventajas obtendrían los titulares de derechos de las CE de sus acuerdos con OAC de los Estados Unidos, es necesario, en primer lugar, tener una idea clara del concepto de "ventajas". A este respecto, los Árbitros consideran que la decisión de los Árbitros en *CE - Hormonas (párrafo 6 del artículo 22) (Estados Unidos)* proporciona una orientación útil. En ese asunto, los Árbitros utilizaron como referencia para determinar el nivel de las ventajas de los Estados Unidos anuladas o menoscabadas a consecuencia de la prohibición de las Comunidades Europeas relativa a las hormonas el valor

²⁶⁵ Los Árbitros observan que, en todo caso, ocurre así en el caso de las OAC de los Estados Unidos pertinentes a la presente diferencia, la ASCAP y la BMI.

²⁶⁶ En consecuencia, cuando intervienen OAC del tipo de las que se trata en la presente diferencia, no hay ninguna relación directa, jurídica o de otra naturaleza, entre los titulares de los derechos y los usuarios bajo licencia.

²⁶⁷ Como ya se ha indicado, las OAC de los Estados Unidos deducen de las regalías percibidas por licencias los gastos de recaudación, administración y de otra naturaleza antes de efectuar las distribuciones a los titulares de los derechos. Además, hay que señalar que las OAC de los Estados Unidos ofrecen licencias llamadas globales, que autorizan a los usuarios titulares de ellas a usar las obras de *todos* los titulares de derechos representados por una determinada OAC. En consecuencia, las OAC precisan establecer fórmulas de distribución para evaluar los pagos que han de efectuarse por concepto de regalías a cada uno de los titulares de derechos.

²⁶⁸ Los titulares de derechos de las CE podrían obtener directamente ventajas de los usuarios de sus obras amparadas por el derecho de autor si concedieran directamente licencias a esos usuarios. No obstante, como hemos indicado anteriormente, a los efectos del presente procedimiento no se tiene en cuenta la posibilidad de concesión directa de licencias por los titulares de derechos de las CE. Véase *supra*, nota 45.

total de la carne de bovino o los productos de carne de bovino estadounidenses que se habrían exportado si no hubiera existido la prohibición.²⁶⁹

3.46 Teniendo presente esta definición, los Árbitros proceden seguidamente a examinar qué ventajas se derivarían para los titulares de derechos de las CE de sus acuerdos con OAC de los Estados Unidos. Como ya se ha indicado, a cambio del derecho de las OAC de los Estados Unidos a conceder licencias a los usuarios, estas organizaciones efectuarían pagos en concepto de regalías ("distribuciones") a los titulares de los derechos. Todas las partes en la diferencia admiten que los pagos que recibirían los titulares de los derechos de las OAC de los Estados Unidos equivaldrían a las regalías por licencias percibidas de los usuarios bajo licencia de las obras de los primeros, menos los gastos de recaudación y de otra naturaleza originados a esas organizaciones.

3.47 Al igual que los Estados Unidos, los Árbitros no atribuyen especial importancia al hecho de que las distribuciones de las OAC de los Estados Unidos equivalgan a los ingresos netos por licencias de esas organizaciones. Con independencia de lo que puedan representar para las OAC de los Estados Unidos, esas distribuciones, a pesar de que, en cierto sentido, son pagos netos, debido a la deducción de los gastos de recaudación y de otra naturaleza, representarían para los titulares de derechos de las CE ingresos brutos, y, por consiguiente, ventajas resultantes de los derechos exclusivos enumerados en el punto 3º del párrafo 1) del artículo 11*bis* y el punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11.

3.48 En consecuencia, los Árbitros consideran que el contenido de las ventajas que las Comunidades Europeas podrían esperar razonablemente obtener de conformidad con el punto 3º del párrafo 1) del artículo 11*bis* y el punto 2º) del párrafo 1) del artículo 11 es el monto total de los pagos en concepto de regalías ("distribuciones") que las OAC de los Estados Unidos efectuarían a los titulares de derechos de las CE (o a sus representantes). De forma más sencilla, puede decirse que las ventajas que las Comunidades Europeas podrían esperar obtener son los pagos que las OAC de los Estados Unidos efectuarían a los titulares de derechos de las CE una vez deducidos los gastos de recaudación y administración.

3.49 Aunque es cierto que el monto de las distribuciones de las OAC a los titulares de derechos de las CE sería inferior al de las regalías por concesión de licencias percibidas por las OAC de los Estados Unidos de los usuarios bajo licencia de las obras de esos titulares, del hecho de que esas organizaciones puedan *recaudar* una determinada cantidad en concepto de regalías por licencias de los usuarios titulares de ellas no se desprende que los titulares de derechos de las CE *tengan derecho, ipso facto*, a percibir esa cantidad. Como se ha indicado anteriormente, los pagos que han de realizar las OAC de los Estados Unidos dependen de las condiciones de los acuerdos de incorporación o afiliación concertados entre ellas y los titulares de derechos de las CE. En virtud de los acuerdos que suelen concertarse entre los titulares del derecho de autor y las organizaciones en cuestión, los primeros *no* reciben la cantidad íntegra recaudada en concepto de derechos de licencia por las OAC de los Estados Unidos. Los Árbitros no consideran que en el presente caso haya ninguna razón para suponer lo contrario.

3.50 Las Comunidades Europeas no admiten que lo que los Árbitros hayan de determinar sea el monto de los pagos en concepto de regalías que las OAC de los Estados Unidos harían a los titulares de derechos de las CE. Según las Comunidades Europeas, lo que es preciso

²⁶⁹ Véase la decisión de los Árbitros en *CE - Hormonas (párrafo 6 del artículo 22) (Estados Unidos)*, *supra*, párrafo 43.

determinar es el monto de las regalías por licencias que habrían de *pagar* los usuarios de las obras de titulares de derechos de las CE ya que, a su parecer, ese monto es el valor de los derechos exclusivos que se niegan a los titulares de derechos de las CE. Este argumento no parece convincente a los Árbitros. Hay que recordar que la función de los Árbitros en el presente asunto no consiste en establecer el valor económico de los derechos exclusivos que se niegan a los titulares de derechos de las CE, sino en evaluar el nivel de las ventajas de las CE anuladas o menoscabadas a consecuencia del artículo 110(5)(B).²⁷⁰

3.51 Aun suponiendo, a efectos de argumentación, que los Árbitros hubieran de establecer el valor económico de los derechos exclusivos en cuestión, es evidente que ese valor habría de determinarse al nivel de los titulares de derechos de las CE, dado que el objeto del presente procedimiento es evaluar las repercusiones económicas del artículo 110(5)(B) en las Comunidades Europeas. Por las razones expuestas en los párrafos anteriores, los "eventuales ingresos por licencias"²⁷¹ que podrían obtener los titulares de derechos de las CE mediante la cesión bajo licencia de sus derechos por conducto de las OAC de los Estados Unidos *no* equivaldrían a las regalías por licencias que los titulares de licencias de los Estados Unidos pagarían a esas organizaciones.

3.52 Los Estados Unidos consideran que las ventajas perdidas por los titulares de derechos de las CE como resultado del artículo 110(5)(B) son las distribuciones que de no ser por ese artículo recibirían de las OAC de los Estados Unidos. Los Estados Unidos señalan que las distribuciones de las OAC de los Estados Unidos a los titulares de derechos de las CE se reflejan en la cuenta corriente de pagos internacionales de los Estados Unidos. En consecuencia, los Estados Unidos sostienen que el nivel de las ventajas de las CE anuladas o menoscabadas debe medirse por los ingresos perdidos en las transacciones por cuenta corriente de las Comunidades Europeas con los Estados Unidos.

3.53 Los Árbitros no están convencidos de que en el presente asunto sea, no ya necesario, sino ni siquiera procedente, relacionar la cuestión del nivel de las ventajas de las CE anuladas o menoscabadas con la cuenta corriente de pagos internacionales de los Estados Unidos. En primer lugar, no encuentran ninguna razón jurídica por la que el cálculo del nivel de los pagos de las OAC de los Estados Unidos a los titulares de derechos de las CE haya de basarse necesariamente en cifras obtenidas de la cuenta corriente de los Estados Unidos. La posibilidad de que en algunos casos la cuenta corriente pueda ser una base útil para evaluar las repercusiones de medidas incompatibles con la OMC no lleva a la conclusión de que haya de ser en todos los casos un factor determinante o haya de utilizarse con exclusión de otras fuentes de datos pertinentes.²⁷² De hecho, los propios Estados Unidos no han basado los argumentos que han expuesto a los Árbitros en cifras de la cuenta corriente, ni han proporcionado a los Árbitros esas cifras.

3.54 Otra razón para adoptar en el presente caso una actitud precavida con respecto a las cifras de la cuenta corriente estriba en el hecho de que cabe la posibilidad de que esas cifras no

²⁷⁰ Véase también, *supra*, nota 42.

²⁷¹ Hay que recordar que las Comunidades Europeas consideran que el valor económico de los derechos exclusivos de que se trata es igual a los eventuales ingresos por licencias de los titulares de derechos de las CE.

²⁷² A juicio de los Árbitros, el simple hecho de que este asunto sea un "asunto comercial", en el que se trata de pagos internacionales por licencias que se reflejan en la cuenta corriente de los Estados Unidos, no constituye, por sí solo, una razón suficiente para que sea necesario utilizar las cifras de la cuenta corriente.

proporcionen indicaciones suficientemente exactas sobre el monto de los pagos que las OAC de los Estados Unidos harían a los titulares de derechos de las CE. Los Árbitros tienen entendido que las transacciones internacionales que se reflejan en la cuenta corriente de los Estados Unidos son las transacciones entre los residentes en los Estados Unidos y los residentes en el extranjero. Dicho de otro modo, es la residencia de las partes que intervienen en una determinada transacción transfronteriza, y no su nacionalidad, lo que determina que esa transacción se refleje o no en la cuenta corriente y en qué parte de ella. Ahora bien, lo que interesa a los Árbitros en el presente procedimiento son los pagos hechos por las OAC de los Estados Unidos a nacionales de países de las CE, es decir, a titulares de derechos de las CE.²⁷³

3.55 En consecuencia, a juicio de los Árbitros, habría que tener en cuenta, al determinar el nivel de las ventajas de las CE anuladas o menoscabadas, los pagos hechos por OAC de los Estados Unidos a titulares de derechos de las CE residentes en los Estados Unidos o, a titulares de derechos de las CE residentes por ejemplo, en Suiza. Ahora bien, esas transacciones no se reflejarían en la cuenta corriente de los Estados Unidos como transacciones entre los Estados Unidos y las Comunidades Europeas, ya que esos nacionales de países de las CE no serían residentes en las CE.

3.56 Un problema análogo se plantearía en relación con las distribuciones indirectas de las OAC de los Estados Unidos a titulares de derechos de las CE. Por ejemplo, los titulares de derechos de las CE pueden recurrir a las compañías de edición filiales en los Estados Unidos para que los representen en ese país. En tal caso, los pagos pertinentes serían los efectuados por las OAC de los Estados Unidos a esas compañías de los Estados Unidos que representan a los titulares de derechos de las CE. Esos pagos de OAC de los Estados Unidos a compañías de edición filiales en los Estados Unidos no se reflejarían en la cuenta corriente de ese país. Eso no altera, no obstante, el hecho de que dichos pagos serían pagos a titulares de derechos de las CE²⁷⁴, que, como tales, han de ser tenidos en cuenta por los Árbitros.²⁷⁵

3.57 Como ponen patentemente de manifiesto los ejemplos citados, si los Árbitros utilizaran cifras de la cuenta corriente, se correría el riesgo de infravalorar los pagos que las OAC de los Estados Unidos harían a los titulares de derechos de las CE.²⁷⁶ Ante ese riesgo, los Árbitros

²⁷³ El párrafo 3 del artículo 1 del Acuerdo sobre los ADPIC obliga a los Miembros a conceder el trato al que se refiere ese Acuerdo a los "nacionales de los demás Miembros".

²⁷⁴ En opinión de los Árbitros, esos pagos en concepto de regalías serían pagos a titulares de derechos de las CE aun en caso de que estos últimos decidieran utilizar o reinvertir sus ingresos en los Estados Unidos en lugar de transferirlos a un Estado miembro de las Comunidades Europeas.

²⁷⁵ Los Árbitros señalan que los datos que se les han facilitado con respecto a las distribuciones de las OAC de los Estados Unidos a titulares de derechos de las CE a través de compañías de edición filiales en los Estados Unidos no son completos, por cuanto no se especifican los criterios aplicados para obtenerlos. A juicio de los Árbitros, cabe la posibilidad de que en los datos facilitados estén incluidas las distribuciones a personas que podrían considerarse titulares de derechos de los Estados Unidos. En el párrafo 4.46 los Árbitros aclaran de qué forma han tenido en cuenta este problema al determinar el nivel de esas distribuciones indirectas.

²⁷⁶ Dado que no se les ha proporcionado información acerca del número de titulares de derechos de las CE que residen fuera de las Comunidades Europeas o de la parte de las distribuciones de las OAC de los Estados Unidos a compañías de edición filiales en los Estados Unidos que estas últimas transferirían realmente a titulares de derechos de las CE, los Árbitros no tienen ningún modo de saber si el hecho de basarse en datos de la cuenta corriente llevaría a resultados considerablemente inexactos.

prefieren no basar su determinación del nivel de las ventajas perdidas por las Comunidades Europeas en datos tomados de la cuenta corriente de los Estados Unidos.²⁷⁷

3.58 Habida cuenta de lo expuesto, los Árbitros concluyen que el nivel de las ventajas de las CE anuladas o menoscabadas a consecuencia del artículo 110(5)(B) debe evaluarse tomando como base el monto de los pagos en concepto de regalías ("distribuciones") que harían las OAC de los Estados Unidos a los titulares de derechos de las CE o a sus representantes.

IV. CÁLCULO

A. EXPOSICIÓN GENERAL DE LA METODOLOGÍA APLICADA POR EL ÁRBITRO

Enfoque "orientado de abajo arriba" o enfoque "orientado de arriba abajo"

4.1 Los Árbitros recuerdan que, en el procedimiento sustanciado ante el Grupo Especial, las partes propusieron enfoques diferentes para calcular el nivel de las ventajas de las CE anuladas o menoscabadas como consecuencia de la aplicación del artículo 110(5)(B). El primero, calificado de enfoque "orientado de abajo arriba" fue propugnado por las Comunidades Europeas.²⁷⁸ El segundo, calificado de enfoque "orientado de arriba abajo", fue apoyado por los Estados Unidos.²⁷⁹ El Grupo Especial no se pronunció acerca de cuál de esos enfoques era el más apropiado para determinar el nivel de anulación o menoscabo de ventajas de las CE.²⁸⁰ Ante los Árbitros, las partes expusieron más detalladamente sus respectivos enfoques, que se resumen brevemente a continuación.

4.2 Conforme al enfoque "orientado de abajo arriba", las **Comunidades Europeas** toman como punto de partida el número de establecimientos que podrían acogerse a la exención. A continuación, reducen ese número empleando la hipótesis de los Estados Unidos de que un xx por ciento de todos los establecimientos de servicios de comidas o bebidas con una superficie de menos de 3.750 pies cuadrados utilizan música radiodifundida. En tercer lugar, aplican a los establecimientos restantes los derechos de licencia apropiados seleccionados de los programas de licencias de la ASCAP y la BMI. Las Comunidades Europeas obtienen así un nivel de anulación o menoscabo de ventajas de 25.486.974 dolares EE.UU.

4.3 Con arreglo al enfoque "orientado de arriba abajo", los **Estados Unidos** toman como punto de partida el promedio durante tres años (1996-1998) de las regalías totales pagadas a titulares de derechos de las CE por la ASCAP y la cantidad total pagada por la BMI a titulares de derechos de las CE en 1996. A continuación, realizan una serie de deducciones sucesivas. Tras determinar la cantidad imputable a las licencias generales efectúan una deducción de los ingresos por licencias generales que no corresponden a la definición legal de "establecimiento". A continuación, deducen de los ingresos por licencias la parte correspondiente a la difusión de música de fuentes distintas de la radio y la televisión. Por último, deducen de la cantidad así obtenida los ingresos por licencias correspondientes a establecimientos de servicios de

²⁷⁷ Los Árbitros recuerdan que, en todo caso, los Estados Unidos no han facilitado los datos de la cuenta corriente de los Estados Unidos que les permitirían calcular los ingresos perdidos por las Comunidades Europeas.

²⁷⁸ Véase el informe del Grupo Especial sobre *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor*, *supra*, párrafos 6.253 y 6.256.

²⁷⁹ *Ibid.*, párrafos 6.252 y 6.255.

²⁸⁰ *Ibid.*, párrafo 6.254.

comidas, de servicios de bebidas y de comercio minorista en los que hay difusión radiofónica pero que no se ajustan a las limitaciones que establece en cuanto a dimensiones y equipo el artículo 110(5)(B), por lo que no pueden acogerse a esa exención. Los Estados Unidos llegan así a un nivel de anulación o menoscabo de ventajas comprendido entre 446.000 y 733.000 dólares EE.UU.

4.4 Los **Árbitros** examinaron cuidadosamente las alegaciones, los argumentos y las pruebas presentados por las partes a la luz de las normas sobre la carga de la prueba aplicables en los arbitrajes de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD, con arreglo a la función que le ha sido encomendada por las partes. Los Árbitros tuvieron presente que en los procedimientos de arbitraje de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22, una parte impugna el nivel de las contramedidas que la otra pretende adoptar al amparo de los párrafos 2, 3 y 4 del artículo 22, por lo que cabe entender, que la carga de demostrar *prima facie* que la metodología y los cálculos expuestos por la parte que pretende aplicar las contramedidas son incompatibles con las prescripciones del artículo 22 del ESD recae en la parte que impugna el nivel de esas contramedidas. Por ejemplo, en los casos *CE - Hormonas*, la carga inicial recaía en las Comunidades Europeas. No obstante, el presente asunto ha sido sometido por ambas partes a los Árbitros "de mutuo acuerdo". Es discutible que haya en él un reclamante y un demandado. Una vez dicho esto, observamos que en el procedimiento convenido presentado por las partes²⁸¹ se nos indica expresamente que apliquemos la asignación de la carga de la prueba conforme a los principios jurídicos elaborados en los procedimientos de arbitraje en virtud del párrafo 6 del artículo 22. Observamos asimismo que las partes convienen en que las Comunidades Europeas presenten una comunicación sobre la metodología antes de las primeras comunicaciones escritas, al igual que en los procedimientos sustanciados en el marco del párrafo 6 del artículo 22. En consecuencia, los Árbitros decidieron proceder a asignar la carga de la prueba de la misma forma que en un asunto sustanciado en el marco del párrafo 6 del artículo 22.

4.5 Sobre la base de los antecedentes de que disponen, y especialmente de los argumentos expuestos y las pruebas presentadas por los Estados Unidos, que demuestran que la metodología de las CE no resulta adecuada en todos los puntos, los Árbitros consideran que los Estados Unidos han establecido una presunción *prima facie* de que la metodología y las estimaciones presentadas por las Comunidades Europeas no abocarían a un resultado que refleje adecuadamente el nivel de las ventajas de las CE anuladas o menoscabadas. A nuestro parecer, las Comunidades Europeas no han refutado esa presunción. En consecuencia, no hemos podido aceptar la metodología propuesta por las Comunidades Europeas.²⁸² Nos pareció más convincente la alternativa propugnada por los Estados Unidos. No obstante, no aceptamos en su totalidad los reajustes y deducciones efectuados por ese país. En algunos casos consideramos inapropiados esos reajustes y deducciones e intentamos, en general, realizar un análisis más completo. Señalamos además que, a instancia de los Árbitros, las Comunidades Europeas y los Estados Unidos confirmaron que los Árbitros no estaban obligados a optar entre la metodología de las CE y la de los Estados Unidos, y que podían establecer su propia metodología y realizar sus propias estimaciones, basándose en todos los argumentos expuestos y las pruebas presentadas por las partes. En consecuencia, aunque esencialmente hemos utilizado la metodología de los Estados Unidos, hemos aplicado en

²⁸¹ Véase WT/DS160/15.

²⁸² Véase *supra*, sección III.

nuestros cálculos algunos elementos de la metodología y estimaciones de las CE, y hemos realizado nuestras propias evaluaciones.

4.6 En este contexto, y habida cuenta de las conclusiones a las que hemos llegado en la sección III *supra*, hemos aplicado el enfoque "orientado de arriba abajo", por las razones que a continuación se indican.

4.7 Es conveniente partir del número de establecimientos que disponían efectivamente de una licencia en el momento en que entró en vigor la Enmienda de 1998, ya que este enfoque tiene la ventaja de proporcionarnos un punto de partida basado en hechos históricos y verificados, aunque pueda ser necesario hacer reajustes para evaluar el nivel de las ventajas que se hallaban anuladas o menoscabadas en la fecha en que el asunto se sometió a los Árbitros.

4.8 Este enfoque tiene además la ventaja de reducir el número de suposiciones que es necesario hacer. En cambio, el enfoque de las Comunidades Europeas exigiría, a nuestro juicio, que basáramos nuestro cálculo en lo que en algunos arbitrajes de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 se ha calificado de "análisis de una situación hipotética".²⁸³ Consideramos que sólo estaría justificado recurrir al análisis de una situación hipotética en caso de que se hubiera establecido que la situación anterior a la Enmienda de 1998 era incompatible con el Acuerdo sobre los ADPIC.

4.9 Los Árbitros recuerdan que, antes de la entrada en vigor de la Enmienda de 1998, algunos tipos de establecimientos estaban ya exentos del pago de derechos de autor en virtud del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de 1976. Para quedar exentos, era necesario que esos establecimientos utilizaran un único aparato receptor del tipo de los utilizados habitualmente en los hogares privados, razón por la cual esta exención se conoce con el nombre de "exención de uso hogareño".²⁸⁴ Se aplicaban además a los establecimientos, en los términos establecidos en decisiones de los tribunales, algunas prescripciones relativas a las dimensiones.²⁸⁵ En virtud de la Enmienda de 1998 se añadió una parte (B) que ampliaba el ámbito de la exención al amparo del artículo 110(5).²⁸⁶

²⁸³ Véase, por ejemplo, el enfoque adoptado en *CE - Hormonas (párrafo 6 del artículo 22) (Estados Unidos)* y *CE - Hormonas (párrafo 6 del artículo 22) (Canadá)*, en que, en ausencia de datos sobre el comercio correspondientes a un período en el que pudiera suponerse que el régimen de las CE era compatible con la OMC, los Árbitros tuvieron que evaluar cuál habría sido el volumen de los intercambios comerciales si las Comunidades Europeas hubieran puesto su legislación en conformidad al final del plazo prudencial que se les había concedido para hacerlo. En su primera comunicación, las Comunidades Europeas alegan además que la inexistencia, aun antes de la Enmienda 1998, de una protección adecuada de los derechos que niega el artículo 110(5)(B) hace imposible analizar, a efectos de comparación, una situación anterior compatible con el Acuerdo sobre los ADPIC. Las Comunidades Europeas añaden que tuvieron que basar su evaluación en un supuesto "hipotético", a partir de otras situaciones análogas en el marco de la legislación sobre derecho de autor de los Estados Unidos y de la aplicación de esa legislación.

²⁸⁴ En adelante nos referiremos al artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de 1976 de los Estados Unidos como "la exención inicial de uso hogareño".

²⁸⁵ Se hace una descripción de la situación anterior a la Enmienda de 1998 en los párrafos 2.5 y 2.7 del informe del Grupo Especial sobre *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor, supra*.

²⁸⁶ Se hace una descripción de la situación posterior a la Enmienda de 1998 en los párrafos 2.3 y 2.8 a 2.17 del informe del Grupo Especial sobre *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor, supra*.

4.10 Los Árbitros señalan que su función no es evaluar la compatibilidad con el Acuerdo sobre los ADPIC de una determinada norma legal estadounidense, sino determinar el nivel de las ventajas de las CE anuladas o menoscabadas. En ese marco, consideramos también que la forma más concerniente de evaluar el nivel de las ventajas de las CE anuladas o menoscabadas consiste en determinar lo que recibían los titulares de derechos de las CE antes de la aplicación de la Enmienda de 1998 -ya que contamos con datos históricos relativos a ese período- y realizar los oportunos reajustes para tener en cuenta la evolución del mercado estadounidense en el sector de que se trata.

4.11 Los Árbitros son conscientes de la necesidad de basar su cálculo en una situación compatible con el Acuerdo sobre los ADPIC. Recuerdan que las Comunidades Europeas han alegado que la situación anterior a la Enmienda de 1998 (exoneración de determinados establecimientos en virtud de la exención inicial de uso hogareño) no era compatible con el Acuerdo sobre los ADPIC. Las Comunidades Europeas basan su conclusión en el hecho de que, a su juicio, la incompatibilidad del artículo 110(5)(B) implica que la propia exención inicial de uso hogareño era incompatible con ese Acuerdo.

4.12 El Grupo Especial no formuló ninguna constatación sobre la exención inicial de uso hogareño, la cual, en cualquier caso, no estaba ya en vigor en el momento en que emitió su informe. No obstante, en su análisis de las actuales partes (A) y (B) del artículo 110(5), el Grupo Especial hizo una serie de declaraciones acerca de esa exención. Los Árbitros recuerdan que el Grupo Especial puso de relieve el reducido porcentaje de establecimientos a los que era aplicable esa exención inicial, las restricciones establecidas por el artículo 110(5) y, de forma más concreta, el hecho de que la "difusión de música por los pequeños establecimientos comprendidos en la exención mediante el uso de aparatos de uso hogareño no ha sido nunca una fuente importante de recaudación de ingresos para las organizaciones de administración colectiva".²⁸⁷ A este respecto observamos que las Comunidades Europeas no han demostrado suficientemente, ni ante el Grupo Especial ni en el curso del presente procedimiento, su alegación de que las repercusiones económicas de la exención inicial de uso hogareño eran importantes.

4.13 Los Árbitros, teniendo presentes las razones expuestas por el Grupo Especial, concluyeron que *aun en el caso* de que la situación anterior a la Enmienda de 1998 fuera incompatible con el Acuerdo sobre los ADPIC (cuestión sobre la que no se pronunciaron), las repercusiones que tendría el hecho de basarse en cifras en las que no se tuvieran en cuenta los establecimientos que se beneficiaban de la exención inicial de uso hogareño para determinar el nivel de las ventajas de las CE anuladas o menoscabadas serían escasas. Comparativamente, el intento de tener en cuenta en nuestros cálculos los establecimientos comprendidos en la exención inicial exigiría nuevas estimaciones, y la aplicación de la metodología de las CE implicaría un número mayor de suposiciones e inferencias.

4.14 Por las razones expuestas, consideramos conveniente renunciar a incluir en los derechos totales pagados en relación con obras de las CE los eventuales ingresos correspondientes a establecimientos amparados por la exención inicial de uso hogareño.

4.15 Por último, observamos que la determinación del nivel de anulación o menoscabo sufrido por un Miembro exige cálculos detallados.²⁸⁸ En el presente caso, los Árbitros se han

²⁸⁷ Informe del Grupo Especial sobre *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor*, *supra*, párrafo 6.271.

²⁸⁸ Véase la decisión de los Árbitros en *Brasil - Aeronaves* (párrafo 6 del artículo 22), *supra*.

enfrentado a especiales dificultades, debido a que no han dispuesto de información precisa. La razón de este problema ha sido la falta de datos específicos relativos al tipo de transacciones de que se trata (pago de regalías a los titulares de derechos de las CE) o la falta de cooperación de algunas de las entidades privadas que podrían haber tenido en su poder la información correspondiente. La inexistencia de información suficientemente específica ha tenido considerable influencia en las opciones elegidas por los Árbitros en relación con la metodología y los cálculos. De hecho, al considerar más apropiado utilizar cifras basadas en hechos en lugar de recurrir a deducciones o inferencias, los Árbitros dieron en general preferencia a enfoques basados en la medida de lo posible en cifras históricas.

Momento al que debe referirse la evaluación de las ventajas anuladas o menoscabadas

4.16 Las **Comunidades Europeas** alegan que basan su evaluación de anulación o menoscabo en una situación estática, utilizando las cifras más recientes de que se dispone. Además, alegan que los Árbitros deben referir la evaluación de la anulación o menoscabo a la fecha en que los Estados Unidos debían haber puesto el artículo 110(5) en conformidad con las obligaciones que impone a ese país el Acuerdo sobre los ADPIC.

4.17 Los **Estados Unidos** basan su cálculo en la situación anterior a la Enmienda de 1998. Además, proponen que la compensación se base en los intercambios comerciales en el período 1996-1998. No obstante, consideran que el Grupo Especial debe referir la evaluación del nivel de anulación o menoscabo de ventajas a la fecha en que se sometió el asunto a los Árbitros.

4.18 A la luz de los argumentos de las partes, los **Árbitros** consideran que es posible que hayan de establecer una fecha a la que había de referirse la evaluación del nivel de la anulación o menoscabo de ventajas de las CE. En efecto, ese nivel puede haber variado en el curso del tiempo. Señalamos, a este respecto, que las circunstancias del presente arbitraje pueden justificar la adopción de un enfoque diferente del seguido por los Árbitros en arbitrajes de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 del ESD.

4.19 Los Árbitros señalan que han sido nombrados de conformidad con el artículo 25 del ESD, por lo que no se consideran limitados por una serie de obligaciones a las que están sujetos los Árbitros en los procedimientos de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22. A diferencia del párrafo 6 del artículo 22, cuyas disposiciones están estrechamente relacionadas con el cumplimiento (o la falta de cumplimiento) al final del plazo prudencial, el artículo 25 guarda silencio acerca de la fecha en que debe evaluarse un asunto sometido a arbitraje. No obstante, los Árbitros son conscientes de que no se les pide que examinen el nivel de las ventajas de las CE que pueden seguir siendo objeto de anulación o menoscabo después de finalizado el período de aplicación, sino el nivel de las ventajas de las CE anuladas o menoscabadas como consecuencia de la aplicación actual del artículo 110(5)(B).²⁸⁹ La práctica común en el marco del ESD ha consistido en examinar los hechos de un asunto en la fecha del establecimiento de un grupo especial. A falta de indicaciones específicas en nuestro mandato, consideramos que debe entenderse que las partes deseaban que evaluáramos el nivel de las ventajas anuladas o menoscabadas en la fecha en que se nos sometió el asunto. Dicho de otro

²⁸⁹ De ello parece deducirse que el nivel de anulación o menoscabo que los Árbitros evaluarán en el presente asunto puede ser distinto del que podría existir una vez finalizado el plazo prudencial, lo que a su vez implica que cabe la posibilidad de que el importe que determinen los Árbitros no evite a las partes un arbitraje de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22.

modo, hemos de determinar el nivel de anulación o menoscabo de ventajas de las CE en el período anual que finalice en la fecha más próxima posible al 23 de julio de 2001.²⁹⁰

4.20 Los Árbitros recuerdan que las Comunidades Europeas indicaron que seguían el enfoque aplicado en los arbitrajes de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22 *CE - Hormonas*, que consistió en evaluar el nivel de anulación o menoscabo de las ventajas en ese caso en la fecha en que los Estados Unidos deberían haber puesto su legislación en conformidad con sus obligaciones en el marco de la OMC. Recordamos que en *CE - Hormonas*, los Árbitros recurrieron al análisis de una situación hipotética y consideraron que debían evaluar el nivel de anulación o menoscabo de ventajas como si las Comunidades Europeas hubieran puesto su legislación en conformidad al final del plazo prudencial.²⁹¹ En el presente asunto, se había supuesto que el plazo prudencial expiraría el 27 de julio de 2001.²⁹² No obstante, el 24 de julio de 2001, el OSD convino en prorrogar ese plazo hasta finales del período de sesiones en curso del Congreso de los Estados Unidos o hasta el 31 de diciembre de 2001, optándose por la fecha anterior.²⁹³ En estas circunstancias, los Árbitros consideran que no es viable utilizar como fecha límite la fecha del final del plazo prudencial, tanto más por cuanto ello incrementaría la inseguridad de sus estimaciones, debido a la necesidad de suposiciones adicionales en cuanto a la situación existente al final de un período que, a su vez, tampoco se conoce con certeza.

4.21 Los Árbitros señalan además que los Estados Unidos alegan que deberíamos "formular una constatación de anulación o menoscabo basada en datos relativos a un período reciente (1996-1998). Las partes podrían garantizar posteriormente la equivalencia de la suspensión (o de la compensación mutuamente convenida) futura utilizando el mismo período para calcular el comercio que debe ser objeto de reajuste". Los Estados Unidos añaden que "utilizando datos comerciales correspondientes al mismo período histórico utilizado en el análisis del perjuicio para calcular las concesiones que deberían ser suspendidas (u otorgadas en concepto de compensación), podemos comparar datos proporcionales y reducir al mínimo la necesidad de recurrir a especulaciones".

4.22 Los Árbitros son conscientes de que su enfoque puede llevar consigo reajustes basados en deducciones o inferencias. No obstante, consideramos que el enfoque de los Estados Unidos sería incompatible con lo que a nuestro juicio es el objeto de nuestro mandato; la

²⁹⁰ La razón de elegir una base anual estriba esencialmente en que las compensaciones o la suspensión de concesiones u otras obligaciones se han calculado hasta ahora tomando como base un período de 12 meses.

²⁹¹ Véase la Decisión de los Árbitros en *CE - Hormonas (párrafo 6 del artículo 22) (Canadá)*, *supra*, en la que los Árbitros declararon, en el párrafo 37, lo siguiente:

"Habiendo examinado cuidadosamente las alegaciones y argumentos de las partes, consideramos que nuestro punto de partida es el siguiente: ¿cuáles serían las exportaciones anuales prospectivas de carne de bovino y productos de carne de bovino tratados con hormonas de los Estados Unidos a las CE si las CE hubieran suprimido la prohibición el 13 de mayo de 1999? El 13 de mayo de 1999 fue la fecha en que expiró el plazo prudencial concedido a las CE para aplicar los informes del Grupo Especial y el Órgano de Apelación." (El subrayado y las cursivas figuran en el original.)

Los Árbitros hicieron idéntica declaración en el párrafo 38 de la Decisión de los Árbitros en *CE - Hormonas (párrafo 6 del artículo 22) (Estados Unidos)*, *supra*.

²⁹² Véase WT/DS160/13.

²⁹³ Reunión de 24 de julio de 2001 del OSD, documento WT/DSB/M/107, página 14.

evaluación del nivel de las ventajas de las CE que se hallaban anuladas o menoscabadas *en el momento en que se sometió el asunto a arbitraje.*

4.23 En lo que respecta a los reajustes, los Árbitros son perfectamente conscientes de que deben utilizar los datos más recientes de los que se disponga o realizar los reajustes apropiados para reflejar la evolución del mercado. Observamos que los Estados Unidos nos han prevenido contra esos reajustes, indicando que es posible que el aumento de los ingresos y de las distribuciones declarado por la ASCAP entre 1998 y 2000 -únicas cifras de que disponemos en relación con este sector concreto- no refleje fielmente el aumento de las regalías de los titulares de derechos de las CE. Compartimos el temor de los Estados Unidos de que las cifras de la ASCAP no reflejen la situación real de los titulares de derechos de las CE y de que otros factores hayan contribuido al aumento de los ingresos y las distribuciones de la ASCAP. En consecuencia, reajustaremos el valor de los ingresos de los titulares de derechos de las CE establecidos sobre la base de las cifras históricas, utilizando a tal fin un porcentaje representativo de la tasa anual de crecimiento del producto interior bruto de los Estados Unidos entre 1998 y 2001, con el fin de reflejar la evolución del valor de los derechos de las CE hasta la fecha en que se sometió el asunto a arbitraje. Consideramos que este enfoque no está en contradicción con nuestro propósito inicial de basar en la mayor medida posible nuestras estimaciones en cifras históricas, por dos razones:

- a) es necesario reajustar las cifras pertinentes relativas al período anterior a la Enmienda de 1998 para tener en cuenta la evolución del mercado estadounidense, puesto que ese período ha sido un período de crecimiento económico sostenido en los Estados Unidos. Además, no se nos han dado razones válidas para que no efectuemos ese reajuste; y
- b) la utilización de la tasa anual de crecimiento del producto interior bruto de los Estados Unidos entre 1998 y 2001 constituye, en nuestra opinión, un enfoque sumamente prudente si se comparan las cifras correspondientes con las facilitadas por la ASCAP respecto del mismo período.

4.24 Por las razones expuestas, los Árbitros consideran conveniente calcular el nivel de las ventajas de las CE que han quedado anuladas o menoscabadas debido a la aplicación ininterrumpida del artículo 110(5)(B) con referencia a una fecha lo más próxima posible a aquella en la que se les sometió el asunto. En el presente caso, dada la información estadística de que se dispone, su estimación se basará en la situación existente el 30 de junio de 2001. Para el primer semestre del año 2001, hemos utilizado la tasa de crecimiento del 1,7 por ciento, que hemos calculado a partir del crecimiento trimestral del PIB en dólares corrientes, reajustado estacionalmente a las tasas anuales publicadas por la Oficina del Censo de los Estados Unidos.²⁹⁴

Elementos que no se han tomado en consideración en el cálculo

Enfoque de los Árbitros

4.25 En sus comunicaciones, las **Comunidades Europeas** sugirieron que debido a la falta de datos precisos, los Árbitros prescindieran de varios factores que, en opinión de las Comunidades, podían contribuir a la anulación o menoscabo de ventajas. Tal es el caso de los efectos perjudiciales de la negación de la protección de determinados derechos sobre una obra

²⁹⁴ Véase *infra*, párrafo 4.72.

concreta en la explotación de otros derechos sobre esa obra. Además, las Comunidades Europeas sólo tuvieron en cuenta en sus cálculos los establecimientos que utilizan música radiodifundida (es decir música difundida por radio o televisión). A pesar de que, en su opinión, el artículo 110(5)(B) es aplicable también a la música transmitida a través de Internet, las Comunidades Europeas no incluyeron este aspecto en sus cálculos.

4.26 En opinión de los **Árbitros**, se plantea en este punto la cuestión de la forma de armonizar esas sugerencias con su propósito de llegar a una estimación que refleje lo más fielmente posible el nivel de las ventajas de las CE anuladas o menoscabadas. Los Árbitros recuerdan que en el documento WT/DS160/15, las partes declararon que "aceptarán [el laudo del Árbitro] como el nivel de la anulación o menoscabo a los efectos de cualquier futuro procedimiento en virtud del artículo 22 del ESD en relación con la presente diferencia", de lo que parece deducirse que nuestro laudo condiciona, no sólo el importe de la compensación que los Estados Unidos podrían ofrecer a las Comunidades Europeas de conformidad con el párrafo 2 del artículo 22 del ESD, sino también la labor de posibles Árbitros de conformidad con el párrafo 6 del artículo 22, puesto que el ESD obliga a estos últimos a determinar si el nivel de la suspensión de concesiones u otras obligaciones es *equivalente*²⁹⁵ al nivel de la anulación o el menoscabo de ventajas.

4.27 En consecuencia, los Árbitros se asegurarán de que su determinación del nivel de anulación o menoscabo de ventajas no lleve a una situación en la que las posibles suspensiones de concesiones u otras obligaciones por parte de las CE de conformidad con el párrafo 7 del artículo 22 tengan de hecho un carácter "punitivo", debido a una sobrevaloración del nivel de las ventajas de las CE anuladas o menoscabadas por la aplicación del artículo 110(5)(B).²⁹⁶

4.28 De forma más general, conforme se indica en los párrafos 4.15 *supra* y 4.36 *infra*, los Árbitros en el presente asunto no dispusieron de suficiente información específica y se vieron forzados a efectuar reajustes en las cifras o a recurrir a inferencias. Los Árbitros consideran que el intento de incorporar a sus cálculos elementos acerca de los que se carece de información suficiente llevaría aparejado el riesgo de entregarse a puras especulaciones. En consecuencia, los Árbitros consideraron conveniente aceptar la mayoría de las "simplificaciones" propuestas por las Comunidades Europeas, tales como la exclusión del perjuicio indirecto causado a los titulares del derecho de autor de las CE o de la música difundida a través de Internet, siempre que estas simplificaciones hubieran sido aceptadas por los Estados Unidos y en la medida en que, a juicio de los Árbitros, no condujeran a un nivel más elevado de anulación o menoscabo de ventajas. De forma análoga, al proceder a los reajustes o deducciones necesarios, los Árbitros, a falta de cifras basadas en hechos, trataron de utilizar estimaciones que fueran aceptadas por las partes o parecieran razonables sobre la base de la información disponible.

Elementos que no se han tenido en consideración en el cálculo

Perjuicio "indirecto" o "potencial" a otros derechos de los titulares de derechos de las CE

²⁹⁵ Véase, sobre el concepto de "equivalencia", la Decisión de los Árbitros en *CE - Bananos (párrafo 6 del artículo 22) (Estados Unidos)*, *supra*, párrafos 4.1 a 4.8.

²⁹⁶ Las consecuencias jurídicas de una sobrevaloración son menores en el caso de una compensación de conformidad con el párrafo 2 del artículo 22 del ESD, puesto que no se especifica que la compensación que ha de ofrecerse deba ser equivalente al nivel de la anulación o menoscabo. El párrafo 2 del artículo 22 del ESD se refiere simplemente a una compensación "mutuamente aceptable".

4.29 Las **Comunidades Europeas** recuerdan que el Grupo Especial señaló que la negación de protección a derechos específicos en relación con una obra determinada podía tener también efectos perjudiciales para la explotación de otros derechos en relación con esta obra, tales como la sustitución entre diversos usos de la obra por un establecimiento determinado o la posible erosión de los derechos de licencia en el caso de otros usuarios. No obstante, las Comunidades Europeas, habida cuenta de la falta de datos cuantitativos y de la falta de certeza en cuanto a las relaciones de causalidad, indicó que cabía la posibilidad de que la evaluación de los Árbitros no incluyera este perjuicio "potencial" o "indirecto" causado a otras fuentes del derecho de autor.

4.30 Los **Estados Unidos** no formularon observaciones al respecto.

4.31 Los **Árbitros** son conscientes de las observaciones del Grupo Especial en el sentido de que la negación de protección de derechos específicos en relación con una obra determinada puede tener también repercusiones en el ejercicio de otros derechos.²⁹⁷ No obstante, teniendo en cuenta los argumentos de las Comunidades Europeas y a la luz de sus propias observaciones preliminares, los Árbitros decidieron no incorporar a su cálculo el perjuicio "indirecto" o "potencial" causado a los titulares de derechos mediante la sustitución de música radiodifundida por otros tipos de música, como la música grabada. Consideramos que no hay razones para no aceptar la petición de las Comunidades Europeas. En particular, pensamos que el intento de evaluar el nivel de las ventajas anuladas o menoscabadas como consecuencia de un perjuicio "indirecto" o "potencial" implicaría, con casi absoluta seguridad, un número mayor de suposiciones, deducciones o inferencias, lo que acrecentaría el riesgo de llegar a una estimación poco razonable.

4.32 Los Árbitros desearían, no obstante, subrayar que su posición se basa en las circunstancias fácticas del presente caso y en la finalidad concreta del presente procedimiento, que no es identificar la violación, sino determinar el nivel de anulación o menoscabo de ventajas de las CE, y que esa posición no prejuzga si en otro caso se consideraría o no que este tipo de perjuicios anula o menoscaba ventajas resultantes directa o indirectamente para un Miembro.

Actividades de SESAC

4.33 Los **Árbitros** recuerdan que hay en los Estados Unidos tres organizaciones de administración colectiva que recaudan derechos para los titulares de derecho de autor: la ASCAP, la BMI y SESAC. Observan que, en sus comunicaciones, las partes no facilitan datos relativos a las actividades de SESAC. En el curso del procedimiento, las partes explicaron que la razón esencial de ello era que SESAC representa un número pequeño de afiliados de las CE a la organización recaudadora y no distribuye cantidades importantes en concepto de regalías a titulares de derechos de las CE.

4.34 No vemos ninguna razón para poner en duda la información facilitada por ambas partes acerca de la representación de los titulares de derechos de las CE en SESAC. Además, teniendo en cuenta las dificultades con que nos habríamos encontrado para evaluar la contribución de SESAC, hemos decidido no incluir en nuestro cálculo las actividades de esta organización. En este caso, no obstante, la razón ha sido principalmente, la limitada incidencia que, en opinión de ambas partes, tendría en nuestros cálculos la exclusión de SESAC.

²⁹⁷ Véase el informe del Grupo Especial sobre *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor*, *supra*, párrafos 6.127, 6.198, 6.239 y 6.240.

Transmisión de música a través de Internet

4.35 Los **Árbitros** recuerdan que las Comunidades Europeas, aunque aludieron a la repercusión de la transmisión de música por Internet en la anulación o menoscabo de ventajas de las CE, no la incluyeron en sus cálculos. Los Árbitros son conscientes del incremento de la transmisión de música a través de Internet, pero señalan que las partes y el Grupo Especial se ocuparon esencialmente de la cuestión de la transmisión por radio o televisión. La evaluación por los Árbitros de la aplicación del artículo 110(5)(B) a la difusión de música a través de Internet exigiría constataciones adicionales que, teniendo en cuenta la posición adoptada por las Comunidades Europeas, no resultan necesarias. En consecuencia, los Árbitros no tomaron en consideración en su cálculo la difusión de música a través de Internet.

CÁLCULO

Observaciones generales

4.36 Antes de pasar al cálculo del nivel de las ventajas de las CE objeto de anulación o menoscabo, los **Árbitros** señalan que el hecho de que los datos que les han facilitado ambas partes fueran incompletos e incluyeran gran número de estimaciones y suposiciones ha limitado su capacidad de hacer un cálculo exacto. Ambas partes han reconocido este problema en sus comunicaciones y han indicado que algunos de los datos pertinentes obran en poder de particulares. Como hemos expuesto antes, enviamos sendas cartas a las dos principales OAC de los Estados Unidos, la ASCAP y la BMI, solicitándoles datos reales sobre las cantidades percibidas y distribuidas que nos habrían permitido basar nuestros cálculos en una información específica. En respuesta a esas cartas, obtuvimos de la BMI algunos datos, pero debido a las condiciones unidas a su utilización, decidimos no incluirlos en el expediente.²⁹⁸ Recibimos asimismo información de la ASCAP, así como una segunda comunicación de la BMI. No obstante, tras tomar nota de que las partes eran partidarias de que dictáramos pronto nuestro laudo, decidimos, por las razones indicadas *supra*, no tener en cuenta esa información²⁹⁹, por lo que hubimos de basar nuestra labor en los datos incompletos que nos habían facilitado las partes.³⁰⁰ Para cumplir el mandato que nos habían encomendado las partes, y al carecer de algunos datos importantes, tuvimos que hacer varias estimaciones y, en algunos casos, formular determinadas suposiciones basadas en lo que considerábamos que era la estimación más razonable, a la luz de los argumentos de las partes. Al hacerlo, intentamos llegar a una cifra que, aun admitiendo que quizás no sea absolutamente exacta, representara una magnitud ajustada a la realidad.

4.37 Hemos expuesto *supra* las diferencias entre las metodologías propuestas por las Comunidades Europeas y los Estados Unidos, respectivamente, así como las consecuencias de esas metodologías. Recordamos que los resultados de los cálculos realizados por las partes con arreglo a esas metodologías son muy diferentes. Las Comunidades Europeas llegan a la cifra de 25.486.974 dólares EE.UU. al año, en tanto que los Estados Unidos indican que el nivel de anulación o menoscabo de ventajas de las CE se sitúa entre 446.000 y 733.000 dólares al año.

²⁹⁸ Véase *supra*, párrafo 1.10.

²⁹⁹ Véase *supra*, párrafo 1.13.

³⁰⁰ En la medida en que las partes nos han facilitado datos de forma confidencial, no hemos incluido esos datos en la explicación de nuestro cálculo que figura a continuación. En esos casos, se han indicado solamente los resultados de las diversas etapas de nuestro cálculo.

Esta discrepancia es, en gran medida, imputable a las diferencias conceptuales entre ambos enfoques.³⁰¹

4.38 En lo que respecta a la magnitud de las pérdidas anuales resultantes para los titulares de derechos de las CE del artículo 110(5)(B), señalamos, para aclarar este punto, que, según la información facilitada por los Estados Unidos, los ingresos totales en el país de la ASCAP -la mayor de las OAC de los Estados Unidos- ascendieron en el período 1997-1999 a 358.428.000, 377.733.000 y 422.962.000 dólares EE.UU. al año; la tasa de crecimiento de los ingresos totales fue en 1998 del 5,4 por ciento y en 1999 del 12 por ciento. Los ingresos procedentes del grupo de las licencias generales, que abarca restaurantes, bares y establecimientos de comercio minorista, así como algunos otros tipos de establecimientos, ascendieron en los mismos años a 67.324.000, 68.032.000 y 69.695.000 dólares EE.UU. anuales, respectivamente; esos ingresos aumentaron en 1998 un 1,05 por ciento y en 1999 un 2,4 por ciento. De esas cifras se infiere que, después de la entrada en vigor de la Enmienda de 1998 no se ha producido una caída de los ingresos totales en el país de la ASCAP ni de los ingresos procedentes de las licencias generales. Pese a la falta de datos específicos sobre los ingresos procedentes de los tipos de establecimientos a los que afectó la Enmienda de 1998 (ingresos que están incluidos en la categoría más amplia de los ingresos por licencias generales), podemos observar que los datos de que disponemos no apoyan la hipótesis de que hubiera un descenso importante de los derechos de licencia recaudados de los sectores afectados. Al mismo tiempo, observamos que la tasa de crecimiento de los ingresos por los derechos de las licencias generales fue moderada, en un período de rápida expansión de la economía estadounidense. Además, los ingresos procedentes de este sector crecieron a una tasa claramente inferior a la tasa de crecimiento de los ingresos internos totales.

4.39 Por las razones expuestas *supra*³⁰², hemos adoptado el enfoque "orientado de arriba abajo" propuesto por los Estados Unidos. Conforme a este enfoque, hemos utilizado los datos históricos de que disponíamos sobre las recaudaciones anteriores a la Enmienda de 1998. Sobre esta base, procedemos seguidamente a calcular el nivel de las ventajas de las CE anuladas o modificadas como consecuencia del artículo 110(5)(B).

Regalías totales pagadas a los titulares de derechos de las CE

4.40 En su cálculo, los Árbitros han tratado de estimar el monto de las regalías que los titulares de derechos de las CE percibieron antes de la entrada en vigor de la Enmienda de 1998, por la utilización de música radiodifundida, de los tipos de establecimientos que quedaron exentos a raíz de esa Enmienda. A tal fin, hemos utilizado los datos históricos de que disponíamos en relación con los ingresos de las dos principales OAC de los Estados Unidos a las que los titulares de derechos de las CE habían confiado la concesión de sus derechos bajo licencia: la ASCAP y la BMI. Como hemos indicado antes, ambas partes consideran que el monto de las regalías pagadas a titulares de derechos de las CE por la tercera OAC de los Estados Unidos, SESAC, es insignificante.³⁰³ Así pues, no hemos incluido en nuestros cálculos los ingresos de esta organización.

³⁰¹ Véase, especialmente, la exposición que hacemos en los párrafos 3.20 y siguientes de la forma en que se tiene en cuenta el nivel de las concesiones de derecho bajo licencia en uno y otro cálculo.

³⁰² Véase *supra*, párrafos 4.7 a 4.15.

³⁰³ Véase *supra*, sección IV.A, párrafos 4.33 y 4.34.

4.41 El hecho de basarnos en esos datos históricos supone que en nuestro cálculo se han tenido en cuenta los ingresos por licencias procedentes de los establecimientos que utilizaban música radiodifundida en ese momento y habían obtenido una licencia de la ASCAP o la BMI. En nuestro cálculo no está incluido el importe hipotético de las regalías correspondientes a los establecimientos que utilizaban música radiodifundida pero no habían obtenido una licencia de las OAC en cuestión.³⁰⁴ El hecho de basarnos en los datos históricos implica asimismo que en nuestro cálculo no están incluidos los ingresos hipotéticos correspondientes a los pequeños establecimientos que estaban ya exentos en virtud de la exención inicial de uso hogareño cuando entró en vigor la Enmienda de 1998. Por las razones expuestas *supra*³⁰⁵, no consideramos necesario incluir en nuestros cálculos a esos establecimientos.

4.42 Las **Comunidades Europeas** nos facilitaron una recopilación de los datos cuantitativos de la ASCAP en la que figuran, en relación con los años 1996-1998, en primer lugar, el importe de la distribución interna total a las organizaciones de administración colectiva de las CE y, en segundo lugar, las cantidades distribuidas a las compañías de edición filiales en los Estados Unidos por la ejecución de obras de las CE.³⁰⁶ Las Comunidades Europeas se refieren a esas dos categorías respectivamente como distribuciones "directas" e "indirectas" efectuadas a titulares de derechos de las CE. Las Comunidades Europeas observan que en la primera categoría no están incluidas las regalías totales pagadas por las obras de las CE incluidas en el repertorio de la ASCAP, debido a que, en la inmensa mayoría de los casos, la ASCAP paga la parte de las regalías correspondiente a los editores de música directamente a las compañías de edición filiales en los Estados Unidos de compañías de edición de las CE, y no a través de las organizaciones recaudadoras de las CE a los editores de las CE que son miembros de esas organizaciones. Esos pagos a las filiales en los Estados Unidos de editores de las CE están incluidos en la segunda categoría.

4.43 Los **Estados Unidos** han utilizado como punto de partida para sus cálculos los promedios trienales de las cifras facilitadas por la ASCAP; las distribuciones "directas" representan la escala inferior de las regalías pagadas a titulares de derechos de las CE, y la suma de las distribuciones "directas" e "indirectas", la escala superior.

4.44 Para calcular el monto de los ingresos que los titulares de derechos de las CE percibieron de la ASCAP antes de la Enmienda de 1998, los **Árbitros** han tomado como punto de partida la suma de las distribuciones "directas" e "indirectas" a titulares de derechos de las CE en el período 1996-1998.

4.45 Los **Árbitros** señalan que la Enmienda de 1998 entró en vigor el 26 de enero de 1999, por lo que no afectó a los ingresos recaudados por la ASCAP antes del año 1999. Observamos que las Comunidades Europeas y los Estados Unidos nos han facilitado datos pertinentes sobre las distribuciones realizadas por la ASCAP a titulares de derechos de las CE en el período de tres años comprendido entre 1996 y 1998, y que los Estados Unidos han utilizado como punto de partida de su cálculo los promedios de las distribuciones en esos tres años. Dado que estamos calculando el nivel de las ventajas de las CE anuladas o menoscabadas por razón de la Enmienda sobre la base de datos históricos, hemos de establecer un período representativo

³⁰⁴ Véase *supra*, párrafos 3.20 a 3.35.

³⁰⁵ Véase *supra*, sección IV.A.

³⁰⁶ Prueba documental CE-15 (prueba documental US ARB-5), que contiene información facilitada a título confidencial a las Comunidades Europeas, con la petición de que no sea comunicada a particulares.

anterior adecuado como punto de partida de nuestro cálculo. A este respecto, observamos que en la práctica del GATT se ha utilizado para evaluar la compatibilidad de una medida el período de tres años más reciente en el que no haya habido distorsiones causadas por las restricciones.³⁰⁷ En nuestro caso, el período representativo más reciente sería el período de tres años al que no afectó la Enmienda de 1998, es decir, el comprendido entre los años 1996 y 1998. Consideramos que la utilización de los datos que se han puesto a nuestra disposición sobre ese período de tres años es compatible con el enfoque prudente que hemos decidido adoptar al utilizar la metodología "orientada de arriba abajo" basada en cifras históricas. Al establecer un único punto de partida para nuestro cálculo ulterior, hemos utilizado el promedio de las cifras relativas a esos tres años. De un lado, observamos que en este caso las distribuciones de la ASCAP a titulares de derechos de las CE aumentaron regularmente a lo largo de este período. De otro, no tenemos pruebas de que ese aumento se haya producido también en el sector en litigio en el presente asunto y, en todo caso, se considera en general que un período de tres años es insuficiente para establecer una tendencia concreta en un mercado. En este sentido, la utilización de un promedio para ese período de tres años tendería a reflejar los ingresos medios al nivel del año 1997 más bien que al de 1998. Hemos tenido en cuenta este hecho en la etapa final de nuestro cálculo, en la que hemos reajustado su resultado para que refleje la situación en el momento en que el asunto fue sometido a los Árbitros.

4.46 El promedio de las distribuciones de la ASCAP a titulares de derechos de la CE en esos tres años asciende aproximadamente a xxx millones de dólares EE.UU. anuales. Hay que observar que es posible que esta cifra no sea totalmente exacta, dado que la información que nos han facilitado las partes, en las que hemos basado nuestro cálculo, podría ser incompleta por las razones que hemos expuesto antes. Hemos indicado ya que los pagos directos de las OAC de los Estados Unidos a titulares de derechos de las CE (es decir, los pagos que la ASCAP y la BMI hicieron directamente a los titulares de derechos de las CE que eran miembros de estas organizaciones, y no a organizaciones de administración colectiva de las CE) son pertinentes a nuestro cálculo aun en el supuesto de que los titulares de derechos de las CE en cuestión recaudaran esos derechos a través de las filiales que los representan en los Estados Unidos.³⁰⁸ No obstante, en lo que respecta a los datos confidenciales sobre las distribuciones de la ASCAP a compañías de edición filiales en los Estados Unidos que representan a titulares de derechos de las CE, observamos que no conocemos los criterios exactos que ha aplicado la ASCAP para obtener sus cifras. En consecuencia, puede haber el riesgo de que una pequeña parte de esa cifra corresponda a pagos efectuados a personas a las que no podría considerarse titulares de derechos de las CE o representantes suyos. Por otra parte, observamos que ni la primera ni la segunda categoría parece incluir los pagos que la ASCAP podría haber efectuado a los autores de las CE que son miembros de la ASCAP y, por tanto, perciben sus regalías directamente de esta organización y no a través de organizaciones de administración colectiva de las CE. En consecuencia, las cifras facilitadas podrían ser demasiado altas en algunos aspectos y demasiado bajas en otros, pero no hemos intentado incluir esos elementos en nuestros cálculos, habida cuenta de que se compensan recíprocamente, de que no es probable que la eventual diferencia entre una y otra cifra de ingresos sea sustancial y de que, en todo caso, su incidencia en el cálculo global sería bastante limitada.

³⁰⁷ Véase el informe del Grupo Especial sobre *CEE – Restricciones a la importación de manzanas procedentes de Chile*, IBDD 27S/104, adoptado el 10 de noviembre de 1980, párrafo 4.8. Véase también la Decisión de los Árbitros en *CE - Bananos III (párrafo 6 del artículo 22) (Estados Unidos)*, *supra*, párrafos 5.24 y siguientes.

³⁰⁸ Véase *supra*, párrafo 3.56.

4.47 Los **Estados Unidos** nos facilitaron una estimación del monto que la BMI distribuyó a organizaciones de administración colectiva a las CE en 1996. Los Estados Unidos no facilitaron datos respecto de los años 1997 y 1998. Las **Comunidades Europeas** no cuestionan la cifra indicada por los Estados Unidos. Los **Árbitros** han tomado esta cifra como punto de partida para calcular los ingresos que los titulares de derechos de las CE percibieron de la BMI, pero han efectuado en ella dos reajustes.

4.48 Las **Comunidades Europeas** aducen que en caso de que se utilicen los datos relativos a las distribuciones de la BMI a titulares de derechos de las CE a través de organizaciones de administración colectiva de las CE, deberían tomarse también en cuenta, al igual que en el caso de la ASCAP, las distribuciones de la BMI a las compañías de edición filiales en los Estados Unidos que representan a titulares de derechos de las CE.

4.49 Los **Árbitros** coinciden en este punto con las Comunidades Europeas. A falta de datos relativos a las distribuciones de la BMI a compañías de edición filiales en los Estados Unidos que representan a titulares de derechos de las CE, hemos supuesto que la proporción entre las distribuciones "directas" e "indirectas" de la BMI sería la misma que la existente entre las categorías correspondientes de distribuciones de la ASCAP, y en consecuencia, hemos realizado en la estimación facilitada por los Estados Unidos de la distribución de la BMI a los titulares de derechos de las CE el reajuste apropiado.

4.50 Por las razones expuestas *supra*³⁰⁹, al calcular los ingresos obtenidos de la ASCAP por los titulares de derechos de las CE, hemos utilizado el promedio de esos ingresos para el período 1996-1998. Aunque sólo disponemos de datos de la BMI para el año 1996, consideramos que, por razones de coherencia, hemos de basar también las cifras de la BMI en un promedio similar para ese período 1996-1998. A tal fin, hemos determinado las distribuciones de la BMI a titulares de derechos de las CE en 1997 y 1998 sobre la base de la estimación para 1996, suponiendo que la tasa de crecimiento de las distribuciones de la BMI en ese período fue la misma que en el caso de la ASCAP. A continuación, hemos calculado el promedio trienal de esas distribuciones de la BMI en 1996-1998. A efectos de nuestro cálculo, estas cifras representan el monto medio anual de los ingresos que los titulares de derechos de las CE percibieron de la BMI antes de la Enmienda de 1998.

4.51 En consecuencia, a los efectos de nuestros cálculos, estimamos que el monto distribuido por la BMI a titulares de derechos de las CE antes de la Enmienda de 1998 ascendió aproximadamente a xxx millones de dólares EE.UU. al año.

4.52 Sumando las distribuciones de la ASCAP y la BMI a titulares de derechos de las CE que hemos estimado, calculamos que, antes de la Enmienda de 1998, los titulares de derechos de las CE percibieron aproximadamente xxx millones de dólares EE.UU. al año.

Regalías correspondientes a los establecimientos de servicios de comidas, de servicios de bebidas y de comercio minorista

4.53 Tras haber establecido el promedio anual de las regalías totales percibidas por los titulares de derechos de las CE antes de la Enmienda de 1998, los **Árbitros** tratarán de estimar las proporciones de esos ingresos que corresponden a los establecimientos de servicios de comidas, de servicios de bebidas y de comercio minorista. Para ello, procederemos a deducir, en dos etapas, de las regalías totales las percibidas de los demás tipos de usuarios.

³⁰⁹ Véase *supra*, párrafo 4.45.

4.54 En primer lugar, estimaremos el porcentaje de los ingresos totales por licencias pagados a titulares de derechos de las CE imputable a los denominadas licencias generales. En este grupo están incluidos diversos tipos de titulares de licencias, entre ellos establecimientos de servicios de bebidas y comidas y establecimientos de comercio minorista, pero no los ingresos por licencias de difusión por radio, o televisión y de conciertos. Tomando como base los informes anuales de la ASCAP para 1996-1998, puede calcularse que un promedio del 18,45 por ciento de los ingresos totales en el país procedió en ese período del grupo de licencias generales. No se nos han facilitado datos que nos permitan calcular el porcentaje correspondiente de ingresos de la BMI. A falta de datos pertinentes, consideramos razonable aplicar el mismo porcentaje a esos ingresos. Utilizando ese porcentaje, calculamos que, del importe total de los ingresos que los titulares de derechos de las CE percibieron al año antes de la Enmienda de 1998, xxx millones de dólares EE.UU. al año aproximadamente pueden atribuirse a la categoría de licencias generales.

4.55 Esa categoría comprende, además de establecimientos de servicios de comidas, de servicios de bebidas y de comercio minorista, diversos usuarios de música de fondo, como compañías aéreas, estadios deportivos, salas cinematográficas, parques recreativos, congresos, servicios musicales por teléfono, colegios y universidades, clubes de salud y servicios de música de fondo. En consecuencia, habremos de estimar el porcentaje de los ingresos por licencias generales que puede atribuirse a los establecimientos de servicios de comidas, de servicios de bebidas y de comercio minorista, en el sentido de la definición del artículo 110(5)(B). El problema con el que nos enfrentamos estriba en que no hemos obtenido datos específicos al respecto. Dado que la categoría de licencias generales abarca muchos tipos de usos bajo licencia, los Estados Unidos alegan que, con arreglo a una estimación absolutamente razonable, el 50 por ciento de esos ingresos puede atribuirse a restaurantes, bares y establecimientos de comercio minorista. Observamos que las Comunidades Europeas no han puesto en tela de juicio el porcentaje propuesto por los Estados Unidos, ni han presentado una estimación distinta.

4.56 Consideramos que la estimación del porcentaje que hacen los Estados Unidos resulta razonable a la luz de los argumentos de las partes, por lo que utilizaremos ese porcentaje en nuestro cálculo. En consecuencia, estimamos que el monto de los ingresos percibidos por titulares de los derechos de las CE antes de la Enmienda de 1998 que puede atribuirse a establecimientos de servicios de comidas, de servicios de bebidas y de comercio minorista ascendió aproximadamente a xxx millones de dólares de los EE. UU. al año.

Regalías imputables a la difusión de música de la radio o de la televisión

4.57 La próxima etapa consiste en determinar el monto de los ingresos percibidos de establecimientos de servicios de comida, de servicios de bebidas y de comercio minorista imputable a la difusión de música de la radio o la televisión en el sentido definido en el artículo 110(5)(B). Para ello hemos de deducir el monto de los pagos en concepto de regalías imputable a la utilización de otras fuentes de música que no estaban exentas en virtud de ese artículo. A tal fin, ambas partes utilizan en sus respectivos cálculos la cifra del xx por ciento como porcentaje de esos ingresos imputable al uso de música de la radio y la televisión. Esta cifra se basa en datos de la *National Restaurant Association* y la *National Licensed Beverage Association*.

4.58 Al utilizar esta cifra, las **Comunidades Europeas** indican que, aunque la misma no incluye los establecimientos que difunden música únicamente de la televisión, las CE no piden a los Árbitros que tengan en cuenta ese factor. Los **Estados Unidos** señalan que han utilizado

esta cifra, a su juicio elevada, para tener en cuenta la imposibilidad de incluir en su esquema la utilización de la televisión.

4.59 Los Árbitros observan que este porcentaje del xx por ciento se basa en datos reales y que ambas partes lo utilizan en sus respectivos cálculos, por lo que han decidido utilizarlo en su cálculo. En consecuencia, calculamos que el monto de las regalías que percibieron los titulares de derecho de las CE de establecimientos de servicios de comida, de servicios de bebidas y de comercio minorista antes de la Enmienda de 1998 imputables a la difusión de música de la radio y la televisión ascendió aproximadamente a 1,55 millones de dólares EE.UU.

Regalías correspondientes a los establecimientos que cumplen los requisitos de la exención legal

4.60 Los Árbitros han establecido ya el monto medio anual de las regalías percibidas por titulares de los derechos de las CE de los establecimientos de servicios de comidas, servicios de bebidas y de comercio minorista antes de la Enmienda de 1998 imputable a la difusión de música de la radio y la televisión. A continuación, hemos de determinar qué porcentaje de ese monto puede atribuirse a los establecimientos que quedaron exentos, en virtud de la Enmienda de 1998, de la obligación de pagos por derecho de autor, es decir, en primer lugar, los establecimientos de dimensiones inferiores a los límites del artículo 100(5)(B) que quedaron exentos por esa razón, y, en segundo lugar, los establecimientos cuyas dimensiones son superiores a esos límites, pero que, no obstante, pueden acogerse a la exención porque cumplen las condiciones relativas al equipo utilizado.³¹⁰

4.61 En lo que respecta al primer grupo de establecimientos, tanto las **Comunidades Europeas** como los **Estados Unidos** utilizan en sus cálculos la estimación de un estudio de Dun & Bradstreet, conforme a la cual el 70 por ciento de los establecimientos de servicios de comidas, el 73 por ciento de los establecimientos de servicios de bebidas y el 45 por ciento de los establecimientos de comercio minorista estaban comprendidos dentro de los límites de las dimensiones establecidos en la norma legal.³¹¹ Los Estados Unidos han calculado que el promedio ponderado de esas cifras es el 53,9 por ciento. Las Comunidades Europeas no han cuestionado la forma en que los Estados Unidos han calculado ese promedio ponderado.

4.62 En lo que respecta al segundo grupo, las **Comunidades Europeas** estiman que sólo un 10 por ciento de los establecimientos cuyas dimensiones superan los límites establecidos en el artículo 110(5)(B) cumplen las limitaciones relativas al equipo y se benefician por tanto de la exención. Los **Estados Unidos** señalan que, debido a la falta de datos, no han intentado cuantificar el número de establecimientos de mayores dimensiones que se ajustarían a las limitaciones relativas al equipo. En su escrito de réplica, alegan que la estimación de las CE es excesiva, pero no presentan otra distinta.

4.63 Los **Árbitros** creen que deben incluir en su cálculo los establecimientos de este segundo grupo. El problema es que ninguna de las partes ha presentado pruebas en apoyo de sus opiniones. Observamos que los Estados Unidos aducen que es previsible que, con casi

³¹⁰ Pueden verse detalles acerca de los límites de las dimensiones de los establecimientos y de las condiciones relativas al equipo en el informe del Grupo Especial sobre *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor*, *supra*, párrafos 2.10 a 2.14.

³¹¹ Véase el informe del Grupo Especial sobre *Estados Unidos - Artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor*, *supra*, párrafo 2.12.

absoluta seguridad, los grandes establecimientos no utilicen aparatos de radio, habida cuenta, entre otras cosas, de la diversidad de la programación de las emisoras y de que cuando los establecimientos cuyas dimensiones superan los límites legalmente establecidos utilizaran música radiodifundida, sería poco probable que seis altavoces en total fueran suficientes para todo el establecimiento. No obstante, nos parece que la utilización de canales de música especializada permite a las empresas controlar el ambiente de un establecimiento, y que seis altavoces podrían ser suficientes para un establecimiento que cuyas dimensiones apenas superaran los límites establecidos. En cualquier caso, teniendo en cuenta los argumentos de las partes y la información con la que contamos, consideramos que la estimación del 10 por ciento de las CE es ya de por sí una estimación baja.

4.64 Utilizando el promedio ponderado que nos han facilitado los Estados Unidos de los establecimientos cuyas dimensiones son inferiores a los límites legalmente establecidos, calculamos que supera los límites fijados por la norma legal en relación con las dimensiones un porcentaje de establecimientos de servicios de comidas, servicios de bebidas y comercio minorista que puede estimarse en un 46,1 por ciento. A nuestro juicio, la estimación de las CE conforme a la cual el 10 por ciento de ellos se ajustarían a las limitaciones legalmente establecidas en relación con el equipo es una estimación razonable, por lo que la utilizaremos en nuestro cálculo. Por tanto, a los efectos de nuestro cálculo, suponemos que se beneficia de la exención del artículo 110(5)(B) un 4,6 por ciento adicional de establecimientos.

4.65 En consecuencia, estimamos que el 58,5 por ciento de los establecimientos de servicios de comidas, de servicios de bebidas y de comercio minorista están comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 110(5)(B), bien porque sus dimensiones están comprendidas dentro de los límites establecidos legalmente (un 53,9 por ciento) o bien porque, en caso de que sus dimensiones superen esos límites, se ajustan a las limitaciones establecidas legalmente en relación con el equipo (un 4,6 por ciento), por lo que se benefician de la exención prevista en dicho artículo.

4.66 Observamos que, en la etapa correspondiente de su cálculo, los Estados Unidos han deducido también de las restantes regalías de los titulares de derechos de las CE el porcentaje correspondiente a los establecimientos cuyas dimensiones están comprendidas dentro de los límites legalmente establecidos, un 53,9 por ciento (aunque no el 4,6 por ciento correspondiente al porcentaje de establecimiento de mayores dimensiones que se ajustan a las limitaciones legalmente establecidas en relación con el equipo). Parece que esta metodología, consistente en efectuar la deducción de ese 53,9 por ciento, no es totalmente exacta en dos aspectos, aunque ninguna de las inexactitudes en relación con esos dos aspectos parecería tener una incidencia importante en el resultado del cálculo.

4.67 En primer lugar, es posible que la aplicación de esta metodología no lleve a resultados absolutamente exactos, ya que es probable que los establecimientos de dimensiones más pequeñas exentos hubieran de pagar derechos más bajos que los establecimientos de mayores dimensiones no exentos. No obstante, no hemos intentado tener en cuenta en nuestro cálculo este aspecto, dado que no se nos han facilitado datos o estimaciones que nos permitan hacerlo. Observamos además que al añadir a nuestro cálculo el 4,6 por ciento de los establecimientos de mayores dimensiones, no hemos tenido en cuenta la posibilidad de que éstos hubieran de pagar derechos de licencia superiores a la media. En conjunto, no consideramos que estos aspectos tengan una incidencia importante en nuestro cálculo.

4.68 En segundo lugar, la cifra del 53,9 por ciento se refiere a la totalidad de los establecimientos cuyas dimensiones están comprendidas dentro de los límites establecidos por

el artículo 110(5)(B). Observamos que algunos de los más pequeños de esos establecimientos estaban ya exentos antes de la Enmienda de 1998 en virtud de la exención inicial de uso hogareño, y, por consiguiente, no han quedado exentos a raíz de dicha Enmienda. No obstante, como hemos indicado antes, hemos considerado procedente excluir de nuestro cálculo los eventuales ingresos por la transmisión de obras musicales no dramáticas por establecimientos amparados por la exención inicial de uso hogareño, habida cuenta, especialmente, de que con casi total seguridad esos ingresos no tendrían una influencia apreciable en nuestro cálculo.³¹² De forma análoga, consideramos que el hecho de que el porcentaje del 53,9 por ciento incluya algunos establecimientos que antes de la Enmienda de 1998 ya estaban exonerados en virtud de la exención inicial de uso hogareño no afecta esencialmente al resultado de nuestro cálculo. En la medida en que ese hecho tuviera alguna incidencia en ese resultado, esa incidencia estaría compensada por la no inclusión en nuestros cálculos iniciales de los ingresos procedentes de esos establecimientos. Por esas razones, no hemos tratado de incluir en nuestro cálculo esos aspectos.

4.69 En consecuencia, estimamos que el 58,5 por ciento de las regalías que los titulares de derechos de las CE percibieron de los establecimientos de servicios de comidas, de servicios de bebidas y de comercio minorista por la utilización de música de la radio y la televisión puede atribuirse a establecimientos que quedaron exentos de la obligación de efectuar pagos por derecho de autor en virtud de dicha Enmienda, lo que significa que de los 1,55 millones de dólares de los EE.UU. al año que los titulares de derechos de las CE percibían de los establecimientos de servicios de comidas, de servicios de bebidas y de comercio minorista antes de la Enmienda de 1998 por la utilización de música de la radio y la televisión, 0,91 millones de dólares EE.UU. aproximadamente pueden atribuirse a establecimientos que quedaron exentos a raíz de dicha Enmienda.

Reajustes ulteriores

4.70 Como se ha indicado antes, los Árbitros han tomado como punto de partida para sus cálculos los datos históricos que se les han proporcionado sobre los ingresos percibidos por los titulares de derechos de las CE antes de la Enmienda de 1998. Hemos tratado de estimar, utilizando los datos y estimaciones que nos han facilitado las partes, el porcentaje de esos ingresos imputable a los usos pertinentes de música radiodifundida por parte de los establecimientos que han quedado exentos a raíz de dicha Enmienda. No obstante, a nuestro juicio, es preciso efectuar reajustes en esas cifras para tener en cuenta la evolución del mercado entre la fecha de entrada en vigor de la Enmienda de 1998 y el 23 de julio de 2001, fecha en que el asunto fue sometido a los Árbitros.³¹³

4.71 Recordamos que nuestro cálculo *supra* se basa en una cifra media que se ha calculado tomando como base las distribuciones de la ASCAP y de la BMI a titulares de derechos de las CE en 1996-1998 (en el caso de la BMI, sólo disponemos de datos a partir de 1996, pero hemos supuesto un crecimiento anual equivalente al de las distribuciones de la ASCAP). La cifra de 0,91 millones de dólares EE.UU. corresponde a una estimación del nivel hipotético de anulación o menoscabo en el año 1997, es decir aproximadamente un año antes de la entrada en vigor de la Enmienda de 1998. Por consiguiente, al reajustar esta cifra para que refleje el nivel de las ventajas de las CE anuladas o menoscabadas en la fecha en que se sometió el asunto a los Árbitros, hemos de reajustarla desde finales del año 1997.

³¹² Véanse, *supra* los párrafos 4.12 y 4.13.

³¹³ Véase *supra*, sección IV.A.2.

4.72 A nuestro parecer, la forma más adecuada de reajustar la cifra indicada consiste en tener en cuenta el crecimiento de la economía de los Estados Unidos en el mismo período. A tal fin, hemos utilizado la tasa anual de crecimiento del producto interior bruto de los Estados Unidos en dólares corrientes en el período pertinente. En ese período, las tasas del crecimiento del PIB de los Estados Unidos en dólares corrientes fueron las siguientes: +6,5 por ciento en 1998; +5,5 por ciento en 1999 y +6,5 por ciento en 2000.³¹⁴ Para el primer semestre del año 2001, hemos utilizado como tasa de crecimiento la del 1,7 por ciento, que hemos obtenido por aproximación, basándonos en las cifras anualizadas trimestralmente de la tasa de crecimiento en dólares corrientes.

4.73 Hemos reajustado la cifra antes indicada, que representa el promedio anual hipotético de los ingresos que los titulares de derechos de las CE perdieron como consecuencia del artículo 110(5)(B) al nivel de 1997, utilizando la tasa anual de crecimiento del PIB de los Estados Unidos. En consecuencia, calculamos que el nivel de las ventajas de las CE anuladas o menoscabadas como consecuencia del artículo 110(5)(B) es de 1,1 millón de dólares EE.UU. al año.

LAUDO DEL ÁRBITRO

5.1 Por las razones expuestas, los Árbitros determinan que el nivel de las ventajas de las CE que han quedado anuladas o menoscabadas a consecuencia de la aplicación del artículo 110(5)(B) asciende a 1.219.900 euros al año.³¹⁵

³¹⁴ Véase United States Department of Commerce Bureau of Economic Analysis News Release, 28 de septiembre de 2001, <http://www.bea.doc.gov/bea/newsrel/gdp201f.htm>.

³¹⁵ Tipos de cambio entre el dólar de los EE.UU. y el euro (11 de octubre de 2001), *Financial Times*, 12 de octubre de 2001, página 25.

ANEXO I

TEXTO DE LAS CARTAS ENVIADAS A LA ASCAP Y LA BMI PARA SOLICITAR INFORMACIÓN

Estimada Sra. Preston/Estimada Sra. Bergman:

El 23 de julio de 2001, las Comunidades Europeas (CE) y los Estados Unidos, de mutuo acuerdo, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 25 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias, sometieron a arbitraje la determinación del nivel de anulación o menoscabo de ventajas sufrido por las CE como consecuencia de la incompatibilidad del artículo 110(5)(B) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos con el Acuerdo de la OMC sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC). El 13 de agosto de 2001 se informó a los Miembros de la OMC de la composición del grupo especial de arbitraje.

Le agradecería que, para ayudar a los Árbitros a determinar el nivel de anulación o menoscabo, contestara a las siguientes preguntas:

1. Sírvase facilitar los siguientes datos respecto de cada uno de los años del período 1997-2000:
 - a) ingresos internos totales por licencias (con exclusión de los ingresos por licencias obtenidos de sociedades extranjeras);
 - b) ingresos totales por licencias comprendidas en el grupo de las licencias generales;
 - c) ingresos totales por licencias obtenidos de los establecimientos de servicios de comidas y de bebidas y de otros establecimientos, con arreglo a la definición del artículo 100(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos, modificada;
 - d) cantidad deducida por los gastos administrativos y de recaudación antes de distribuir las regalías a los titulares de derechos;
 - e) cantidad total distribuida a los titulares de derechos (excluida la distribución de ingresos obtenidos por licencias de sociedades extranjeras);
 - f) cantidad total distribuida a entidades de recaudación de las CE;
 - g) cualesquiera otros datos, si dispone de ellos, que indiquen el monto de las distribuciones a titulares de derechos de las CE efectuadas directamente a través de su sociedad (y no de entidades recaudadoras de las CE), especialmente a compañías de edición filiales en los Estados Unidos, por interpretaciones o ejecuciones de obras de las CE.
2. En relación con la pregunta 1 c) *supra*, sírvase facilitar, en la medida en que disponga de información, el desglose de los ingresos por licencias obtenidos de establecimientos de servicios de comidas y servicios de bebidas y de otros establecimientos con arreglo a la definición del artículo 110(5) de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos:
 - i) cuyas dimensiones estén comprendidas dentro de los límites establecidos en el artículo 110(5)(A);

- ii) cuyas dimensiones estén comprendidas entre los límites establecidos por las partes (A) y (B) del artículo 110(5); y
 - iii) cuyas dimensiones excedan de los límites establecidos en el artículo 110(5)(B).
3. Sírvanse facilitar cualquier información de que dispongan sobre el número probable de establecimientos que cumplirían los requisitos del artículo 110(5)(B) y que transmitan música radiodifundida.
 4. En la medida de lo posible, facilítenos una estimación del porcentaje de establecimientos de cada una de las categorías a que se hace referencia en el artículo 110(5) que difunden música radiodifundida con respecto a la cual concedan ustedes licencias.
 5. Sírvase indicar los porcentajes correspondientes a las diversas categorías de establecimientos a que se hace referencia en el artículo 110(5).

No es necesario aclarar que cualquier información que indique en su respuesta que tiene carácter confidencial, será tratada como tal. Si lo solicita, los Árbitros garantizarán que el acceso a esa información se reserve a las partes en la presente diferencia. Además, la versión pública del informe de los Árbitros se publicará en forma que garantice que esa versión no contenga datos confidenciales.

Desearía subrayar que, aunque no está obligada a responder a las preguntas anteriores ni a facilitar la información solicitada, le agradeceríamos profundamente su plena cooperación.

Dado que el procedimiento de los Árbitros está sujeto a plazos muy breves, le quedaríamos muy agradecidos si nos enviara su respuesta el viernes 14 de septiembre de 2001 a más tardar.

Aprovecho la ocasión para reiterarle el testimonio de mi consideración más distinguida.

Ian F. Sheppard
Presidente

Grupo Especial de Arbitraje sobre *Estados Unidos - Artículo 110(5)*
de la Ley de Derecho de Autor de los Estados Unidos

ANEXO II

HOJA DE CÁLCULO

**NO SE REPRODUCE POR TENER
CARÁCTER CONFIDENCIAL**
